

◆ L'ÉLARGISSEMENT DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS AUX OPÉRATIONS EN DESSOUS DES SEUILS NATIONAUX AFFECTANT SIGNIFICATIVEMENT LA CONCURRENCE : QUELLES CONSÉQUENCES ?

AVOCATS



Marie de Drouas
Avocate associée

md@niddam-drouas.com



Elise Nachbaur
Avocate

en@niddam-drouas.com

NIDDAM-DROUAS AVOCATS

57, avenue Franklin D.
Roosevelt,
75008 Paris
Tel. : +33.1.83.79.27.45

www.niddam-drouas.com

Pour rappel, le 11 septembre 2020, la Commissaire européenne à la Concurrence, Margrethe Vestager, avait souligné qu'un certain nombre d'opérations susceptibles de nuire à la concurrence, notamment dans les secteurs pharmaceutiques et du numérique, échappait à tout contrôle de la Commission européenne en matière de contrôle des opérations de concentration. Afin d'y remédier, la Commissaire avait annoncé qu'elle ferait évoluer son approche en matière de renvois, qui consistait jusqu'ici à décourager les Etats membres de renvoyer une affaire à la Commission lorsque les seuils nationaux n'étaient pas franchis.

Le 26 mars 2021, la Commission a publié ses **orientations (C(2021) 1959 final)** concernant l'application du mécanisme de renvoi prévu à l'article 22 du règlement européen n°139/2004 sur les concentrations.

Désormais, une ou plusieurs autorités nationales de concurrence peuvent demander à la Commission d'examiner des opérations qui ne franchissent ni les seuils européens, ni les seuils nationaux, mais qui affectent le commerce entre États membres et menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres à l'origine de la demande.

Si ce mécanisme de renvoi n'est pas nouveau (il est notamment mis en œuvre en cas de *multi-filing*), les orientations de la Commission constituent en revanche une véritable refonte du contrôle des concentrations : **les entreprises et praticiens du droit doivent désormais analyser s'il existe un risque important de renvoi de l'opération à la Commission bien que les seuils nationaux ne soient pas dépassés, et tenir compte de ce risque dans le calendrier de l'opération.**

Cette nouvelle approche de l'article 22 du règlement concentration, d'application immédiate, est un facteur d'insécurité juridique pour les entreprises. Les orientations de la Commission fournissent toutefois quelques éclairages intéressants.

Sous quelles conditions un renvoi peut-il intervenir ?

Une opération qui ne franchit pas les seuils européens et nationaux peut faire l'objet d'un renvoi à la Commission dès lors que les critères de l'article 22 du règlement concentration sont remplis :

- l'opération doit affecter le commerce entre Etats membres, c'est-à-dire qu'elle est susceptible d'avoir une influence perceptible sur les courants d'échanges entre Etats membres ; et
- l'opération doit menacer d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres à l'origine de la demande. Dans ce cas, l'Etat membre est essentiellement tenu de démontrer, selon une analyse préliminaire, qu'il existe un risque réel que l'opération ait des effets néfastes significatifs sur la concurrence.

Quels sont les entreprises et secteurs visés ?

Par cette nouvelle approche, la Commission entend contrôler des opérations qui impactent ou sont susceptibles d'impacter la concurrence sur le ou les marchés concernés, bien que les parties à l'opération ne réalisent qu'un chiffre d'affaires faible ou nul au moment de la concentration.

Sans surprise, sont visés les secteurs pharmaceutiques et du numérique mais également, tout autre secteur où l'innovation est un facteur important de concurrence.

La Commission fournit une liste non exhaustive d'opérations susceptibles d'être renvoyées, telles que celles impliquant :

- une start-up ou un nouvel entrant doté d'un potentiel concurrentiel important, qui doit encore développer ou mettre en œuvre un modèle d'entreprise générant des revenus significatifs (ou qui se trouve encore dans la phase initiale de mise en œuvre d'un tel modèle d'entreprise) ;

- ii. une entreprise innovante importante ou menant des recherches potentiellement significatives ;
- iii. Une entreprise constituant un important moteur réel ou potentiel de concurrence ;
- iv. une entreprise ayant 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) ;
- v. une entreprise qui fournit des produits ou des services qui sont des intrants/composants clés pour d'autres industries.

Lors de son analyse, la Commission peut également tenir compte du fait que la valeur de l'opération est particulièrement élevée par rapport au chiffre d'affaires actuel de la cible.

Quels sont les délais en matière de renvoi ?

La demande d'un Etat membre doit être présentée à la Commission au plus tard dans un délai de 15 jours ouvrables à compter de la « connaissance » de l'opération par l'Etat Membre, c'est-à-dire, à compter du jour où l'autorité nationale de concurrence dispose de suffisamment d'informations pour lui permettre de porter une appréciation préliminaire sur le respect des critères de l'article 22.

Désormais les parties devront réfléchir à la publicité qu'ils entendent faire de leur opération, celle-ci pouvant indirectement permettre à une autorité nationale de se positionner sur un éventuel renvoi.

Une fois reçue, la Commission transmet sans délai la demande de renvoi à tous les Etats membres qui disposent ensuite d'un délai de 15 jours ouvrables à compter de la date de réception de la demande pour se joindre ou non à la demande de renvoi initiale.

La Commission doit décider dans un délai de 10 jours ouvrables suivant ce délai de 15 jours si elle accepte d'examiner l'opération. Elle informe les parties concernées et les Etats membres de sa décision.

Les Etats membres et la Commission conservent toutefois une « *marge d'appréciation considérable* » pour décider de renvoyer ou d'examiner une opération.

Si la Commission décide d'examiner l'opération, elle peut demander aux parties de remplir un formulaire de notification. La préparation de ce formulaire doit être pris en compte par les parties.

Des discussions avec la Commission, préalablement à cette notification, peuvent également avoir lieu et plusieurs semaines peuvent ainsi s'écouler avant l'ouverture de la période d'examen de l'opération de 25 jours ouvrables. Par ailleurs, vu le type d'opération faisant l'objet de ce mécanisme, il est probable qu'une enquête approfondie de l'opération soit ouverte.

Ainsi, le mécanisme de l'article 22 peut retarder le calendrier de l'opération de plus de 3 mois au minimum.

Enfin, le renvoi de l'opération à la Commission n'empêche pas une autorité nationale de concurrence d'examiner l'opération en parallèle, ce qui sera notamment le cas en Allemagne et en Autriche, pays qui ont introduit des seuils fondés sur la valeur de la transaction.

Les incertitudes

Les parties concernées peuvent, avant toute demande de renvoi formulée par un Etat membre, informer volontairement la Commission (ou éventuellement un Etat membre) de l'opération qu'elles envisagent afin de connaître sa position sur un éventuel renvoi.

La Commission vérifie si un renvoi doit avoir lieu sur la base des informations transmises par les parties et les en informe « dès que possible ». Il n'est pas exclu que la Commission ou l'autorité nationale de concurrence envoie aux parties plusieurs demandes d'informations complémentaires, rallongeant ici encore les délais d'examen de l'opération.

Si cette possibilité peut permettre aux parties de sécuriser leur opération en écartant le plus tôt possible le risque de renvoi, il n'en demeure pas moins que cette démarche les conduit à reconnaître implicitement que l'opération est susceptible de menacer significativement la concurrence sur les territoires concernés.

Des tiers peuvent également informer la Commission ou une autorité nationale de concurrence d'une opération susceptible de faire l'objet d'un renvoi. Les parties concernées devront ainsi se demander si des plaignants potentiels ne risquent pas de se prévaloir de ce mécanisme.

Les risques

Demande de renvoi formulée postérieurement au closing de l'opération

Dans ses orientations, la Commission confirme que le fait qu'une opération ait été réalisée n'empêche pas un Etat membre de formuler une demande de renvoi.

La Commission prendra en compte le temps écoulé depuis la clôture de l'opération : un renvoi ne sera pas approprié s'il intervient plus de 6 mois après la réalisation de l'opération. Si la mise en œuvre de la concentration n'était pas dans le domaine public, cette période de 6 mois commence à courir à partir du moment où des faits importants concernant la concentration ont été rendus publics dans l'UE.

Toutefois, un renvoi peut intervenir après ce délai de 6 mois selon, par exemple, l'ampleur des problèmes de concurrence potentiels et l'effet préjudiciable potentiel de l'opération sur les consommateurs.

Sanctions pour gun-jumping

Tant que la Commission n'a pas informé les parties concernées qu'une demande de renvoi a été formée par un ou plusieurs Etats membres, les parties sont libres de réaliser ou non l'opération.

Une fois informées, les parties doivent suspendre la réalisation de l'opération dans l'attente de l'autorisation de la Commission, sous peine d'être sévèrement sanctionnées en cas de réalisation anticipée.

Dans l'hypothèse où les parties informeraient volontairement la Commission de leur opération, celles-ci ne sont pas tenues de suspendre l'opération.

La Commission conseille toutefois aux parties de prendre des décisions « appropriées » telles que retarder la clôture de l'opération jusqu'à ce que la Commission se soit prononcée sur la possibilité d'un renvoi.

Recommandations pratiques

- Analyser le risque de renvoi de l'opération à la Commission
- Envisager la nécessité de contacter l'autorité nationale de concurrence ou la Commission afin de connaître leur position sur l'éventualité d'un renvoi
- Demander éventuellement une lettre de confort aux autorités nationales de concurrence ou à la Commission
- Prendre en compte le risque de renvoi dans le calendrier de l'opération
- Insérer une clause suspensive dans le SPA qui envisagerait le risque de renvoi
- Insérer des *long-stop dates* tenant compte du risque de renvoi et d'un examen de phase I, voire de phase II