

## Verbatim du Webinar @Echelle : les renvois de l'article 22

Visio-conférence du 23 mars 2020, 11h-12h30

### **Propos liminaires par Isabelle de Silva**

Bonjour à tous, ravie de vous retrouver pour cet événement @Echelle avec plusieurs participants et notamment Olivier Guersent, qui va nous rejoindre dans quelques instants. Nous avons choisi pour cet événement @Echelle, le premier de l'année, de vous parler du thème de l'article 22 du Règlement de 2004 et, plus particulièrement, de la nouvelle approche qui a été annoncée par la vice-présidente exécutive de la Commission Européenne, Mme Margrethe Vestager, il y a quelques mois. Pourquoi est-ce que cette nouvelle approche de l'article 22 est un événement particulièrement important pour le contrôle des concentrations en Europe ? Tout d'abord, parce que cette nouvelle approche va conduire les entreprises à devoir anticiper une nouvelle possibilité de contrôle des concentrations pour des opérations qui n'étaient pas soumises à une notification obligatoire. C'est un événement particulièrement important dans l'anticipation des concentrations. Mais aussi, et c'est tout l'enjeu, car nous pensons que cette nouvelle approche va permettre la mise en place d'un contrôle des concentrations plus efficace à l'échelle européenne.

Tout d'abord, ce qu'il faut rappeler, c'est que dans la réflexion actuelle sur l'adaptation de la politique de concurrence, on voit bien que le contrôle des concentrations joue un rôle particulièrement important – dans le domaine de l'économie numérique, mais pas uniquement – et les réflexions qui ont conduit à cette nouvelle approche de l'article 22 ont essayé de voir comment rendre l'outil du contrôle des concentrations plus aiguisé, plus efficace pour certaines opérations qui pouvaient échapper au contrôle des concentrations. La réflexion sur ce thème a commencé il y a maintenant près de cinq ans, à partir de l'opération Facebook / WhatsApp, qui a lancé le débat puisque nous avons constaté que certaines opérations très importantes par leurs effets sur la dynamique concurrentielle à l'échelle européenne, voire mondiale, pouvait passer sous le radar du contrôle des concentrations. Depuis cinq ans maintenant, une réflexion a été menée au niveau national, en France, au niveau de la Commission Européenne également, pour savoir comment adapter le mieux possible le contrôle des concentrations. Différentes pistes étaient sur la table, par exemple : introduire un seuil en valeur des transactions, comme cela a été fait ensuite en Autriche ou en Allemagne. Cette piste a été écartée au niveau européen ou au niveau national. Des pistes de législations nationales ont été envisagées : en France, nous avons fait des propositions en ce sens. Finalement, l'outil qui a rallié les suffrages a été de s'appuyer sur un texte qui existe déjà, l'article 22 du règlement de 2004, en lui redonnant tout son potentiel et sa pleine application. Cela a conduit la Commission à revenir sur l'approche qu'elle avait jusque-là, qui était de considérer qu'il n'était pas possible de faire des renvois d'opérations sous les seuils lorsque les opérations en cause n'étaient pas soumises à une notification obligatoire dans l'État-membre considéré.

L'événement d'aujourd'hui va essayer, tout d'abord, de revenir sur les raisons pour lesquelles cette nouvelle approche va être mise en place par la Commission Européenne et les États-membres. Nous verrons aussi quelles sont les conséquences concrètes que les entreprises et leurs conseils doivent en tirer : c'est pour cela que nous sommes ravis d'avoir la présence avec nous, ce matin, d'Anne Wachsmann, qui pourra présenter plus particulièrement le point de vue des avocats qui doivent accompagner les entreprises dans leurs projets de concentration, et d'Angélique de Brousse, qui nous parlera plus particulièrement du point de vue des entreprises : comment anticiper cette nouvelle possibilité d'un renvoi d'une opération à la Commission Européenne par un État-membre ? A la fois

comme un risque, mais peut-être aussi comme une opportunité par exemple pour des entreprises qui pourraient signaler que telle ou telle opération, dans leur environnement, pourrait justifier d'un regard plus attentif de la Commission Européenne.

Je passe, sans plus attendre, la parole à Étienne Chantrel, qui va introduire un peu le sujet, avant que nous passions ensuite la parole au point de vue des praticiennes, Anne Wachsmann et Angélique de Brousse.

### **Introduction par Étienne Chantrel**

Merci Madame la Présidente. Je ferai une brève introduction, ensuite nous aurons des interventions assez dynamiques de nos trois intervenants. De quoi parle-t-on ? L'article 22 du règlement 139/2004 permet à une autorité nationale de renvoyer à la Commission une opération de concentration qui n'est pas de dimension européenne, mais qui risque, d'une part, d'affecter le commerce entre États-membres et, d'autre part, d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire de l'État-membre qui formule la demande. Il y a deux points importants à souligner concernant cet article et la manière dont il était perçu jusqu'ici : le premier, c'est que, dans le texte, il n'y a aucune autre condition que celle que je viens d'énoncer. En particulier, le texte ne demande absolument pas que les États-membres soient eux-mêmes compétent pour contrôler l'opération en cause. Deuxième point, on vient de le signaler : la Commission Européenne avait, ces dernières années, annoncé que dans le cadre de son pouvoir souverain d'accepter ou pas ses demandes de renvoi, elle refuserait ces demandes quand il n'y avait pas d'État-membre compétent pour, au niveau national, être saisie de l'opération dont le renvoi était demandé. C'est dans ce cadre qu'il y a eu une nouvelle approche, annoncé par Mme Vestager en septembre 2020.

On vient de dire un mot du contexte dans lequel cette nouvelle politique prend place. Il y a depuis quelques années des préoccupations sur le risque que certaines opérations, ayant une incidence négative sur la concurrence, puissent échapper au contrôle des autorités de concurrence, et l'enjeu du débat était de savoir : d'abord, est-ce que c'est grave ? Ensuite, est-ce que c'est par le contrôle des concentrations qu'on a le meilleur outil pour attraper ces opérations ? Enfin, si on répond oui à ces deux questions, qu'est-ce qu'on doit changer au contrôle des concentrations ? Il y a eu un débat en Europe, depuis environ cinq ans, à tous les niveaux. Ce débat a eu lieu aussi bien au niveau des autorités nationales que de la Commission européenne. Plusieurs solutions étaient sur la table, on vient de le mentionner. En France, on a fait deux consultations publiques, à l'Autorité de la concurrence, qui ont porté au moins en partie sur ce thème-là : l'une en 2017, l'autre en 2018. Il était clair, pour l'Autorité de la concurrence française, que parmi les différentes options sur la table, l'option d'une approche renouvelée de l'article 22 était une option qui, de notre point de vue, avait tout son intérêt. On avait déjà présenté cette option-là, dans le cadre des différentes options sur la table, lors de notre consultation publique de 2017. Si l'on reprend simplement quelques points de l'an dernier : dans une décision contentieuse de janvier 2020, la décision 20-D-01 (TDF/Itas), l'Autorité de la concurrence avait souligné que, de son point de vue, l'article 22 permettait tout à fait de renvoyer à la Commission une opération dont l'Autorité de la concurrence ne serait pas saisie au titre de son contrôle et de ses seuils de chiffre d'affaires. On avait également mentionné ce point dans une contribution que l'Autorité avait faite sur les enjeux du numérique, contribution qui datait du 19 février 2020. Enfin, dans nos lignes directrices concentrations, dont la dernière version date du 23 juillet 2020, nous avons, lorsque nous présentons les différentes modalités de renvoi entre autorités nationales et Commission Européenne, au moment de présenter l'article 22, précisé que, du point de vue de l'Autorité – c'était déjà le cas à l'époque – il est tout à fait envisageable, pour nous, de renvoyer à la Commission une opération dont nous ne serions pas saisis. Au final, de notre point de vue, cette nouvelle pratique, qui a été annoncée, est une solution – ce n'est peut-être pas la seule solution mais c'est une solution qui s'insère dans ce débat – qui règlera un manque, qui existait dans le contrôle des

concentrations au niveau européen. Il est clair, néanmoins, que cela peut, en pratique, nécessiter des efforts et des adaptations, tant de la part des entreprises que de la part de leurs conseils. C'est pour discuter de l'ensemble de ces points que nous avons organisé cet événement, au cours duquel nous avons le plaisir d'accueillir trois intervenants de très haute stature. Je vais les citer dans l'ordre où ils interviendront : Anne Wachsmann, qui est avocate associée en droit de la concurrence chez Linklaters depuis le début des années 2000, et qui est diplômée de l'université de Strasbourg et du Collège d'Europe à Bruges ; nous aurons ensuite Angélique de Brousse, qui est *senior legal counsel* chez Johnson & Johnson depuis 2019, après avoir été avocate chez Freshfields à Paris et Bruxelles, et qui est diplômée de Nanterre, de la Sorbonne et de l'université Queen Mary à Londres ; et notre troisième intervenant c'est Olivier Guersent, diplômé de l'IEP de Bordeaux , qui a fait le début de sa carrière au Ministère de l'Économie et des Finances français avant de rejoindre la Commission en 1992, où il a alterné les postes entre les cabinets de commissaires successifs et les services de la Commission, ses deux derniers postes ayant été la direction générale de la DG stabilité financière et marchés des capitaux de 2015 à 2019 et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, la direction générale de la DG concurrence.

Nous allons d'abord avoir une première intervention d'Anne Wachsmann et d'Angélique de Brousse ; Olivier Guersent nous rejoindra ensuite vers 11h35-40, et je lui poserai un certain nombre de questions pour éclairer cette nouvelle pratique de la Commission et ses enjeux. Nous aurons ensuite une nouvelle réaction d'Anne Wachsmann et d'Angélique de Brousse avant de pouvoir prendre des questions de l'assistance. Je vais maintenant passer la parole à Anne Wachsmann et Angélique de Brousse, avec cette première question à traiter : à votre avis, mesdames, les modalités envisagées par la Commission vous paraissent-elles suffisantes pour assurer l'équilibre entre objectif de régulation, d'une part, et sécurité juridique d'autre part ?

### **Anne Wachsmann**

Merci de cette invitation Madame la Présidente, Monsieur le Chef du service des concentrations, je vous remercie parce que c'est sûrement le sujet le plus chaud du moment en contrôle des concentrations – et probablement en droit de la concurrence. C'est vraiment un honneur de participer à ce *webinar*.

Je vais faire trois observations assez rapides. Je pense que nous allons assister à une révolution, je crois qu'il faut utiliser la bonne terminologie. Dans la présentation vous venez d'en faire, Étienne et Isabelle, vous avez utilisé des terminologies que je trouve assez *light* par rapport à ce que vous avez dit antérieurement. Étienne Chantrel, dans une interview toute récente, vous avez dit : « *c'est une nouvelle ère qui s'ouvre* ». Madame la Présidente, à Fordham, l'année dernière, vous avez dit que vous accueilliez cette réforme avec « le plus grand enthousiasme » (je vous cite). Le communiqué de l'Autorité, à la suite de la déclaration de la commissaire, se félicite de la réforme à venir et de l'annonce de la Commission européenne. Ce sont des mots forts, il ne faut pas se le cacher, pour combler ce qui a été appelé l'*enforcement gap*, pour le mot technique, mais on a utilisé beaucoup d'autres termes dans les interventions. J'ai entendu le mot « nous allons combler un manque », moi j'ai vu des choses un peu plus fortes : les « trous dans la raquette », une lacune, des failles, voire même des ratages. Voilà à quoi il faut quand même s'attendre sur cette réforme. Conceptuellement, je ne dis pas que je trouve que la réforme qui va venir est géniale en soi, mais les modalités de la réforme sont géniales pour deux raisons, d'ailleurs, que l'Autorité a écrites dans toutes ses interventions : la première raison, c'est qu'elle se fait à droit constant, donc il n'y a pas besoin d'entamer de lourdes réformes du règlement concentrations – je pense qu'il faudra, quand même, amender ou déclarer caduque la communication de la Commission de 2005 sur les renvois en tout cas sur l'article 22, ou la compléter de futures lignes directrices, et je pense qu'Olivier Guersent nous en dira un mot – et la deuxième raison, c'est que cette réforme s'inscrit pleinement dans le dialogue habituel que vous avez, en tant qu'autorité nationale, avec la Commission

européenne. On se demande, d'ailleurs, pourquoi on n'y avait pas pensé avant. Depuis l'affaire Facebook/WhatsApp de 2014, il y a une ébullition sur ce sujet.

L'Autorité s'est saisie de ces sujets depuis 2017, mais c'est depuis 2014, en réalité, que la problématique se pose. Vu du côté des entreprises et de leurs conseils, je ne sais pas si je m'avance, mais je crois qu'on on se prendrait à regretter la réforme précédente, qui consistait à ajouter des seuils en valeur de transaction, et qui n'était pas une réforme absurde puisque l'Allemagne et l'Autriche ont changé leurs propres seuils. L'Allemagne a considéré cette possibilité comme suffisamment attractive et pragmatique pour changer ses seuils : ils l'ont fait, d'ailleurs, depuis 2017 – ils ont 4 ans d'expérience – en fixant un niveau de valeur de transaction à 400 millions d'euros, avec d'autres critères (il y a des *guidelines* de juillet 2018). D'ailleurs, pour information, ce changement de seuil en Allemagne a généré 31 notifications depuis 2017 jusqu'à la fin de l'année dernière. Parmi ces 31 affaires, il y en a dix qui ont été retirées, donc ça veut dire des situations quand même assez délicates.

Je parlais de révolution : est-ce que c'est une petite ou une grande révolution, ça c'est l'avenir qui va nous le dire. Je suis tout à fait d'accord avec ce qu'a dit la Présidente : il faut voir le sujet dans toute sa complexité. Une entreprise qui serait, actuellement ou dans le futur, rattrapée par un article 22, peut devenir la plaignante dans des circonstances identiques vis-à-vis de ses concurrents. Évidemment, c'est une nouvelle contrainte, mais c'est aussi une nouvelle arme, qui s'ouvre à toutes les entreprises, qu'il s'agisse de grands groupes ou de plus petites sociétés. Quand on regarde les contributions à votre consultation de 2017, on voit que certaines entreprises l'avaient bien compris. J'en citerai une avec laquelle je n'ai aucun lien, Orange, qui listait dans sa contribution toute une série d'affaires qui n'avaient pas été contrôlées (des affaires dans les télécoms, mais aussi dans l'hôtellerie, dans la banque, dans la pharmacie évidemment). Notamment, Orange cite une affaire qui est aussi souvent citée par l'Autorité, l'affaire Boiron/Laboratoire Ferrier. Les entreprises ont bien conscience de la dualité de l'article 22.

Je reviendrai rapidement à ma deuxième observation qui va être un peu plus technique. En préparant cette conférence, j'ai regardé la pratique décisionnelle de la Commission et des autorités nationales sur l'article 22. C'est une disposition qui a été très peu utilisée jusqu'à présent puisqu'on dénombre une quarantaine d'affaires sous l'angle de l'article 22. Si on la compare au renvoi, par exemple, de l'article 4.5 – qui sont les renvois faits à la demande des parties lorsque vous remplissez les seuils dans au moins trois États membres –, on est quasiment à 400 affaires depuis 1990. L'article 22 est donc une disposition qui a été très peu utilisée. Néanmoins, avec 40 affaires, on peut en tirer un certain nombre d'enseignements. Une chose qui est un peu inquiétante sur l'article 22, sur le plan de la technique, c'est le caractère partiel du renvoi.

Si j'ai bien lu l'article 22, en lien avec la Communication de 2005, la Commission ne sera saisie que sur le territoire et la juridiction des États membres qui ont soit demandé le renvoi, soit participent au renvoi. Or, ce renvoi partiel n'existe pas pour l'article 4.5 puisque la Commission a une pleine juridiction sur l'ensemble de l'Union européenne, et peut être générateur de grande complexité. Cette question a déjà été traitée dans une note de bas de page de la Communication de 2005 où il était dit : la Commission agit dans le cas de l'article 22 à la demande et pour le compte des États membres requérant. La Commission est tenue d'examiner les effets de la concentration à l'intérieur du territoire des États membres requérants. Elle n'examinera pas ses effets sur le territoire des autres États membres, ceux qui ne se sont pas joints. Une affaire, qui a été mentionnée d'ailleurs dans un certain nombre d'écrits de la Commission et notamment dans le Livre blanc de 2014, est assez symptomatique de ce genre de difficulté. C'est l'affaire M.5828 Procter & Gamble/Sara Lee Air Care qui a posé par rapport à l'article 22 toute une série de problématiques concernant le guichet unique et la compétence conjointe à la fois des États membres et de la Commission européenne. Je ne reviendrai pas dans le détail de cette affaire.

Je finirai peut-être rapidement sur ma troisième observation par rapport à la pratique décisionnelle. Lorsqu'on regarde ces 40 affaires de l'article 22, même si encore une fois la pratique est très limitée, on s'aperçoit que la France a été extrêmement active. Donc ça veut dire probablement comme d'autant plus vous avez milité pour cette réforme de l'article 22, on peut s'attendre à ce qu'en France vous soyez actifs sur ce chantier, et je dirais d'autant plus que, quand on regarde les statistiques, et Étienne Chantrel l'avait noté dans une récente interview, le niveau de notification pour 2020 a baissé je crois au niveau d'il y a cinq ans. Donc une chute très importante des notifications en France entre 2019 et 2020 puisqu'on est retombé au niveau de 2015. Cela laisse présager plus de temps pour activer l'article 22.

Rapidement, avant de laisser la parole à Angélique de Brousse, quand on regarde les 40 affaires de l'article 22, honnêtement - je pèse mes mots - il s'agit d'une procédure assez fatale. J'ai identifié plus de deux tiers des affaires, c'est-à-dire 24 sur 40, soit ce sont des phases I avec engagements, soit des phases II avec ou sans engagements, soit des interdictions, soit des retraits.

Et là je ne parle pas d'affaires des années 90 comme la décision M.890 Blokker/Toys « R » Us, c'est vraiment la préhistoire. Je voudrais mentionner deux affaires récentes qui sont des renvois article 22 et pas des moindres. Une affaire où la France et l'Allemagne ont demandé le renvoi, c'est l'affaire des Chantiers de l'Atlantique et le projet d'acquisition par Fincantieri. Comme on le sait, l'opération a été abandonnée en début d'année par les parties. Une autre affaire a également fait l'objet d'un abandon par les parties, c'est l'affaire Tachosil/Johnson & Johnson, après un renvoi de l'article 22 de la part de très nombreux États membres.

Et comme je viens de mentionner Johnson & Johnson, la transition vers Angélique est toute trouvée, je vous passe la parole.

### **Angélique de Brousse**

Merci beaucoup Anne, merci beaucoup à Madame la Présidente et à l'Autorité pour cette invitation à discuter d'un sujet qui soulève beaucoup de question pour les entreprises. Je suis ravie de pouvoir y participer. Je parle ici en ma propre capacité.

J'aurais voulu aborder brièvement premièrement l'objectif de cette réforme, avant d'aborder les questions pratiques qu'elle soulève en particulier pour les entreprises et leurs conseils.

Je comprends que cette nouvelle interprétation permet de couvrir des cas qui auparavant passaient entre les mailles du filet. Je crois qu'Anne a donné pas mal d'exemples. Pour recadrer un peu le débat, on parle essentiellement de *killer acquisitions*. On parle ici de l'acquisition de technologies innovantes, beaucoup dans le domaine du numérique - l'origine de cette réforme comme Madame la Présidente l'a dit c'était l'affaire Facebook/Whatsapp-, et d'un autre côté des affaires pharma où vous avez éventuellement des acquisitions de *pipelines* qui passerait sous les seuils, on comprend donc l'objectif.

On comprend aussi le rôle des autorités de faire évoluer leurs « boîtes à outils », pour pouvoir capturer ces nouveaux développements, ces nouvelles technologies et c'est une belle dynamique de marché. On voit que l'Allemagne et l'Autriche ont déjà adopté de nouvelles règles dans ce but.

Cela étant, je reste quand même relativement perplexe sur le choix de l'article 22 pour procéder à cette réforme. Je pense que vous m'attendiez sur ce tournant. Même si l'article 22 semble prévoir cette possibilité de renvoi en dessous des seuils nationaux et que cette nouvelle interprétation facilite une mise en œuvre rapide puisqu'il n'y a pas de changement au droit existant, elle me paraît, et je ne pense pas être la seule ici, relativement contraire à l'esprit même de l'article.

On avait un système relativement clair et stable de contrôle des concentrations, basé sur des critères clairs, prédéterminés, faciles à appliquer par les entreprises qui sont évidemment les seuils en chiffre d'affaires. Vous aviez des exceptions qui étaient les mécanismes de renvoi, notamment l'article 22 mais pas que. Si vous lisez les textes, que ce soit le Règlement lui-même ou la Communication sur les renvois, c'est très clair que ces renvois doivent rester des exceptions. C'est exactement le *wording*. Une des raisons de ce caractère exceptionnel, c'est évidemment de ne pas remettre en cause la sécurité juridique et l'appréciation que les entreprises peuvent faire de leurs transactions. Or ici, j'ai vraiment le sentiment qu'on réintroduit un peu par la petite porte un système de contrôle soumis à des critères qui manquent de prévisibilité, et je vais y revenir tout de suite, qui est relativement difficile ou qui peut potentiellement être difficile à anticiper et à analyser pour les entreprises. Donc ça soulève beaucoup de questions pratiques et ça peut avoir des conséquences très lourdes pour les entreprises, pour la prévisibilité des règles dans l'appréciation de leurs transactions.

Cette réforme a le potentiel d'étendre très significativement les pouvoirs de la Commission européenne et sa juridiction, à des opérations qui à l'origine n'avaient pas pour objectif d'être vues dans le cadre du contrôle des concentrations, et cela, comme on l'a dit, sans recours à un processus législatif ni même une consultation publique.

Donc vous l'aurez compris, le souci ici c'est essentiellement l'insécurité juridique qui résulte de ces deux critères : le premier c'est l'affectation du commerce entre États membres et le second c'est la menace d'affectation significative de la concurrence dans un ou plusieurs États membres.

Pour revenir très rapidement sur le premier critère, on parle de pouvoir capter ici des opérations qui sont des *killer acquisitions* ou on parle d'acquérir des technologies novatrices naissantes ou des *pipelines* qui ne sont pas encore sur le marché. C'est un peu difficile de pouvoir anticiper qu'elle sera l'affectation du commerce entre États membres, à moins évidemment de considérer que d'office, puisqu'on parle du numérique et de pharma, il y aura une sorte de présomption d'affectation du commerce entre États membres quand il s'agit de ces secteurs. La question peut se poser très différemment quand on parle d'autres secteurs puisque cette réforme n'est pas spécifique à ces deux secteurs.

Pour revenir sur le deuxième critère d'application de l'article 22, qui est la menace d'affectation significative de la concurrence dans un ou plusieurs États membres, ce critère soulève pas mal d'insécurités aussi bien sur le fond que quant à ses modalités pratiques. Sur le fond, il requiert une analyse assez poussée de la part des entreprises en vue d'estimer quelles seront les effets probables de leurs opérations. Encore une fois, on parle de technologies naissantes, de *pipeline*. Cela requiert une analyse longue, poussée, complexe, comme on le voit d'ailleurs dans la pratique décisionnelle des autorités, de la Commission mais aussi au niveau national. S'attendre à ce que les entreprises soient capables d'effectuer à titre purement préliminaire cette analyse très poussée de façon à acquérir un minimum de sécurité juridique quant à la juridiction de la Commission et à l'avenir de leurs transactions, je crois que c'est en demander énormément aux entreprises. Comme je disais, ce deuxième critère soulève également pas mal d'incertitudes procédurales, et c'est là que je serai très curieuse de savoir ce qu'il y aura dans les futurs *guidelines* de la Commission européenne et de savoir ce qu'Olivier Guersent va nous dévoiler dans son intervention. Je vais en citer quelques-unes.

La première c'est quelles sont les informations nécessaires qui permettront à une autorité de porter, et là je cite le texte en français, « *une appréciation préliminaire sur le respect des critères de l'article 22* », et donc comment est-ce qu'une autorité se fait un avis préliminaire sur le fait qu'une opération peut menacer d'affecter significativement la concurrence. Est-ce qu'une communication ou un communiqué de presse sur une transaction est suffisant ? Ça me paraît quand même léger. Donc qu'est-ce qu'il va leur falloir pour être en mesure de se faire une position ?

Ensuite le deuxième point, et j'ai quatre points, ce sont les délais. On sait que les délais commencent à courir à partir du moment où l'État ou les États membres sont en mesure d'avoir cette information nécessaire pour se faire une idée. Qu'est-ce que cela couvre ? Qu'est-ce qui se passe en particulier si vous avez certains États membres qui sont mis au courant ou deviennent informés d'une transaction et décident de ne rien faire, puis des semaines, des mois plus tard vous avez une autre autorité au sein de l'Union européenne qui elle-même est mise au courant de cette affaire et décide de faire quelque chose, parfois des semaines, des mois voire potentiellement des années après que l'opération a été mise en œuvre ?

Enfin, je trouve qu'on se retrouve aussi en face, en tant que société, à des seuils très bas. C'est une analyse strictement préliminaire que les États membres doivent faire pour savoir s'ils peuvent renvoyer une affaire donc ça ne préjuge pas du tout évidemment de l'issue de l'affaire une fois que le renvoi a lieu. Mais ces seuils sont particulièrement bas et c'est assez peu clair pour les entreprises. On sait que les États membres doivent s'appuyer quand même sur des éléments de preuve. Quels seront ces éléments de preuve ? C'est assez difficile à anticiper pour une entreprise. Là je veux parler en particulier de la plainte d'un concurrent, qui peut parfaitement ne pas être justifiée sur le fond, mais qui peut avoir pour objectif de rendre les choses plus difficiles pour son concurrent, est-ce que ça c'est suffisant pour constituer un risque au regard d'une autorité de la concurrence et justifier un renvoi ?

Le dernier point que je voulais soulever ici avant de conclure, c'est qu'on peut avoir aussi des divergences importantes entre les appréciations des différents États membres. On peut se retrouver, comme vous l'avez dit, dans des situations avec renvoi partiel ou étude ou pas par la Commission. Donc on se retrouve finalement avec encore une fois des situations un peu complexes. En tant qu'entreprise, qu'est-ce qu'on va devoir faire ? Et là je parle vraiment très concrètement. On va se retrouver à analyser une transaction, puis on va avoir un choix - qui sera plutôt un dilemme - entre une décision d'approcher volontairement les autorités, avec un système de « pré-pré-notification », on sera vraiment à un stade très tôt pour savoir si les autorités sont susceptibles de renvoyer l'opération à la Commission. Sachant que là évidemment, vous vous mettez dans une situation un peu délicate parce qu'une fois que vous avez informé les autorités, elles ont plus de chance de s'intéresser à votre affaire ou de considérer que si vous les approchez c'est justement il y a peut-être quelque chose à regarder dans cette affaire. Ce dilemme pour les entreprises, c'est vivre avec une épée de Damoclès au-dessus de leur tête, en attendant qu'une autorité se déclare. Sachant que la plupart du temps quand on parle de ses acquisitions de technologie naissante, ce sont des opérations confidentielles, pas forcément dans le domaine public.

Cette espèce de dilemme pour les sociétés va être assez difficile à gérer au quotidien. Le dernier point, et ce sera ma conclusion, c'est qu'on se retrouve avec un risque de rendre les transactions beaucoup plus complexes, beaucoup plus lourdes, beaucoup plus difficiles et incertaines pour les entreprises au détriment de l'innovation. C'est un point que beaucoup d'entreprises ont fait. On parle en fait de technologies qui sont développées par des *start-ups*, par des petites boîtes tech ou biopharma, qui n'ont pas les moyens de développer ces technologies. Elles ont comme *business model* un intérêt de développer ces technologies en vue soit, de s'associer avec un partenaire plus gros, soit de se faire acheter tout simplement par des entreprises plus importantes qui seront à même de mener à bien ce développement et commercialiser ces technologies, ces produits ou ses services.

Je crains qu'avec cette réforme on se retrouve avec un système complexe qui va créer beaucoup d'insécurité juridique pour les entreprises et qui finalement risque de réduire l'appétit des entreprises pour ce type d'opérations, ce qui aurait pour effet d'aller complètement à l'encontre de l'objectif prévu par cette réforme qui est de préserver l'innovation. C'est particulièrement vrai de ce côté de l'Atlantique, et en particulier en période de crise telle qu'on la connaît aujourd'hui. C'est aussi vrai au vu même de l'agenda de la Commission européenne. Son agenda digital et environnemental, c'est bien connu, requiert

que les entreprises contribuent avec des développements et des projets innovants en vue d'atteindre ces objectifs.

Je m'arrêterai là, merci.

### **Étienne Chantrel**

Merci Anne, merci Angélique. On voit que les questions sont nombreuses, les questions sont pratiques. Je ne sais pas si Monsieur Guersent pourra répondre à tout notamment parce que c'est un outil nouveau et forcément il y a une partie des choses qui va être de plus en plus apparente avec le temps et avec son application. Néanmoins on va essayer d'apporter un certain éclairage maintenant. Monsieur Guersent, merci d'avoir accepté notre invitation.

La première question c'est pourquoi la Commission a-t-elle changé son approche des renvois de l'article 22 ?

### **Olivier Guersent**

Merci à Isabelle pour son invitation, merci à l'Autorité pour avoir organisé ce *workshop* avec un sens du timing formidable puisque dans quelques jours nous espérons pouvoir rendre public formellement cette nouvelle interprétation.

D'ailleurs, je ne parlerai pas de nouvelle « interprétation » et peut-être sous forme de propos liminaire, rappeler le fait que Madame Vestager le 11 septembre de l'année dernière, à l'occasion de la conférence annuelle de l'Association Internationale des Barreaux, avait annoncé ce changement d'approche. Ce n'est pas vraiment un changement d'interprétation parce que si vous avez la curiosité les uns et les autres de vous reporter à la revue qui avait faite en 2016, la Commission en vue de déterminer s'il convenait de modifier le Règlement Concentration ou non, vous trouverez une considération intéressante qui est que la Commission dit : le Règlement Concentration permet les renvois pour des opérations de concentration pour lesquels des États membres n'ont pas de compétences au titre de l'article 22, mais la Commission européenne leur conseille fortement de ne pas le faire et donc les décourage de le faire, et envisage éventuellement de clarifier les choses uniquement d'une éventuelle révision en rendant clair que ce n'est pas possible.

Donc l'état du droit a toujours été que c'est possible. Simplement, il y avait une recommandation forte aux États membres de ne pas user de cette possibilité, ce qu'ils ont d'ailleurs suivi. D'une certaine façon, je dirais que ce changement d'approche aujourd'hui vient clarifier et apporter de la sécurité juridique plutôt que d'en enlever puisque jusqu'à présent des entreprises étaient à la merci de n'importe lequel des États membres qui aurait choisi de s'affranchir des recommandations amicales de la Commission, et en réalité d'utiliser l'article 22 pour des opérations pour lesquelles il n'ont pas compétence, de manière soudaine. Alors que là, le moins qu'on puisse dire, c'est que ça a été annoncé relativement longtemps à l'avance.

Alors pourquoi ? Je vais revenir à votre question, cher Étienne. Les résultats de l'évaluation que nous avons effectuée tout au long de l'année dernière sur un certain nombre d'éléments importants du contrôle des concentrations, résultats qui pourraient être publiés prochainement, nous ont éclairés sur ce point. La base c'est que nous pensons que le Règlement Concentration, pour la raison que je viens d'expliquer, en tant que tel n'a pas besoin d'être modifié. Nous pouvons un certain nombre de choses pour que les règles de renvoi fonctionnent encore mieux, qu'un certain nombre d'opérations dont il serait bon qu'elles fussent contrôlées au niveau communautaire le soit sans qu'il fût besoin d'abaisser les seuils à des niveaux qui généreraient des tas d'autres inconvénients pour les entreprises, notamment un tsunami de

notification dont 99 % seraient parfaitement inutiles, et donc beaucoup de travail pour les entreprises et beaucoup de travail inutile aussi pour les autorités de concurrence.

C'est ça l'une des questions principales que nous avons examinée durant cette évaluation : est-ce que nos seuils fondés sur les chiffres d'affaires des entreprises tels qu'amendés en 2004 sont encore un moyen effectif pour la Commission d'examiner les concentrations pouvant avoir un impact sur concurrence ? Parce que de plus en plus, peut-être dans le pharma mais surtout essentiellement dans le digital, le chiffre d'affaires d'une entreprise ne reflète pas nécessairement son importance sur le marché. Ce qu'on a constaté dans cette revue c'est que dans l'ensemble les seuils tels qu'ils existent aujourd'hui, complétés des mécanismes de renvoi, fonctionne bien, mais qu'il y a un certain nombre de transactions transfrontalières qui pourraient ou qui *ex post*, ont eu un impact sur la concurrence dans le marché intérieur, ont échappé à tout examen tant de la Commission que des États membres. Pourquoi ? Parce que les chiffres d'affaires des entreprises en question n'atteignaient ni nos seuils, ni ceux des États membres alors même que l'opération affectait négativement la concurrence dans le marché.

On voit bien que, et c'est d'ailleurs ce que nous dit les résultats de notre évaluation, il y a beaucoup d'inconvénients à introduire des seuils complémentaires plus bas ou sur base de la valeur des transactions. Cela introduirait énormément de complexité. Angélique a parlé de complexité, là, pour le coup on y serait, au risque d'avoir examiné de nombreuses affaires non pertinentes quel que soit le seuil choisi, et ça aussi ça constituerait un fardeau pour les entreprises comme pour les services de la Commission en charge du contrôle des concentrations. Par ailleurs, certaines transactions avec des valeurs importantes n'ont aucune pertinence du point de vue concurrentiel, et à l'inverse, il existe des opérations d'une valeur transactionnelle très faible qui peuvent affecter la concurrence de manière significative. Les GAFAM en particulier, puisque j'ai parlé de digital, ne semble pas acquérir beaucoup d'entreprises pour des valeurs très importantes. Bien sûr, nous avons des précédents comme Facebook/WhatsApp, mais à côté de ça il y a énormément d'affaires de transactions au moins aussi importantes pour la concurrence et d'une valeur beaucoup moindre. Alors, face à ce constat, nous avons constaté que nous pouvons adapter notre pratique, ajuster notre pratique, en ce qui concerne les renvois, afin de pouvoir examiner les concentrations potentiellement anti-concurrentielles impliquant des entreprises à faible chiffre d'affaires que les autorités nationales aient, ou non, la compétence d'examiner ces concentrations elles-mêmes. Comme je vous le disais au début de ces remarques, ce n'est pas nouveau, et en réalité cela ressort clairement des travaux préparatoires à l'adoption du Règlement Concentration en 1989, et la Commission l'avait déjà formellement affirmé il y a quelques années.

Enfin, à quelques reprises dans le passé grâce au système de ce renvoi, nous avons pu examiner certaines concentrations renvoyées par les autorités nationales dans le cadre soit de l'article 4 paragraphe 5, soit de l'article 22 ; et Anne en a parlé, j'ai pu suivre malheureusement que la fin de son intervention, et ces renvois, évidemment, sont un excellent moyen pour la Commission d'examiner les affaires, qui, sans tomber sous les seuils de l'article 1er du règlement, peuvent avoir un impact dans le marché intérieur. Mais on a constaté que la pratique actuelle de l'article 22, dont nous avons nous-mêmes, la Commission, par nos recommandations, limité le champ d'application, a un inconvénient majeur qui est que de très nombreuses opérations qui tombent sous les seuils ont ou sont susceptibles d'avoir un impact sur la concurrence dans le marché intérieur.

Et, je fais une remarque additionnelle pour vous dire qu'un certain nombre de ces opérations qui échappent à tout contrôle en Europe sont contrôlées par nos amis américains par exemple. En ce moment, un exemple de cela existe dans le secteur digital. Donc voilà où on en est : ces dernières années, les évolutions du marché ont conduit à une augmentation progressive des concentrations qui impliquent des entreprises qui peuvent devenir des acteurs compétitifs de taille sur les marchés en cause, mais qui génèrent en réalité assez peu de chiffre d'affaires. Ce n'est pas seulement le cas dans la Pharma, c'est

aussi le cas dans tous les marchés dits à prescription, pensez aux agences de notation par exemple, et puis c'est évidemment le cas, encore une fois, dans le digital. C'est le cas d'une manière générale dans beaucoup de marchés où l'innovation est un paramètre important et où effectivement le *business model* d'Angélique qui a fait référence des innovateurs, peut-être de se faire racheter rapidement, et l'intérêt, et on l'a vu dans le passé, des acteurs en place peut être de procéder à ces rachats pour ne pas exploiter ces innovations et protéger leurs positions acquises toujours formidablement et massivement favorables à l'innovation. Cela génère aussi un certain nombre d'effets indésirables en fonction des incitations des acteurs en cause.

Alors, dans ce contexte-là, comme l'avait annoncé la vice-présidente exécutive Margrethe Vestager, nous souhaitons renforcer l'application de l'article 22 et je dirai simplement abandonner la recommandation que nous avons faite, et revenir à l'origine puisque, comme vous le savez, l'article 22 a été créé pour que les États membres qui n'avaient pas compétence puissent demander à la Commission de se saisir d'une affaire de concentration. Alors, quels sont nos objectifs ? J'ai commencé à l'expliquer : l'objectif principal de cette nouvelle approche est de remédier à l'un des problèmes qu'on a identifié au cours de l'évaluation, c'est-à-dire que la Commission doit être en mesure d'examiner les quelques transactions transfrontalières qui pourraient avoir un impact sur la concurrence dans le marché intérieur mais qui échappent à tout contrôle, qu'il soit national ou communautaire. Et ça, une application renforcée de l'article 22, permet de résoudre ce problème. Puisqu'on est dans un séminaire de droit, faisons un petit rappel : l'article de 22 paragraphe 1 du règlement nous dit qu'un ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration tel que définie à l'article 3 qui n'a pas de dimension communautaire mais qui affecte le commerce. Pas de règles de compétence nationale dans cet article. L'article 22 paragraphe 1 établit donc ces trois conditions juridiques pour les demandes de renvoi : (i) l'opération doit être une concentration, (ii) l'opération de concentration doit affecter le commerce, cela renvoie au principe général du règlement ; et puis, (iii) l'opération doit menacer d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui font la demande article 22.

Donc contrairement aux seuils objectifs fondés sur les chiffres d'affaires énoncés à l'article 1er, l'article 22 introduit une condition qualitative et c'est son intérêt lié aux effets potentiels de la concentration en cause. Le paragraphe 2, 2ème tiret de l'article 22, lui, dispose que tout autre État membre a le droit de se joindre à la demande initiale dans un délai de 15 jours ouvrables après avoir été informé par la Commission de cette demande initiale.

L'article 22 énumère de manière exhaustive les conditions juridiques que ces demandes de renvoi doivent remplir en termes de type de transactions, en termes de lien local à la fois avec le ou les États membres de renvoi avec le marché intérieur et puis avec les effets potentiels de l'opération. Mais ce qui est certain c'est que l'article 22, à aucun moment, n'exige que l'État membre de renvoi soit compétent pour revoir l'opération de concentration au titre de son droit national. Et, non seulement cela s'explique par les travaux préparatoires et les débats au Conseil, qui montrent clairement que c'était l'intention du législateur, mais ça contraste aussi manifestement avec l'approche suivie par le législateur en 2004, par exemple, lorsqu'il a établi la possibilité pour les parties de la concentration de demander le renvoi de leur opération à la Commission avant notification aux autorités nationales compétentes. L'article 4 paragraphe 5 du règlement énonce que les parties notifiantes peuvent demander le renvoi d'une concentration qui n'est pas de dimension européenne et qui est susceptible d'être examinée en vertu du droit national de la concurrence d'au moins 3 États membres. Si les législateurs avaient souhaité soumettre l'article 22 aux mêmes conditions, d'abord, cela aurait rendu éventuellement redondant l'article 4 paragraphe 5 et puis deuxièmement ils avaient tout le loisir de le faire en 2004. Et donc, on voit bien que lorsqu'il y a une exigence juridique que l'opération relève explicitement de la compétence

d'un ou plusieurs États membres, c'est expressément indiqué dans le règlement. Et puis l'article 22 reconnaît, à la fois explicitement et implicitement, qu'une demande de renvoi peut provenir d'un État membre où la notification de la concentration n'était pas requise. Le paragraphe 1, deuxième tiret, dispose qu'une telle demande doit être présentée au plus tard dans un délai de 15 jours ouvrables à compter de la date de notification de la concentration, où, et là j'insiste, si aucune notification n'est requise à compter de sa communication à l'État Membre intéressé. Donc ce n'est pas seulement implicite, pas seulement par référence aux travaux préparatoires, c'est *expressis verbis* dans l'article 2 paragraphe 1 deuxième tiret, qu'il est reconnu qu'un État membre dans lequel aucune notification n'est requise peut renvoyer, en vertu de l'article 22, une affaire à la Commission.

L'article 22 paragraphe 4, quant à lui, dispose qu'une obligation de suspension est applicable pour autant que la concentration n'ait pas été réalisée à la date à laquelle la Commission informe les entreprises concernées qu'une demande ait été déposée ; et logiquement, cet article 22 paragraphe 4, il n'est pertinent que si l'opération était légalement mise en œuvre à ce moment-là, et ça présuppose donc que l'opération de concentration n'était pas soumise à une obligation de notification préalable dans un État membre.

Donc, toutes ces considérations ont pour objectif, cher Étienne, de vous montrer que la Commission n'a pas changé l'interprétation, la Commission a modifié sa recommandation et ça c'est une donnée importante. Et d'ailleurs pour être honnête, les termes mêmes de l'article 22 comme les travaux préparatoires, laissent assez peu de place à une autre interprétation. C'est la raison pour laquelle la Commission avait formulé une recommandation, et pas une interprétation de l'article 22. Vous ne trouverez de communication interprétative de l'article 22 nulle part depuis que le Règlement concentration est en vigueur. Et encore une fois, nous estimons que la clarification que nous apportons aujourd'hui en abandonnant cette recommandation n'oblige pas les États membres à renvoyer des opérations en-dessous de leur seuil et elle cesse de leur recommander de ne pas le faire. C'est la seule différence : une possibilité qu'ils ont, qu'ils avaient et à notre sens qu'ils ont toujours eu.

Alors quelles sont les opérations que nous visons en priorité ? Évidemment en priorité on doit viser les transactions qui ont échappé au contrôle de la Commission et des autorités nationales et qui sont susceptibles de générer des problèmes de concurrence. Alors évidemment on pense aux opérations qui incluent des *start-ups* à fort potentiel concurrentiel qui ne génèrent pas encore de revenus importants, donc souvent n'ont même aucun chiffre d'affaires. Il ne s'agit pas, j'ai parlé des agences de notation, au passage vous avez peut-être remarqué qu'au cours des 20 dernières années chaque fois qu'une agence de notation de petite taille s'approche un peu de la taille moyenne, une des trois grandes la rachète et ça ne tombe jamais dans aucun seuil. Est-ce que ça n'a aucun impact sur les marchés sur lesquels ces agences notent ? Je ne suis pas convaincu de cela, en tout cas pour un certain nombre de ces transactions. On ne vise pas un secteur en particulier, ce qui est certain c'est qu'il y a des secteurs dans lesquels ça va se rencontrer plus souvent, mais en réalité c'est susceptible de se rencontrer dans l'ensemble de l'économie et en particulier partout où il y a des marchés à prescription, c'est-à-dire où le pouvoir de marché ne dépend pas du chiffre d'affaires.

Bien sûr ce ne sera pas non plus du jour au lendemain, et je suis certain que je ne peux pas répondre à la moitié des questions que se posent Angélique parce que maintenant j'espère qu'on va développer une pratique avec nos collègues et amis des autorités nationales. Et, comme moi j'ai eu la chance au début du Règlement en concentrations, on se posait plein de questions qu'on ne se pose plus. C'est le lot des premiers quand on est pionnier, il faut défricher le terrain et là il y a eu certain nombre de choses à défricher, on le fera avec des entreprises, et oui, cela veut dire que les entreprises devront probablement prendre langue avec les collègues des autorités nationales pour expliquer pourquoi dans la mesure où elles ont le moindre doute, leur opération ne devrait pas faire l'objet d'un renvoi article 22 en dessous des seuils d'examen nationaux.

Je pense que ça va grandement améliorer la transparence du marché, et ne vous y trompez pas, encore une fois, dans les cas qui sont quand même assez fréquents dans lesquels ces opérations sont notifiées à des juridictions extra-communautaires, de toute façon, je vais vous donner une grande nouvelle, on se parle entre nous, et donc on le sait. Même si on n'a pas d'informations confidentielles par définition, on sait où en est la procédure chez nos collègues notamment outre Atlantique, et on sait s'ils ont des doutes ou s'ils n'en ont pas, même s'ils ne donnent pas d'informations confidentielles.

Alors, quelles modalités pratiques ? Comment les entreprises doivent-elles se préparer ? Le premier stade ça va être, cette fois ci par contre, d'adopter une communication pour la première fois ; elle sera, je l'espère, adoptée dans les tous prochains jours ou semaines et puis à partir de ce moment-là, collectivement à Bruxelles, comme dans les États membres, d'être à l'écoute des entreprises. Nous avons une longue tradition d'ouverture, de contacts informels à tout moment, afin de savoir si l'opération en cause pourrait éventuellement faire l'objet d'un renvoi en vertu de l'article 22 en dessous des seuils d'examen nationaux, et d'ailleurs, un certain nombre d'entreprises ont commencé à le faire auprès de nous et auprès de nos collègues des États membres.

Angélique a également mentionné les délais, et là aussi on devra développer notre pratique. Il ne s'agit pas de pouvoir revoir des concentrations *ex-post* de manière indéfinie, il faudra trouver un bon équilibre. Je l'ai dit, pour moi, pour une large part, cette communication va clarifier les choses et va lever un certain nombre d'incertitudes pour les entreprises qui étaient liées au fait qu'une recommandation n'a aucune valeur. Donc tout devra être question d'équilibre, et tout devra être question de proportionnalité et ça va se développer progressivement dans la pratique des États membres, la pratique de la Commission. On va gérer ça collectivement de manière j'espère aussi harmonieuse que possible au sein de l'ECN. Un certain nombre d'éléments pourra être pris en compte pour évaluer l'intérêt à agir de la Commission, l'ampleur des problèmes potentiels sur la concurrence, si l'opération a déjà été conclue, si d'autres autorités de concurrence ont déjà autorisé l'opération de concentration ou encore combien de temps s'est écoulé depuis la conclusion de la vente. Donc, au cas par cas, et j'imagine en fonction encore d'autres éléments, nous devons progressivement forger une pratique décisionnelle. Voilà ce que je voulais vous dire par voie de remarques liminaires.

### **Isabelle de Silva**

Alors peut-être, si Étienne m'y autorise, quelques réactions pour remercier Olivier avant de redonner la parole à Angélique et à Anne pour avoir leurs réactions.

C'est important de savoir que la Commission européenne va présenter des lignes directrices prochainement comme cela vient de nous être annoncé sur ces différents points. Alors il y avait, avant qu'Olivier n'arrive à me demander si la nouvelle approche était une révolution et pouvaient avoir l'impression que nous n'avions pas présenté cette évolution à sa juste mesure, nous sommes convaincus que c'est une évolution importante dans la pratique et que l'un de ses grands avantages par rapport à d'autres options c'est qu'elle soit ciblée parce que la Commission Européenne, et nous-mêmes au niveau national, nous avons écarté l'option des seuils de transactions. C'est vraiment quand toutes les raisons qu'a indiquées Olivier, c'est à dire avoir toute une série d'opérations qui remonte mais qui n'ont pas vraiment d'enjeu concurrentiel, et ça c'est vraiment ce qu'on veut éviter avant tout ; c'est à dire créer de la formalité administrative inutile alors qu'on a des moyens limités et le bilan provisoire de l'application des seuils de transactions en Allemagne et en Autriche, alors les autorités auront à dire si elles ont attrapé des opérations intéressantes, mais c'est en tout cas que ça crée une grande lourdeur supplémentaires dans le contrôle des concentrations. Donc ça c'était un point important. Je voulais aussi peut-être aller dans le même sens de ce que disait Olivier sur le fait que l'article 22 a toujours été là et son interprétation juridique.

Je pourrais aussi mentionner la décision TDF/Itas de janvier 2020 dans laquelle l'Autorité, à propos d'une opération de concentration qui était critiquée comme pouvant constituer un abus, avait rappelé que cette opération, sous les seuils, aurait pu être renvoyée dans le cadre de l'article 22 alors même qu'elle n'était pas soumise à la notification obligatoire en France, mais qu'à l'époque, l'Autorité de la concurrence n'y avait pas procédé.

Nous sommes donc face à un texte qui est là, qui est applicable, et qu'il y a simplement, comme souvent dans le cadre du réseau européen de concurrence, un ajustement des pratiques recommandées ou pas, par les uns et par les autres. Je ne sais pas si j'aurais osé dire comme Olivier que suivre cette nouvelle recommandation renforce encore la sécurité juridique. Mais je prends note de cet argument pour l'utiliser le moment venu.

Je ne sais pas si Étienne veut, de son côté, faire quelques commentaires. Puis nous passerons la parole à Angélique et à Anne pour avoir leur réaction dès à présent.

### **Étienne Chantrel**

Effectivement, je vais reprendre, très rapidement, car nous allons surtout passer la parole à Anne Wachsmann et Angélique De Brousse qui doivent reprendre quelques éléments sur comment cela va modifier la pratique des conseils et des entreprises. Je signale également que nous avons reçu une dizaine de questions. Nous avons prévu un temps pour répondre à la fin aux questions de l'audience ; j'en sélectionnerai quelques-unes en fonction du temps qu'il nous restera.

Je vais donc tout de suite passer la parole à Angélique et Anne, pour vous demander : comment cette approche nouvelle va modifier les choses en pratique ? Nous sommes au début de cette ère, la pratique décisionnelle doit encore se construire. Forcément certaines questions sont encore floues, et ce sera au fil de la pratique adoptée par les autorités nationales et par la Commission qu'elles se résoudront. Mais comment, concrètement, cela change-t-il les choses pour vous, compte tenu des éléments qu'Olivier Guersent vient de signaler sur la manière dont la Commission envisage cette utilisation ?

### **Angélique de Brousse**

Je vais commencer, et évidemment je vous remercie de nous donner l'opportunité de réagir. J'aurais tendance à penser, un peu comme Anne, que l'on parle un peu d'une révolution. Pour placer le débat, je pense qu'il est important de rappeler que la position des entreprises est très différente de celles des autorités.

Les autorités ont pour but de capturer certaines transactions et au final je pense qu'effectivement, je m'entends parfaitement avec Olivier sur ce point, l'idée n'est pas d'aller capturer des centaines d'opérations. Le problème est que, du côté des entreprises, la situation est très différente : n'importe quelle transaction devra finalement faire l'objet d'un examen préliminaire au sein des entreprises en vue d'évaluer le risque de renvoi. Cela aura ensuite un impact sur les conditions de la transaction, les « *condition precedent* » dans les contrats, le timing pour le *closing*, etc. Peut-être qu'Anne voudra revenir sur ces modalités pratiques. Ce que je voudrais dire ici, car il est important de couvrir les questions qui ont été soulevées, c'est que de toute évidence, le choix est fait. Il n'y a pas vraiment d'argumentation maintenant pour les entreprises pour revenir en arrière. Il semble clair que les autorités et la Commission se sont mises d'accord que ce sera la voie pour couvrir cette perception d'« *enforcement gap* ». La question qui se pose désormais : comment rétablir au mieux la sécurité juridique pour les entreprises ? Il y a quatre points, parmi beaucoup d'autres mais je ne soulèverai que ceux-ci.

Du point de vue des entreprises, il faudrait clarifier au mieux comment les autorités vont appliquer les fameux critères de l'article 22, de façon à ce que ce soit facile pour elles d'anticiper si une transaction entre ou n'entre pas dans cette « zone de risque » qui est la zone de renvoi. Donc il est important que ces critères soient clarifiés dans les fameuses *guidelines*, je l'espère, de la Commission. Effectivement il y aura une pratique décisionnelle, mais cela risque de prendre du temps et ne résout pas forcément les questions des entreprises, *a priori*, quand elles sont en train d'examiner une opération. Cela constitue le premier point, et je pense qu'il est important de définir ces critères afin également d'assurer la cohérence dans l'approche des différentes autorités quant à l'application de ces critères. En effet, si vous avez des autorités qui considèrent que toutes les opérations, j'exagère évidemment, sont susceptibles d'affecter la concurrence sur leur territoire, et d'autres non, les entreprises devront faire face à des informations préliminaires si elles souhaitent se prémunir contre ce risque. Et finalement, c'est tout simplement une machine à gaz : une fois que l'on ouvre la porte, que notifie-t-on ? Que donne-t-on comme informations aux autorités pour qu'elles puissent prendre position ? On se retrouve face à une sorte de « pré-pré-notification », avec des éléments qui, quand on parle de produits innovants, ne sont pas forcément à la disposition des entreprises. Il faut également prendre en compte que l'on n'est pas toujours acquéreur, on peut aussi être vendeur. Et en tant que vendeur, on n'a pas toujours idée de ce qui se trouve dans le portefeuille de l'acquéreur, de comment une opération va pouvoir faire l'objet d'un renvoi potentiel... Pour un vendeur, cela peut aussi être très difficile de se prémunir contre ces risques.

Donc le deuxième point, une solution que je pourrais envisager pour essayer de rétablir cette sécurité juridique, ce serait d'avoir un système de coordination. Olivier a précisé que la Commission et les autorités échangent régulièrement dans le cadre de l'ECN. Je sais qu'il y a aussi un mécanisme au sein de l'ECA, qui est d'ailleurs mentionné en *foot note* dans la Communication sur les renvois. Il faudrait donc s'assurer qu'il y ait, par exemple au sein de l'ECA ou de l'ECN, un comité qui permettrait une analyse, de rétablir une sorte de « *one stop shop* », ou un système qui permette à toutes les autorités de se mettre d'accord sur le fait de savoir si l'opération est susceptible de renvoi ou pas. Cela permettrait aux entreprises d'obtenir une forme de confort, sachant qu'elles ont ce dilemme d'aller voir les autorités de leur propre volonté ; si elles doivent aller voir 27 autorités individuellement pour savoir s'il y a un risque de renvoi, cela crée une charge énorme sur les sociétés. Donc la question se pose : y aurait-il un comité au sein de l'ECN ou de l'ECA que l'on puisse aller consulter en tant que société ? Ou alors, pourrait-on directement consulter la Commission européenne pour demander si l'opération en cause est le « type » d'opérations qu'elle serait susceptible d'accepter en cas de renvoi ? Est-ce que la Commission pourrait fournir un confort que l'opération n'est pas de nature à ce que vous la regardiez en détail, de sorte à ce que l'on puisse procéder au *closing* sans qu'il n'y ait cette « épée de Damoclès ».

Le troisième point qu'il faut clarifier, et qu'Olivier a également mentionné, sera celui d'une limite dans le temps dans le cas où l'opération a fait l'objet d'un *closing*. Je vais prendre un exemple assez extrême. Je m'attends à une réaction assez forte de la part des autorités, et je veux bien croire que ce n'est pas le but de cette réforme. Pour ne pas prendre un exemple dans le secteur pharmaceutique, je vais prendre un exemple dans le digital : imaginons une société qui acquiert une technologie qui lui permette au bout de deux ou trois ans de développer un produit qui lui donne un avantage concurrentiel qui lui permettrait, par exemple, d'accumuler de la data à tel point que sa pratique fera l'objet d'une attention de la part de l'Autorité de la concurrence. En admettant que la France, qui est toujours particulièrement active, s'intéresse à cette affaire : l'Autorité envoie un questionnaire préliminaire en vue éventuellement d'ouvrir une procédure « abus de position dominante » (102) en demandant des informations, notamment concernant le fait de savoir si cette technologie a fait l'objet d'une acquisition. Si l'entreprise répond par l'affirmative, l'autorité pourrait-elle, trois-quatre ans plus tard, renvoyer à la Commission européenne ? Celle-ci pourrait donc, trois/quatre ans plus tard, demander une notification, et remédier à

ce problème *via* le système du droit des concentrations : une demande de remèdes, éventuellement une vente des actifs ou de la technologie concernée, et ce des années après l'acquisition.

### **Isabelle de Silva**

Nous allons passer la parole à Olivier, pour qu'il fasse une série de réponses, d'autant que je crois qu'Olivier a une contrainte horaire, puisqu'il doit nous quitter à 12h30. Si Anne est d'accord, nous allons donc demander à Olivier de répondre à cette première série de questions. Donc Olivier la parole est à vous.

### **Olivier Guersent**

Merci beaucoup Isabelle.

Sur ce dernier point il y a évidemment une question de proportionnalité. Tout d'abord, je ne suis pas certain que cela serait compatible avec le délai de 15 jours. Deuxièmement, s'il nous prenait l'idée d'aller demander une notification, et plus encore d'interdire une opération au titre d'effets qui se seraient matérialisés plusieurs années après qu'elle ne se soit produite, je suis à peu près certain que le juge communautaire nous ramènerait à la réalité assez rapidement. Nous devrions donc rester dans le domaine des problèmes qui existent, qui sont susceptibles de se poser : ils sont assez nombreux pour que cela suffise à nous occuper, sans en inventer.

Angélique a dit : « *le choix est fait* », « *il n'y a pas eu de consultation* », etc. Encore une fois, l'interprétation de l'article 22 n'a pas changé. Ce n'est pas seulement une rationalisation *ex post* puisque nous l'avons écrit : la Commission a toujours pensé que les États membres avaient le pouvoir, parce que c'est la *ratio legis* de l'article 22, de demander à la Commission de se saisir d'une affaire alors même qu'ils n'ont pas de compétence. Alors, je sais que vous allez me dire que cela a été mis à la demande des Hollandais avec l'appui d'autres États membres à l'époque où ils n'avaient pas de droit de la concurrence, et maintenant ils en ont un. C'est tout à fait exact ! Nous avons fait deux révisions du Règlement depuis, les deux fois à une époque où tous les États membres, sauf le Luxembourg, avaient un contrôle des opérations de concentration avec notification préalable. Et les deux fois, les États membres n'ont pas jugé utile de modifier l'article 22 : il doit quand même y avoir une raison... Et donc, je reviens sur ce point car c'est important, ce que nous avons fait, ce n'est pas de changer l'interprétation, car il n'y a qu'une interprétation possible. Nous avons décidé de cesser de recommander aux États membres de ne pas utiliser cette possibilité. Nous n'avons pas consulté largement lorsque nous avons fait la première recommandation, et nous n'avons pas à consulter largement non plus lorsque nous avons décidé de l'abandonner. Simplement, la commissaire l'a annoncé assez longtemps à l'avance. Elle l'avait annoncé il y a 6 mois, et il n'y a toujours pas de communication interprétative.

Cela m'amène à un point évoqué par Jacques-Philippe sur le *chat*, qui est le suivant : « *vous allez vous saisir d'une opération avant même d'avoir publié une communication interprétative : est-ce que vous n'enfreignez pas la confiance légitime ?* ». À mon sens, absolument pas, et ce pour tout un tas de raisons, dont au moins une : l'opération en question a été finalisée après que la commissaire ait annoncé que la Commission a l'intention de changer sa recommandation. Par conséquent, il n'y a eu aucune confiance légitime. D'ailleurs, il n'y en avait déjà pas avant, car ce n'était qu'une recommandation, et par définition les États membres peuvent s'en affranchir. Et il y a encore moins de confiance légitime après, car nous avons annoncé que nous décidions de l'abandonner. Par conséquent, Jacques-Philippe, je sais que ce cas est cher à tes yeux, mais je crains que ce moyen ne soit pas acceptable pour nous. Ceci dit, un jour ou l'autre, les parties attaqueront devant les tribunaux européens un renvoi de l'article 22 sous les seuils nationaux, et le juge communautaire aura à cette occasion tout le loisir de préciser sa pensée sur la question.

En ce qui concerne le point de l'information dont doit disposer l'État membre pour pouvoir formuler la demande, qui est un point important mentionné par Angélique, cela va s'affiner avec la pratique, mais *a minima*, si le système juridique de l'article 22 a une cohérence, ce que je crois, nous pouvons penser, dans une interprétation pas trop conservatrice du droit, que les informations contenues dans l'invitation envoyée aux États membres en application de l'article 22 paragraphe 5 constitue un bon *benchmark* des informations minimales nécessaires. Nous sommes sûrs que ces informations seront au-dessus du minimum nécessaire pour que l'État membre se prononce puisque c'est sur la base de ces informations là que la Commission demande aux États membres de prendre une position.

Je crois que j'ai fait le tour des questions, du moins je l'espère vraiment.

### **Étienne Chantrel**

Absolument ! Donc ce que je propose maintenant, c'est de redonner la parole à Anne Wachsmann qui a, elle aussi, deux/trois questions et j'y ajouterai une sélection de deux/trois questions reçues par différents canaux. Vous avez déjà répondu à une question que nous avons reçue de la part de Jacques-Philippe Gunther. Nous allons en prendre quelques autres.

### **Isabelle de Silva**

Avant de passer la parole à Anne, je souhaiterais faire un point sur les demandes de confort, car Angélique avait demandé : « que doit faire une entreprise ? », aller se signaler auprès des autorités nationales de concurrence au risque d'attirer son attention sur une opération, ou bien s'adresser à la Commission, ou bien encore à une sorte de comité issu du Réseau européen de concurrence qui serait une sorte de « *one stop shop* » ?

Cela fait partie des points qu'il faudra affiner au-delà des lignes directrices. Clairement, un dispositif aura vocation à se mettre en place. Au-delà du travail d'analyse que doit faire chaque entreprise pour savoir si elle est en risque, je pense qu'elle ne devra s'approcher de la Commission que si elle rentre déjà dans la « *check list* » qui ressortira des lignes directrices, par exemple, une entreprise dominante qui rachète l'un de ses derniers concurrents. L'idée étant, à la fois dans les lignes directrices de la Commission et dans les indications données par les autorités nationales de concurrence en fonction de leurs priorités propres, de définir certaines catégories considérées comme « sensibles ». Après, pour pouvoir répondre à une demande de confort, il faudra qu'*a priori* l'entreprise soit dans une de ces catégories sensibles. Il n'est pas question de donner un brevet du fait que nous n'appliquerons pas la procédure si nous sommes complètement hors des cas de figure couverts par la procédure.

Anne, excusez-moi, la parole est à vous.

### **Anne Wachsmann**

Je vous en prie, ce point est très important. La question est notamment de savoir comment faire courir ce délai de 15 jours, et comment le clôturer ?

Quelques remarques très rapides : il va falloir s'adapter contractuellement à cette nouvelle donne. Les conditions suspensives dans les contrats ou les « *SPA* » vont devoir être modifiées. Pour mémoire, l'article 22 figurait toujours en bonne place dans ces conditions suspensives. Mais il s'agissait de l'article 22 dans la situation où les seuils étaient remplis dans l'État membre, à la différence du nouvel article 22. Une condition suspensive a vocation à être levée : l'évènement par lequel une entreprise va pouvoir faire courir le délai de 15 jours dans une situation où elle estime qu'il y a un risque d'article 22 reste à définir. C'est un élément essentiel dans les transactions pour pouvoir mettre en œuvre les *closing*. Il y a donc un impact sur les conditions suspensives, et il y a également un impact sur la notion de date limite

pour laquelle une transaction peut être mise en œuvre : les « *long stop date* » devront également être adaptés, parce qu'il va falloir prendre en compte un risque éventuel de renvoi « *article 22* » en dessous des seuils.

Voilà, j'aurais été très rapide. Je pense qu'il y a pas mal de choses à prendre, une fois n'est pas coutume, auprès de nos amis britanniques, et notamment auprès du régime de la CMA. Je ne dis pas cela car je suis dans un cabinet anglais, mais comme vous le savez, en Angleterre, le régime est volontaire : cela signifie que les entreprises font une auto-évaluation et décident de notifier ou pas, et la CMA a la possibilité de faire une évocation des cas qui n'ont pas été notifiés, un « *call-in* ».

Concernant le délai de quinze jours, il va falloir s'adapter contractuellement, ce qui induit que les conditions suspensives dans les contrats et SPA vont être modifiées. L'idée est d'établir une date limite à laquelle la transaction pourrait être mise en œuvre et ne saurait être remise en cause.

À ce propos, l'exemple du régime britannique de la CMA pourrait être intéressant. Il s'agit en effet d'une procédure volontaire impliquant que les entreprises procèdent à une auto évaluation et décident de notifier ou non. Dans ces cas, la CMA a la possibilité de mettre en œuvre un « *call-in* » qui consiste à évoquer des affaires non notifiées, procédure similaire à l'article 22. Ce régime britannique prévoit également une série de mécanismes dérogatoires, y compris des injonctions de défaire en cas de réalisation du *closing*.

Il y aurait un intérêt à développer des procédures de demandes de confort, car la difficulté ne réside pas dans le fait d'aller voir seulement l'autorité de la concurrence nationale, mais toutes les autres autorités nationales de concurrence. Ainsi, c'est un régime double qui se met en place, prévoyant d'une part un contrôle obligatoire lorsque les seuils nationaux et européens sont atteints, et d'autre part un système conduisant à une notification volontaire lorsque les entreprises se situent en-dessous des seuils et qu'elles évaluent elles-mêmes les risques et décident de communiquer ou non aux autorités nationales ou à la Commission européenne. C'est donc ce passage à un régime de volontariat qui constitue une véritable révolution. Ce type de régime était en vigueur il y a très longtemps, avant 2001.

Il est donc important de nommer les choses correctement et avec précision et d'intégrer dans le vocabulaire des autorités nationales de concurrence ce terme de « *volontariat* ».

### **Questions posées à propos de la future Communication interprétative de la Commission européenne et réponses d'Olivier Guersent :**

1. *Est-il prévu de cibler des secteurs ou des conditions objectives, de type parts de marché, nombre de concurrents, etc. ?*

Les entreprises qui souhaitent se prémunir ont intérêt à faire une communication auprès des autorités nationales. En effet, l'article 22 prévoit un délai 15 jours ouvrables après la communication des entreprises aux autorités pour affirmer leur position quant à l'opération envisagée. Il y a donc une forte incitation pour les entreprises à former de manière succincte et transparente une information aux autorités de régulation, à l'exception des situations ne présentant aucun doute.

2. *Une consultation publique est-elle prévue pour cette Communication de la Commission européenne ?*

Il n'appartient pas au directeur général de la concurrence de décider de faire ou non une communication, cette décision relève du collège des commissaires. Cependant, cette option n'est pas envisagée pour le

moment puisque cette communication sera amenée à être révisée très rapidement après avoir tiré les premières conclusions de sa mise en œuvre, comme cela s'est produit lors du règlement concentrations.

En effet, au moment de l'adoption du règlement, il n'y avait pas de pratique décisionnelle et les autorités avaient été conduites à fixer comme cadre réglementaire ce qui semblait être le plus raisonnable. Ce cadre a ensuite été révisé rapidement après l'apparition des premières décisions du Conseil de la concurrence.

L'objectif ici est donc de fixer un cadre le plus transparent possible et permettant une collaboration intensive entre les autorités nationales des États membres.

3. *Comment a-t-on prévu de gérer des procédures parallèles si la Commission européenne accepte un renvoi mais que d'autres États membres ne se sont pas joints et sont compétents pour examiner le dossier au niveau national ?*

Il n'y a pas de véritable réponse à cette question pour le moment. Il ne serait pas envisageable d'invoquer la primauté du droit de l'Union européenne.

La situation la plus probable aujourd'hui est donc celle de la coexistence d'un examen par la Commission européenne et d'un examen national par l'autorité nationale de concurrence. Cette situation nécessiterait donc une coordination mais n'apparaîtrait pas si différente des situations dans lesquelles plusieurs autorités de la concurrence sont saisies et qu'il n'y a pas de renvoi à la Commission européenne.

Enfin, il est évident que notre système français a beaucoup à apprendre de la pratique de la CMA, qui n'est cependant pas analogue à notre article 22 puisque notre système ne relève pas d'une notification volontaire mais plutôt d'un système dans lequel les autorités de concurrence estimant qu'il y a une éventuelle atteinte à la concurrence ont la capacité de demander à la Commission européenne de se saisir du dossier. Il en va de même des entreprises et d'autres parties prenantes qui peuvent venir signaler une opération à l'autorité nationale de régulation.

Ainsi, la charge reposant sur les entreprises n'apparaît pas insurmontable et pour un grand nombre de transactions, il s'agira simplement d'une action commune de la part des entreprises qui devront formuler une information succincte à propos de leur opération auprès de l'Autorité de la concurrence et qui auront une réponse dans le délai des quinze jours ouvrés, au plus tard.

En conclusion, il s'agit du début d'une belle aventure, à la Commission européenne comme à l'Autorité de la concurrence. Les autorités sont déterminées à rassurer les entreprises et convaincues qu'il existe un véritable besoin et une nécessité d'aller regarder de plus près certaines opérations, telle que l'opération Facebook/Whatsapp.

### **Propos conclusifs d'Étienne Chantrel**

Pour conclure, et comme il a déjà été dit publiquement, l'Autorité de la concurrence accueille avec beaucoup d'intérêt la fin de cette recommandation à l'encontre de la mise en œuvre de l'article 22.

Par ailleurs, une veille interne a été mise en place afin de pouvoir proposer rapidement des premiers cas à la Commission européenne, même si cette dernière a également de son côté le pouvoir d'inviter les États membres

Ainsi, lorsque l'on évoque les opérations potentiellement visées par l'article 22, il y aura d'une part, celles que la Commission européenne a ciblées, et d'autre part, celles relevées par les autorités nationales

de concurrence. On peut néanmoins espérer que ces catégories se recoupent et soient à peu près les mêmes.

Nous remercions infiniment nos intervenants pour ce débat extrêmement riche et vivant.

### **Mot de la fin d'Olivier Guersent**

Il est important de souligner que la Commission européenne a envisagé toutes les autres possibilités, sans exception, et qu'elles étaient toutes beaucoup plus problématiques pour les entreprises.

Bien que cette mise en œuvre de l'article 22 conduit à modifier la préparation des opérations de concentration pour les entreprises, les inquiétudes seront dissipées après une première période d'adaptation, durant laquelle les cabinets d'avocats accompagneront les entreprises pour la formulation de communications succinctes et systématiques concernant des opérations entrant dans les finalités de l'article 22 (en gardant à l'esprit que 95 % des opérations n'ont aucune chance d'être éligibles au mécanisme de renvoi de l'article 22). Pour les 5 à 10 % des cas restants, il n'y en a encore qu'une infime minorité qui sera potentiellement renvoyée à la Commission européenne. Ce système est donc très économique

En conclusion, il ne s'agit que de l'activation d'un dispositif préexistant et qui a toujours été présent dans les textes en vigueur. Les autorités veilleront à faire en sorte que ce renvoi génère le moins de travail et de charge supplémentaire dans le chef des entreprises.

---