AVIS D'EXPERT

Contrôle des concentrations : vous avez dit non notifiable ?

FLORA PITTI-FERRANDI
VIVIEN & ASSOCIÉS

Les autorités européennes de la concurrence étendent leur contrôle sur les opérations de concentration « en deçà des seuils ». Une démarche amorcée mais qui reste à parfaire.

Facebook/Instagram, Facebook/WhatsApp… Des opérations emblématiques du secteur numérique portant sur des cibles avec peu ou pas de chiffre d'affaires et qui auraient, de ce fait, pu échapper au contrôle des autorités européennes de concurrence si certains Etats membres (dont, jadis, le Royaume-Uni) n'avaient pas des seuils plus flexibles. Des « killer acquisitions » sur des produits innovants en cours de développement, notamment dans les secteurs pharmaceutiques et des biotechnologies, avant toute présence sur le marché et qui échappent totalement au contrôle des autorités de la concurrence alors même qu'elles visent précisément à éradiquer des concurrents naissants.

Ce sont ces vides juridiques que la Commission européenne veut combler en modifiant sa doctrine sur les renvois d'opérations de concentration par les Etats membres basés sur l'article 22 du Règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations. Jusque-là limités aux seules opérations qui atteignaient les seuils nationaux de notification, de tels renvois sont désormais rendus possibles aussi pour les opérations « en deçà des seuils » nationaux. La mise en œuvre de ce changement de doctrine, qui était initialement annoncée aux alentours de mi-2021, a finalement été avancée avec une publication le 26 mars dernier des orientations de la Commission sur son application.

RÉGIME APPLICABLE

Il apparaît nécessaire de permettre à l'Europe d'appréhender les nouveaux enjeux concurrentiels de certains secteurs clés de l'économie. La modification choisie permet de le faire à droit constant, puisqu'elle modifie seulement la limitation jusque-là volontairement appliquée par la Commission au mécanisme existant de renvoi de l'article 22 du Règlement. Elle vient toutefois aussi bouleverser en profondeur la sécurité juridique traditionnellement acquise pour les opérations sous les seuils de notification. Rappelons que la Commission comme la plupart des Etats membres appliquent des seuils de notification en chiffre d'affaires, et non en parts de marché, afin précisément d'en assurer une application claire et prévisible.

Même si elles tendent à clarifier le nouveau régime applicable, les orientations que la Commission vient de publier ne rétablissent que très partiellement la sécurité juridique des opérations en Europe. Les entreprises vont devoir composer avec un certain nombre d'incertitudes.

TYPES D'OPÉRATIONS CONCERNÉES

L'article 22 du Règlement n° 139/2004 pose deux conditions de fond pour un renvoi à la Commission, à savoir que l'opération de concentration (i) affecte le commerce entre Etats membres et (ii) menace d'affecter de manière significative la concurrence au sein de l'Etat membre demandant le renvoi. Si ces conditions perdurent, elles laissent une large marge d'appréciation dans leur application. Jusqu'à présent, l'article 22 a été actionné sur un large éventail de secteurs, des communications par satellite à la construction navale aux matériaux de construction, produits alimentaires ou encore aux solutions de paiement.

L'évolution proposée par la Commission semblait viser en priorité certaines problématiques de concurrence, pour lesquelles une « défaillance » du contrôle traditionnel des concentrations a été observée ces dernières années. C'est notamment le cas dans les secteurs numérique et pharmaceutique.

Toutefois, la Commission n'établit finalement pas une telle priorité dans son action. Dans ses orientations publiées le 26 mars, la Commission indique, de façon générique, que le nouveau renvoi devrait « *normalement* » viser les opérations où le chiffre d'affaires d'une des entreprises concernées ne reflète pas son potentiel concurrentiel actuel ou futur. La Commission cite, uniquement à titre illustratif, cinq types de situations, non liées à un secteur spécifique. Il s'agit des situations des start-up ; des innovateurs importants (y compris au stade de la recherche) ; des entreprises représentant une force concurrentielle importante réelle ou potentielle sur un marché fortement concentré ou à forte innovation ; des entreprises ayant accès à des actifs importants sur le plan concurrentiel (matières premières, infrastructures, données ou droits de propriété intellectuelle) ; et des entreprises fournissant des intrants/composants clés pour d'autres industries.

L'absence d'une approche plus limitative des types de renvois qu'elle sera susceptible d'accepter est d'autant plus complexe à appréhender pour le marché que chaque autorité nationale pourra ensuite

développer sa propre politique en la matière. La Commission a toutefois ouvert la possibilité pour les entreprises de venir la consulter de façon informelle sur les risques de renvoi de leurs opérations, sous réserve que suffisamment d'informations lui soient apportées, ce dont les entreprises ne manqueront certainement pas de se saisir.

PROCÉDURE ET SÉCURISATION DES OPÉRATIONS PASSÉES

Un point saillant est la procédure applicable à ce nouveau type de renvoi. L'article 22 pose un délai de 15 jours ouvrables à compter de la notification de la concentration ou, à défaut de notification, « de sa communication » à l'Etat membre intéressé, pendant lequel ce dernier doit formuler sa demande de renvoi auprès de la Commission européenne.

En l'absence de notification, la question de ce qui constitue une « communication » est centrale. Les orientations de la Commission établissent qu'une information volontaire des parties ou une plainte d'un tiers seront susceptibles de constituer une telle communication, pour autant qu'elles contiennent suffisamment d'informations pour permettre une appréciation préliminaire du respect des conditions de fond du renvoi. Une simple information par voie de presse ne devrait pas être suffisante.

Ici également, alors que les formulaires de notification sont traditionnellement assez détaillés et que les exigences d'un Etat membre à un autre sont susceptibles de varier, l'absence de définition d'un degré d'information suffisant pour renseigner une autorité sur une opération de marché rend difficilement appréhendables les démarches attendues. En outre, l'article 22 ne contient pas de limite de temps et peut en principe trouver à s'appliquer à des opérations déjà réalisées, en particulier lorsque celles-ci n'étaient soumises à aucune notification. La Commission, consciente de ce risque, indique dans ses orientations que, sauf circonstances exceptionnelles, un renvoi ne sera généralement plus approprié six mois après que la réalisation de l'opération aura été rendue publique dans l'Union européenne. Même si on peut saluer cet encadrement, le délai de six mois post-closing apparaît en pratique relativement long, notamment eu égard au fait que l'opération est susceptible d'avoir été rendue publique dès le signing, soit potentiellement encore de longs mois auparavant. Qui plus est, la Commission se réserve la possibilité d'intervenir encore au-delà en cas de circonstances exceptionnelles.

Ainsi, malgré les premières orientations de la Commission, les conséquences pour le marché des récentes évolutions de l'article 22 restent bien difficiles à percevoir. Il faudra vraisemblablement attendre, pour plus de sécurité juridique, le développement d'une pratique en la matière et d'éventuelles précisions à venir que la Commission pourra apporter à l'aune des premiers cas d'application. Dans l'intervalle, il est certain que les autorités de la concurrence peuvent s'attendre à recevoir de nombreuses sollicitations des entreprises désireuses de sécuriser leurs opérations. ■

> « La Commission européenne a publié le 26 mars ses orientations sur l'application de ce changement de doctrine.

Opérations de concentration des « gatekeepers »

Un point d'attention sera l'utilisation de ce type de renvoi pour les opérations réalisées par les « gatekeepers » (ou « contrôleurs d'accès ») définies par le projet de Digital Markets Act de la Commission du 15 décembre 2020. Pour ces derniers, le Digital Markets Act prévoit une obligation d'informer systématiquement la Commission de toute nouvelle concentration portant sur des services fournis dans le secteur numérique. Sur la base d'une telle information et pour les concentrations répondant aux critères de l'article 22 qu'elle souhaiterait contrôler, la Commission pourrait inviter un ou plusieurs Etats membres à lui présenter une demande de renvoi, comme cela est expressément prévu à l'article 22, paragraphe 5.