

**Philippe CORRUBLE**

Professeur de Droit, HDR  
EM Normandie

# **Le contrôle européen des concentrations à l'épreuve de l'Economie numérique**

## **Résumé :**

Le règlement européen sur le contrôle des concentrations d'entreprises a créé un cadre structurant le Marché Unique Européen et assuré la sécurité juridique des opérations de fusion-acquisition. Contraintes de notifier les opérations franchissant les seuils européens de chiffre d'affaires, les entreprises ont adapté leurs stratégies d'acquisition en anticipant l'application du règlement dans un dialogue permanent avec la Commission, en amont et en aval de la notification. La multiplication des acquisitions – hors-champ d'application du règlement - de jeunes pousses technologiques par des entreprises puissantes, a amené la Commission à revoir les règles du jeu, bouleversant l'équilibre subtil des rapports entre les entreprises et les Autorités de contrôle.

**Mots clés :** Contrôle des concentrations – Commission européenne – Seuils – Notification – Killer Acquisitions

# **European control of business concentrations to the test of Digital Economy**

## **Abstract:**

The European regulation on the control of business concentrations has created a framework structuring the Single European Market and has ensured the legal security of merger and acquisition operations. As companies are obliged to notify transactions that exceed the European turnover thresholds, they have adapted their acquisition strategies by anticipating the application of the regulation in an ongoing dialogue with the Commission, both before and after notification. The increasing number of acquisitions - outside the scope of the regulation - of technology start-ups by powerful companies has led the Commission to review the rules of the game, upsetting the subtle balance of relations between companies and the regulatory authorities.

**Keywords:** Control of mergers and Acquisitions- European Commission- Thresholds- Notification- Killer Acquisitions

## Introduction

Marqueur d'une intégration avancée des Economies des Etats membres de l'Union Européenne (UE) et d'une volonté politique européenne, le contrôle européen des fusions-acquisitions d'entreprises contribue à structurer le Marché unique européen. Le règlement sur les concentrations d'entreprises (ci-après le règlement)<sup>1</sup> donne compétence – situation unique au monde - à une autorité supranationale, la Commission européenne, pour autoriser les opérations de fusions-acquisitions franchissant les seuils européens. Ses décisions ont un effet contraignant dans l'ensemble de l'UE et les 3 Etats de l'Espace Economique Européen.<sup>2</sup> Ce transfert de souveraineté dans un domaine sensible est intervenu<sup>3</sup> au terme de longues années de discussions au Conseil, qui réunissait alors douze Etats ne partageant pas nécessairement la même philosophie en la matière. Ils ont donc veillé à être étroitement associés au processus de décision mis en œuvre par la Commission, comme à préserver leur propre compétence en appliquant leur droit national dans certains dossiers les concernant spécifiquement. Les entreprises, en particulier les plus grandes et parmi elles, les plus internationalisées, étaient favorables au texte. En effet, le règlement leur permet de notifier les opérations franchissant les seuils à une seule autorité en Europe. La décision de la Commission, positive ou négative, revêt un caractère obligatoire : aucune autorité étatique n'est susceptible de la remettre en cause. Enfin, les délais d'examen intègrent les contraintes de temps des entreprises dans ces opérations sensibles, avec une procédure de vingt-cinq jours ouvrables pour les dossiers les plus simples.

Plus de trente ans après le début de la mise en œuvre du règlement, le constat s'impose d'une large application. Près de 8 500 projets de concentration ont été adressés à la Commission, avec une moyenne annuelle comprise entre 300 et 400 dossiers ces dernières années. Par contraste, le nombre d'interdictions prononcées par la Commission pourrait surprendre : seulement 31 opérations ont été interdites. Un observateur peu averti pourrait mettre en doute l'utilité du règlement, dénoncer son formalisme inutile et coûteux, voire accuser la Commission de laxisme. Cette vision simpliste ne saurait prospérer. L'étude des statistiques publiées par la Commission<sup>4</sup> révèle un subtil équilibre entre liberté des entreprises dans leur stratégie de croissance externe, intérêt des Etats et exigences du Droit européen de la concurrence. Entreprises et Autorités se sont progressivement appropriées un règlement complexe, amendé à diverses reprises, organisant un trilogue entre entreprises, Etats et Commission. Il en est résulté un cadre réglementaire homogène et prévisible, garantissant la sécurité juridique des opérations de fusion-acquisition dans l'EEE. Le présent article examine, à la lumière des statistiques publiées par la Commission, les interactions entre entreprises, Autorités Nationales de Concurrence (ANC) et Commission dans son application.

---

<sup>1</sup> Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

<sup>2</sup> L'**Espace économique européen (EEE)** regroupe l'ensemble des pays européens dans lesquels les dispositions de l'Union européenne (UE) en matière de marché intérieur sont applicables, soit les 27 Etats membres de l'UE + la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein.

<sup>3</sup> Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, entré en vigueur le 21 septembre 1990

<sup>4</sup> Merger cases statistics: <https://ec.europa.eu>. L'étude est basée sur les statistiques couvrant la période du 21 septembre 1990 au 30 avril 2022.

Le règlement organise tout d'abord la distribution des rôles entre les ANC qui appliquent leur droit national et la Commission, qui applique le règlement, ce qui n'est pas sans comporter d'enjeux pour les entreprises concernées (1). L'activation des dispositifs de renvois entre ANC et Commission permet de mesurer comment entreprises, Etats et Commission ont pu influencer sur la désignation des autorités de contrôle (2). L'examen des statistiques révèle aussi le caractère structurant du règlement et une anticipation stratégique des entreprises de leurs rapports avec la Commission (3). Récemment, ce jeu a été ébranlé : les acquisitions de start-ups à fort potentiel, en particulier l'intervention de « *killer-acquisitions* », ont perturbé l'ordonnement du cadre réglementaire. Ces opérations ne franchissant en général pas les seuils en chiffre d'affaires rendant la notification obligatoire, certains Etats ont amendé leur droit national pour pouvoir les contrôler (4). Face à ce phénomène, la Commission a renoncé à réviser le règlement. Se contentant de modifier son interprétation, elle entend désormais contrôler les acquisitions des jeunes pousses technologiques par renvoi d'un Etat membre, même lorsque les seuils de l'ANC de cet Etat ne sont pas franchis. Ce changement apparemment modeste met en péril la sécurité juridique de certaines opérations de concentration, tout comme l'équilibre des rapports entre les entreprises, les ANC et la Commission européenne (5).

## **1. La distribution des rôles entre les Autorités Nationales de Concurrence et la Commission européenne**

Pour les entreprises comme pour leurs conseils, la question de savoir qui, entre la Commission ou une (ou des) ANC, instruira le dossier puis décidera du sort d'un projet de concentration, revêt une grande importance pratique. La notification d'une concentration est d'autant plus complexe qu'elle implique l'intervention de plusieurs autorités de concurrence, dans différents Etats.

Ces cas de multi-notifications posent des problèmes, bien connus des spécialistes (Zivy, 2013) : aux risques d'analyses divergentes, voire de décisions contradictoires prises par diverses Autorités, s'ajoutent les problèmes des délais différents, des langues de travail et bien sûr des spécificités de certaines règles nationales. Il n'est pas rare de devoir notifier une opération internationale devant plus d'une dizaine d'autorités dans le monde (1.1.).

Le règlement - c'est son mérite principal et sa singularité - permet en principe d'échapper à cette difficulté en accédant à un guichet unique, supranational, dès lors que les seuils européens qu'il contient sont franchis. A défaut, l'opération sera examinée par une ou des ANC dont les seuils nationaux seraient atteints, ou exécutée licitement sans contrôle lorsqu'aucun seuil national n'est franchi (1.2.).

### **1.1. Les seuils et l'affectation des opérations de contrôle aux Autorités de concurrence**

Le règlement contient des seuils, dont le franchissement déclenche une notification obligatoire à la Commission, sauf dans l'hypothèse de renvoi vers une ANC, lorsque les conditions en sont réunies.

#### *1.1.1. Les seuils du règlement et la désignation de l'autorité compétente*

Les seuils du règlement-concentration sont exprimés en CA mondial et européen des entreprises concernées.<sup>1</sup> Ce choix de seuils en CA et non en part de marché, n'est pas sans inconvénient, puisqu'il oblige à notifier des opérations dont l'impact sur la concurrence peut être limité. Il a cependant un mérite pratique : le franchissement est facile à vérifier, ce qui est un facteur de sécurité juridique. Initialement, les seuils ont été fixés respectivement à :

- 5 milliards d'Euros de CA mondial pour l'ensemble des parties ;
- Et au minimum 250 millions d'Euros réalisés individuellement par deux entreprises dans l'Espace économique européen.

Cependant, quand les entreprises réalisant plus des deux tiers de leur CA européen à l'intérieur d'un seul et même Etat membre, l'opération relève de l'ANC (et du droit) de cet Etat.

Doté d'un seuil mondial élevé, le règlement vise les opérations les plus importantes. Le seuil européen, qui légitime l'intervention de l'Autorité européenne, doit également être franchi. L'écart entre le seuil mondial et le seuil européen ouvre la possibilité d'une intervention de la Commission, dès que les entreprises (quelle que soit leur nationalité) exercent chacune au minimum un vingtième de leur activité dans l'EEE. Le règlement constitue donc une affirmation voilée de souveraineté de l'UE : la Commission peut intervenir dans les concentrations d'entreprises d'origine extra-européenne.

Très tôt, le désavantage subi par les entreprises dont la taille ne leur permettait pas de bénéficier du guichet unique européen a été mis en évidence : elles étaient exposées aux contraintes de multiples notifications dans l'EEE. Cette situation était d'autant plus pénalisante que ces entreprises devaient supporter des coûts de transaction inversement proportionnels à leurs moyens. Aussi dès 1997, des « petits seuils » ou « seuils complémentaires »<sup>2</sup> furent ajoutés aux seuils initiaux, pour ouvrir plus largement l'accès au guichet unique européen. L'efficacité de

---

<sup>1</sup> Règlement concentrations, art 1.2 a) et b).

<sup>2</sup> Article 1.3. : Une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque: a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros; b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros; c) dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros) ; et d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.

ce dispositif a été discutée : elle a permis à certains dossiers de bénéficier du guichet unique, mais a pu provoquer la notification à la Commission de dossiers qui n'auraient en réalité pas impliqué de multi-notifications dans l'UE. Or, malgré ce changement, des cas de multi-notifications ont persisté dans l'EEE (Zivy, 2013).

La principale explication de ce phénomène tient au fait qu'au moment de l'adoption du règlement, seulement 3 ANC existaient en Europe, contre 14 en 2000 et 27 aujourd'hui dans l'EEE. Le risque de multinotification intra-européenne en a été de facto multiplié, justifiant une réforme plus ambitieuse, adoptée en 2004.

### *1.1.2. Les renvois : première approche*

Les Etats membres peuvent demander le renvoi d'un dossier vers la Commission (renvoi ascendant), ce qui s'est peu produit jusqu'à présent. La réforme du règlement en 2004 a autorisé le renvoi à la Commission d'une opération, à l'initiative des entreprises, avant la phase de notification, lorsque celle-ci impliquerait de notifier devant au moins 3 ANC de l'EEE.<sup>1</sup> Cette procédure a connu un réel succès.

Par ailleurs, même si la Commission est compétente par franchissement des seuils européens, le règlement prévoit des mécanismes de renvoi descendant (partiel ou en totalité) vers une ANC, quand les caractéristiques de certains marchés locaux ou nationaux justifient l'intervention d'une ANC plus à même de les traiter. A l'instar des renvois ascendants, ils sont susceptibles d'intervenir :

- Soit à la demande des entreprises concernées, avant la notification ;
- Soit en cours de procédure, à l'initiative des Etats.

## **1.2. Les enjeux associés à la désignation des Autorités de contrôle**

L'affectation d'une opération à telle ANC ou à la Commission européenne, par le jeu des effets de seuil ou des renvois possibles en application du règlement, n'est pas indifférent. Les ANC exercent leur autorité dans un contexte de proximité et certains Etats autorisent le pouvoir politique à infléchir la décision de l'ANC, pour des motifs d'intérêt général.

### *1.2.1. Le contrôle exercé par les Autorités Nationales de Concurrence*

La compétence d'une ANC impliquera une attention particulière aux incidences de l'opération de concentration sur un marché national ou local, avec une expertise renforcée.

La compétence d'une ANC génère en outre l'application des règles du droit national de la concurrence. Si le rapprochement des législations et des pratiques administratives constitue une réalité dans l'UE, il demeure que certaines ANC peuvent manifester une sensibilité plus aigüe en présence d'un dossier intéressant une problématique locale ou transfrontalière, ou intéressant une entreprise nationale. Par exemple, en cas de risque de déplacement du centre de gravité d'une entreprise vers un groupe étranger, ou encore dans la perspective d'un changement dans

---

<sup>1</sup> Règlement concentration, art 4(5)

la gestion impliquant de possibles licenciements ou le recours à des fournisseurs ou sous-traitants étrangers dans une filière sensible.

Les moyens budgétaires alloués aux ANC par les Etats, très variables, constituent également un élément pouvant exercer une influence indirecte sur la qualification des équipes et la disponibilité pour le traitement d'un dossier.

De plus, les réseaux d'une grande entreprise sont des facteurs susceptibles d'exercer une influence, particulièrement lorsque la décision est prise par l'ANC de son Etat d'origine. Ce facteur n'est pas facilement mesurable, mais la proximité avec l'Administration, l'arrière-plan culturel et social d'un dossier sont moins susceptibles de jouer lorsque la décision est confiée à des équipes plurinationales, comme c'est le cas dans les dossiers traités à Bruxelles. Le refus opposé par la Commission à une demande de renvoi, même justifié par des raisons techniques, a pu parfois s'expliquer aussi par la crainte d'une certaine proximité entre dirigeants d'une grande entreprise nationale et haute fonction publique d'Etat, ou sphère politique.<sup>1</sup> Par exemple, on peut citer les affaires impliquant des entreprises publiques ou ayant l'Etat comme client sur certains marchés, ou des activités caractérisées par un ancrage culturel fort.

### *1.2.2. Interventions politiques dans l'intérêt général*

Il existe en matière de contrôle des concentrations une particularité dans la législation de plusieurs Etats membres. Ainsi, aux termes de l'article L 430-7-1 du Code de commerce, le Ministre de l'Economie peut évoquer une affaire de concentration et statuer sur cette opération « pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération. » A cette occasion, le Ministre pourra prendre en considération des motifs variés tels que le développement industriel, la compétitivité des entreprises, la création ou le maintien de l'emploi. En réalité, la rédaction ouverte du Code de commerce accorde une grande marge d'appréciation au pouvoir politique. On a pu le voir en juin 2018, quand le Ministre de l'Economie décida d'autoriser l'acquisition de sociétés du groupe Agripole malgré la décision de l'Autorité de la concurrence d'imposer des conditions à cette opération<sup>2</sup>.

La réglementation allemande<sup>3</sup> prévoit également la possibilité pour le Ministre de l'Economie d'intervenir, cependant dans un cadre plus strict. Il peut autoriser une opération qui a été interdite par l'Office Fédéral des Cartels. Mais contrairement à son homologue français dans l'exemple ci-dessus, le Ministre allemand ne peut accorder une autorisation simple à une opération qui aurait été autorisée sous condition. Plutôt qu'un pouvoir d'évocation, il s'agit d'une intervention qui ne peut être déclenchée qu'à la sollicitation d'une des entreprises parties à l'opération. On mesure bien, avec cette différence d'approche, les deux sensibilités qui opposent la France et l'Allemagne dans le traitement public des affaires des entreprises. A une

---

<sup>1</sup> Décision de la Commission du 23/07/2003 de refus de renvoi de l'affaire n° COMP/M. 2978 Lagardere / Natexis / VUP aux autorités nationales compétentes de la France, en vertu de l'article 9 du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil.

Également : « Lagardère joue à quitte ou double », Nathalie Silbert, Les Echos, 28 novembre 2003

<sup>2</sup> Communiqué du Ministère de l'Economie et des Finances, Paris, le 19 juillet 2018 N° 602

<sup>3</sup> Loi fédérale contre les restrictions de concurrences (GWB) § 42.

tradition étatique s'oppose une conception libérale de l'Economie, où l'intervention publique doit demeurer exceptionnelle.

Pareilles interventions du pouvoir politique, au demeurant très rares y compris en France, sont impossibles dans les dossiers gérés par la Commission en application du règlement. Certes, la décision est prise formellement par le Collège des Commissaires, mais sur proposition du Commissaire chargé de la concurrence et dans les faits, celle-ci est systématiquement suivie. De plus, un recours contre la décision de la Commission relèverait exclusivement de la Cour de justice de l'Union européenne et ne pourrait être fondé que sur un moyen tiré de la violation du droit européen. De même, aucune autorité administrative ou politique d'un Etat ne saurait remettre en cause la décision adoptée par la Commission, en application du principe de primauté du droit européen. Cette sécurité juridique constitue une garantie d'une exceptionnelle portée géographique pour les entreprises concernées.

## **2. L'activation des dispositifs de renvoi par les entreprises et les Etats**

Les Etats et les entreprises peuvent demander un renvoi ascendant (vers la Commission) (2.2.) ou descendant (vers une ANC) (2.1.) selon des procédures prévues au règlement. L'analyse des statistiques<sup>1</sup> sur l'activation de de ces dispositifs se révèle très instructive sur les relations entre les entreprises et les régulateurs européens et nationaux.

### **2.1. Renvois descendants vers les Autorités Nationales de Concurrence**

Les renvois descendants d'un dossier de concentration franchissant les seuils européens ont lieu, on l'a vu, soit à l'initiative des entreprises concernées avant la notification, soit à la demande des Etats, au cours de l'examen du dossier à Bruxelles.

#### *2.1.1. A l'initiative des entreprises*

Les requêtes à l'initiative des entreprises, en amont de la notification, sont nettement plus nombreuses (207 demandes) que celles en provenance des Etats (130 demandes), ce qui atteste de leur réactivité. Ces nombreuses requêtes confirment que la désignation de l'Autorité en charge du dossier ne leur est pas du tout indifférente. De plus, la possibilité d'effectuer ce renvoi avant que la procédure ait démarré à Bruxelles constitue une opportunité bien plus intéressante que de risquer un renvoi en cours de procédure, déclenchant une rupture de traitement du dossier.

On peut aussi observer que les entreprises, via l'article 4(4) du règlement, ont très majoritairement demandé et obtenu le renvoi complet du dossier vers une ANC (dans 181 dossiers) et un renvoi partiel, plus complexe à gérer par définition et moins intéressant pour elles, dans seulement 19 dossiers.

---

<sup>1</sup> <https://ec.europa.eu> Merger case statistics

### 2.1.2. *A l'initiative des Etats*

Par comparaison, 130 demandes de renvoi ont été émises par les Etats au titre de l'article 9 du règlement. On observe une distribution très différente : 47 renvois partiels sont intervenus et 52 renvois complets. Cette différence constitue une illustration très intéressante des jeux entre entreprises, Commission et ANC des Etats. Alors que les entreprises cherchent avant tout l'interlocuteur unique le plus favorable à leur intérêt avant le début de la procédure, les Etats cherchent à obtenir l'application de leur droit national, fut-ce sur une partie seulement du dossier, avec moins d'égards pour la complexité de traitement qui en résulte pour les entreprises parties à l'opération.

La Commission n'est pas tenue d'accepter les demandes de renvoi, qu'elles proviennent des entreprises via l'article 4(4) ou des Etats via l'article 9 du règlement, lorsqu'elle s'estime mieux placée pour traiter le dossier. On observe qu'elle oppose très rarement un tel refus : 1 seule fois sur 207 demandes des entreprises et 15 fois pour les 130 demandes en provenance des Etats. On peut en déduire que ces demandes sont très largement justifiées par les caractéristiques spécifiques des marchés nationaux ou locaux concernés et que la Commission travaille en confiance avec les ANC.

## **2.2. Renvois ascendants vers la Commission**

Les Etats et, depuis 2004, les entreprises, peuvent solliciter un renvoi ascendant, lorsque les seuils européens ne sont pas franchis. L'analyse des statistiques révèle là également des informations intéressantes.

### 2.2.1. *A l'initiative des entreprises*

Ce sont les renvois ascendants à l'initiative des entreprises, via l'article 4(5) du règlement, qui sont de loin les plus nombreux, avec 415 requêtes en ce sens. Ils concernent nécessairement des opérations qui ne franchissent pas les seuils du règlement européen : la seule condition est que les entreprises soient contraintes de notifier leur opération à au moins 3 ANC, en raison du franchissement des seuils nationaux de ces Etats.

Les entreprises y ont régulièrement recours depuis 2004, année au cours de laquelle cette possibilité a été introduite, afin précisément d'éviter le traitement de la même opération par différentes ANC. Avec une vingtaine de demandes annuelles, la recherche du guichet unique européen par les entreprises, malgré l'absence de franchissement des grands comme des petits seuils du règlement par l'opération, se trouve ainsi largement confirmée.

Comme pour le renvoi descendant, les entreprises sont tenues d'effectuer cette demande de renvoi avant la notification vers une ANC, ce qui correspond à leur intérêt pour les raisons évoquées plus haut.

Il y a lieu de noter que dans cette hypothèse, la Commission doit accepter le renvoi et appliquer le règlement, sauf si l'ANC d'un Etat (au moins) manifeste son désaccord. Manifestement, les Etats ont joué le jeu puisque seulement 7 demandes de renvoi ont été bloquées par l'opposition d'un d'entre eux. A l'arrivée, 97% des demandes de renvoi ascendant des entreprises via

l'article 4(5) ont donné lieu à l'exercice effectif de son pouvoir d'appréciation par la seule Commission.

### 2.2.2. *A l'initiative des Etats*

Le renvoi vers la Commission au moyen de l'article 22 est un mécanisme déclenché par les Etats et non par les entreprises. Ce dispositif a été appelé « clause hollandaise » lors des négociations du Règlement. En effet, les Pays-Bas ne disposaient pas, à ce moment, d'un texte autorisant le contrôle national des concentrations. Avec ce dispositif, il s'agissait initialement de combler un vide : un Etat membre non doté d'une réglementation nationale de contrôle des concentrations pouvait désormais solliciter l'examen, par la Commission, d'un dossier de concentration, dès lors que l'opération, bien que ne franchissant pas les seuils du droit européen, menaçait d'affecter la concurrence sur son territoire.

Le contexte a par la suite considérablement évolué, l'ensemble des Etats membres s'étant dotés de dispositifs de contrôle des concentrations, à l'exception du Luxembourg. Malgré cette généralisation des réglementations nationales, la Commission a continué à recevoir des demandes de renvois en provenance des ANC, lorsque celles-ci estimaient que la Commission était mieux placée pour traiter le dossier.

Avec 43 utilisations de la procédure de l'article 22 du règlement en un peu plus de trente ans, on se situe cependant à un niveau très faible, ce qui est aisément explicable. D'une part, les Etats ont naturellement tendance à solliciter des renvois descendants. D'autre part, avec la généralisation du contrôle de la concentration dans les Etats membres, la Commission a jusqu'à une date récente, par une interprétation de l'article 22, souhaité limiter la possibilité de renvois ascendants aux seuls dossiers pour lesquels l'Etat a compétence en application des seuils définis dans sa propre réglementation.

## **3. Le dialogue entre les entreprises, les Autorités Nationales de Concurrence et la Commission européenne en matière de concentration**

Les données publiées par la Commission renseignent sur l'interaction entre l'Administration européenne, les ANC et les entreprises au cours des différentes phases de traitement des opérations notifiées (3.1.). Ces statistiques doivent aussi être regardées en creux : elles peuvent ne pas révéler certaines pratiques aussi bien de la part de la Commission que des entreprises (3.2.).

Du 21 septembre 1990 au 30 avril 2022, 8 480 notifications de concentration ont été effectuées en application du règlement. En moyenne sur les dix dernières années, on relève entre 300 et 400 notifications à la Commission. Ces données attestent d'une application très fréquente du règlement. L'augmentation sensible du nombre annuel de dossiers s'explique à la fois par les réformes de 1997 et 2004, évoquées ci-dessus et par les élargissements de l'UE à de nouveaux Etats, alors que les seuils en CA n'ont pas été révisés.

### **3.1. Opérations simples donnant lieu à autorisation « rapide » de la Commission**

Sur ces 8 480 opérations, pas moins de 7 549 soit 89%, ont été autorisées sans condition au terme de la phase I d'examen, d'une durée d'au maximum 25 jours ouvrables en principe. L'obligation de notifier peut sembler lourde aux entreprises concernées, mais elle est récompensée par l'effet distributif du règlement : l'opération est autorisée globalement dans les 27 Etats membres et ceux de l'EEE. Les Etats ne peuvent ajouter aucune condition supplémentaire à l'opération au titre de leur droit national de la concurrence.

Parmi ces opérations, 4 373 ont bénéficié d'une procédure dite simplifiée, accessible pour les opérations qui, bien que franchissant les seuils en CA, ne soulèvent aucun problème de concurrence. Il s'agit, par exemple, de dossiers dans lesquels les parties n'exercent pas, ou seulement dans une proportion faible, d'activités sur les mêmes marchés, en amont ou en aval de leurs marchés respectifs.

Les statistiques semblent donc indiquer que la Commission échappe à la critique de « faux négatifs »<sup>1</sup> ou d'une approche abusivement interventionniste sur les dossiers. Il n'en est pas nécessairement de même quant à l'impératif de célérité. En effet, la pratique a généralisé le recours aux pré-notifications, soit la consultation officieuse des services de la Commission, en amont d'une opération, par les entreprises concernées et leurs conseils. Ces échanges permettent d'identifier en amont de la notification les points à clarifier : marchés pertinents, calcul des parts de marché, identification des concurrents actuels et potentiels etc. S'ils sont très utiles en pratique, aucune condition de temps n'intervient à ce stade, le calendrier d'examen ne démarrant que lorsque la notification est effective. Il en résulte que plusieurs semaines ou mois peuvent s'écouler sans que les statistiques officielles ne le révèlent.

Par ailleurs, la Commission maîtrise le déclenchement et même la suspension du chronomètre tout au long de la procédure, par exemple en arrêtant la montre lorsqu'une information requise dans le formulaire de notification est incomplètement produite, selon son appréciation.

### **3.2. L'intervention de la Commission dans les dossiers soulevant des problèmes de concurrence**

Dans les dossiers soulevant de réels problèmes de concurrence, la Commission peut exiger que les entreprises proposent des modifications au projet de départ ou interdire l'opération.

#### *3.2.1. Les rares cas d'interdiction ou d'abandon*

Même si ce sont les décisions les plus commentées, comme lors de l'interdiction de l'acquisition d'Alstom par Siemens en février 2019<sup>2</sup>, la Commission interdit très peu d'opérations : 31 interdictions au total, soit 1 en moyenne par an sur la période d'application du règlement. Néanmoins, ce constat ne saurait à lui seul mettre en doute la justification du

---

<sup>1</sup> On désigne par cette expression l'interdiction (à tort) d'opérations qui ne génèrent pas de réelle atteinte à la concurrence.

<sup>2</sup> Décision Commission, 6 février 2019, M. 8677 Alstom/Siemens

règlement, qui constitue un instrument produisant un effet de dissuasion sur les opérations incompatibles avec le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés.

On le constate avec l'abandon, par les entreprises, en cours de procédure, de 232 opérations notifiées. Ce nombre est en soi peu élevé au regard du nombre de cas notifiés (8 480), mais il représente malgré tout presque 8 fois le nombre des interdictions prononcées. Il est en outre hautement probable que la plupart de ces opérations auraient fait l'objet d'une interdiction ou, a minima, d'une forte intervention.

En regardant plus en détail, on constate que 180 abandons sur 232 sont intervenus au cours de la phase I. Les entreprises concernées ont donc fait le choix de retirer le projet avant la phase II d'approfondissement du dossier, ce qui peut laisser à penser que l'atteinte à la concurrence était difficilement contestable. Une autre explication est possible pour certaines de ces opérations : le temps nécessaire à un examen de phase II étant nettement plus long, des entreprises ont pu renoncer à un projet exigeant une autorisation rapide, alors qu'elles n'étaient pas en mesure de proposer à temps à la Commission des engagements susceptibles d'infléchir son appréciation.

Sans doute ont-elles pris une décision sage, puisque les statistiques nous révèlent que sur les 289 opérations ayant donné lieu à l'ouverture de la phase II, 52 ont été abandonnées avant la fin de la procédure. Au total, le règlement aura donc provoqué, directement ou indirectement, l'arrêt (par abandon ou interdiction) de 263 opérations, soit entre 7 et 8 projets de rapprochement d'entreprises chaque année.

Enfin, les statistiques ne peuvent rendre compte d'un phénomène majeur : les entreprises ont désormais intégré, en amont, l'obstacle règlementaire opposé par le droit de l'Union aux projets de fusions-acquisitions destructrices de concurrence. Si peu d'opérations sont interdites, c'est tout simplement que les entreprises renoncent à leurs projets de rapprochement en amont de la notification. Les conseils des entreprises contribuent à ce phénomène, leur expertise les amenant à inciter leurs clients à abandonner un projet risqué, éventuellement au terme d'une phase informelle de pré-notification concluant à la probabilité d'une interdiction. Ces renoncements n'apparaissent nulle part. Par définition, les effets de la dissuasion sont invisibles.

### *3.2.2. Les décisions d'autorisation conditionnées par des engagements*

485 notifications de concentrations ont donné lieu à une décision d'autorisation conditionnelle. Dans ces nombreux cas, les Parties n'auront donc pu mettre en œuvre leur projet qu'après l'avoir modifié plus ou moins substantiellement, pour obtenir une autorisation. Cette statistique démontre, s'il en était besoin, l'existence d'un espace de négociation entre les entreprises et la Commission européenne.

En effet, c'est aux entreprises de présenter, dans les délais requis, les engagements susceptibles de lever les doutes de la Commission sur le maintien d'une concurrence suffisante au terme de l'opération. C'est encore aux entreprises et à leurs conseils d'identifier les points de difficulté et surtout, les remèdes appropriés pour rétablir la concurrence, sans faire perdre son intérêt économique à l'opération.

En pratique, la négociation de ces engagements implique des échanges intenses entre les services de la Commission, les entreprises et leurs conseils. Le règlement prévoit donc un allongement des délais dans lesquels la Commission doit se prononcer (+ 10 jours ouvrables en phase I et + 25 jours ouvrables en phase II).

L'examen des statistiques révèle une réelle dynamique des entreprises, puisque sur les 485 décisions d'autorisation conditionnelle, 340 ont été adoptées au terme de la phase 1 ; soit dans un délai en principe contenu à 35 jours ouvrables, ce qui, compte tenu des observations ci-dessus, appelle quelques remarques.

Ce délai bref peut contraindre les entreprises à proposer des engagements substantiels, voire au-delà de ce que l'examen approfondi de la phase II aurait in fine requis, pour que la Commission autorise l'opération en phase I. Il s'agit alors d'un choix stratégique pour les Parties :

- Soit, céder davantage – voire accorder une concession majeure au regard du périmètre du projet initial - pour obtenir rapidement une autorisation <sup>1</sup>. Il semble que tel fut le cas, par exemple, dans l'acquisition d'Universal par la Groupe Vivendi, autorisée sous condition en phase I, au prix d'un ensemble d'engagements significatifs tels que la cession de B Sky B et un droit d'accès au catalogue des studios Universal pour les concurrents de Canal Plus ;
- Soit, tenter de conserver un périmètre d'acquisition plus important, si elles pensent pouvoir lever les doutes de la Commission au terme d'un examen approfondi, au cours de la procédure de phase II.

Cette seconde option implique une durée de procédure portée à 90 ou 105 jours ouvrables supplémentaires, selon le moment choisi par les entreprises pour transmettre leur proposition d'engagements.

Une stratégie bien arrêtée à ce sujet est d'autant plus nécessaire que l'entrée en phase II ouvre la voie à une possible interdiction, mais également la forte probabilité qu'in fine l'opération ne soit autorisée, malgré l'ouverture de l'examen approfondi, que sous réserve d'engagements, voire qu'en définitive les Parties abandonnent le projet faute de se mettre d'accord avec la Commission.

En effet, sur les 289 dossiers entrés en phase II, on dénombre en effet :

- 31 interdictions ;
- 52 abandons ;
- 143 autorisations conditionnelles (engagements validés au terme de la phase II) ;
- 63 autorisations (entre ¼ et 1/5<sup>ème</sup> seulement des dossiers en phase II).

---

<sup>1</sup> Décision Commission, 13 octobre 2000 Vivendi/Canal+/Seagram M.2050

## 4. Le contrôle des concentrations bouleversé par l'Economie numérique

Si le règlement concentrations a permis de créer un cadre réglementaire dans l'ensemble de l'EEE, son intervention dépend du franchissement de seuils exprimés en chiffre d'affaires. Il en résulte que des acquisitions de start-ups, éventuellement pour des montants de transaction très élevés, mais caractérisées par une absence ou un faible chiffre d'affaires, peuvent échapper à son application. Il s'agit d'un aspect parmi de nombreux autres de l'impact de l'économie numérique sur le droit de la concurrence (Ancelin, 2021).

### 4.1. Contrôlabilité de l'acquisition des jeunes pousses technologiques

Quelques opérations typiques de cette catégorie ont cependant pu être contrôlées par la Commission, alors que les seuils européens de CA n'étaient pas franchis. Ainsi, grâce au mécanisme de renvoi ascendant de l'article 4(5), étudié plus haut, on peut citer l'affaire Facebook/Whatsapp<sup>1</sup>. En effet, Facebook craignait le déclenchement de l'obligation de notifier l'opération dans au moins 3 Etats membres et une possible mobilisation du réseau de lobbys nationaux d'opérateurs de téléphonie dans certains de ces Etats<sup>2</sup>.

Dans une autre affaire Apple/Shazam,<sup>3</sup> c'est au contraire par une demande de renvoi sur le fondement de l'article 22 (1) de l'Autorité de concurrence de l'Autriche, dont les seuils étaient franchis, à laquelle se sont jointes les ANC de la France, l'Islande, l'Italie, la Norvège, l'Espagne et la Suède, que la Commission a pu connaître de l'affaire.<sup>4</sup> La Commission a jugé qu'elle était l'autorité la mieux placée en Europe pour traiter cette opération, au vu de ses possibles effets transfrontaliers.

Il demeure que la plupart du temps, les start-ups n'ont que peu voire pas de chiffre d'affaires en rapport avec leur potentiel économique et pas ou peu de part de marché. Ce phénomène est apparu d'autant plus cruellement que l'acquisition a pu être le fait, dans certaines opérations, d'un acquéreur puissant voire dominant et pour un montant très élevé. Ainsi, des opérations aussi importantes que Facebook/Instagram, Google/Looker, Amazon/Whole Foods ou Google/Waze ont échappé à tout contrôle par la Commission européenne : le règlement ne s'appliquait tout simplement pas. Cette situation appelait de toute évidence une prise de conscience de la nécessité d'un changement d'approche (Cousin, 2019). Elle fut d'abord le fait de certaines ANC.

---

<sup>1</sup> Décision Commission, 3 oct. 2014, Facebook / WhatsApp. M.7217.

<sup>2</sup> Le Monde, 28 mai 2014 : « Facebook sollicite l'UE pour un examen de son rachat de WhatsApp ».

<sup>3</sup> Décision Commission, 6 sept. 2018 Apple/Shazam. M.8788

<sup>4</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne n° IP/18/664, 06 Février 2018

## 4.2. Adaptation des seuils des Etats membres de l'UE

Les ANC ont réfléchi à la substitution d'un ou plusieurs critères alternatifs à celui du traditionnel seuil en chiffre d'affaires.

Différentes adaptations ont été envisagées (Cremer, Montjoye, Schweitzer, 2019). Des Etats ont déjà adopté des règles spécifiques en ce domaine, soit en retenant des seuils en fonction du montant de la transaction, soit en retenant des seuils spécifiques en CA (Idot, 2018).

### 4.2.1. *Seuils en montant de transaction*

Retenir des seuils fixés en fonction du montant de la transaction constitue une option possible. Notons tout d'abord qu'il s'agit de l'option retenue aux Etats-Unis depuis l'adoption du Hard Scott Rodino Act, en 1976. Les seuils déclenchant l'obligation de notifier l'opération à la Federal Trade Commission sont ainsi fixés pour 2022 à un montant de transaction de 92 millions de dollars, sous réserve de la réunion de certaines conditions de CA ou de montant des actifs, et à 368 millions de dollars, sans autres conditions.

Cette solution présente certains avantages. En premier lieu, la simplicité, puisque le facteur de franchissement du seuil est nécessairement connu des entreprises parties à l'opération, sans qu'il soit besoin de calculer des montants de CA selon les critères géographiques pertinents. En second lieu, ce seuil en montant de transaction, dès lors qu'il n'est pas fixé trop bas, permet de saisir les opérations d'acquisition de cibles fortement valorisées, indépendamment de l'absence ou de la faiblesse du CA. Or, c'est là l'objectif poursuivi : cibler l'acquisition de start-ups fortement valorisées, parce qu'à fort potentiel.

Un seuil en montant de transaction n'est cependant pas sans défaut. Il risque de conduire à la capture d'opérations sans impact réel sur la concurrence, augmentant inutilement la charge des entreprises comme de l'administration. On est donc quasiment obligé de lui adjoindre un seuil additionnel de rattachement à l'Economie nationale, soit un seuil en chiffre d'affaires ou en part de marché.

Un seuil en montant de transaction peut aussi donner lieu à contournement par les Parties à une opération, qui la réaliseraient par étapes successives. Le législateur devra alors prévoir des règles spécifiques pour prévoir ce cas.

Enfin, ce type de seuil ne permet pas de différencier entre les entreprises exerçant dans l'économie numérique et les autres. Il pourra donc conduire à augmenter les cas de notification obligatoire d'opérations sans lien avec l'objectif poursuivi ; ou alors, il conviendra de viser des secteurs spécifiques d'activités ou des caractéristiques d'entreprises spécifiques à l'économie numérique, en plus de fixer un seuil en montant de transaction. La simplicité du seuil en montant de transaction risque donc de se dissoudre avec ces conditions additionnelles.

L'Autriche a été le premier Etat à introduire un seuil en montant de la transaction, en l'espèce 200 millions d'euros. L'Allemagne a rapidement suivi, en retenant un seuil de 400 millions d'euros. Dans les deux cas, la loi prévoit logiquement, à côté de ce seuil en valeur de la transaction, la condition que l'opération concerne des entreprises qui exercent des activités

significatives sur le territoire de l'Etat. Il est à noter cependant que cette notion d'activités significatives est peu explicite. En effet, une entreprise serait susceptible d'avoir des activités significatives en Allemagne, dès lors que la transaction franchirait le seuil de 400 millions d'euros, quand bien même le CA de cette entreprise se situerait en dessous du seuil de 17,5 millions d'euros de CA, prévu par ailleurs comme seuil de contrôlabilité, en règle générale, dans cet Etat.

Les seuils autrichien et allemand ne permettent pas de cibler un secteur d'activité ou une caractéristique particulière des cibles concernés. Il en résulte que le contrôle pourrait s'appliquer, par ce biais, tout autant à d'autres entreprises, sans que leurs chiffres d'affaires ne franchissent les seuils traditionnels.

C'est cependant grâce à cette innovation législative qu'en Allemagne, l'Office Fédéral des Cartels a pu contrôler l'opération Facebook / Whatsapp qui, comme on l'a relevé plus haut, ne relevait pas des seuils européens du règlement-concentration.

Par ailleurs, l'adaptation des seuils au niveau d'un Etat de l'UE ne produit que des effets limités. Une ANC est insusceptible de traiter les effets produits par une opération hors de ses frontières, tout comme d'exiger des engagements concernant des comportements ou des désinvestissements à l'extérieur de son territoire. Il n'existe donc pas là une équivalence d'effets avec une opération traitée par la Commission européenne.

#### 4.2.2. *Seuils spécifiques pour l'économie numérique : l'exemple du Royaume-Uni*

Le Royaume-Uni se singularisait – dès avant le Brexit –, par rapport aux réglementations des autres Etats européens en matière de concentration. D'abord, les entreprises y sont libres de réaliser une opération franchissant les seuils sans la notifier.

Ensuite, la réglementation britannique prévoit, à côté d'un seuil classique en CA (70 millions de livres sterling) un seuil alternatif en part de marché.<sup>1</sup> Cependant, ni l'un ni l'autre ne s'avèrent pertinents, s'agissant d'une cible de type start-up n'ayant que peu ou pas de CA, et, par conséquent, une part de marché faible ou inexistante.

Aussi, le 20 avril 2022, le gouvernement britannique a-t-il annoncé vouloir étendre les pouvoirs de la Competition Market Authority (ci-après CMA) pour lui permettre d'examiner les « killer-acquisitions », par un projet qui modifierait substantiellement l'articulation des seuils britanniques.

Premièrement, le seuil en chiffre d'affaires concerné au Royaume-Uni serait le CA de l'acquéreur, contrairement à l'hypothèse prévue dans la législation générale qui vise le CA de la cible. Avec un CA au Royaume-Uni de 350 millions de £, ce seuil serait donc paradoxalement plus élevé que le seuil exigé dans le cas général. Il y a cependant lieu de saluer la logique de cette approche : il s'agit de saisir les acquisitions de start-ups technologiques, éventuellement sans CA significatif, qui seraient le fait de très grandes entreprises de type GAFAMs.

---

<sup>1</sup> L'Espagne et le Portugal prévoient aussi un seuil en part de marché, respectivement à 30 et 50%.

Deuxièmement, il serait nécessaire que le projet concerne une opération intéressant une situation dans laquelle la part de fourniture de biens ou de services détenue par les Parties excéderait 33% au Royaume-Uni ou dans une partie substantielle du Royaume-Uni. Cette fois, le seuil en part de marché ne serait pas alternatif mais cumulatif. Il s'agit donc bien de combiner puissance financière de l'acquéreur et présence effective au Royaume-Uni.

Contrairement au seuil en part de marché prévu dans le cas général, il ne sera pas nécessaire, cette fois, qu'il y ait augmentation de la part de marché du fait de l'intervention de l'opération. On pourrait ainsi capturer les acquisitions dans lesquelles la cible n'aurait aucune présence actuelle sur le même marché que l'acquéreur, ce qui de nouveau est cohérent avec l'objectif de saisir les acquisitions de start-ups.

On notera que le Royaume-Uni n'a pas, à cette occasion, renoncé à l'autre caractéristique différenciante de son approche générale du contrôle des concentrations. Même lorsque l'opération est susceptible de poser des problèmes de maintien de la concurrence, la notification demeure facultative. Il s'agit manifestement d'un marqueur de l'approche britannique du contrôle des concentrations.

Si elles décident de ne pas notifier, les Parties pourront donc légalement réaliser l'opération sans encourir ipso facto de sanction, puisque la notification n'est pas obligatoire et que, sauf intervention de la CMA, l'opération n'est pas suspendue. La notification volontaire constitue néanmoins le moyen de garantir la sécurité juridique de l'opération. Car en tout état de cause, la CMA peut ouvrir une enquête de sa propre initiative, ce qu'elle fait régulièrement ou par suite d'une demande qui lui serait adressée par une entreprise tierce. Elle dispose pour cela d'un délai de 4 mois après la réalisation de la fusion ou à compter de la date à laquelle des "faits importants" concernant la fusion sont tombés dans le domaine public.

La décision de ne pas notifier la CMA dans les cas où une opération soulève potentiellement des problèmes de concurrence comporte donc des risques, le plus important étant que l'opération effectivement réalisée soit en définitive rétrospectivement interdite par l'autorité, a posteriori.

Le détour par la réglementation britannique met en évidence les risques associés à un contrôle qui interviendrait a posteriori. Le règlement européen instaure une procédure qui intervient en amont des opérations de fusion-acquisition. Il apporte ainsi une sécurité précieuse aux entreprises, même si le dispositif britannique a le mérite d'éviter à l'occasion aux Parties la lourdeur d'un processus de notification.

## **5. La solution retenue par la Commission européenne et la sécurité juridique des opérations de concentration dans l'UE**

La Commission européenne a fait le choix de ne pas modifier les seuils existants, mais de recourir à une interprétation nouvelle de l'article 22 du règlement, qui lui permet d'examiner des opérations en dessous des seuils de notification des Etats membres, après renvoi.

## 5.1. Nouvelle interprétation du dispositif européen

Le 11 septembre 2020, la Commissaire européenne chargée de la concurrence a écarté l'hypothèse de retenir un seuil en valeur de transaction, au motif que ce critère ne garantissait pas un résultat pertinent. Mme Vestager a annoncé <sup>1</sup> un changement de doctrine de la Commission dans l'interprétation de l'article 22 du règlement, qui consiste à accepter à l'avenir des renvois, même si les opérations concernées ne sont pas notifiables dans les Etats membres, du fait qu'elles ne franchissent pas les seuils nationaux.

### 5.1.1. Un choix tactique critiquable

Sur la forme, la Commission a choisi un moyen habile : elle a fait l'économie d'une modification du règlement, qui aurait impliqué un vote à la majorité qualifiée au Conseil, soit une démarche politique longue et incertaine quant à son résultat. Mais précisément, eu égard aux enjeux comme aux conséquences de cette réforme, il aurait été justifié de solliciter un débat législatif.

Quant au fond, le changement soulève des inquiétudes en termes de sécurité juridique pour les entreprises (Baccichetti et Rey, 2021) En effet, toute opération pourrait être contrôlée par la Commission, sous réserve que les conditions posées à l'article 22 soient réunies, c'est à dire que l'opération affecte le commerce entre Etats membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence au sein de l'Etat membre demandant le renvoi.

En particulier, même une concentration déjà réalisée, alors qu'il n'y avait pas lieu de la notifier, pourra faire l'objet d'un renvoi et donc d'un contrôle ex-post par la Commission, l'article 22 du règlement n'excluant pas cette hypothèse.

Dans une communication du 26 mars 2021 <sup>2</sup>, la Commission a apporté des indications sur les affaires susceptibles d'être concernées. En réalité, la rédaction très ouverte de ce document lui laisse une large marge d'interprétation.

Ainsi, alors qu'elle vise les « opérations qui concernent au moins une entreprise dont le chiffre d'affaires ne reflète pas le potentiel concurrentiel réel ou futur » la Commission présente cinq cas à titre purement indicatif dans lesquels l'entreprise, alternativement :

- 1) Est une jeune entité disposant d'un potentiel concurrentiel substantiel ;
- 2) Est un innovateur important ou mène des recherches potentiellement importantes ;
- 3) Exerce une pression concurrentielle importante ;
- 4) A accès à des actifs importants du point de vue de la concurrence ;
- 5) Fournit des produits ou services constituant des intrants importants.

---

<sup>1</sup> M. Vestager, « The future of EU Merger control », 11 septembre 2020, International Bar Association 24<sup>th</sup> Conference

<sup>2</sup> Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01)

La Commission indique que cette liste est non-exhaustive et entend ne pas limiter les renvois à un ou plusieurs secteurs économiques précis. On le voit : un contrôle des opérations sous les seuils nationaux est désormais largement possible et cette intervention de la Commission n'est pas juridiquement circonscrite au seul secteur numérique.

Quant aux délais, l'article 22 du règlement dispose que la demande de renvoi doit être présentée dans les quinze jours de sa notification ou de sa « communication » à l'Etat membre intéressé, quand la notification n'est pas requise dans cet Etat. Un certain flou entoure alors le concept de communication (Pitti-Ferrand, 2021).

S'agissant des affaires clôturées, la Commission indique qu'en règle générale, elle considèrera le renvoi comme inopportun si la réalisation de la concentration remonte à plus de 6 mois. Toutefois, elle n'exclut pas de remonter plus loin pour les cas posant de sérieux problèmes de concurrence. Le contrôle ex-post est donc parfaitement possible dans la voie retenue par la Commission, avec les conséquences associées, redoutables pour les entreprises.

#### *5.1.2. La voie de l'article 22 empruntée également dans la législation sur les marchés numériques*

Un accord politique sur la proposition de règlement européen relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, communément appelé Digital Market Act (Ancelin, 2021), est intervenu fin mars 2022. Les discussions sur cette proposition de la Commission étaient engagées au moment où Mme Vestager a annoncé l'évolution de sa doctrine. Ce règlement innovant, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023, imposera des obligations multiples aux entreprises qualifiées de « contrôleurs d'accès » (essentiellement les grandes plateformes).

En particulier, l'article 14 du Digital Market Act (DMA) obligera les contrôleurs d'accès à informer la Commission de tout projet de concentration, lorsque les entités qui fusionnent ou la cible de l'acquisition fournissent des services de plateforme de base ou tout autre service dans le secteur numérique, ou permettent la collecte de données. Cette obligation s'imposera indépendamment du fait que l'opération doive être ou non notifiée à la Commission, en vertu du règlement concentration, ou à une ANC, en vertu des règles nationales.

On retrouve dans ce texte le même détour par l'article 22 du règlement concentration : la Commission communiquera les informations reçues aux ANC, qui pourront, par ce moyen, requérir l'examen de l'opération par la Commission. Cependant, à la différence de l'approche trop générale retenue par la Commission dans sa communication de mars 2021, qui ouvre la voie à un contrôle multisectoriel, les contrôleurs d'accès font l'objet d'une définition plus rigoureuse dans le DMA et pourront donc plus facilement anticiper leurs obligations.

En définitive, on peut légitimement s'interroger sur la voie retenue par la Commission (Bosco, 2020). Le choix de passer par l'article 22 élargi aux cas situés en dessous des seuils paraît opportuniste : il permet de tout attraper, sans qu'on comprenne l'intérêt de devoir passer par le renvoi d'un Etat. Mais pour que la Commission puisse se saisir directement des dossiers des jeunes pousses technologiques, il aurait fallu réviser le règlement.

## 5.2. Le cas Illumina Grail : une illustration emblématique

L'acquisition de la société Grail par la société Illumina constitue un cas emblématique des enjeux décrits ci-dessus.

Illumina est une société américaine spécialisée dans le séquençage génomique, qui commercialise des systèmes intégrés d'analyse génétique, utilisés en particulier dans le développement et la mise en œuvre des tests de dépistage du cancer. Son CA a atteint 3 milliards de dollars en 2020. Grail est une entreprise de biotechnologie fondée en 2016, ayant également son siège aux Etats-Unis. Sur base de séquençage génomique, elle développe des tests sanguins pour le dépistage précoce des cancers et effectue des recherches de pointe dans ce domaine.

Le projet d'acquisition, bien que d'un montant de 8 Milliards de dollars, ne franchissait aucun des seuils nationaux des Etats membres. Il n'a en conséquence donné lieu à aucune notification. Informée de son existence, la Commission a utilisé la procédure de l'article 22, § 5 pour en informer les Etats. La France a soumis la requête en renvoi, à laquelle se sont joints par la suite la Belgique, la Grèce, l'Islande, les Pays-Bas et la Norvège.

Après acceptation du renvoi par la Commission, Illumina a dû lui notifier l'opération en application du règlement, ce qu'elle a fait le 16 juin 2021. Le 22 juillet 2021, la Commission a ouvert la phase II (Ronzano, 2021). Toutefois, sans attendre les résultats de l'enquête, Illumina a annoncé le 18 août 2021 qu'elle avait finalisé l'acquisition de GRAIL, violant ainsi, selon l'analyse de la Commission, l'obligation de suspension d'une opération notifiée prévue à l'article 7.1 du règlement.

L'affaire est emblématique des risques encourus par les entreprises en application de l'interprétation nouvelle de l'article 22 du règlement. La Commission pourrait interdire l'acquisition ou imposer des engagements à Illumina, au titre d'une opération que celle-ci n'était pas tenue de lui notifier en vertu du règlement, pas plus qu'à une ANC en vertu du droit national. Elle pourrait lui imposer une amende doublée d'astreintes, pour avoir réalisé une opération dont Illumina pouvait estimer qu'elle était en droit de la mettre en œuvre. Le Tribunal de l'UE, saisi par Illumina, aura à se prononcer sur ces points <sup>1</sup>.

## Conclusion

Instrument juridique unique au monde par sa portée internationale, le règlement concentration peut légitimement être considéré comme un atout du Marché Unique européen. Même si elle est parfois vivement critiquée quand elle interdit (rarement) une opération, la Commission peut être créditée d'avoir su créer sur plus de trente ans un dialogue fécond avec les entreprises à l'occasion de sa mise en œuvre. Cette culture de l'échange en amont – notamment dans la phase de prénotification - est aussi importante que la lettre du texte, pour créer la confiance avec les

---

<sup>1</sup> Recours introduit le 28 avril 2021 — Illumina/Commission Affaire T-227/21

opérateurs économiques. Elle contribue à renforcer la sécurité juridique dont les entreprises ont besoin. La nécessité indéniable de contrôler les acquisitions de jeunes pousses technologiques de l'Economie numérique a amené la Commission à emprunter une voie porteuse d'incertitudes, susceptible de mettre en cause l'équilibre et la confiance entre les opérateurs privés et l'UE. Pour l'heure, en attendant une réforme plus aboutie, la prudence s'impose aux entreprises. Elles vont devoir informer la Commission en amont de tout projet de concentration non-notifiable, c'est-à-dire en dessous des seuils nationaux – un paradoxe – pour évaluer le risque d'un renvoi éventuel avec l'ensemble des conséquences possibles.

## Bibliographie

ANCELIN J. (2021), « La proposition de *digital market act* : rétablir la concurrence pour préserver la souveraineté numérique de l'Union ? » *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, p. 545-565.

ARCELIN L. (2019), « Le droit de la concurrence mis à l'épreuve par le numérique », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 45, 7 novembre, p.1493-1516.

BACCICHETTI E. et REY C. (2021), « Les opérations de concentration : des changements devant être anticipés en amont de la réalisation de certaines transactions », *Option Finance*, n° 1615, 12 juillet, p. 47-50.

BOSCO D. (2020), « Le « nouvel » article 22, un forçage du règlement européen sur les concentrations », *Revue Contrats Concurrence Consommation* n° 11, Novembre 2020, commentaire 163.

COUSIN M. (2019), « Concurrence dans l'économie digitale : à qui doit profiter le doute sur la nocivité d'un comportement ou d'une concentration ? », *Revue Concurrences*, 83, p. 24-38.

CREMER J., de MONTJOYE Y.-A, & SCHWEITZER H. (2019), « Competition policy for the digital era », Rapport remis à la Commission européenne, Bruxelles, 20 mai 2019.

IDOT L. (2018), « pratiques anticoncurrentielles - Après le 60<sup>e</sup> anniversaire, le défi permanent de la politique européenne de concurrence : recherche de l'efficacité et nécessaire adaptation aux évolutions économiques et technologiques », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, p. 795-807.

PITTI-FERRANDI F. (2021), « Contrôle des concentrations : vous avez dit non notifiable ? », *Les Echos Capital Finance*, 2 avril 2021.

RONZANO A. (2021), « Renvoi : La Commission ouvre une enquête approfondie sur le projet d'acquisition d'une startup qui a mis au point des tests sanguins capables de détecter une cinquantaine de cancers en phase très précoce (Illumina / Grail) », *Revue Concurrences*, n°3, article n°101784.

ZIVY. F. (2013), « Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe », Fabien Zivy, Rapport au Ministre de l'Economie et des Finances, 16 décembre 2013.