

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 évènements 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.

* * *