

Verbatim du Webinar @Echelle : les renvois de l'article 22

Visio-conférence du 23 mars 2020, 11h-12h30

Le 23 mars 2021 s'est tenu, en direct sur la chaîne YouTube de l'Autorité de la concurrence, un séminaire en ligne consacré aux renvois au titre de l'article 22 du Règlement n° 139/2004 du Conseil de l'Union européenne (ci-après, « l'article 22 ») relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, à la suite de la nouvelle approche vis-à-vis de cette disposition annoncée par la Commission européenne en septembre 2020. À cette occasion, plusieurs personnalités invitées sont intervenues dans le cadre d'un débat animé par Mme Isabelle de Silva, Présidente de l'Autorité de la concurrence, et M. Étienne Chantrel, chef du service des concentrations.

Le séminaire a réuni M. Olivier Guersent, directeur général de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, Me Anne Wachsmann, avocate et Mme Angélique de Brousse, juriste d'entreprise. Ce séminaire a eu lieu quelques jours avant la publication d'une communication de la Commission intitulée « *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) du 26 mars 2021* », dont M. Olivier Guersent a décrit les principales dispositions. Me Wachsmann et Mme Angélique de Brousse se sont quant à elles faites l'écho des questions pratiques soulevées, pour les entreprises et les cabinets d'avocats, par cette nouvelle doctrine de la Commission européenne.

1. L'origine de la nouvelle approche de la Commission relative aux renvois de l'article 22

L'article 22 permet à une autorité nationale de concurrence de renvoyer à la Commission européenne une opération de concentration qui ne serait pas de dimension européenne, mais qui affecterait le commerce entre États membres et menacerait d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande. Le règlement n'exige pas que ces États membres soient eux-mêmes compétents pour contrôler l'opération en cause. La Commission européenne recommandait néanmoins aux États membres de ne formuler une demande de renvoi fondée sur cet article que dans l'hypothèse où l'opération franchissait les seuils de notification au niveau national d'au moins un État membre. La Commission européenne a annoncé le 11 septembre 2020 qu'elle levait cette recommandation.

Cette nouvelle approche s'inscrit dans le cadre de la réflexion menée par les autorités de concurrence depuis le milieu des années 2010 relative au besoin d'adapter les outils à leur disposition pour leur permettre d'appréhender certaines opérations qui échappent au contrôle des concentrations mais peuvent avoir un effet important sur la concurrence.

Les autorités de concurrence ont cherché des solutions pour répondre à ce besoin. L'Allemagne et l'Autriche ont ainsi introduit en 2017, dans leurs réglementations nationales, un seuil en valeur de transaction qui s'ajoute aux seuls en chiffre d'affaires. Au niveau français, cette piste a également été envisagée, sans pour autant être ultimement retenue.

Dans le cadre des consultations publiques qu'elle a menées sur le sujet en 2017 et 2018, l'Autorité de la concurrence mettait déjà en avant la possibilité de considérer l'article 22 comme une solution partielle à ce problème.

Au niveau européen, la réflexion a abouti à ce que l'outil juridique que constitue l'article 22, très peu utilisé jusqu'à présent – dans une quarantaine de cas seulement – soit, finalement, la solution retenue. En effet, face au constat de l'impossibilité, pour la Commission, d'examiner certaines transactions transfrontalières qui pourraient avoir un impact sur la concurrence dans le marché intérieur, M. Guersent a expliqué que la Commission s'était interrogée sur l'efficacité réelle des seuils fondés sur les chiffres d'affaires des entreprises tels qu'amendés en 2004. Dans certains cas, en effet, une opération affecte négativement la concurrence dans le marché, sans qu'elle n'atteigne les seuils fondés sur le niveau du chiffre d'affaires de la cible, ce dernier ne reflétant pas nécessairement son importance sur le marché.

M. Guersent a toutefois rappelé qu'un simple abaissement des seuils aurait des effets très négatifs sur un grand nombre d'entreprises, qui se retrouveraient dans l'obligation de notifier un grand nombre d'opérations neutres d'un point de vue concurrentiel. La Commission a donc écarté cette solution coûteuse et chronophage pour les entreprises et les autorités de concurrence, lui préférant un retour à l'application originelle de l'article 22, conforme à la lettre du règlement.

Dans le cadre des réflexions préliminaires autour de cette nouvelle approche, les secteurs de l'économie qui seront amenés à faire l'objet d'une attention particulière ne sont pas encore expressément fixés. Toutefois, les intervenants s'accordent pour considérer qu'il devra s'agir des secteurs dans lesquels l'innovation technologique, médicale ou économique joue une place particulièrement importante de sorte que le chiffre d'affaires effectivement réalisé par l'entreprise cible ne reflète pas fidèlement son rôle concurrentiel sur le marché. Semblent ainsi devoir être visées en priorité les opérations ayant pour finalité l'acquisition de technologies numériques, de certains produits dans le secteur pharmaceutique – avec le cas des acquisitions des *pipelines* en développement au sein d'un laboratoire – ou concernant des marchés de prescription (agences de notation, en particulier).

2. Le cadre juridique applicable aux renvois de l'article 22

En réponse aux remarques de Me Wachsmann et de Mme de Brousse sur le caractère révolutionnaire de cette nouvelle approche de la Commission sur les renvois de l'article 22, M. Guersent a souligné qu'elle reposait au contraire sur une analyse littérale de cette disposition.

En effet, l'article 22 §1 établit trois conditions juridiques pour les demandes de renvoi : (i) l'opération doit être une concentration, (ii) l'opération de concentration doit affecter le commerce entre États membres ; et (iii) l'opération doit menacer d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui font la demande au titre de l'article 22. Ainsi, selon M. Guersent, contrairement aux seuils objectifs fondés sur les

chiffres d'affaires des entreprises, énoncés à l'article 1 du Règlement 139/2004, l'article 22 introduit une condition qualitative pour établir la compétence de la Commission.

Cet article ne prévoit aucune condition relative à la compétence préalable de l'autorité de concurrence à l'origine de la demande de renvoi. Lors de son intervention, M. Olivier Guersent a souligné, à cet égard, les différences fondamentales existant entre le dispositif prévu par l'article 22, et celui de l'article 4 §5 du règlement 139/2004 qui prévoit la possibilité pour les parties à une opération de concentration de demander le renvoi de leur opération à la Commission, avant notification aux autorités nationales compétentes, et alors même que l'opération n'est pas de dimension européenne dès lors que l'opération est susceptible d'être examinée en vertu du droit national de la concurrence d'au moins 3 États membres. Selon M. Guersent, il ne fait pas de doute que si la Commission ou les États avaient souhaité calquer les conditions de mise en œuvre de l'article 22 sur celles de l'article 4 §5, l'exigence d'une compétence initiale des États membres à l'origine de la demande de renvoi aurait été expressément mentionnée dans le Règlement. Une telle solution n'a toutefois pas été retenue : il y a donc lieu d'en déduire qu'aucune notification préalable n'est exigée pour qu'un renvoi au titre de l'article 22 soit mis en œuvre.

D'un point de vue procédural, le paragraphe 1, deuxième tiret, dispose que la demande de renvoi doit être présentée au plus tard dans un délai de 15 jours ouvrables à compter de la date de notification de la concentration, ou, si aucune notification n'est requise à compter de sa communication à l'État Membre intéressé. M. Guersent a noté à cet égard que la possibilité de procéder à un renvoi au titre de l'article 22 pour un État membre dans lequel aucune notification n'est requise figure *expressis verbis* dans le corpus juridique qui organise cette disposition. Une fois cette demande initiale formulée par un État membre, tout autre État membre a le droit de se joindre à la demande initiale dans un délai de 15 jours ouvrables après avoir été informé par la Commission de cette demande initiale.

Ce délai étant central pour les entreprises, M. Guersent a indiqué que la Commission développerait, à l'usage, sa pratique pour atteindre un point d'équilibre entre l'effectivité du contrôle de la Commission et la sécurité juridique des entreprises concernées.

Répondant à l'objection selon laquelle la mise en œuvre tardive de l'article 22 (après plusieurs années, par exemple) pourrait permettre, par exemple, à une autorité de concurrence de corriger des potentiels effets découlant d'un possible abus de position dominante par les outils du contrôle des concentrations, M. Guersent a pris le soin de préciser que le but n'était pas de revoir des concentrations *ex-post* de manière indéfinie. Un tel procédé ne respecterait sans doute pas, selon lui, le principe de proportionnalité. Il a également indiqué qu'un certain nombre d'éléments pourront être pris en compte pour évaluer l'intérêt à agir de la Commission au titre de l'article 22, parmi lesquels l'ampleur des problèmes potentiels sur la concurrence, le fait que l'opération ait déjà été conclue ou non, le fait que d'autres autorités de concurrence aient déjà autorisé l'opération de concentration ou non, ou encore le temps qui s'est écoulé depuis la conclusion de la vente.

S'agissant enfin des procédures menées en parallèle – dans l'hypothèse où la Commission européenne accepterait un renvoi tandis que d'autres États membres ne se seraient pas joints et

seraient compétents pour examiner le dossier au niveau national –, M. Guersent a fait savoir qu'il est probable que les différentes instructions coexistent. S'il a noté qu'une telle configuration nécessiterait une coordination, il a relevé que cet exercice n'apparaissait pas si différent des situations dans lesquelles plusieurs autorités de la concurrence sont saisies et qu'il n'y a pas de renvoi à la Commission européenne.

3. Les conséquences concrètes de cette nouvelle approche des renvois de l'article 22 pour les entreprises

Lors de cette conférence, Me Anne Wachsmann et Mme de Brousse sont revenues sur les conséquences concrètes de cette évolution promue par la Commission européenne, pour les entreprises. Me Wachsmann a estimé qu'elle constitue une véritable rupture en ce qu'elle fait reposer sur ces dernières une nouvelle forme de responsabilité. Partageant ces craintes, Mme Angélique de Brousse a soutenu qu'une telle évolution de la doctrine de la Commission concernant l'article 22 va à l'encontre de l'esprit ayant guidé à son adoption puisqu'elle induit le passage d'un système relativement clair et stable de contrôle des concentrations, fondé sur des critères prédéterminés et faciles à appliquer par les entreprises, à un système plus flou, qui fragilise la sécurité juridique pour ces entreprises.

À ce titre, les deux intervenantes ont estimé, en premier lieu, qu'il existerait un manque de lisibilité des critères d'application de l'article 22. Concernant le critère relatif à l'affectation du commerce entre États membres le premier de ces deux critères, Mme de Brousse a souligné qu'il sera délicat de déterminer quelle sera l'affectation du commerce entre États membres – à moins évidemment de considérer qu'il y a une affectation d'office dès lors que l'on est dans les secteurs du numérique et pharmaceutique. Elle a toutefois noté qu'une telle hypothèse n'est pas suffisante dans la mesure où la nouvelle doctrine n'est pas limitée à ces deux secteurs.

L'inquiétude est également forte concernant le critère relatif à l'affectation significative de la concurrence dans un ou plusieurs États membres, dont l'appréciation nécessitera une analyse préliminaire assez poussée de la part des entreprises, en vue d'estimer les effets probables de leurs opérations, le tout dans un contexte de technologies naissantes. Mme de Brousse a notamment relevé que les entreprises devront savoir quelles informations les entreprises devront fournir aux autorités pour qu'elles puissent prendre position. Dans ce nouveau mécanisme que Mme de Brousse a décrit comme une « pré-pré-notification », appliqué à des opérations portant sur des produits innovants, elle a indiqué redouter que les entreprises ne disposent pas de toutes les informations disponibles.

Mme Angélique de Brousse a donc appelé de ses vœux une clarification des informations qui permettront à une autorité de concurrence d'exercer cette appréciation préliminaire sur le respect des critères de l'article 22.

En deuxième lieu, Mme de Brousse a relevé un risque de manœuvres dilatoires qui pourraient être mises en œuvre par un concurrent de l'acquéreur : une plainte infondée peut, en effet, avoir pour objectif de compliquer l'opération envisagée par son concurrent.

En troisième lieu, il a été soulevé l'existence d'un risque de divergences importantes entre les appréciations des différents États membres sur les critères de mise en œuvre de l'article 22 qui

pourrait conduire à des comportements opportunistes des entreprises. Afin de pallier cette difficulté, il a été proposé de créer, par exemple au sein de l'ECA ou de l'ECN, un comité chargé d'établir une sorte de « *one stop shop* » ou la mise en place d'un système pour permettre à toutes les autorités de se mettre d'accord sur le fait de savoir si une opération est ou non susceptible de faire l'objet d'un renvoi. Mme de Silva a suggéré, à cet égard, que soit élaborée par la Commission et les autorités nationales de concurrence une liste de priorités propres permettant de définir certaines catégories de l'économie considérées comme « sensibles ». Ce travail de publicité garantirait une cohérence entre les approches ou, à tout le moins, une prévisibilité des opérations susceptibles de faire l'objet de renvois.

En dernier lieu, Mme Angélique de Brousse et Me Anne Wachsmann ont observé que l'évolution de la doctrine de la Commission sur l'article 22 allait, nécessairement, entraîner un certain nombre d'ajustements contractuels, dont il convient encore de préciser l'ampleur exacte. Ainsi, n'importe quelle transaction devra faire l'objet d'un examen préliminaire au sein des entreprises en vue d'évaluer le risque de renvoi. Cela entraînera un impact sur les conditions contractuelles de la transaction et le délai pour le *closing*, etc. En particulier, les conditions suspensives dans les contrats devront être modifiées. Dans ce contexte, Me Wachsmann a souligné l'importance de déterminer l'événement par lequel une entreprise va pouvoir faire courir le délai de 15 jours dans une situation où elle estime qu'il y a un risque de renvoi au titre de l'article 22, afin de rendre possible la réalisation de l'opération. C'est un élément essentiel dans les transactions pour pouvoir mettre en œuvre les *closing*.

Me Wachsmann a ainsi invoqué l'exemple du régime britannique de la CMA comme un modèle intéressant à suivre par les entreprises. Le contrôle effectué par la CMA sur les opérations de concentrations repose en effet sur une procédure volontaire impliquant que les entreprises procèdent à une auto évaluation et décident de notifier ou non. Les mécanismes contractuels mis en place pour gérer ce type de contrôle pourraient inspirer les praticiens qui devront rédiger les contrats relatifs à des opérations susceptibles de faire l'objet d'un renvoi au titre de l'article 22. Elle a également souligné l'intérêt de recourir à des procédures de demandes de confort, tout en précisant que celui-ci serait complexifié par le fait que l'entreprise devrait consulter l'ensemble des autorités nationales de concurrence des États membres.

* * *

En conclusion, M. Olivier Guersent s'est voulu rassurant par rapport aux différentes craintes exprimées : si la doctrine de la Commission européenne relative à l'article 22 est officiellement amenée à évoluer, cette évolution ne concernera qu'une part infime des opérations ne dépassant pas les seuils puisqu'elle vise uniquement les opérations les plus structurantes. Il a également précisé que la pratique concrète de ces renvois serait affinée progressivement, grâce à la communication de la Commission sur ce sujet, puis à la pratique des autorités de concurrence et de la Commission. Il a enfin rappelé le rôle de la cour de justice de l'Union européenne dans la protection des principes de proportionnalité et de sécurité juridique s'agissant des renvois de l'article 22.