



ARTICLE

LES OPÉRATIONS DE CONCENTRATION SOUS LES SEUILS POURRONT DÉSORMAIS ÊTRE CONTRÔLÉES

Droit de la concurrence, consommation et distribution Contrats commerciaux et internationaux | 27/04/21 |

La Commission européenne (la « Commission ») va désormais, sur le fondement de l'article 22 du règlement 139/2004, contrôler des opérations qui ne franchissent pas les seuils nationaux des contrôles de concentration, sur demande des autorités de concurrence nationales et jusqu'à six mois après la clôture de la transaction.

Jusqu'à présent, l'application des dispositifs de contrôle des concentration au niveau communautaire et au sein des États membres était simple : seules les opérations qui franchissaient les seuils de notification étaient appréhendées par le contrôle.

La multiplication des acquisitions prédatrices ou consolidantes en dessous de ces seuils, notamment dans l'économie numérique, le secteur pharmaceutique ou les biotechnologies, avaient conduit les autorités de concurrence à une réflexion afin d'appréhender ces opérations qui peuvent restreindre la concurrence.

L'Allemagne et l'Autriche ont décidé d'instaurer des seuils spécifiques, en valeur de la transaction. D'autres membres de l'Union, dont la France, ont considéré que les dispositifs législatifs et réglementaires existants pouvaient suffire à appréhender ces opérations, si leurs modalités d'application étaient modifiées.

L'article 22 du règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations (l'« **article 22** ») apparaissait comme l'outil adéquat.

Cet article instaure un mécanisme de renvoi qui permet à une autorité de concurrence nationale de demander à la Commission d'examiner une opération de concentration qui « *affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États qui forment cette demande* ».

Jusqu'alors, la Commission avait ajouté une condition à ce texte. Alors que l'article 22 n'exige pas que les États qui demandent un renvoi soient eux-mêmes compétents, la Commission avait indiqué qu'elle n'accepterait les renvois fondés sur l'article 22 que dans l'hypothèse où l'opération franchissait les seuils de notification au niveau national dans au moins un État membre.

Le 11 septembre 2020, Margrethe Vestager a annoncé un changement de doctrine. Désormais, la Commission accepterait, dès mi-2021, d'examiner les demandes de renvoi au titre de l'article 22 présentées par les autorités nationales, même si aucun seuil de contrôle n'était franchi.

La promesse a été tenue.

Le 26 mars 2021, la Commission a publié ses orientations sur l'application du mécanisme de renvoi prévu à l'article 22 [1] qui complète la Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentration[2].

La Commission explique que la mise en œuvre du mécanisme de renvoi intervient en raison des évolutions du marché, qui a fait face à une augmentation des opérations de concentrations qui impliquent des entreprises qui « *jouent ou pourraient jouer un rôle concurrentiel significatifs sur les marchés, bien qu'elles ne génèrent que peu ou pas de chiffres d'affaires au moment de l'opération* ».

Les secteurs visés par la Commission sont ceux où l'innovation est un « *paramètre important de concurrence* », avec des entreprises qui disposent d'un « *fort potentiel concurrentiel* ». Il s'agit par exemple des secteurs de l'économie digitale, du secteur pharmaceutique, des matières premières, des droits de propriété intellectuelle, des données personnelles ou des infrastructures.

La Commission rappelle que les demandes de renvoi doivent remplir deux conditions. L'opération de concentration doit : (i) affecter le commerce entre États membres et (ii) menacer d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire de l'État ou des États membres qui présentent la demande de renvoi. Elle précise également que « *lors de l'examen de ces deux critères, la Commission tiendra particulièrement compte de la nature prospective de l'évaluation du contrôle des concentrations* ».

Au-delà de ces critères légaux, la Commission indique également les facteurs qu'elle prend en compte dans l'appréciation de son pouvoir discrétionnaire d'accéder à une demande de renvoi. Elle a dressé une liste non exhaustive, et purement illustrative, des catégories de cas qui semblent appropriés pour une demande de renvoi au titre de l'article 22.

Le renvoi a des chances d'être accepté lorsque l'entreprise :



- est une start-up ou un nouvel entrant doté d'un potentiel concurrentiel important, qui doit encore développer ou mettre en œuvre un business model générant des revenus significatifs (ou qui se trouve encore dans la phase initiale de mise en œuvre d'un tel business model) ;
- est un innovateur important ou mène des recherches potentiellement importantes ;
- est une force concurrentielle importante, réelle ou potentielle ;
- a accès à des actifs importants sur le plan concurrentiel (comme par exemple des matières premières, des infrastructures, des données ou des droits de propriété intellectuelle) ; et/ou
- fournit des produits ou des services qui sont des intrants/composants clés pour d'autres industries.

La Commission précise qu'elle peut également tenir compte de la valeur de la transaction : si le prix payé par l'acquéreur est particulièrement élevé par rapport au chiffre d'affaires actuel de la cible, l'opération sera susceptible d'être envoyée. Le souvenir des rachats par Facebook d'Instagram et de WhatsApp est encore vivace.

Les opérations concernées pourront être en cours de réalisation ou bien déjà réalisées. En principe, la Commission n'accédera pas à une demande de renvoi dans le cas où l'opération serait clôturée depuis plus de six mois. Néanmoins de manière exceptionnelle, la Commission pourra accéder à une demande de renvoi plus de six mois après la clôture de l'opération, en fonction, par exemple, « *de l'ampleur des problèmes de concurrence potentiels et de l'effet préjudiciable potentiel sur les consommateurs* ».

En d'autres termes, de très nombreuses opérations sont susceptibles d'être concernées et la réalisation de l'opération n'apportera pas de sécurité au regard du risque de renvoi sur le fondement de l'article 22.

Au niveau procédural, la Commission indique que :

- elle coopérera avec les autorités nationales pour identifier les opérations qui pourraient être renvoyées ;
- les parties pourront soumettre une pré-notification de leur opération lorsqu'elles considèrent qu'elles pourraient être renvoyées aux termes de l'article 22 ;
- les tiers pourront informer la Commission d'une opération de concentration qui mériteraient à leurs sens un contrôle
- elle devra informer les parties du renvoi envisagé dès que possible.

La Commission a enfin précisé les délais d'examen de la demande de renvoi. Une fois qu'une demande de renvoi a été effectuée, la Commission informe les autorités nationales compétentes ainsi que les parties « *sans délais* ». Les autres autorités nationales peuvent se joindre à la demande de renvoi dans un délai de 15 jours ouvrés à compter de la notification de la Commission.

La Commission peut décider d'examiner l'opération au plus tard 10 jours ouvrables après l'expiration du délai de 15 jours ouvrables dont disposent les États membres pour joindre la demande de renvoi. Si la Commission ne rend pas de décision dans ce délai, elle est réputée avoir adopté une décision d'examen de la concentration.

La France n'a pas attendu pour mettre en œuvre cette nouvelle doctrine.

Le 9 mars 2021, l'Autorité de la concurrence (l'« **Autorité** ») (qui s'était félicitée le 15 septembre 2020 de la nouvelle doctrine de la Commission[3]) a formulé une demande renvoi à la Commission pour le rachat de Grail par Illumina[4]. Plusieurs autres États membres (Belgique, Grèce, Islande, Pays-Bas et Norvège) se sont joints à cette demande.

Le 20 septembre 2020, Illumina, entreprise américaine spécialisée dans le séquençage génomique, a annoncé son intention d'acquérir la société américaine Grail, qui développe notamment des test sanguins pour le dépistage des cancers fondés sur le séquençage génomique, pour un montant de 7,1 milliards de dollars.

L'Autorité a constaté qu'Illumina était active en Europe, où elle commercialise des séquenceurs génomiques de nouvelle génération utilisés, notamment, par des laboratoires de recherche. Ces produits sont également utilisés par Grail et ses concurrents pour leur développement dans le secteur des tests de détection du cancer. L'Autorité a estimé qu'à l'issue de l'opération, Illumina pourrait « *rendre l'accès à ses séquenceurs plus complexes pour les concurrents de Grail sur le secteur, en augmentant leur prix ou en dégradant leur qualité* ». Compte tenu du poids d'Illumina dans le secteur des séquenceurs génomiques, une telle stratégie pourrait avoir des effets sensibles sur la concurrence dans le secteur des tests de dépistage du cancer. Selon l'Autorité, « *les critères de l'affectation du commerce entre États membres et de l'affectation significative de la concurrence sur le territoire français étaient remplis* »[5].

La Commission a accepté la demande de renvoi le 20 avril 2021[6]. Sur le fondement des informations communiquées par l'Autorité et les autres États membres, elle a considéré que les critères de l'article 22 étaient remplis. Elle a également relevé que le renvoi était justifié parce que le chiffre d'affaires de Grail ne reflétait pas réellement son importance concurrentielle, ce qui est d'ailleurs révélé par la valeur de la transaction de 7,1 milliards de dollars.

Lors de la conférence @Echelle du 23 mars 2021, l'Autorité a affirmé que la nouvelle doctrine « *règlera un manque qui existait dans le contrôle des concentrations européen* » et la Commission a souligné qu'« *il y aura un certain nombre de choses à défricher avec les entreprises* ». Elles ont toutes deux clairement indiqué que le recours à l'article 22 pourrait désormais être fréquent.



En d'autres termes, dans les secteurs de l'économie digitale, du pharmaceutique, des matières premières, des droits de propriété intellectuelle, des données personnelles ou des infrastructures, une attention accrue sera nécessaire pour les opérations de concentration afin de minimiser le risque d'insécurité juridique et de délai dans la mise en œuvre de ces opérations.

En particulier, les entreprises devront évaluer elles-mêmes dans quelle mesure les critères du renvoi article 22 pourraient être remplis par leur opération et décider le cas échéant de la stratégie à adopter. En outre, les rédactions des contrats, notamment les conditions suspensives et les délais de réalisation, devront certainement être revues pour tenir compte de ces éléments. L'article 22 pourrait également devenir une arme pour les tiers à des opérations non notifiables qui souhaiteraient remettre en question ces opérations. Ainsi que l'a indiqué la Commission dans la conférence susvisée, il s'agit véritablement du début d'une nouvelle aventure.

[1] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_2021.113.01.0001.01.FRA&toc=OJ%3AC%3A2021%3A113%3ATOC.

[2] <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:043:0010:0057:FR:PDF>

[3] <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-se-felicite-de-lannonce-de-la-commission-europeenne-qui-acceptera>.

[4] À noter : la demande de renvoi de l'Autorité a fait l'objet d'une demande de suspension dans le cadre d'une procédure de référé devant le Conseil d'État qui s'est déclaré incompétent pour connaître d'une telle demande car elle n'est pas détachable de la procédure d'examen de cette opération, menée par la Commission sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne.

[5] L'Autorité souligne également dans son communiqué de presse que la Federal Trade Commission américaine a annoncé le 31 mars 2021 sa décision de soumettre à la cour compétente une demande de suspension de réalisation de l'opération au motif, notamment, que, à l'issue de cette dernière, Illumina serait en mesure d'empêcher ou de retarder le développement de produits concurrents de ceux de Grail.

[6] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_21_1846.
