

Mémoire de recherche
Institut de Droit des Affaires
Faculté de Droit et de Science Politique
Aix Marseille Université



Faculté de Droit et
de Science Politique
Aix-Marseille Université



Le phénomène des « *killer acquisitions* » en droit des concentrations

Pour l'obtention du Master II Distribution Concurrence

Préparé sous la direction du Professeur David Bosco

Présenté par Inès Guittard

Année universitaire 2020-2021

Sommaire

Partie 1. Le phénomène des « killer acquisitions » en droit des concentrations	12
Titre 1. L'appréhension du phénomène.....	13
Chapitre 1. Une approche des « killer acquisitions ».....	14
Chapitre 2. La classification des « killer acquisitions ».....	32
Titre 2. Les effets du phénomène sur la concurrence	45
Chapitre 1. Les effets des « killer acquisitions » horizontales	46
Chapitre 2. Les effets des « killer acquisitions » non-horizontales.....	58
Partie 2. La singularité du phénomène des « killer acquisitions » pour le droit des concentrations.....	70
Titre 1. Les lacunes du droit des concentrations face au phénomène	71
Chapitre 1. Les lacunes substantielles face au phénomène.....	72
Chapitre 2. Les lacunes procédurales face au phénomène.....	83
Titre 2. La solution interprétative pour la résorption du phénomène	95
Chapitre 1. L'opportunité de l'article 22 du Règlement face au phénomène.....	96
Chapitre 2. L'ouverture d'une interprétation extensive de l'article 22 du Règlement.....	108

Liste des abréviations

ADLC :	Autorité de la concurrence
ANC :	Autorité(s) nationale(s) de concurrence
al. :	alerte ou alinéa, selon le contexte
art. :	article
Bundeskartellamt :	BKA
CAE :	Conseil d'analyse économique
chap. :	chapitre
chron. :	chronique
CJCE, CJUE :	Cour de Justice des Communautés européennes, Cour de Justice de l'Union européenne
Comm. :	Commission
cons. :	considérant
<i>Cont. Conc. Cons. :</i>	Revue Contrats, Concurrence, Consommation (LexisNexis)
<i>CPI :</i>	Revue <i>Competition Policy International</i>
DCEP :	<i>Digital Competition Expert Panel</i>
déc. :	décision ou décembre, selon le contexte
DG Concurrence :	Direction générale de la concurrence
dir. :	direction or directive, selon le contexte
DOJ :	<i>Department of Justice</i>
éd. :	édition
ETNO :	<i>European Telecommunications Network Operators' Association</i>
ex. :	exemple
fasc. :	fascicule
FTC :	<i>Federal Trade Commission</i>

<i>ibid.</i> :	<i>ibidem</i>
iss. :	issue
J. :	Journal
<i>J-Cl.</i> :	Jurisqueur LexisNexis
<i>JCP G, JCP E</i> :	Semaine juridique édition Générale, Entreprise et affaires
<i>JDI</i> :	Journal de droit international (Clunet)
JO :	Journal officiel (des Communautés européennes ou de l'Union européenne)
L. :	<i>Law</i>
n° :	numéro, numéros
obs. :	observations
OCDE :	Organisation de coopération et de développement économique
OFT :	<i>Office of Fair Trading</i>
<i>op. cit.</i> :	<i>opere citato</i>
p., pp. :	page, pages
paragr. :	paragraphe, paragraphes
pt., pts. :	point, points
PUF :	Presses Universitaires de France
Règ. :	Règlement
<i>Rev.</i> :	<i>Review</i>
<i>RIDE</i> :	Revue internationale de droit économique (Cairn)
sect. :	section
suiv. :	suivants
TPICE, TUE :	Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, Tribunal de l'Union européenne
UE, CE :	Union européenne,

	Communauté(s) européenne(s)
US :	<i>United States (of America)</i>
v. :	voir
vol. :	volume

Introduction

1. L'absence de définition juridique du « phénomène ». La notion de « phénomène » est choisie pour son absence de définition juridique : cette étude souhaite appréhender un objet qui est extérieur au système juridique. Autrement dit, il n'est qu'un « phénomène » avant toute tentative de traitement par une quelconque science.

Le phénomène peut être défini, dans un sens commun, comme « tout ce qui est objet d'expérience possible, qui apparaît dans l'espace et dans le temps »¹. En ce sens, il revêt une nature scientifique, mais il peut aussi être compris dans un sens extraordinaire, surnaturel voire céleste². En s'en tenant à sa première acception, le phénomène possède une similarité avec le syllogisme juridique : il peut s'analyser en « faits » qui seront observés par le spectre de la science du droit.

2. La distinction avec le « phénomène juridique ». La notion de « phénomène juridique » est à saisir avec plus de hauteur : elle renvoie à la phénoménologie du droit, qui est elle l'étude du « droit » lui-même, saisi dans son entièreté. Elle est à classer au rang des théories du droit³ et son principal promoteur est Michel Virally. La présente étude a une ambition différente : elle est un simple discours de dogmatique juridique⁴, c'est-à-dire qu'elle s'attardera sur le contenu du droit plutôt que sur le phénomène « droit ».

¹ Il s'agit du premier sens donné : « Tout ce qui se manifeste à la conscience, que ce soit par l'intermédiaire des sens (phénomènes extérieurs, physiques, sensibles) ou non (phénomènes sociologiques, affectifs) ». Cela renvoie aux notions de « fait », d'« épiphénomène » ou d'« expérience, observation ». Cette définition a une connotation philosophique mais aussi scientifique : ainsi, selon Emmanuel Kant, le phénomène est « tout ce qui est objet d'expérience possible, qui apparaît dans l'espace et dans le temps ». La notion est opposée au noumène : quand le premier est appréhendé par les sens humains, le second est la « chose en soi » qui sera nécessairement appréhendée. Platon décrit ainsi le noumène comme une « réalité intelligible » voire inaccessible. V. : *Le Petit Robert — Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française — par Paul Robert — rédaction dirigée par A. Rey et J. Rey-Debove*, nouvelle édition revue, corrigée et mise à jour pour 1981, 1967, p. 1283 et p. 1422.

² Le mot « phénomène » provient du grec *phainomena* signifiant « phénomènes célestes » découlant lui du mot *phainesthai* « apparaître ». Il peut s'agir d'un « fait, événement anormal ou surprenant ; chose ou personne rare, extraordinaire ». V. : *Ibid.*, p. 1422.

³ J. E. Vinuales, « Michel Virally ou penser le phénomène juridique », *Annuaire français de droit international*, vol. 55, 2009, p. 3.

⁴ Pour une distinction entre la théorie du droit et la dogmatique du droit, v. l'extrait suivant : « La théorie présente un degré d'abstraction [...] qui tend à l'élever, sans que ce terme ne traduise une idée de hiérarchie, au-delà de la contingence du contenu spécifique du droit positif sur lequel s'attardera la dogmatique juridique ». V. : X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 7.

3. Une nécessaire approche juridique du « phénomène ». Afin de poursuivre notre étude, il convient de traduire la notion dans des termes juridiques⁵. Le « phénomène » peut simplement s'analyser en un fait ou un ensemble de faits, soumis au juriste qui s'apprête à les traiter. Dans une hypothèse optimale, il parviendra à donner une qualification juridique à ces faits, lesquels pourront ensuite être confrontés à des règles de droit. Dans une autre hypothèse, aucune qualification juridique ne sera adéquate⁶, ou alors, une étape plus tard dans le syllogisme juridique, aucune règle de droit n'est applicable aux faits pourtant qualifiés. Le cas échéant, la question est de savoir comment le juriste doit appréhender le « phénomène » dans son état pur.

4. L'absence de règles de droit face au phénomène : l'expression « vide juridique ». Le « vide juridique » est une notion qui revêt plutôt une connotation médiatique. Elle fait l'objet d'une appropriation par la presse ainsi que par les pouvoirs publics, pour exprimer un « désordre », un « manque », une « souffrance », qui doit être réglée par une future législation. Par exemple, l'abolition du délit d'interruption volontaire de grossesse fait suite à un « vide juridique » qui entraînait une souffrance d'une partie de la population⁷. Elle s'assimile à « l'hypothèse du non-droit » en sociologie juridique⁸.

5. L'affirmation d'une « hypothèse du non-droit » selon la sociologie juridique. Le doyen Jean Carbonnier préconisait le recours à la notion de « non-droit » : il s'agirait de l'endroit où le droit se retire. Il classifie plusieurs « phénomènes » qui ne sont pas saisis par le droit : l'illustration, empruntée à Aristote, est celle des relations d'amitié⁹. L'emploi de l'expression doit cependant être limité, selon le doyen Carbonnier dont la pensée mérite d'être restituée *in extenso* : « il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique »¹⁰.

⁵ Selon l'auteur P. Jestaz, « la qualification est au fond un exercice de traduction ». V. : P. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits — Revue française de théorie juridique*, n°18, 1994, p. 46. V. aussi : T. Janville, *La qualification juridique des faits*, Thèse, Université Paris II, S. Guinchard (dir.), 2002 ; J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 3ème éd., 2018, p. 107.

⁶ En réalité, cette situation n'est pas vraisemblable puisque le juriste souhaite toujours atteindre une finalité déterminée lors de ses recherches : en effet, « la qualification ne consiste pas seulement à donner aux choses la nature et le nom qui leur reviennent naturellement. Elle sert aussi à les soumettre au sort qu'on veut leur faire subir ». V. : J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 140.

⁷ A.-M. Ho Dinh, « Le « vide juridique » et le « besoin de loi » - pour un recours à l'hypothèse du non-droit », *L'Année sociologique*, 2007/2, vol. 57, 2007, p. 444 et suiv.

⁸ J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1963, pp. 55-74 ; repris dans J. Carbonnier, *Flexible droit — Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2013, pp. 25-47.

⁹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. par J. Tricot, Les Échos du Maquis, 2014, Livre VIII « L'amitié — sa nécessité » et Livre IX « Les amitiés d'espèces différentes — Fixation de la rémunération », pp. 171 à 214.

¹⁰ J. Carbonnier, *Flexible droit — Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, p. 26.

6. La familiarité entre le « non-droit » et le « phénomène » : un rapport de système à objet. L'« incomplétude », le « non-droit », est le système dans lequel stagne le « phénomène », lorsque ce dernier ne trouve pas de système juridique. Le « non-droit » et le « phénomène » entretiennent donc un rapport de système à objet. De son côté, le positivisme juridique, contrairement à la sociologie juridique, nie totalement leur existence : cela reviendrait à admettre, d'abord, que le droit n'est pas complet, et ensuite, que le droit devrait-être autrement¹¹. Or, il s'agirait d'un discours jusnaturaliste, réaliste ou moralisant¹². En résumé, la conception kelsenienne rejette le système « non-droit » et ne connaît que le système « droit ».

7. La réfutation du « non-droit » par le positivisme juridique. Face à cette hypothèse de non-droit, les réactions de la doctrine positiviste sont ardentes¹³ : il ne pourrait exister de non-droit, dans la mesure où le système juridique est auto-suffisant¹⁴ et dynamique¹⁵. La terminologie autour de la notion de « lacune » abonde en ce sens : il est fait mention de « fausses lacunes », de « lacunes techniques »¹⁶, de « lacunes de la loi », plutôt que de « lacunes du droit »¹⁷. En réalité, toute lacune pourrait être systématiquement comblée. Prenons un exemple : le principe de légalité des délits et des peines en droit pénal, selon lequel une personne ne peut être incriminée et condamnée pour une infraction qui ne fait pas l'objet d'un texte précis et clair, implique *a contrario* que « tout ce qui n'est pas interdit est permis »¹⁸. En résumé, l'hypothèse du non-droit trouve une vive opposition dans les travaux de Hans Kelsen qui poursuit brillamment l'ambition de scientifier le droit¹⁹.

¹¹ « Le non-droit est tout d'abord, pour l'auteur, un phénomène sociologique observable : il existe des situations dans lesquelles le droit est absent ou se retire alors qu'il aurait eu, selon sa finalité dogmatique, vocation à être présent ». V. : A.-M. Ho Dinh, *op. cit.*, p. 427.

¹² V. : S. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

¹³ *Ibid.*, p. 25 : dans son article, le doyen Carbonnier renvoie tout à fait humblement le lecteur à une partie de la doctrine, pour le moins critique, sinon opposée au « non-droit ». Sont mentionnés les noms de Charles Eisenmann, André-Jean Arnaud, Alain Sériaux ou Jean Périn.

¹⁴ F. Brunet, *La pensée juridique de Hans Kelsen*, Mare & Martin, 2019, p. 80.

¹⁵ *Ibid.*, p. 95 et suiv.

¹⁶ V. : S. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1ère éd., 2003, p. 911 et suiv.

¹⁷ V. : A.-M. Ho Dinh, *op. cit.*, p. 420 et suiv.

¹⁸ La maxime puise sa force obligatoire dans le bloc de constitutionnalité : « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». V. : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 5. La maxime inverse, « tout ce qui n'est pas interdit est obligatoire », décrirait un régime totalitaire et trouve son inspiration dans le principe de mécanique quantique du célèbre physicien Murray Gell-Mann.

¹⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 2e éd., trad. par C. Eisenmann, 1962 (ré-éd. 1999), chap. III « Droit et science ».

8. Solution(s) du débat entre « droit » et « non-droit ». La pertinence des deux thèses devrait être évaluée respectivement. Mais en réalité, aucune solution ne peut être apportée quant à la primauté d'une position par rapport à l'autre. Cela reviendrait à faire prévaloir la théorie du droit (par ailleurs scindée entre les positivistes et les réalistes) sur la sociologie du droit, ou inversement, alors que chaque domaine suggère sur son propre paradigme. Ainsi, une conciliation pourrait être trouvée à la place d'une confrontation : le réalisme peut ainsi inviter le normativisme à améliorer son entreprise scientifique²⁰. Par exemple, les failles des théories de l'interprétation et de l'absence de lacunes peuvent simplement être corrigées²¹. Ce cercle vertueux peut être reproduit entre la théorie du droit et la sociologie du droit.

9. Illustration : le phénomène des « *killers acquisitions* »²². Une définition est empruntée à l'article notoire en la matière : celui des universitaires Colleen Cunningham, Florian Ederer et Song Ma. Il est le fruit d'une étude colossale de plus de 60 000 projets d'opérations sur le secteur pharmaceutique. Ils définissent les *killer acquisitions* comme le « cas dans lequel la stratégie de l'entreprise acquéreur est d'arrêter le développement des projets d'innovation de la cible et de faire barrage à une concurrence future »²³. Trois éléments de définition juridique se dégagent : une opération de concentration, une restriction de l'innovation et une atteinte à la concurrence.

D'un point de vue positiviste, la complétude du droit nous invite à conclure que cette pratique est licite puisqu'elle n'est pas soumise au contrôle des concentrations. Pour aller plus loin, le

²⁰ Le réalisme « oblige ainsi à un réexamen de la théorie normativiste sur certains points et, parfois, à un effort de reconstruction doctrinale éventuelle. Il impose encore une plus grande pédagogie à tous ceux qui défendent le normativisme ». V. : X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, p. 156.

²¹ Michel Troper formula des critiques envers ces théories. Avant tout, il souligna la connexité entre la question de l'interprétation et celle des lacunes, qui ressort de la lecture des premiers travaux de Hans Kelsen (v. : H. Kelsen, « Zur Theorie der Interpretation », *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, VIII, 1934, pp. 9-17). Il invita d'abord à analyser le peu de pages consacrées par Hans Kelsen à la théorie de l'interprétation (v. : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, chap. VIII « L'interprétation »). Plus en substance, il considéra que l'objet de l'interprétation, selon Hans Kelsen, était en contradiction avec ses propres travaux : « l'idée que c'est la norme applicable qui fait l'objet d'une interprétation est en contradiction totale avec la définition kelsenienne de la norme » (v. : M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, chap. V « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », pp. 85 à 94). En effet, la norme est « la signification d'un acte de volonté » (v. : F. Brunet, *La pensée juridique de Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 70 et suiv). En ce sens, la norme ne peut être l'objet d'interprétation et Michel Troper propose plutôt qu'il soit l'énoncé (v. : M. Troper, *ibid.*).

²² L'expression anglaise de « killer acquisitions » est traduite en français par l'expression « acquisitions prédatrices ».

²³ La traduction est faite par l'OCDE (v. OCDE, *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, Note de référence du Secrétariat, DAF/COMP(2020)5, 27 mai 2020, p. 7) à partir de la définition de Cunningham, Ederer et Song : « an incumbent firm may acquire an innovative target and terminate development of the target's innovations to preempt future competition. We call such acquisitions "killer acquisitions" as they eliminate potentially promising, yet likely competing, innovation » (C. Cunningham, F. Ederer et M. Song, « Killer acquisitions », *J. of Political Economy*, vol. 129, n°3, 2021, p. 1).

phénomène pourrait même trouver refuge en droit commun, en vertu de l'autonomie de la volonté²⁴, et dans ce prolongement en droit des contrats, en vertu de la liberté contractuelle.

D'un point de vue réaliste, ce phénomène peut être observé comme une pratique qui n'est pas saisie par le droit des concentrations, alors qu'elle devrait l'être selon la finalité dogmatique assignée à la matière²⁵ : « s'assurer que le processus de restructuration n'entraîne pas de préjudice durable pour la concurrence »²⁶. À la lecture de la définition précitée, il semblerait en effet que le phénomène compromette l'objectif originel du droit des concentrations.

10. Problématique. Cette approche ambivalente révèle le paradoxe au cœur de cette étude. Elle se matérialise par la question de savoir si le droit des concentrations est destiné à saisir les *killer acquisitions*, alors qu'elles constituent un objet *a priori* extérieur au champ du droit étudié.

La réponse à cette question nécessite une analyse du droit procédural et substantiel des concentrations, afin de déterminer si la matière est prédisposée à saisir le phénomène ou, à l'inverse, si elle doit changer de paradigme pour l'appréhender.

11. Présentation de l'étude. La réponse devra être construite en deux temps. D'abord, elle analysera le phénomène des *killer acquisitions* à l'aune du droit des concentrations (Partie 1) : cette approche révélera la proximité entre l'objet et le système de droit. Ensuite, elle révélera la singularité du phénomène des *killer acquisitions* pour le droit des concentrations (Partie 2) : cette seconde approche révèle une distance entre l'objet et le système de droit.

12. Intérêt de l'étude. L'actualité démontre que le droit des concentrations est au cœur d'une vaste entreprise législative²⁷ qui vise à résorber ses quelques lacunes. Cette étude souhaite

²⁴ L'autonomie de la volonté a été défendue, notamment, par Emmanuel Kant. V. : E. Kant, *Fondements de la Métaphysique des mœurs*, trad. par V. Delbos, Les Échos du Maquis, 2013, p. 52 et suiv. Les travaux du philosophe ont par ailleurs influencé ceux de Hans Kelsen. V. par ex. : S. Goyard-Fabre, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 83^{ème} année, n^o2, 1978, pp. 204-233 ; F. Brunet, *La pensée juridique de Hans Kelsen*, op. cit., p. 25 et suiv.

²⁵ A.-M. Ho Dinh, op. cit., p. 427.

²⁶ Règl. CE n^o139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24, 29 janv. 2004, paragr. 5.

²⁷ Trois textes sont en pleine actualité : 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, JO C 113, 31 mars 2021, pp. 1-8 ; ²⁷ Comm. UE., Droit de la concurrence de l'UE – communication sur la définition du marché (évaluation) Consultation publique, 26 juin 2020, consultable en ligne : https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law/public-consultation_fr ; Proposition de Règl. du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final, 15 déc. 2020, pp. 1-63.

commencer à en appréhender une : l'insuffisance du droit des concentrations face au phénomène des *killer acquisitions*. Le 31 mars 2021, la Commission européenne a entendu répondre à cette problématique par l'adoption d'un texte visant à élargir l'application de l'article 22 du Règlement « concentration ». Cette solution revient à étendre le droit des concentrations à toutes les restructurations ayant des effets sur le territoire européen. La disproportion de la réponse institutionnelle a motivé la présente étude : elle met dans une situation délicate tous les opérateurs économiques européens, qui ne disposent plus de garanties suffisantes de prévisibilité juridique pour mesurer la faisabilité de leurs opérations d'affaires. En outre, la solution ne résout pas les lacunes substantielles du droit des concentrations face au phénomène. Dès lors, cette étude propose une appréhension aussi complète que possible du phénomène des *killer acquisitions*, une confrontation de l'objet aux aspects tant procéduraux que substantiels du droit des concentrations et ainsi à un état du droit positif visant à conclure à son insuffisance pour saisir le phénomène.

13. Choix terminologique. Cette étude est intitulée « Le phénomène des *killer acquisitions* en droit des concentrations ». L'expression anglaise signifie littéralement « acquisitions tueuses », alors qu'elle est couramment traduite par l'expression « acquisitions prédatrices ». L'absence d'une traduction littérale exacte implique une différence de sens, qui est source de confusion : les acquisitions « tueuses » font explicitement référence à des opérations réalisées dans le but de « tuer » une entreprise concurrente ; les acquisitions « prédatrices » font à l'inverse référence à des opérations où l'intention est de « tuer », mais où l'acte matériel n'a pas encore été commis voire ne le sera jamais. Une métaphore animalière peut être parlante : un félin peut approcher sa proie puis réussir à la tuer ou ne pas parvenir à la tuer. Il peut avoir été un prédateur sans avoir été un meurtrier. Dès lors, l'expression « acquisitions prédatrices » désigne des opérations qui n'entrent pas dans la qualification de « *killer acquisitions* » : celles où une entreprise concurrente est rachetée et où ses produits sont, finalement, développés. Le cas échéant, la pratique n'est pas considérée comme problématique d'un point de vue concurrentiel²⁸.

14. Droit applicable. Dans l'Union européenne, les systèmes juridiques sont articulés et chapeautés par un seul texte, le Règlement européen n°139/2004²⁹ (dit Règlement « concentration »), accompagné de plusieurs textes à vocation interprétative et à force non-contraignante. Dans cette étude, le droit applicable sera donc le droit européen des concentrations tel qu'institué par le Règlement « concentration ».

²⁸ V. infra : paragr. 25 et suiv.

²⁹ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*

PARTIE 1. LE PHÉNOMÈNE DES « KILLER ACQUISITIONS » EN DROIT DES CONCENTRATIONS

15. Exposé de la démarche. La Partie présentera le phénomène des *killer acquisitions* à l'aune du droit des concentrations. Le premier temps sera consacré à l'appréhension du phénomène par le droit des concentrations, au sens large, c'est-à-dire dans sa nature juridique et économique (Titre 1). Le second temps sera dévolu à l'appréhension du phénomène par le droit des concentrations, au sens strictement juridique, c'est-à-dire par l'approche (par les effets) retenue par le législateur pour évaluer la licéité des opérations de concentration (Titre 2).

TITRE 1. L'APPRÉHENSION DU PHÉNOMÈNE

16. Exposé de la démarche. Deux mouvements successifs permettent d'appréhender le phénomène des *killer acquisitions*. Dans un premier temps, une approche pluridisciplinaire s'impose au regard de la nature hybride du droit des concentrations (Chapitre 1). Elle sera utile pour élaborer, dans un second temps, une classification juridique des *killer acquisitions* selon les catégories reconnues par le droit des concentrations (Chapitre 2).

Chapitre 1. Une approche des « killer acquisitions »

17. Une approche plurale. L'étude d'un phénomène est une entreprise délicate : elle suppose de choisir *prima facie* un ou plusieurs spectres d'observations, avant même d'avoir étudié l'objet. Pour notre cas, l'exercice est facilité par la solidité des quelques études en la matière, qui ont élaboré une définition. Le premier élément de définition est l'atteinte à la concurrence : la concurrence étant un objet d'économie puis de droit, une approche économique et juridique s'impose (Section 2). Le second élément est la mise à terme d'un projet d'innovation : le phénomène apparaît sur les marchés « innovants », c'est-à-dire où l'innovation est un paramètre majeur pour le processus de concurrence, ce qui peut être confirmé par une approche sectorielle (Section 2).

Section 1. Une approche économique et juridique

18. La concurrence : un objet de droit et d'économie. Au départ, le droit et l'économie entretenaient des rapports froids : ils s'ignoraient mutuellement. En France, les économistes revendiquaient une discipline propre et distincte des autres, tant en son objet qu'en sa méthode. C'est à ce second endroit que les juristes se sont opposés : « seule l'étude des textes doit mériter attention ; elle seule permet de reconnaître la vraie science, ce que n'est assurément pas l'économie qui privilégie la méthode expérimentale ignorée du droit »³⁰. Cette absence de reconnaissance a une source plus profonde, de nature idéologique : l'économie est identifiée au courant libéral, quand le droit se départit, en principe, de toute influence politique. Ainsi, ce n'est qu'à partir de la moitié du XIX^{ème} siècle que l'économie sera enseignée dans les facultés de droit. D'abord, elle est vue comme une science auxiliaire du droit : elle est incorporée de temps en temps au discours juridique. Par exemple, les idées de « *corporate governance* »³¹ sont instillées dans le droit des sociétés³². Puis, un célèbre ouvrage du doyen Ripert³³ appréhenda l'évolution objective de l'économie (en tant qu'ensemble de faits) à l'aune de la science du droit. Ses travaux furent précurseurs des nouvelles relations entre le droit et l'économie : il s'agit du droit économique, c'est-à-dire l'étude de l'économie par le droit. À l'inverse, l'analyse économique du droit, l'étude du droit par l'économie, ne se développe pas encore en France mais aux États-Unis,

³⁰ V. : S. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 578.

³¹ L'expression peut être traduite par « gouvernance d'entreprise » : il s'agit de l'ensemble des règles juridiques ou non-juridiques (par exemple, les règles de « *compliance* » ou « conformité ») qui régissent le fonctionnement d'une entreprise.

³² *Ibid.*, p. 579.

³³ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951 (ré-éd. 2001).

où la matière pénétra tôt les facultés de droit nord-américaines. Outre-Atlantique, les juristes français restèrent longtemps sceptiques à une approche multi-disciplinaire : influencés par la pensée de Kelsen, ils semblent défendre une science « pure » du droit (l'adjectif parle de lui-même) indépendante de toute autre science. Aujourd'hui, le droit de la concurrence est un terrain où le dialogue est indispensable entre les juristes et les économistes : la matière appartient indubitablement aux deux corps. Du point de vue des économistes, la concurrence est un rouage vertueux pour l'économie de marché : c'est pourquoi elle doit être protégée par des règles juridiques. Du point de vue des juristes, la concurrence est un moyen d'assurer la justice sur le marché : ainsi, le droit doit reconnaître les bienfaits de la concurrence et garantir sa protection juridique. Dès lors, les approches économique (I) et juridique (II) sont indissociables car complémentaires à l'endroit du droit de la concurrence.

I. Une approche économique

19. Présentation. En économie, le présupposé selon lequel les *killer acquisitions* sont néfastes pour la concurrence est confirmé par quelques éléments fondamentaux (A). Ce constat est conforté par l'étude des *killer acquisitions* par les économistes, qui ont pu dégager une première classification (B).

A. Les éléments économiques

20. Quelques éléments fondamentaux. Quatre notions économiques sont incontournables pour l'étude du phénomène : le « processus de concurrence » (1), ses fonctions de « découverte » (2) et de « destruction-créatrice » (3) et « l'effet de remplacement » (4).

1. *Le processus de concurrence*

21. La définition de la « concurrence ». Il convient au préalable de revenir sur la notion de « concurrence » qui peut paraître étrangère au juriste non-initié. Définie à partir du XVI^{ème} siècle, elle est synonyme de « rivalité » ou de « compétition » et « peut être perçue, à ce titre, comme facteur de désordre »³⁴. Plus précisément, elle est « l'ensemble des actions qui sont engagées dans le but de faire aboutir les objectifs d'une firme au détriment des autres », tels

³⁴ V. : S. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 252.

qu'« accroître ou de diminuer ses prix », « engager des dépenses de R&D ou de publicité », « imiter les stratégies ou les produits des autres firmes » ou encore « élaborer des relations complexes avec leurs fournisseurs »³⁵. Le dernier exemple se réfère aux relations de distribution qui se sont tissées depuis le début du XXème siècle : elles sont nées du désir des concurrents de s'unir pour être plus forts. En résumé, la concurrence est un processus d'affrontement entre deux entités au terme duquel l'une d'entre elle ressortira gagnante.

22. L'appréhension de la concurrence comme « processus ». Il serait incorrect d'évoquer l'idée d'une concurrence « processus » sans rappeler le débat d'idée sur la nature de la concurrence. Durant le XVIIIème siècle, Adam Smith suggéra déjà l'idée d'un « processus » de concurrence qui ne devrait pas faire l'objet d'une intervention étatique. En laissant faire ce mécanisme, chaque personne poursuivrait son intérêt personnel, si bien qu'à l'échelle globale, un intérêt commun serait satisfait : c'est la « main invisible »³⁶.

Vers le début du XIXème siècle, la littérature économique offrit une autre idée : la concurrence ne serait pas un processus, mais plutôt une « structure », un « modèle » : en somme c'est un idéal à atteindre, celui d'une « concurrence pure et parfaite ». Cette idéal est construit par ses fondateurs (notamment W. S. Jevons) sur une théorie des prix, selon laquelle « les firmes sont supposées entrer librement sur les marchés, ne pas influencer la formation des prix et rester indépendantes dans leur prise de décision »³⁷. La concurrence n'est plus conçue de manière dynamique (comme un processus) mais statique.

Au milieu du XXème siècle, alors que l'Union européenne est en pleine édification, un courant *semble*³⁸ guider les rédacteurs du Traité de Rome : la concurrence serait un « processus » avec pour rouages la liberté et la justice sociale (comme un compromis trouvé entre le capitalisme et le

³⁵ J. Krafft, « Le processus de concurrence : définition et enjeux scientifiques », in *Le processus de concurrence*, Economica, 1999, p. 1.

³⁶ V. A. Smith, *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Methuen & Co, 1776, pp. 127-128 : « [Each individual] generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. (...) [He] intends only his own gain, and he is in this, as many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention ».

³⁷ J. Krafft, *Le processus de concurrence*, *op. cit.*, p. 2.

³⁸ En réalité, la philosophie du Traité de Rome ne serait pas ordolibérale. Il semble que la CJUE ait interprété les textes européens avec une connotation ordolibérale, mais l'objectif annoncé est celui de l'efficacité économique, et plus précisément, l'efficacité productive : « L'efficacité productive se réalise lorsqu'un ensemble de produits donné est au coût le plus bas possible. [...] L'efficacité allocative se rapporte à la différence entre le coût de production du produit et l'évaluation de ce produit par les consommateurs. [...] L'efficacité dynamique est obtenue en investissant dans l'innovation, la recherche et le développement de nouveaux produits ainsi que de nouveaux processus de production qui augmentent la richesse » (traduction libre de P. Akman). V. : P. Akman, « « Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC », *Oxford J. Of Legal Studies*, vol. 29, n°2, 2009, p. 270 ; R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, Edward Edgar, 2017, p. 30 ; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 67-68.

socialisme...³⁹). Les fondateurs de l'ordolibéralisme, le courant qui soutient ce modèle, rejoignent ainsi Adam Smith par l'idée d'un libre marché, mais s'en différencient en proposant un socle de protection juridique. Aussi, ils préconisaient de manière sporadique une intervention des institutions sur le marché plutôt qu'une autorégulation du marché.

Dans le même temps, un autre courant se développait sous l'impulsion de l'école d'Harvard, qui embrassait l'idée d'une concurrence « structure ». L'idée d'une « concurrence pure et parfaite » est reprise mais les universitaires anglais préconisaient une approche plus réaliste. Pour porter cette ambition, ils formulent un modèle : le paradigme SCP (Structure-Comportement-Performance), selon lequel la *structure* du marché favoriserait certains *comportements* qui amélioreraient la *performance* des entreprises. Selon eux, cette performance doit être toutefois suspectée lorsqu'elle est « déraisonnable »⁴⁰, c'est-à-dire au détriment des consommateurs.

Enfin et toujours à la même époque, l'école de Chicago proposa une prise en compte encore plus forte de la réalité économique : il faut observer la structure du marché, mais également le *comportement* des entreprises. Ensuite, pour eux, le but de la concurrence est seulement l'efficacité économique. Enfin, ils considèrent, comme Adam Smith, la concurrence comme un « processus ». Ils préconisent une approche peu interventionniste afin de laisser ce processus déployer toutes ses vertus. Plus tard, l'école de post-Chicago confortera l'idée d'une possible autorégulation grâce à l'argument de la contestabilité du marché⁴¹.

Aujourd'hui, la concurrence est définitivement perçue comme un « processus ». Cette approche permet une « analyse opérationnelle en tentant d'éclairer la réflexion théorique par une prise en compte plus explicite de la temporalité des phénomènes qui, dans la pratique, engendre de l'incertitude et conditionne le comportement des firmes »⁴².

23. L'idée d'une concurrence « dynamique ». L'idée de « processus » traduit une approche dynamique de la concurrence. Classiquement, la concurrence « dynamique » est opposée à la concurrence « statique ». Cette dernière serait insuffisante pour l'épanouissement de la concurrence : certes, la concurrence statique « offre un cadre d'analyse adapté aux problèmes d'allocation et de tarification ; [...] [mais] pour les questions concernant les processus concurrentiels et leurs interactions avec les phénomènes productifs ou d'innovation, d'autres

³⁹ R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁰ C. Kaysan et D. F. Turner, *Antitrust Policy*, Harvard University Press, 1959, p. 106 ; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 188.

⁴¹ V. *infra* : paragr. 70.

⁴² J. Krafft, *Le processus de concurrence*, *op. cit.*, p. 2.

approches sont nécessaires »⁴³. Cependant, il convient de ne pas s'en tenir à une vision binaire de la concurrence, comme forcément « dynamique » ou « statique ». Ainsi, la littérature récente admet l'insuffisance d'une distinction de principe⁴⁴. Cette position peut être confortée par l'idée que le droit de la concurrence poursuit originellement un objectif d'efficacité économique⁴⁵, peu importe que l'efficacité soit statique ou dynamique⁴⁶. Concernant l'efficacité dynamique, elle permettra à la concurrence de réaliser ses fonctions de « découverte » et de « destruction-créatrice »⁴⁷.

2. *Le processus de découverte*

24. Le processus de découverte. Friedrich A. Hayek rejette toute tentative de théorisation de la concurrence pour affirmer qu'elle est un « processus de découverte ». L'idée est que la concurrence ne peut être conceptualisée puisqu'elle fait constamment naître des comportements nouveaux et imprévisibles. Ainsi, le modèle appelé « concurrence pure et parfaite » n'est qu'une vaine tentative de tirer des règles générales d'un objet insaisissable, qui seront destinées à être caduques. Pire, cette théorie est censée atteindre une concurrence « parfaite », alors qu'elle pourrait au contraire *nuire* à la concurrence, qui se retrouve freinée dans son ambition de découverte⁴⁸.

Selon l'économiste, l'idée est que la concurrence jaillit partout où une personne ne connaît pas les circonstances essentielles qui vont déterminer le comportement de ses concurrents : lors d'une rencontre sportive, d'un examen, de l'attribution d'un marché public...⁴⁹ Cette infinité de comportements imprévisibles ouvre le champ à un maximum de découvertes. Pour ce faire, il

⁴³ V. : J. Krafft, *Le processus de concurrence*, *op. cit.*, p. 6. En effet, la concurrence statique n'est pas favorable à l'efficacité dynamique : elle privilégie l'efficacité allocative. Les conséquences sont une mise à l'écart des vertus de l'innovation, promues par l'efficacité dynamique. V. : R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁴ J. Krafft, *Le processus de concurrence*, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁵ « La concurrence [...] permet d'obtenir des entreprises une efficacité sans cesse améliorée qui est la condition de base pour l'amélioration des niveaux de vie et des possibilités d'emploi dans les pays de la Communauté ». V. : Comm. CE, *Premier rapport sur la politique de concurrence*, 1971, p. 11-12.

⁴⁶ M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, Thèse, Aix Marseille Université, D. Bosco (dir.), LGDJ, 2018., p. 249.

⁴⁷ La première fonction fut identifiée par F. A. Hayek (prix Nobel d'économie en 1974) ; la seconde par J. A. Schumpeter. Les deux économistes adoptèrent très tôt une « conception dynamique et concrète de la concurrence ». V. : J. Krafft, *Le processus de concurrence*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁸ F. A. Hayek est plus tranchant dans ses mots : « What I have said, however, should be sufficient to point out the absurdity of the conventional approach proceeding from a state in which all essential conditions are assumed to be known — a state that theory curiously designates as perfect competition, even though the opportunity for the activity we call competition no longer exists. Indeed, it is assumed that such activity has already performed its function ». V. : F. A. Hayek, « Competition as a Discovery Procedure », trad. par M. S. Snow, *Quarterly J. of Austrian Economics*, vol. 5, n°3, 2002, p. 13.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 3.

faudrait veiller à l'existence d'une « libre concurrence »⁵⁰, afin de ne pas entraver les rouages du processus de découverte. Toutefois, l'existence de perdants dans cette « course » à la découverte sera un mal nécessaire.

3. *Le processus de destruction-créatrice*

25. Le processus de destruction-créatrice. Joseph Schumpeter décrit le processus de destruction-créatrice comme un rouage du capitalisme, expliquant la constante augmentation du taux de croissance⁵¹. C'est la destruction des activités les moins efficaces au profit de la persistance des activités plus efficaces, dessinant, ainsi, un cycle de renouvellement constant dont le moteur est l'innovation⁵². Pour notre étude, il convient dès lors de distinguer les *killer acquisitions* qui mettent en danger une entreprise vertueuse pour le marché, des *killer acquisitions* qui en présence d'une entreprise moins utile pour le marché.

26. Conséquence : ce que n'est pas une *killer acquisition*. La première hypothèse est la suivante : une entreprise « cible » peut présenter un projet d'innovation avec une certaine chance de succès, mais ne pas avoir les moyens techniques, humains et financiers de le poursuivre. Il se peut qu'une autre entreprise souhaite la racheter, afin de développer le projet puis de tirer les fruits du nouveau produit. Dans ce cas, l'opération n'est pas une *killer acquisition*⁵³. D'une part, elle n'est pas suspecte d'un point de vue concurrentiel : l'entreprise « cible » n'aurait pas constitué un futur concurrent. D'autre part, elle n'est pas suspecte d'un point de vue économique : les économistes considèrent même que ces opérations sont positives dans la mesure où le projet sera poursuivi par des entreprises plus aptes à le faire, améliorant, *in fine*, l'innovation et le bien-être total⁵⁴.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 19.

⁵¹ « Capitalism, then, is by nature a form or method of economic change and not only never is but never can be stationary. [...] Nor is this evolutionary character due to a quasi- automatic increase in population and capital or to the vagaries of monetary systems of which exactly the same thing holds true. The fundamental impulse that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumers' goods, the new methods of production or transportation, the new markets, the new forms of industrial organization that capitalist enterprise creates ». V. : J. Schumpeter, « Can Capitalism Survive? », *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, 1942, pp. 81-86.

⁵² Voir une autre définition : « In Schumpeter's work competition is regarded as a dynamic process of 'creative destruction'. Pioneer firms introduce new products and new production methods, thereby opening up new markets. The dynamism of these firms initially gives them a temporary monopoly position in the market, but at the same time stimulates others to imitate them. These successive innovations and imitations promote economic progress ». V. : R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 53.

⁵³ Il convient de ne pas inclure dans la catégorie de « *killer acquisitions* » ce genre d'opérations. Pour avis contraire, v. : J. Kennedy, « Monopoly Myths: Is Big Tech Creating "Kill Zones"?, *Information Technology & Innovation Foundation*, 2020, p. 1.

⁵⁴ C. Cunningham, F. Ederer et M. Song, *op. cit.*

Une seconde hypothèse est en revanche suspecte : c'est lorsque l'opération vise à mettre un terme au projet d'innovation, et ainsi, à supprimer un futur concurrent⁵⁵. Cette stratégie ne s'inscrit pas dans un processus de destruction-créatrice. C'est par exemple le cas lorsque l'entreprise acquéreur est en position dominante : les économistes considèrent qu'une telle entreprise a peu d'incitations à innover. Dès lors, les *killer acquisitions* seront assez fréquentes en présence d'une entreprise acquéreur avec une forte position de marché.

4. *L'effet de remplacement*

27. L'effet de remplacement. En effet, Kenneth Arrow démontra que les incitations à innover sont moindres dans une situation de monopole : les profits actuels que dégage une telle entreprise seront toujours plus élevés que les profits futurs résultant de l'innovation⁵⁶. Une entreprise à plus petite taille aura, à l'inverse, davantage d'incitations à innover puisque les profits attendus seront plus élevés que ses profits actuels⁵⁷. C'est pour cette raison qu'il suggère que les activités de recherche et développement (R et D) soient financées par des entités à but non lucratif (R et D)⁵⁸, comme par exemple les pouvoirs publics.

28. Conséquence : ce qu'est une *killer acquisition*. Une opération par laquelle une grande entreprise acquiert une plus petite entreprise, innovante, serait dès lors faite dans le but, non pas de poursuivre, mais de « tuer » l'innovation. C'est pour cette raison que l'étude menée par Colleen Cunningham invite à qualifier de « *killer acquisitions* » les seules opérations qui n'entreraient pas dans un processus de destruction-créatrice⁵⁹. Il s'agit de restructurations purement stratégiques : si elles sont mises en œuvre, c'est que faute d'avoir une incitation à innover, l'acquéreur trouve une incitation à « tuer ». Toutefois, l'entreprise peut être animée par une autre incitation : celle de

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ « It would be argued that the incentive to invent is less under monopolistic than under competitive conditions but even in the latter case it will be less than is socially desirable ». V. : K. Arrow, « Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention », in *The Rate and Direction of Inventive Activity : Economic and Social Factors*, Princeton University Press, 1962, p. 619.

⁵⁷ V. : M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 75.

⁵⁸ « The previous discussion leads to the conclusion that for optimal allocation to invention it would be necessary for the government or some other agency not governed by profit-and-loss criteria to finance research and invention ». V. : K. Arrow, *op. cit.*, p. 623.

⁵⁹ Dans ces travaux, les universitaires avaient au préalable formulé des prévisions sur les résultats de l'étude. Finalement, il s'est avéré que l'ampleur du processus de destruction-créatrice était plus faible que l'ampleur attendue. V. : C. Cunningham, F. Ederer et M. Song, *op. cit.*, p. 42.

consolider sa position sur le marché. Ainsi, une première typologie distinguera les *killer acquisitions* à stratégie défensive des *killer acquisitions* à stratégie défensive⁶⁰.

B. Une classification économique

29. Une stratégie défensive. La stratégie défensive est le cas où l'opération est réalisée afin d'empêcher l'entrée d'un futur concurrent sur le marché. L'entreprise acquéreur a anticipé une menace : celle d'un futur concurrent qui pourrait affaiblir sa position sur le marché. La concentration est le seul remède de l'acquéreur pour éviter une nouvelle entrée sur le marché : c'est une acquisition de nature défensive ou préventive.

30. Une stratégie offensive. Au contraire, la stratégie offensive est le cas où l'opération est réalisée afin de renforcer la position de l'entreprise acquéreur sur le marché. L'entreprise « cible » est un concurrent, actuel ou potentiel, qui occupe ou pourrait occuper une forte position sur le marché. La concentration permet à l'acquéreur de renforcer sa position sur le marché en rachetant les parts de son concurrent : il s'agit d'une acquisition de nature offensive ou consolidante.

31. Illustration : l'affaire Visa/Plaid⁶¹. Dans cette affaire, le stratège est l'entreprise américaine Visa. Le marché pertinent est celui des opérations en ligne par des cartes de débit sur le territoire nord-américain, où Visa est en position dominante à hauteur de 70%. La particularité du marché est d'être biface, ce qui signifie qu'il existe deux groupes de clientèles situés sur différents marchés, qui sont mis en relation grâce à Visa : les consommateurs et les commerçants peuvent ainsi effectuer des opérations en ligne par son intermédiaire. Surtout, le marché biface est caractérisé par des effets de réseau : ils sont observés quand, sur un marché, le succès d'un produit ou d'un service dépend du nombre d'entreprises ou de consommateurs qui l'adopteront, de sa qualité et de son prix⁶². Aujourd'hui, c'est le cas de la plupart des plateformes numériques

⁶⁰ La classification et la terminologie est empruntée aux économistes Frédéric Marty et à Thierry Warin. V. : F. Marty et T. Warin, « Visa Acquiring Plaid: A Tartan Over a Killer Acquisition? Reflections on the Risks of Harming Competition Through the Acquisition of Startups Within Digital Ecosystems », *Center for Interuniversity Research and Analysis on Organizations*, Cahier scientifique, n°2020S-62, 2020, pp. 1-20.

⁶¹ Après une enquête, le ministère nord-américain de la justice déposa une plainte à l'encontre des entreprises Visa et Plaid, considérant que leur projet de concentration avaient des effets néfastes pour la concurrence. Voir la plainte : DOJ, 5 nov. 2020, n° 3:20-cv-07810, *U. S. v. Visa inc. & Plaid inc.*

⁶² V. : R. J. Gilbert, *Innovation Matters — Competition Policy for the High-Technology Economy*, The MIT Press, 2020, pp.17-20.

telles que Facebook ou LinkedIn. En outre, Visa avait conclu des contrats à long terme avec ses partenaires bancaires, toujours dans le but d'assurer la pérennité de sa position.

Ce contexte permet de comprendre la position dominante de Visa. De son côté, Plaid était déjà entré sur le marché, mais dans un segment plus spécifique. Il avait développé un produit substituable à celui de Visa, à la différence que, lors de sa commercialisation future, Plaid aurait pu proposer un prix plus bas grâce à sa position privilégiée⁶³.

Pressentant une future menace, pour deux raisons, Visa prépara une opération d'acquisition. D'abord, et c'est la stratégie défensive, Plaid constituait une menace tant actuelle que potentielle, qui aurait compromis son modèle économique s'il ne la rachetait pas ou si un autre concurrent la rachetait⁶⁴. Ensuite, et c'est la stratégie offensive, Visa entendait renforcer sa position dominante par le rachat de Plaid, qui lui offrirait une place de choix pour anticiper l'émergence de marchés liés. Mais l'entrée de Visa sur ces marchés émergents aurait créé des barrières à l'entrée⁶⁵. Sous la pression de la DOJ, l'entreprise américaine a finalement renoncé à l'acquisition de Plaid, deux mois après le dépôt de plainte du ministère nord-américain.

En résumé, l'approche économique démontre que les *killer acquisitions* peuvent être appréhendées par deux stratégies, l'une comme l'autre, néfastes pour la concurrence : en empêchant l'entrée d'un concurrent potentiel et/ou en consolidant une position dominante, les *killer acquisitions* empêchent un renouvellement vertueux du tissu économique en empêchant le bon fonctionnement du processus de concurrence.

⁶³ « The threat of disruption was all the more plausible since Plaid already had a privileged place in the American banking ecosystem. Its technology is present on nearly 2600 applications developed by fintech, 80% widely used. Plaid has contracts with 11,000 financial institutions and connects 200 million accounts with its services ». V. : F. Marty et T. Warin, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴ « Ultimately, Visa recognized that the best course of action for its business was to eliminate Plaid as a competitive threat by purchasing Plaid itself. In internal documents, a Visa executive observed that "[t]he acquisition is in part defensive, not just for Visa but also on behalf of our largest issuing [bank] clients, whom we believe have a lot to lose if [pay-by- bank transactions] accelerate as the result of Plaid landing in the wrong hands. It is in our collective interest to manage the evolution of these payment forms in a way that protects the commercial results we mutually realize through card- based payments » : v. DOJ, *op. cit.*, U. S. v. *Visa inc. & Plaid inc.*, p. 13 ; v. aussi : F. Marty et T. Warin, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁵ « Through its ownership of Plaid, Visa would have a "[f]ront row seat to what is happening in the [f]intech world (e.g. which apps are growing, at what velocity and where)." With this insight into which fintechs are more likely to develop competitive alternative payments methods, Visa could take steps to partner with, buy out, or otherwise disadvantage these up-and-coming competitors » : v. DOJ, *op. cit.*, U. S. v. *Visa inc. & Plaid inc.*, p. 19 ; v. aussi : F. Marty et T. Warin, *op. cit.*, pp. 12-13.

II. Une approche juridique

32. Précisions. Par une approche juridique, il nous faut appréhender les *killer acquisitions* par le droit de la concurrence, et plus précisément, par le droit des concentrations (A). Nous verrons en quoi cette branche du droit est pertinente pour étudier le phénomène (B).

A. Une approche par le droit des concentrations

33. L'objectif du droit des concentrations : la préservation d'une libre concurrence dans le marché intérieur. Adopté tardivement par l'Union européenne⁶⁶, le droit des concentrations épouse l'objectif du droit de la concurrence : négativement, il vise à assurer « que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur »⁶⁷ ; positivement, il vise à établir « une économie de marché ouverte où la concurrence est libre »⁶⁸. La veille de l'adoption du droit des concentrations, le constat était celui de l'insuffisance des autres pans du « grand droit de la concurrence »⁶⁹. Il fallait un droit pour régler les problèmes en amont, en intervenant sur la structure du marché⁷⁰. Ainsi, un contrôle *ex ante* des opérations de concentration fut institué, afin de s'assurer que certaines restructurations ne créent ou ne renforcent une position dominante et ne causent pas de restriction significative à une concurrence effective⁷¹. Même si des objectifs d'intérêts publics sont aujourd'hui assignés au droit des concentrations⁷², retenons son ambition

⁶⁶ Le contrôle européen des concentrations a été adopté en 1989 : V. Règl. CE n°4064/89 du Conseil du 21 déc. 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO C 20, 28 janv. 2003.

⁶⁷ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, paragr. 2.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ La doctrine utilise l'expression « grand droit de la concurrence » pour désigner le droit des concentrations, le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des aides d'État, par opposition au « petit droit de la concurrence », comprenant le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit de la concurrence déloyale.

⁷⁰ D'abord, l'article 102 du TFUE n'appréhende pas les « positions dominantes » mais seulement leurs « abus », même si cette question a fait l'objet d'un débat : un des fondateurs de l'ordolibéralisme, Eucken, suggérait plus largement une prohibition des monopoles (P. Akman, *op. cit.*, p. 273 et suiv.). Ensuite, l'article 101 du TFUE ne s'applique qu'aux prises de participations par voie d'accord (v. : N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 3e éd., 2020, p. 504). En d'autres termes, ni le droit des abus de position dominante ni le droit des ententes ne pouvaient contrôler les restructurations.

⁷¹ Depuis 2004, la création ou le renforcement d'une position dominante n'est plus le seul cas d'incompatibilité contrairement au Règlement n°4064/89. Le Règlement n°139/2004 introduit le test « SIEC » ou « *significant impediment to effective competition* » : pour le cas où une restriction significative à une concurrence effective est constatée lors du contrôle, une opération pourra faire l'objet d'une décision d'incompatibilité.

⁷² Voir : O. Budzinski et A. Stöhr, « Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes », *Ilmenau Economics Discussion Papers*, vol. 25, n°130, 2019, p. 1 ; K. Fountoukakos et M. Herron, « Merger control and the public interest: European spotlight on foreign direct investment and national security », *CPI*, Column, 2017, <https://www.competitionpolicyinternational.com/merger-control-and-the-public-interest-european-spotlight-on-foreign-direct-investment-and-national-security/> ; D. Reader, « Accommodating Public Interest Considerations in Domestic Merger Control: Empirical Insights », *Centre for Competition Policy*, Working Paper, 16-3, 2016, pp. 2-8.

originelle : la préservation du libre jeu de la concurrence. De manière générale, la concentration du marché est regardée avec bienveillance car elle entre dans une logique de « concurrence dynamique »⁷³ et d'« augmentation de la compétitivité de l'industrie européenne »⁷⁴. Toutefois, si la concentration entraîne un préjudice durable pour la concurrence⁷⁵, elle ne sera pas admise. Par exemple, ce peut être le cas des *killer acquisitions* puisqu'elles ont pour effet de restreindre l'innovation⁷⁶.

34. La notion de « concentration ». Une opération de « concentration » peut prendre la forme d'une « acquisition », comme dans l'hypothèse des *killer acquisitions*. Elle peut aussi prendre la forme d'une « fusion » ou d'une « entreprise commune »⁷⁷. En tout état de cause, la qualification de « concentration » sera subordonnée à l'existence d'un « contrôle »⁷⁸ et d'un « changement durable de contrôle »⁷⁹.

35. L'existence d'un contrôle des concentrations. La Commission européenne est l'entité en charge de ce contrôle : elle procède à une analyse substantielle de la concentration pour déterminer sa compatibilité avec le marché intérieur. D'abord, elle doit délimiter le marché de produits et/ou de services ainsi que le marché géographique dans lesquels s'insère l'opération. Ensuite, elle analyse les conséquences de l'opération sur la concurrence, par une approche par les effets. Dans cette perspective, elle distingue classiquement les effets des concentrations horizontales de ceux des concentrations non-horizontales (verticales et congglomérales) : une approche empirique démontre que des scénarios particuliers d'atteinte à la concurrence se dégagent, selon les types de concentration⁸⁰. Enfin, elle détermine si des gains d'efficacité permettent de compenser les effets anticoncurrentiels existants. À la fin de son contrôle, l'opération fera l'objet d'une décision d'interdiction, d'autorisation ou d'engagements.

⁷³ « La littérature économique, à l'origine, ne s'est pas développée sur la base d'une conception dynamique et concrète de la concurrence [...] comme un processus [...]. Le principe de concurrence parfaite - dans laquelle les firmes sont supposées entrer librement sur les marchés, ne pas influencer la formation des prix et rester indépendantes dans leur prise de décision - a dominé l'analyse économique et conditionné les politiques concurrentielles ». V. : J. Krafft, *Le processus de concurrence*, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁷⁴ En droit positif, le présupposé est que les opérations de concentration sont positives pour l'économie. V. : Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, paragr. 4.

⁷⁵ *Ibid.*, paragr. 5.

⁷⁶ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, JO C 31, 5 févr. 2004, paragr. 8.

⁷⁷ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 3, paragr. 1, a), art. 3, paragr. 1, b) et art. 3, paragr. 4.

⁷⁸ *Ibid.*, art. 3, paragr. 2 et 3.

⁷⁹ *Ibid.*, art. 3, paragr. 1.

⁸⁰ En anglais, ces scénarios d'atteinte à la concurrence sur lesquels s'appuie la Commission européenne pendant le contrôle sont appelés « *theories of harm* ».

B. La pertinence du droit des concentrations

36. La pertinence du droit des concentrations face aux *killer acquisitions*. Le droit des concentrations est familier à la notion d'« acquisition » et il contrôlera les effets des acquisitions sur la concurrence. Ainsi, tant dans sa forme que dans ses effets, le phénomène des « *killer acquisitions* » semble *prima facie* être familier au droit des concentrations.

37. L'insuffisance du droit des concentrations face aux *killer acquisitions*. La première et principale lacune qui exclut les *killer acquisitions* du champ d'application du contrôle des concentrations est de nature procédurale. En effet, le contrôle européen est subordonné au dépassement de seuils reposant sur un critère de chiffre d'affaires⁸¹. Or, les *killer acquisitions* ne présentent généralement pas la dimension européenne requise puisque l'entreprise « cible » est de petite taille, ou du moins, à petit chiffre d'affaires. Il n'en reste pas moins que la philosophie du droit des concentrations tendrait à régir les *killer acquisitions* pour leurs effets néfastes sur la concurrence.

Section 2. Une approche sectorielle

38. Une opération présentant un « projet d'innovation ». Pour rappel, les *killer acquisitions* sont définies comme « le cas dans lequel la stratégie de l'entreprise acquéreur est d'arrêter le développement des projets d'innovation de la cible et de faire barrage à une concurrence future »⁸². Dès lors, il convient d'extraire de cette définition l'idée qu'une *killer acquisition* est opérée pour nuire à l'innovation.

39. La définition de l'« innovation ». L'innovation n'a pas de définition dans le vocabulaire juridique : d'une part, c'est une notion trop mouvante pour le juriste qui est généralement attaché à la stabilité et, d'autre part, le législateur ne renvoie que vaguement à l'idée d'innovation sans s'y attarder davantage⁸³. Toutefois, elle peut être définie, économiquement, comme « la mise en

⁸¹ Il existe deux séries de seuils pour déterminer si la concentration est de dimension européenne, et ainsi, si elle doit faire l'objet d'une notification aux fins d'un contrôle. V. : Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 1 et art. 5 ; v. infra : paragr. 207 et suiv.

⁸² V. supra : paragr. 9.

⁸³ M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 3-4.

œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques de l'entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures »⁸⁴. Dès lors, la notion d'innovation renvoie tant au processus d'innovation qu'aux résultats de l'innovation⁸⁵.

40. L'existence de « marchés innovants ». Il n'existe pas de « marché de l'innovation » à proprement parlé : l'innovation est, en premier lieu, un processus, une méthode, une stratégie qui peut apparaître sur tous les secteurs. Toutefois, il est possible d'identifier des marchés « innovants » à l'aide de quatre caractéristiques (non-cumulatives) : « la vitesse du changement technologique (1), la place privilégiée des coûts fixes et des droits de propriété intellectuelle (2), la perméabilité des marchés (3), et la présence d'un modèle répondant à l'adage « *the winner takes all* » (4) »⁸⁶. Les *killer acquisitions* sont généralement observées sur ces « marchés innovants ».

41. Prérésumé : l'assimilation des marchés innovants à une « kill zone ». Les *killer acquisitions* affectent par définition les marchés innovants : ces opérations mettent à mal un « projet d'innovation »⁸⁷. Ce prérésumé peut être démontré par l'étude des deux secteurs sur lesquels le phénomène est particulièrement fréquent : le secteur numérique (I) et le secteur pharmaceutique (II). Dès lors, tous les marchés innovants pourraient être assimilés à des « *kill zones* »⁸⁸.

I. Le secteur pharmaceutique

42. L'affectation d'un marché innovant : l'exemple du secteur pharmaceutique. Le phénomène est empiriquement observé sur le secteur pharmaceutique (A), qui peut être qualifié de marché innovant (B), confortant le prérésumé selon lequel les *killer acquisitions* affectent les marchés innovants.

⁸⁴ OCDE, *Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation* (Manuel d'Oslo), 3^{ème} éd. 2005, p. 54.

⁸⁵ M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 4-7.

⁸⁶ Ces caractéristiques permettant d'identifier les « marchés innovants » ont été dégagées par Marie Cartapanis : la qualification de « marché innovant » et ses éléments d'identification sont empruntés à l'auteur. V. : *ibid.*, p. 52 et suiv.

⁸⁷ V. OCDE, *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, *op. cit.*, p. 7 ; C. Cunningham, F. Ederer et M. Song, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁸ V. en ce sens : J. Grise, D. Burns et E. Giordano, « The No Kill Zone: The Other Side of Pharma Acquisitions », *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n°2, 2020, pp. 2-7 ; S. K. Kamepalli, R. Rajan et L. Zingales, « Kill Zone », *National Bureau of Economic Research*, n°27146, 2020 (revised in 2021), pp. 2-47 ; J. Kennedy, « Monopoly Myths: Is Big Tech Creating "Kill Zones" », *Information Technology & Innovation Foundation*, 2020, pp. 1-18.

A. L'observation du phénomène sur le secteur pharmaceutique

43. L'observation du phénomène dans le secteur pharmaceutique. Une étude empirique, documentée par plus de 60 000 projets pharmaceutiques, démontre qu'environ 7% des opérations d'acquisitions ont pour but de mettre un terme à l'innovation. En leur absence, le taux global de poursuite des projets de développement des médicaments grimperait d'environ 5%⁸⁹.

44. Les circonstances propices à l'apparition du phénomène. Ces universitaires décrivent en particulier deux circonstances favorisant la caractérisation d'une *killer acquisition*. D'abord, ils observent un chevauchement des activités de R et D de l'entreprise acquéreur et de l'entreprise « cible »⁹⁰ : en d'autres termes, leurs activités de R et D sont substituables. Ensuite, il y a une intention de l'entreprise acquéreur de protéger son pouvoir de marché⁹¹ : cela traduit l'adoption d'une stratégie « défensive », plutôt que d'une stratégie « offensive ».

B. Une qualification de « marché innovant »

45. Première caractéristique : l'absence de rapidité du changement. Dans le secteur pharmaceutique, force est de constater que la première caractéristique n'est pas accomplie dans la mesure où les cycles d'innovation sont particulièrement longs⁹² (contrairement au secteur numérique). En d'autres termes, le secteur pharmaceutique n'évolue pas rapidement.

46. Deuxième caractéristique : l'importance des coûts fixes et de la propriété intellectuelle. Par définition, le secteur pharmaceutique remplit la deuxième caractéristique : le secteur est caractérisé par une grande activité de R et D. D'abord, les coûts qui en résultent sont comptabilisés comme des coûts fixes, c'est-à-dire qu'ils sont indépendants des quantités produites, par opposition aux coûts variables qui dépendent du taux de production⁹³. Les coûts fixes sont par exemple les coûts de R et D, les intérêts sur emprunts, les taxes immobilières ou les loyers ; les coûts variables sont, entre autres, les charges liées au personnel de production ou

⁸⁹ C. Cunningham, F. Ederer et M. Song, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 15-16.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 13-15.

⁹² M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence, op. cit.*, p. 54.

⁹³ *Ibid.*

celles liées aux opérations d'entretien⁹⁴. Ensuite, le secteur recourt fortement aux mécanismes de propriété intellectuelle⁹⁵, par exemple aux brevets, pour protéger les médicaments développés et pour assurer aux entreprises innovantes un retour sur investissement.

47. Troisième caractéristique : l'absence de perméabilité des marchés. Les marchés sont généralement perméables en présence d'effets de réseau⁹⁶. Mais contrairement au secteur numérique, le secteur pharmaceutique ne présente pas d'effets de réseau. De plus, les segments de marché sont très spécifiques et singuliers les uns des autres : un marché est souvent délimité en fonction de la classe thérapeutique des médicaments⁹⁷.

48. Quatrième caractéristique : l'absence d'effet du « *winner takes all* ». En français, cette expression peut être traduite, prosaïquement, par le fait que « le gagnant rafle tout ». Elle est souvent employée pendant les élections nord-américaines⁹⁸. Dans un marché innovant, cela signifie que l'entreprise pionnière aura un avantage concurrentiel sur ses concurrents, en s'élevant, au moins temporairement, à une position de monopole⁹⁹. Dans la logique de ce qui a été exposé plus haut, il ressort que le secteur pharmaceutique tend moins à des effets de « *winner takes all* » que le secteur numérique : lorsqu'une entreprise pionnière conquiert un marché émergent, elle prend moins rapidement de l'ampleur du fait de l'absence d'effets de réseau et de la lenteur des cycles d'innovation. Ainsi, elle peut toujours être renversée par un autre concurrent émergent.

⁹⁴ OCDE, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, 1993, pt. 47.

⁹⁵ En effet, le secteur pharmaceutique est axé sur des projets présentant une forte propriété intellectuelle, contrairement à d'autres secteurs, où les projets sont marqués par un fort « capital humain », par un fort *intuitu personae*. V. : C. Cunningham, F. Ederer et M. Song, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁶ V. : R. J. Gilbert, *Innovation Matters — Competition Policy for the High-Technology Economy*, *op. cit.*, pp.17-20.

⁹⁷ B. Darryl, « Concurrence et réglementation dans l'industrie pharmaceutique », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, n°2002/3, vol. 4, pp. 147-150.

⁹⁸ Elle désigne, dans ce contexte, le fait qu'un candidat à l'élection présidentielle obtienne toutes les voix des grands électeurs dans un État fédéré, lorsque ce candidat ressort gagnant sur le territoire dudit État fédéré (même à une voix près). Toutefois, c'est une victoire de principe car, en pratique, les grands électeurs peuvent voter pour un autre candidat, bien que le jeu de la politique ne conduise que rarement à ce résultat.

⁹⁹ Cette idée répond au modèle de la concurrence dynamique présenté par J. Schumpeter. V. : R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 53 et suiv.

II. Le secteur numérique

49. L'affectation d'un marché innovant : l'exemple du secteur numérique. Les *killer acquisitions* sont aussi observées sur le secteur numérique (A) et ce dernier peut être qualifié de marché innovant (B) confortant une nouvelle fois notre présupposé.

A. L'observation du phénomène sur le secteur numérique

50. L'observation du phénomène dans le secteur des nouvelles technologies. La récente activité de fusions-acquisitions des GAFAM¹⁰⁰ provoque en grande partie une suppression de la future concurrence¹⁰¹. Précisons une nouvelle fois que le propos, dans cette étude, n'est pas de dire que les GAFAM se « servent » auprès de leurs concurrents pour développer des produits innovants : même si c'était le cas, de telles opérations ne seraient pas qualifiées de *killer acquisitions*¹⁰², et n'entrent pas dans le champ de notre étude. En résumé, les *killer acquisitions* deviennent une pratique fréquente sur le secteur numérique, que les Big Tech ont stratégiquement et intentionnellement adoptée¹⁰³ au vu de l'absence de contrôle juridique.

51. Les circonstances propices à l'apparition du phénomène. Elles sont partiellement différentes des circonstances d'apparition du phénomène sur le secteur pharmaceutique. La première est identique : une *killer acquisition* est généralement mise en œuvre lorsque les parties proposent des produits substituables ou complémentaires¹⁰⁴. La seconde est différente : ici, l'entreprise acquéreur a une intention non pas de protéger mais de renforcer son pouvoir de marché. En d'autres termes, elle n'achète pas pour prévenir l'entrée d'un futur concurrent mais pour consolider sa position dominante, augmenter son pouvoir de marché, réaliser davantage d'économies d'échelle, proposer des fonctionnalités complémentaires à leurs produits actuels¹⁰⁵...

¹⁰⁰ L'acronyme « GAFAM » désigne les entreprises Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

¹⁰¹ Entre 2015 et 2017, les GAFAM auraient acheté 175 entreprises de toutes tailles confondues. Sur cet échantillon, il semblerait qu'environ 60% des produits acquis ne soient plus commercialisés, maintenus ou améliorés. En outre, il apparaît que Apple, Facebook et Amazon aient davantage tendance à recourir à des *killer acquisitions*. V. : A. Gautier et J. Lamesch, « Mergers in the Digital Economy », *Center for Economic Studies and the ifo Institute*, n°8056, 2020, p. 4 et p. 24.

¹⁰² Pour avis contraire, voir : J. Kennedy, « Monopoly Myths: Is Big Tech Creating “Kill Zones”? », *Information Technology & Innovation Foundation*, 2020, p. 8. V. également supra :

¹⁰³ « Despite the difficulties associated with testing for strategic motives, our main analyses, combined with additional tests, collectively suggest that killer acquisitions are both strategic and intentional ». V. : C. Cunningham, F. Ederer et M. Song, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁴ A. Gautier et J. Lamesch, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 27.

B. Une qualification de « marché innovant »

52. Première caractéristique : la rapidité du changement des technologies. Sans surprise, force est de constater que le secteur évolue à une grande vitesse : il suffit d'observer le degré de perfectionnement qu'ont atteint les produits et services en seulement deux décennies¹⁰⁶. Cette particularité s'explique par l'existence de cycles d'innovations très courts, contrairement au secteur pharmaceutique¹⁰⁷.

53. Deuxième caractéristique : l'importance des coûts fixes et de la propriété intellectuelle. Ensuite, à l'instar du secteur pharmaceutique, les entreprises du secteur numérique connaissent des coûts fixes importants, en corrélation avec les fortes activités de R et D. Ces investissements donnent lieu à des dépôts de brevets : la propriété intellectuelle est également forte. À l'inverse, les coûts variables des entreprises sont faibles : l'explication tient « à la nature immatérielle des biens échangés, lesquels peuvent être reproduits et transportés sans frais »¹⁰⁸.

54. Troisième caractéristique : la perméabilité des marchés. Les marchés sont généralement perméables du fait de l'existence d'effets de réseau : c'est lorsque le succès d'un produit ou d'un service dépend du nombre d'entreprises ou de consommateurs qui l'adopteront, de sa qualité et de son prix¹⁰⁹. La nouvelle structure qu'adoptent les entreprises numériques favorise ces effets : elles sont des plateformes, mettant en relation plusieurs catégories d'opérateurs économiques, pourtant situés sur des marchés différents. Par exemple, Facebook est une plateforme multiface (contrairement à la plateforme biface, qui présente seulement deux marchés) mettant en relation les publicitaires, les entreprises, les vendeurs particuliers, les éditeurs,

¹⁰⁶ Serge Bernstein et Pierre Milza décrivent la période du début du XX^e siècle comme ayant été marquée, notamment, par la croissance et les crises du capitalisme mondialisé. Ils soulignent les facteurs favorables à cette situation économique qui seraient, selon eux, mal utilisés. L'un d'entre eux est l'intensification de la révolution numérique : à une vitesse sans précédent, des entreprises se sont développées au début du siècle pour devenir puissantes et célèbres, en moins de deux décennies. L'exemple incontournable est celui des GAFAM : sans nier les avantages considérables qu'ils offrent en matière de communication et d'autonomie, les auteurs émettent un doute sur leur capacité « à améliorer la productivité de l'ensemble de l'économie et de susciter une croissance suffisante pour résorber le chômage qui s'étend dans les secteurs devenus obsolètes de l'économie ». V. : S. Bernstein et P. Milza, « Croissance et crises du capitalisme mondialisé », in *Histoire du XX^e siècle*, Hatier, 2017, pp. 33-34.

¹⁰⁷ J. T. Lang, « European Community Antitrust Law : Innovation Markets and High Technology Industries », *Fordham International L. J.*, vol. 20, iss. 3., 1997, p. 718.

¹⁰⁸ V. : M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, op. cit., p. 55 ; M. Rato et N. Petit, « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *European Competition J.*, vol. 9, iss. 1, avr. 2013, p. 4.

¹⁰⁹ V. : R. J. Gilbert, *Innovation Matters — Competition Policy for the High-Technology Economy*, op. cit., pp.17-20.

les utilisateurs et les consommateurs.¹¹⁰ Ce modèle est aussi adopté par les établissements bancaires qui mettent en relation, lors d'une opération, les consommateurs et les commerçants : il s'agit cette fois d'une plateforme biface. Par exemple, lorsqu'une personne se rend dans une boulangerie pour acheter une baguette de pain, il paiera le boulanger par un lecteur de carte bleue. La transaction est réalisée de la manière suivante : le paiement est consenti par le consommateur, la demande de paiement est traitée par une plateforme bancaire qui contrôle la transaction et, lorsqu'elle est autorisée, le commerçant recevra enfin le paiement sur son compte bancaire par l'intermédiaire de la plateforme.

55. Quatrième caractéristique : un effet de « *winner takes all* ». Enfin, les effets de réseau promettent une place privilégiée à l'entreprise pionnière qui sera, grâce à eux, rapidement propulsée en position dominante. Par exemple, sur le marché des moteurs de recherche, l'entreprise précurseur Google est toujours dominante, alors que ses concurrents Yahoo!, Bing, Qwant ou Ecosia se sont succédés sans jamais la détrôner. Cette accroissement soudaine de la position de marché s'explique aussi par l'absence de « *multi-homing* » : cela signifie que les utilisateurs qui recourent au moteur de recherche Google n'utilisent généralement pas d'autres moteurs de recherche¹¹¹.

¹¹⁰ V. : A. Gautier et J. Lamesch, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹¹¹ Dans l'affaire Google Shopping, la Commission européenne s'est, notamment, fondée sur le critère du *multi-homing* pour déterminer si le Big Tech était en position dominante sur le marché des services de recherche générale. En ce sens, l'autorité a conclu à un abus de position dominante : il était reproché à Google de favoriser, sur sa propre plateforme et grâce à un algorithme de rétrogradation, son propre comparateur de prix au détriment des services concurrents. En d'autres termes, l'entreprise utilisait sa position sur un marché pour faire levier sur un autre marché. Cette pratique, mettant en cause une plateforme, est aussi appelée le « *self-preferencing* ». V. : Comm. UE, 27 juin 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)*, pt. 306 ; P. Ibañez Colomo, « Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles », *World Competition*, vol. 43, À paraître, 2020, p. 5 et suiv.

Chapitre 2. La classification des « killer acquisitions »

56. La classification juridique des opérations de concentration. Après avoir appréhendé le phénomène des *killer acquisitions* d'une perspective économique, juridique et empirique, il s'agit dès lors de s'interroger sur un modèle de classification. Dans la mesure où la présente étude est une recherche de droit, il sera pertinent d'adopter une classification juridique, et plus précisément, issue de la branche du droit qui nous paraît la plus pertinente pour saisir le phénomène : le droit des concentrations.

Le droit des concentrations distingue trois types d'opérations de concentration : les concentrations horizontales, les concentrations verticales et les concentrations conglomerales. Cette typologie peut être simplifiée : les textes européens¹¹² distinguent les concentrations horizontales (Section 1) des concentrations non-horizontales (Section 2). Ajoutons enfin que cette classification est, en réalité, inspirée des modèles économiques¹¹³, démontrant une nouvelle fois la porosité du droit vis-à-vis de l'économie¹¹⁴.

57. La nécessité de délimiter le marché pertinent. Lorsque les entreprises et leurs conseils préparent une opération de concentration, il sera dès lors utile de réaliser une expertise du marché en cause pour déterminer si la concentration est de type horizontal, vertical ou congloméral. Le but est d'anticiper les scénarios d'atteinte à la concurrence afin de préparer une défense devant les autorités de concurrence. La première étape majeure dans cette préparation sera la délimitation du marché en cause : il s'agit du marché de produits ou services et du marché géographique sur lesquels sera réalisée l'opération.

Nous ajouterons ici une précision concernant le marché géographique : il s'agit du territoire où les conditions de concurrence sont homogènes. Autrefois, il aurait pu avoir une utilité puisque les États membres n'offraient pas les mêmes conditions de concurrence. Aujourd'hui, il est plutôt obsolète pour deux raisons : d'une part, la réalisation du marché intérieur garantit une situation de concurrence homogène pour l'ensemble des opérateurs européens, ce qui en pratique invite à

¹¹² Ainsi, les lignes directrices en matière de droit des concentrations peuvent être trouvées en deux documents : l'un portant sur les concentrations horizontales (v. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*) et l'autre portant sur les concentrations non-horizontales (v. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non-horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO C 265, 18 oct. 2008). Ces textes n'ont pas de force normative mais ils ont une utilité pédagogique pour le lecteur du Règlement n°139/2004, qui est le texte de référence en matière de droit européen des concentrations.

¹¹³ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 507.

¹¹⁴ V. supra : paragr. 18.

retenir systématiquement le marché géographique de l'Espace économique européen (EEE)¹¹⁵ ; d'autre part, le phénomène de digitalisation du monde des affaires entraîne une baisse des barrières qui étaient jusque là dressées entre les marchés géographiques. Par exemple, une plateforme numérique sera géographiquement présente dans tous les pays où elle a des utilisateurs : le marché géographique sera plutôt large¹¹⁶. Il en résulte que la délimitation du marché géographique est aujourd'hui un exercice moins important, du moins sur le marché intérieur. Dès lors, la notion de « marché » renverra la plupart du temps, dans cette étude, au marché de produits ou de services.

Section 1 : Les « killer acquisitions » horizontales

58. Une première qualification des *killer acquisitions*. La première catégorie traite des concentrations horizontales : il s'agit d'étudier leur qualification (I) et de comprendre l'approche méfiante des autorités de concurrence à leurs égards (II).

I. La qualification de « concentration horizontale »

59. La fréquence de la qualification. La concentration est horizontale lorsqu'il existe une substituabilité entre les produits et services (A). Un grand nombre de *killer acquisitions* répondent à cette première catégorie (B).

A. Le critère de substituabilité des produits et services

60. La notion de « concentration horizontale ». Une concentration est horizontale lorsqu'elle met en cause « des fournisseurs de produits ou services qui correspondent à des substituts, parfaits ou imparfaits. Plus prosaïquement, on parlerait d'une fusion entre entreprises actives à un même stade de la chaîne de valeur (entre des studios de production cinématographique ; entre des compagnies aériennes ; etc.) »¹¹⁷.

¹¹⁵ Dans le secteur des systèmes d'exploitation pour appareils mobiles intelligents, la Commission a retenu que le marché géographique pouvait « rester en suspens ». Pire, elle précise que sa pratique décisionnelle est incertaine en la matière. V. : Comm. UE, 6 sept. 2018, M.8788, *Apple/Shazam*, p. 22.

¹¹⁶ Toutefois, le marché géographique peut seulement être national au regard de plusieurs critères tels que la langue utilisée, la localisation des fournisseurs, la notoriété d'un produit dans le pays ou la réglementation nationale relative au produit. V. : Comm. UE, *op. cit.*, *Google Search (Shopping)*, pts 256 à 263.

¹¹⁷ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 507.

Retenons que les entreprises sont sur la même chaîne de valeur, c'est-à-dire, doivent être en situation de concurrence directe. En d'autres termes, il y a un chevauchement de leurs activités : elles présentent des produits et services qui sont identiques ou similaires, qui sont substituables.

Enfin, une concentration horizontale entraîne des conséquences majeures pour la structure de marché, qui sera modifiée et davantage concentrée du fait de la disparition d'un concurrent. Ainsi, ce type d'opération de concentration est généralement appréhendé avec méfiance.

61. Le critère de substituabilité. Il ressort que la concentration sera généralement horizontale dès lors que les produits et services seront substituables ou interchangeables¹¹⁸. Le critère de substituabilité est généralement utilisé pour délimiter le marché dans lequel les entreprises ont leurs activités. Il permet de savoir si des entreprises sont des concurrents directs. Pour ce faire, la substituabilité est testée par le biais de la théorie de l'élasticité croisée de la demande : si la demande est dirigée vers un produit A, qu'une augmentation du prix du produit A survient, et que la demande s'oriente vers un produit B, qui est moins coûteux, alors le produit A et le produit B sont substituables. En dehors de ce test, d'autres moyens existent : par exemple, en observant la nature ou les modalités d'utilisation des produits.

B. Une qualification fréquente en matière de « *killer acquisitions* »

62. La concurrence directe de l'entreprise « cible ». Généralement, les *killer acquisitions* sont réalisées dans le but de supprimer un concurrent sur le même marché. Plus la pression concurrentielle est forte entre l'entreprise acquéreur et l'entreprise « cible », plus l'entreprise acquéreur se sentira menacée et sera incitée à racheter son concurrent par le biais d'une *killer acquisition*. Au contraire, l'entreprise acquéreur sera moins menacée par un concurrent « lointain », c'est-à-dire un concurrent indirect, qui est situé sur un autre maillon de la chaîne de valeur. Le cas échéant, l'entreprise acquéreur n'a pas d'intérêt à dépenser du temps, des moyens humains et financiers, dans le rachat d'une entreprise inoffensive pour elle.

63. La substituabilité des produits de l'entreprise « cible ». Les produits ou services des entreprises acquéreur et « cible » sont généralement substituables. Cette affirmation est corroborée par des études dans le secteur pharmaceutique et dans le secteur numérique. Prenons

¹¹⁸ Le marché pertinent de produits « comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés ». V. : Comm. CE, Communication du 9 déc. 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO C 372/5, paragr. 7.

l'exemple du secteur pharmaceutique¹¹⁹ : avant d'étudier les projets d'acquisitions (un échantillon d'une dizaine de milliers d'opérations), les auteurs avaient formulé plusieurs propositions, dont une : les entreprises acquéreurs devraient racheter des entreprises cibles qui présentent des médicaments identiques ou similaires aux leurs. Après leurs travaux, il s'est avéré, en effet, que les rachats sont quatre fois plus probables lorsque l'entreprise « cible » présente des médicaments substituables à ceux de l'entreprise acquéreur. La substituabilité reposait sur le critère de la classe du médicament ; toutefois, même lorsque le marché de produits était plus large, le résultat était similaire.

64. Une qualification fréquente et inquiétante en matière de *killer acquisitions*. Les études empiriques sur le sujet invitent à conclure que la majorité des *killers acquisitions* sont horizontales. Or, les concentrations horizontales sont appréciées avec méfiance par les autorités : elles suppriment un concurrent direct, contrairement aux concentrations non-horizontales. Ce constat conforte l'idée selon laquelle les *killer acquisitions* sont précédées d'une intention « meurtrière » : la concentration horizontale permet ce passage à l'acte, permet une atteinte la plus néfaste possible à la concurrence.

II. Une appréciation méfiante

65. Un présupposé négatif. Lorsque la Commission européenne contrôle une opération de concentration horizontale, elle considère que le degré d'atteinte à la concurrence est très élevé pour ce type de concentration : c'est le scénario d'atteinte à la concurrence retenu (A). Toutefois, si ce présupposé négatif est défendu par certains économistes (école de Harvard), il est contesté par d'autres (école de Chicago) (B).

A. Un degré élevé d'atteinte à la concurrence

66. La suppression d'un concurrent. Tout d'abord, à la suite d'une fusion ou d'une acquisition entre deux entreprises en concurrence directe, il ne restera qu'une entreprise c'est-à-dire qu'un seul concurrent. Ainsi, les lignes directrices considèrent que l'effet le plus direct d'une concentration horizontale « sera l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration »¹²⁰.

¹¹⁹ V. : C. Cunningham, F. Ederer et M. Song, *op. cit.*, pp. 15-16 et p. 32.

¹²⁰ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 24.

67. Le renforcement d'un pouvoir de marché. Il en résulte que les parts de marché détenues par l'une des entreprises seront désormais détenues par l'entreprise « restante ». Elle présentera alors un pouvoir de marché plus fort et pourra exploiter sa nouvelle position, parfois à des fins anticoncurrentielles. Le scénario le plus extrême serait celui d'une position dominante.

B. L'absence de consensus

68. L'ambivalence des effets de la concentration horizontale. Le risque selon lequel la concentration horizontale affecte directement la structure du marché semble être admis majoritairement. Il n'en reste pas moins que ce type d'opération pourrait aussi entraîner des gains d'efficacité, ce qui inviterait à adopter ponctuellement une approche bienveillante. Cette approche positive est celle de l'école de Chicago (1) qui s'oppose à l'approche négative de l'école de Harvard (2). La position de l'école de Harvard est celle retenue par le droit européen des concentrations.

1. L'école de Chicago

69. Les gains d'efficacité. L'entité résultant de la concentration horizontale pourrait dégager des gains d'efficacité comme une baisse des prix¹²¹ (par la diminution des coûts variables ou marginaux), une amélioration, un renouvellement des produits et services¹²². Dès lors, la concentration horizontale est en faveur des consommateurs.

70. La contestabilité du marché. En plus de l'existence de gains d'efficacité, l'école de Chicago soutient que la concentration de la structure du marché n'est pas fatale car le marché demeurera contestable¹²³ : « Baumol, Panzar et Willig définissent un marché contestable comme

¹²¹ V. J. Farrell et C. Shapiro, « Antitrust évacuation of horizontale mergers: An economic alternative to market definition », *The B.E. J. Of Theoretical Economics*, vol. 10, iss. 1, 2010, p. 6 ; v. aussi : N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 520.

¹²² Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 80 et 81.

¹²³ Cette théorie a été formulée par des universitaires de l'école de Chicago dans les années 1980. V. : W. J. Baumol, J. C. Panzar and R. D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York : Harcourt Brace Jovanovich, 1982 ; W. J. Baumol, J. C. Panzar and R. D. Willig, « Contestability: Developments Since the Book », *Oxford Economic Papers*, vol. 38, iss. supp., 1986, pp. 9-36.

un marché où il n'existe ni barrières à l'entrée [...] ni barrières à la sortie »¹²⁴. Ainsi, « la potentialité d'une entrée rapide et peu onéreuse dissuaderait ou empêcherait l'exercice du pouvoir de marché, même en présence d'un faible nombre d'entreprises sur le marché »¹²⁵. Prenons un exemple : le secteur du transport aérien serait contestable car les lignes aériennes peuvent être maintenues peu importe leur trajet (c'est-à-dire peu importe la provenance et la destination). En outre, un changement de trajet serait peut coûteux pour les compagnies aériennes¹²⁶. Ainsi, le secteur du transport aérien serait contestable alors même qu'il prend souvent la forme de monopole naturel.

En résumé, certains marchés seraient contestables. Il en résulte qu'il ne poseraient pas de préoccupations concurrentielles puisque le marché s'auto-régulerait¹²⁷. L'intervention des autorités de concurrence ne serait pas nécessaire. Cette idée répond à la théorie de la « main invisible » formulée par Adam Smith : si chacun poursuit son intérêt personnel, le résultat global sera la satisfaction de l'intérêt commun¹²⁸. Dès lors, l'intervention de l'État serait inutile compte tenu du jeu de la main invisible.

2. L'école de Harvard

71. Une mise à mal du processus de concurrence. L'entité résultant de l'opération de concentration serait en position de mettre à mal le processus concurrentiel sur son marché. D'une part, le marché sera davantage concentré du fait de la perte d'un concurrent : la pression concurrentielle sera affaiblie. D'autre part, l'entité disposera d'un pouvoir de marché plus fort : elle pourra adopter des comportements anticoncurrentiels car elle indépendante de ses concurrents.

72. Les effets anticoncurrentiels. Une concentration horizontale a généralement pour effet d'augmenter les prix, de réduire la production, de diminuer l'innovation¹²⁹ ou la qualité des

¹²⁴ P. Jeanblanc, « Comportement concurrentiel et structure de marché », in *Analyse stratégique — Les fondements économiques*, Dunod, 2011, p. 227 et suiv.

¹²⁵ J. B. Baker, *The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019, p. 247.

¹²⁶ E. E. Bailey et J. C. Panzar, « The Contestability of Airline Markets during the Transition to Deregulation », *L. and Contemporary Problems*, vol. 44, n°1, pp. 126-145.

¹²⁷ Voir pour avis contraire J. B. Baker, *The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, *op. cit.*, p. 3 : « Today's antitrust paradox is not Bork's: it is the surprising conjunction of substantial market power with well-established and extensive antitrust institutions. Antitrust doctrines and enforcement actions once thought adequate to protect competition are proving insufficient. Fixing the problem is urgent. The longer that anticompetitive practices persist, the greater the harm to the economy ».

¹²⁸ V. supra : paragr. 22.

¹²⁹ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 507.

produits et services, de manière unilatérale (effets non-coordonnés ou unilatéraux) ou conjointement à ses concurrents (effets coordonnés).

73. Conclusion : les préconisations de l'école de Harvard. De manière générale, l'école de Harvard suggère une surveillance des structures de marché : elle considère que le droit des concentrations doit être priorisé face au droit des pratiques anticoncurrentielles¹³⁰. Elle a formulé le paradigme SCP (Structure-Comportement-Performance), selon lequel il existe une relation de cause à effet entre la structure d'un marché et la performance des entreprises. Ainsi, la *structure* du marché favoriserait certains *comportements* qui amélioreraient la *performance* des entreprises de manière « déraisonnable »¹³¹, c'est-à-dire au détriment des consommateurs.

La Commission européenne est plus proche de l'école de Harvard : elle appréhende avec suspicion les concentrations horizontales. Selon les lignes directrices, « une concentration peut entraver de manière significative la concurrence effective sur un marché en supprimant d'importantes pressions concurrentielles sur un ou plusieurs vendeurs, dont le pouvoir de marché se trouve en conséquence accru. L'effet le plus direct de l'opération sera l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration »¹³². Toutefois, les entreprises et leurs conseils, dans la préparation d'une concentration, pourront proposer des remèdes (tels qu'une cession d'actif) afin d'éviter l'augmentation du pouvoir de marché.

Section 2 : Les « killer acquisitions » non-horizontales

74. Une seconde qualification des *killer acquisitions*. La seconde catégorie est celle des concentrations non-horizontales : il s'agit d'étudier leur qualification (I) et de comprendre l'approche bienveillante des autorités de concurrence à leurs égards (II).

I. La qualification de « concentration non-horizontale »

75. La relative fréquence des *killer acquisitions* non-horizontales. La concentration est non-horizontale lorsqu'il n'y a pas de substituabilité ou alors une complémentarité entre les produits en cause (A). Dès lors, il sera démontré que les *killer acquisitions* répondent moins à cette seconde qualification. Toutefois, le bouleversement des modèles classiques de marché (en

¹³⁰ V. : M. Porter, « The Contributions of Industrial Organization to Strategic Management », *The Academy of Management Rev.*, vol. 6, iss. 4, 1981, pp. 609-620 ; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, p. 189.

¹³¹ C. Kaysan et D. F. Turner, *Antitrust Policy*, Harvard University Press, 1959, p. 106.

¹³² V. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 24.

particulier l'émergence des plateformes numériques) invite à être vigilant : il semblerait que les opérateurs recourent davantage à ces concentrations, aujourd'hui. Ainsi, le constat est celui d'une relative fréquence des *killer acquisitions* de type non-horizontale (B).

A. Le critère de non-substituabilité et de complémentarité des produits et services

76. Distinction. Le critère de l'absence de substituabilité des produits qualifie l'opération de « concentration verticale » (1) alors que le critère de la complémentarité des produits qualifie l'opération de « concentration conglomérale » (2).

1. *La qualification de « concentration verticale »*

77. La notion de « concentration verticale ». C'est l'opération de « concentration entre des entreprises actives à un stade différent de la chaîne de valeur (entre des studios de production cinématographique et des chaînes de cinéma par exemple ; entre des compagnies aériennes et des agences de voyage, etc.) »¹³³. En résumé, les parties ne sont pas sur le même niveau de la chaîne de valeur économique, si bien qu'elles ne sont pas en situation de concurrence directe.

78. L'absence de substituabilité des produits et services. Ainsi, l'opération de concentration ne doit pas remplir le critère de substituabilité. Au moment de la délimitation du marché de produits pertinent, le praticien devrait ainsi caractériser plusieurs marchés, car les parties à l'opération présentent des produits et services qui sont différents. En d'autres termes, leurs activités ne se chevauchent pas.

2. *La qualification de « concentration conglomérale »*

79. La notion de « concentration conglomérale ». Enfin, il s'agit ici de l'opération de « concentration entre plusieurs fournisseurs de produits ou services qui sont perçus par les clients comme complémentaires — donc non substituables — voire indépendants. On pense à des entreprises offrant des produits ou services voisins (entre des studios de production cinématographique et une entreprise du secteur de la production et de l'édition musicale) ; entre des compagnies aériennes et des entreprises louant des véhicules automobiles ». Dans ce type de

¹³³ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 507.

concentration, les entreprises sont assez éloignées sur la chaîne de valeur économique : leurs produits et services sont différenciés. Toutefois, dans certains cas, les produits et services sont complémentaires : cette hypothèse retient l'attention de la Commission européenne puisqu'un chevauchement pourrait avoir lieu, même très mince, entre les activités des parties à l'opération.

80. La complémentarité des produits et services. Il ne s'agit plus de se focaliser sur la notion de « substituabilité » mais de « complémentarité ». Deux produits sont dits complémentaires lorsque l'utilisation ou la consommation du premier nécessite l'utilisation ou la consommation du second. C'est la même chose pour deux services. Reprenons l'exemple dans le secteur aérien : un voyageur achète un billet à une compagnie aérienne. Après être arrivé à la ville de destination, il devra louer un véhicule afin de pouvoir se déplacer, puisqu'il a nécessairement laissé son propre véhicule dans la ville de départ. Dans ce cas, les services proposés par la compagnie aérienne et l'entreprise de location automobile sont complémentaires : l'un ne va pas sans l'autre.

B. Une qualification ponctuelle en matière de « *killer acquisitions* »

81. La relative fréquence des « *killer acquisitions* » non-horizontales. Il est admis que les *killer acquisitions* sont plutôt horizontales : « les caractéristiques qui définissent une acquisition prédatrice, selon cette théorie [du préjudice], sont que les opérations sont horizontales par nature, et qu'elles ont pour résultat l'arrêt de développement du produit concerné »¹³⁴. En ce sens, les concentrations non-horizontales ne satisfont pas le besoin de « tuer » la concurrence directe qu'affronte l'entreprise acquéreur. Ainsi, les *killer acquisitions* ne prennent généralement pas la forme d'une concentration non-horizontale.

Toutefois, des *killer acquisitions* verticales ou congglomérales peuvent être observées. C'est particulièrement le cas lorsque l'acquéreur est une plateforme numérique : les plateformes ont des incitations à diversifier leurs produits et à s'étendre sur de nouveaux marchés¹³⁵. Ainsi, elles peuvent décider d'acheter une entreprise innovante qui n'est pourtant pas sur son segment de marché¹³⁶. Le risque de laisser-faire cette opération est le suivant : une plateforme a des caractéristiques telles (effets de réseau, forte masse de données, coûts de transaction faibles,

¹³⁴ OCDE, *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁵ M. Bourreau et A. Perrot, *Digital platforms: Regulate before it's too late*, CAE, vol. 60, iss. 6, 2020, pp. 3-4.

¹³⁶ Amazon, Google et Microsoft maintiendraient opérationnels 27% à 37% des produits acquis (v. : A. Gautier et J. Lamesch, *op. cit.*, p. 24). Cela signifie que ces plateformes veulent étendre leurs activités sur d'autres segments de marché. Ainsi, Google serait présent dans 28 secteurs d'activités, allant du stockage numérique de photos aux voitures autonomes (v. : M. Bourreau et A. Perrot, *op. cit.*, p. 4).

interopérabilité¹³⁷)¹³⁸ que sa croissance se fait à une remarquable rapidité. Ainsi, l'opération contribuerait à renforcer sa position sur le marché : c'est une stratégie offensive. Toutefois, nous émettons un doute sur la qualification de *killer acquisitions*¹³⁹ : si les produits innovants sont achetés dans le but d'être poursuivis, l'opération entre dans un simple processus de destruction-créatrice.

82. L'enjeu de la qualification. Il convient d'être attentif aux *killer acquisitions* qui semblent être des concentrations non-horizontales alors qu'elles sont des concentrations horizontales¹⁴⁰ : dès lors, elles devront être appréhendées avec davantage de suspicion. C'est lorsque les produits paraissent complémentaires ou indépendants, alors qu'ils ne le sont pas. Illustrons notre propos : sur un marché biface, les produits de l'acquéreur et de l'acheteur peuvent être indépendants sur le premier versant du marché. Toutefois, en se plaçant sur l'autre versant du marché, les produits de l'un et de l'autre peuvent être identiques : sur ce second segment de marché, la concentration sera donc horizontale. Dans cette perspective, il est plausible que l'opération aboutisse à la suppression d'un concurrent direct. Ce n'est pas le cas d'une concentration non-horizontale : pour cette raison, elles sont perçues avec davantage de bienveillance de la part des autorités de concurrence.

II. Une appréciation bienveillante

83. Présupposé positif. Les concentrations non-horizontales font l'objet d'une appréciation plus favorable de la part des autorités de concurrence : elles n'entraînent pas la suppression d'une concurrence directe et elles peuvent même stimuler la concurrence. Ainsi, il existe un consensus (B) sur le fait que les concentrations non-horizontales présentent un faible degré d'atteinte à la concurrence (A). Toutefois, le Tribunal a rappelé que les concentrations non-horizontales ne bénéficiaient d'aucune présomption de légalité ou d'illégalité¹⁴¹.

¹³⁷ Sur l'interopérabilité, cela signifie que la plateforme peut facilement entrer dans de nouveaux marchés car ses produits et services sont facilement adaptables à ceux des produits et services déjà sur ces marchés. Cette théorie est appelée « *platform envelopment* » et elle explique l'extension rapide des plateformes à travers les marchés. V. : T. Eisenmann, G. Parker et M. Van Alstyne, « Platform envelopment », *Strategic Management J.*, vol. 32, n°12, 2011, pp. 1270-1285.

¹³⁸ T. Lécuyer, « Digital conglomerates and killer acquisitions – A discussion of the competitive effects of start-up acquisitions by digital platforms », *Concurrences*, n°1, 2020, p. 46 et suiv.

¹³⁹ Pour avis contraire, voir : *ibid.*, p. 48 et suiv.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 7-8.

¹⁴¹ V. : TUE, 14 déc. 2005, T-210/01, *General Electric Company c. Commission*, paragr. 61.

A. Un degré faible d'atteinte à la concurrence

84. Distinction. Il s'agit de présenter le scénario d'atteinte à la concurrence de la concentration verticale (1) puis celui de la concentration conglomérale (2) : généralement, le degré faible d'atteinte à la concurrence est assez faible, contrairement aux concentrations horizontales.

1. *En matière de concentration verticale*

85. Une intégration verticale. L'opération de concentration verticale a pour effet d'intégrer verticalement une entreprise à un marché en amont ou en aval¹⁴². Dès lors, l'intégration verticale est la propriété ou le contrôle « par une entreprise, des différents stades du processus de production [...]. On parle d'intégration vers l'aval pour les stades allant de la production à la distribution et d'intégration vers l'amont pour les stades allant de l'obtention des matières premières à la production »¹⁴³. C'est l'exemple d'une entreprise dans le secteur pétrolier qui possède, en amont, des puits de pétrole, et en aval, des stations-services¹⁴⁴. Dans la mesure où l'intégration verticale permet de réduire les coûts de transaction, les effets de cette opération sont généralement favorables au consommateur qui bénéficiera d'une baisse des prix résultant de la réduction des coûts fixes. Ils sont également favorables à la concurrence notamment dans le cas où les concurrents sont eux déjà intégrés¹⁴⁵.

86. Le risque de verrouillage du marché. Lorsqu'une intégration verticale se produit, il est possible que l'entreprise intégrée soit un point d'entrée essentiel à un marché mais qu'elle décide de fermer cet accès à ses concurrents. Son but est de maintenir une pression concurrentielle faible sur le marché en cause. Nous verrons que le verrouillage du marché est un des effets anticoncurrentiels de la concentration verticale et qu'il peut se décliner en plusieurs scénarios anticoncurrentiels¹⁴⁶. Toutefois, retenons pour le moment que la concentration verticale reçoit une approche généralement bienveillante.

¹⁴² Le marché en amont est situé à un maillon supérieur de la chaîne de valeur, par opposition au marché en aval, qui est situé à un maillon inférieur de la chaîne de valeur. Par exemple, le marché en amont est celui relatif aux activités de fourniture de produits et services (entre un fournisseur et une entreprise) et le marché en aval est celui relatif aux activités de distribution des mêmes produits et services (entre la même entreprise et un client).

¹⁴³ OCDE, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, *op. cit.*, pt. 118.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 541.

¹⁴⁶ V. infra : paragr. 134.

2. *En matière de concentration conglomérale*

87. L'éloignement des marchés. La raison pour laquelle la concentration conglomérale est perçue avec une certaine sympathie est qu'elle agit sur des marchés totalement distincts. Aucun problème de concurrence n'existe puisqu'il n'y a pas de situation de concurrence, du moins directe.

Toutefois, elles sont parfois préoccupantes, même en présence de marchés de produits distincts : c'est lorsque les produits sont complémentaires. Prenons un exemple : une entreprise vend des produits électro-ménagers, dont des machines à laver, et vend par ailleurs des produits d'entretien, dont des lessives. En réalité, les premiers ne fonctionnent qu'avec les seconds, si bien qu'un consommateur qui achètera une machine à laver devra acheter de la lessive particulière. Cette situation peut être créée par le jeu d'une concentration conglomérale. Mais elle n'est pas souhaitable car elle provoque des effets anticoncurrentiels.

88. Les effets anticoncurrentiels. D'abord, la concentration conglomérale provoque un effet de levier : c'est lorsqu'elle utilise sa position sur un premier marché pour provoquer un effet sur un second marché. Si l'on reprend notre exemple, l'entreprise incite les consommateurs du marché des machines à laver à acheter ses produits sur le marché des lessives. Ainsi, alors qu'elle n'a pas de position importante sur le second marché, elle parvient à y faire levier grâce à sa position sur le premier marché. Deux conséquences négatives en découlent : une limitation du choix pour les consommateurs et une absence de concurrence, dans la mesure où les produits sont liés et exclusifs des produits concurrents. Ensuite, la concentration conglomérale peut provoquer un effet de portefeuille : c'est lorsque « la nouvelle entité dispose d'un nombre de marques important et est présente sur de nombreux marchés »¹⁴⁷ grâce à la réalisation de l'opération.

B. L'existence d'un consensus

89. Une approche favorable de la concentration non-horizontale. Des deux côtés de l'Atlantique, les concentrations non-horizontales font l'objet d'une approche positive : pour le droit nord-américain (« non-horizontal mergers are less likely than horizontal mergers to create competitive problems »¹⁴⁸) comme pour le droit de l'Union européenne (« les concentrations non

¹⁴⁷ V. : TPICE, 3 avr. 2003, T-114/02, *Babyliiss S.A c. Commission*, paragr. 354.

¹⁴⁸ DOJ et FTC, Non-Horizontal Merger Guidelines, 1984 (last revised in 1997), pt. 4.

horizontales sont généralement moins susceptibles de créer des problèmes de concurrence que les concentrations horizontales »¹⁴⁹). Ainsi, outre-Atlantique, les lignes directrices du DOJ et de la FTC n'ont pas fait l'objet d'une réforme depuis quelques années : cette absence de réaction législative est cohérente avec une volonté est de ne pas trop « durcir » les règles en matière de concentrations non-horizontales. Le droit positif est dès lors en conformité avec les préconisations de l'école de Chicago¹⁵⁰.

En résumé, les concentrations horizontales sont positives mais peuvent poser des problèmes de concurrence. Ces problématiques ont été saisies depuis bien longtemps, notamment par l'école de Harvard. Elle dénonçait l'inadéquation des règles de l'époque pour saisir ces opérations¹⁵¹.

90. Conclusion du Titre : les limites de la classification. Cette classification permet de ranger les *killer acquisitions* dans les catégories juridiques du droit des concentrations. Elle invite aussi à prendre conscience de la fréquence inquiétante des *killer acquisitions* horizontales. Toutefois, cette classification connaît certaines limites : une opération de concentration donnée peut présenter des aspects à la fois horizontaux et verticaux¹⁵² ; par ailleurs, elle range par ordre hiérarchique les concentrations, horizontales, verticales et conglomérales, selon leur degré d'atteinte. Mais cette approche n'est pas toujours pertinente. En effet, l'approche sectorielle réalisée par l'étude a démontré que, sur le secteur numérique, il y avait souvent une perméabilité des marchés. Dès lors, des concentrations conglomérales peuvent se produire sur des marchés qui, demain, ne feront plus qu'un. Pourtant, ce type de concentrations est apprécié avec bienveillance.

¹⁴⁹ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non-horizontales, *op. cit.*, paragr. 11.

¹⁵⁰ L'école de Chicago s'oppose à un contrôle des concentrations non-horizontales. Cette politique antitrust a été poursuivie sous l'administration du Président des États-Unis d'Amérique Donald Trump. V. : J. Langenfeld, « The need to revise the U.S. non-horizontal merger guidelines », *Concurrences*, n°4/2016, pp. 51-52.

¹⁵¹ En 1965, D. F. Turner décrivait la concentration conglomérale et la stratégie derrière cette opération. Il constatait ensuite l'insuffisance des règles de droit pour la saisir : « Conglomerate acquisitions involving no significant economic relationships have been relatively infrequent as compared to those that "fit" the operations of the acquirer in some tangible respect. Nevertheless, acquisitions in which there are no, or virtually no, economic relationships other than financial do occur as in the case of a firm seeking to diversify its product line in order to hedge against the risks of having all its eggs in one basket. The rules developed for determining the validity of horizontal and vertical mergers clearly will not do for conglomerate acquisitions generally ». V. : D. F. Turner, « Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act », *Harvard L. Rev.*, vol. 78, n°7, 1965, p. 1315.

¹⁵² N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 520.

TITRE 2. LES EFFETS DU PHÉNOMÈNE SUR LA CONCURRENCE

91. L'approche par les effets. Le droit des concentrations propose une approche par les effets afin d'élever le plus haut possible le degré de réalisme économique ou même « d'approfondissement »¹⁵³, qui est au préalable difficile à trouver de part la nature prospective et incertaine du contrôle. L'approche par les effets signifie que les opérations de concentration ne sont pas illicites en soi (contrairement à l'approche par l'objet) mais qu'elles le seront si elles déploient des effets anticoncurrentiels.

92. La modélisation des effets par des scénarios d'atteinte à la concurrence. Il s'avère que chaque type d'opération (horizontale, verticale et conglomerale) provoque plus ou moins systématiquement le même ensemble d'effets anticoncurrentiels. C'est pour cette raison que des scénarios d'atteinte à la concurrence ont été formulés : il s'agit des « *theories of harm* ». Par exemple, une concentration horizontale aura tendance à créer ou renforcer une position dominante, alors qu'une concentration verticale provoquera un verrouillage du marché. En ce sens, il convient de distinguer les scénarios d'atteinte à la concurrence des *killer acquisitions* horizontales (Chapitre 1) de ceux des *killer acquisitions* verticales et conglomerales (Chapitre 2).

93. L'incertitude des scénarios d'atteinte à la concurrence. Ces scénarios doivent être doublement relativisés : ils sont soumis à un certain aléa. D'abord, ils ont un caractère prospectif, ce qui implique qu'ils peuvent ne pas s'avérer vraisemblables, et ainsi, induire des coûts d'erreur¹⁵⁴. Ensuite, ils ont un caractère incertain qui est d'autant plus accentué lorsqu'une partie à l'opération est un concurrentiel potentiel (par opposition à concurrent actuel).

¹⁵³ Selon C. Prieto, « il existe une méthode commune de qualification de l'objet et de l'effet, la différence tenant au degré d'approfondissement ». V. : R. Maulin, « L'approche par les effets en droit de la concurrence : le devoir d'inventaire », *Concurrences*, n° 3- 2015, p. 26.

¹⁵⁴ Trois types d'erreurs existent lors d'une opération de concentration : lorsqu'une opération est interdite alors qu'elle n'est pas nuisible à la concurrence (erreurs de type I), lorsqu'une opération est autorisée alors qu'elle est nuisible à la concurrence (erreurs de type II) et lorsqu'une décision provoque des coûts excessifs qui seront supportés par les parties (erreurs de type III).

Chapitre 1. Les effets des « *killer acquisitions* » horizontales

94. Les effets des concentrations horizontales. Il y en a une pluralité : elles peuvent « augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence »¹⁵⁵. Cette palette d'effets peut se déployer par un comportement unilatéral ou par plusieurs comportements coordonnés.

95. Des effets non-coordonnés. Ils apparaissent « en supprimant d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises, lesquelles auraient alors un pouvoir de marché accru, sans recourir à une coordination des comportements »¹⁵⁶.

En d'autres termes, les effets non-coordonnés ou unilatéraux résultent de la création d'une entité dont le pouvoir de marché est assez élevé pour qu'elle déploie des effets néfastes sur la concurrence, sans même que les autres concurrents se coordonnent à elle : une augmentation des prix, la détention de marques notoires ou incontournables, l'élimination d'un franc-tireur¹⁵⁷, l'élimination d'un concurrent sur un marché oligopolistique ou la restriction de l'innovation.

96. Des effets coordonnés. Ils apparaissent « en changeant la nature de la concurrence de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, seraient dorénavant beaucoup plus susceptibles de le faire et de majorer leurs prix ou de porter atteinte, d'une autre manière, à la concurrence effective. Une opération de concentration peut également faciliter, stabiliser ou rendre plus efficace la coordination entre des entreprises qui coordonnaient déjà leur comportement avant l'opération »¹⁵⁸. Les effets coordonnés se manifestent lorsque l'opération entraîne une coordination du comportement des entreprises ou une création de position dominante collective¹⁵⁹.

¹⁵⁵ V. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 8.

¹⁵⁶ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 22.

¹⁵⁷ L'expression « franc-tireur » ou « *maverick* » désigne une entreprise qui est très stimulante pour le processus de concurrence : par exemple, elle fait échec à la coordination des comportements sur le marché. Historiquement, le concept est présent dans les lignes directrices européennes de 2010 mais il a été emprunté aux lignes directrices nord-américaines de 1992. V. : J. Baker, « Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects Under the Antitrust Laws », *New-York University L. Rev.*, vol. 77, iss. 135, 2002, p. 140.

¹⁵⁸ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*

¹⁵⁹ La jurisprudence caractérise une position dominante collective à trois conditions : chaque membre de l'oligopole dominant doit connaître le comportement des autres membres, la position dominante collective doit se maintenir dans la durée et elle ne doit pas pouvoir être remise en cause par une concurrence actuelle ou potentielle. V. : TPICE, 6 juin 2002, T-342/99, *Airtours plc c. Comm. CE*.

97. Le constat : les effets préoccupants des *killer acquisitions* horizontales. Dans l'optique de notre étude, les effets principaux à observer en présence du phénomène sont l'augmentation des prix du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante (Section 1) ainsi que la restriction de l'innovation (Section 2). Ces deux scénarios sont à privilégier dans la mesure où, la plupart du temps, l'acquéreur est une entreprise d'une certaine taille et où l'objet de l'acquisition est un ensemble de produits innovants. Précisons que les effets non-coordonnés sont moins courants après une opération de *killer acquisition* : ils ne répondent pas à la stratégie de la partie acquéreur, dont la principale volonté est de supprimer un concurrent et non de s'allier à d'autres.

Section 1. Le renforcement d'une position dominante

98. Le scénario principal de la concentration horizontale. C'est le premier scénario d'atteinte à la concurrence à envisager face à ce type d'opération : la concentration horizontale risque de créer ou de renforcer une position dominante, à la suite de quoi l'acquéreur pourra unilatéralement augmenter les prix, réduire la production ou restreindre l'innovation.

99. Les deux autres scénarios de la concentration horizontale. Il existe deux autres scénarios.

D'abord, la concentration horizontale peut s'inscrire dans un marché oligopolistique dans quel cas l'acquéreur sera unilatéralement en mesure d'augmenter les prix et de réduire la production même s'il ne domine pas le marché¹⁶⁰.

Ensuite, la concentration horizontale peut provoquer l'élimination d'un moteur de la concurrence, aussi appelé « franc-tireur » ou « *maverick* »¹⁶¹ : par conséquent, les *killer acquisitions* pourraient également correspondre à ce scénario dans la mesure où « une entreprise dont la part

¹⁶⁰ Dans un oligopole, il existe un nombre limité d'entreprises qui sont conscientes de l'interdépendance de leurs comportements. Ainsi, elles se coordonneront sur les prix ou sur le niveau de production. L'oligopole est symétrique lorsque les membres disposent du même pourcentage de parts de marché (lorsqu'il y a seulement deux membres, il s'agit d'un duopole). Sinon, il est asymétrique : même dans ce cas, l'entreprise ayant le plus fort pouvoir de marché reste dépendante de ses concurrents. Enfin, les membres de l'oligopole peuvent coopérer ou ne pas coopérer : dans le premier cas, elles s'entendront sur les prix ou sur le niveau de production ; dans le second cas, elles ajusteront systématiquement leurs prix ou leur niveau de production (par exemple : par la rédaction de contrats contenant des clauses prévoyant une révision automatique des prix). V. : OCDE, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, op. cit., pt. 137 ; C. Shapiro, « Theories of Oligopoly Behavior », in R. Schmalensee et R. Willig, *Handbook of Industrial Organization*, North Holland, vol. 1, 1989, p. 409.

¹⁶¹ V. supra : paragr. 95.

de marché est relativement faible peut néanmoins constituer un important moteur de la concurrence si ses produits en cours de développement sont prometteurs »¹⁶² (dans l'hypothèse où l'entreprise « cible » est un concurrent actuel ; à défaut, si elle est un concurrent potentiel, elle n'est pas un moteur de concurrence, n'étant pas présente sur le marché).

100. Les deux étapes d'analyse de la concentration horizontale. La Commission européenne réalise systématiquement une analyse préliminaire (des parts de marché, du degré de concentration et du degré de substituabilité des produits) (I). Les résultats obtenus peuvent dessiner un scénario de position dominante, un scénario de suppression d'un franc-tireur ou un scénario d'insertion dans un marché oligopolistique : à l'appui de ces scénarios, la Commission européenne mesure les effets de l'opération par une analyse approfondie (II). Elle n'est pas une seconde étape automatique : si l'opération présente des résultats satisfaisants lors de l'analyse préliminaire (lors de la phase I), l'opération est autorisée sans analyse approfondie (sans phase II).

I. Une analyse préliminaire de la structure du marché

101. Un filtrage des concentrations horizontales. Une opération de concentration doit passer une première étape de contrôle devant la Commission européenne : elle vise à « filtrer » les opérations selon différents paramètres tels que les parts de marché et le degré de concentration (A) ainsi que le degré substituabilité des produits (B). L'instauration de cette étape préalable est motivée par un souci d'efficacité administrative¹⁶³.

A. Les parts de marché et le degré de concentration

102. Le calcul des parts marché. La Commission européenne va tout d'abord additionner les parts de marché respective des parties à l'opération. Trois situations vont en découler : l'opération est dans la zone noire lorsque la somme est supérieure à 50% et l'entité sera en position dominante ; l'opération est dans la zone blanche lorsque la somme est inférieure à 25% et elle est présumée compatible au marché intérieur ; l'opération est dans la zone grise lorsque la somme est située entre 25% et 50% des parts du marché en cause, auquel cas d'autres indices seront pris en compte, comme le degré de concentration et le degré de substituabilité.

¹⁶² Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 38.

¹⁶³ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 521.

103. L'hypothèse des start-ups : une faible part de marché. La difficulté est qu'une *killer acquisitions* vise généralement à racheter une start-up dont la part de marché sera faible voire inexistante, « selon que la start-up connaît un énorme succès, un certain succès ou un échec total »¹⁶⁴. Pourtant, le cumul de ces opérations aboutira, au fil du temps, à une part de marché élevée en faveur de l'entreprise acquéreur¹⁶⁵. Ainsi, le contrôle pourrait s'arrêter à cette analyse préliminaire, sans que les parts de marché soient élevées¹⁶⁶.

104. L'hypothèse des entreprises notoires : une forte part de marché. Du côté de l'acquéreur, les parts de marché peuvent être élevées. Sur le secteur numérique, les Big Tech présentent ainsi une forte part de marché¹⁶⁷ : leurs *killer acquisitions* seraient, dès lors, susceptibles d'être contrôlées. Sur le secteur pharmaceutique, les Big Pharma possèdent en revanche une plus faible part de marché qui s'explique par le nombre élevé de laboratoires pharmaceutiques¹⁶⁸.

Même du côté de l'entreprise « cible », les parts de marchés sont parfois élevées lorsque la *killer acquisition* vise à racheter une entreprise célèbre et innovante mais dont le chiffre d'affaires est très bas¹⁶⁹. En réalité, cette hypothèse est spécifique au secteur numérique du fait de leur modèle économique : les entreprises numériques se rémunèrent grâce aux revenus publicitaires et génèrent un chiffre d'affaires faible voire inexistant, car elles ne réalisent pas de ventes.

105. Le degré de concentration. Il s'agit de calculer l'indice HHI (Herfindhal-Hirschman) afin de connaître le degré de concentration du marché : il faut additionner le carré des parts des

¹⁶⁴ OCDE, *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, *op. cit.*, paragr. 75.

¹⁶⁵ En ce sens, c'est davantage la répétition de la pratique des *killer acquisitions* que les autorités considèrent comme préoccupantes : « Bien que certaines autorités de la concurrence se soient parfois inquiétées à propos d'acquisitions d'entreprises de petite taille, elles ont été davantage préoccupées par l'acquisition progressive d'une part de marché au moyen de pratiques de « saucissonnage », l'addition des différentes tranches d'acquisition aboutissant finalement à une acquisition d'ampleur significative ». La difficulté est que la Commission européenne contrôle les opérations de concentration de manière individuelle. V. : *Ibid.*, paragr. 3.

¹⁶⁶ « The very issue of nascent competitors may give rise to fears of insufficient control of acquisitions to the extent that the acquired competitor's market shares do not meet the structural thresholds that must lead to the implementation of in-depth control ». V. : F. Marty et T. Warin, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁷ Des années 2019 à 2020, Google détenait 91% des parts de marché sur le secteur des moteurs de recherche et Facebook détenait 70% des parts de marché sur le secteur des réseaux sociaux. Les autres GAFAM ne présentent pas de position dominante : dans leur cas, l'indice de parts de marché ne conclura pas à une position dominante. V. : M. Bourreau et A. Perrot, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁸ Sur le marché mondial, les parts de marché des leaders pharmaceutiques, (Pfizer, Novartis ou encore Johnson & Johnson) seraient autour de 5%.

¹⁶⁹ Dans l'affaire *Facebook/WhatsApp*, l'entreprise WhatsApp présentait une part de marché de 20 à 30% sur le marché européen des messageries instantanées (la part la plus élevée sur le marché) alors que son chiffre d'affaires était très bas. Ce dernier est resté confidentiel. V. : Comm. UE, 3 oct. 2014, M.7217, *Facebook/WhatsApp*.

marchés de chaque entreprise. Lorsque l'indice est inférieur à 1 000, le marché est peu concentré. Lorsque l'indice est entre 1 000 et 2 000, le marché est moyennement concentré et les autres indices doivent être pris en compte. Lorsque l'indice est supérieur ou égal à 2 000, le marché est très concentré. Toutefois, l'indice HHI n'est pas souvent utilisé et critiqué car il n'est pas révélateur de la notoriété des parties à l'opération et ainsi de la réalité de leur pouvoir de marché.

106. Conclusion : l'hypothèse d'un renforcement d'une position dominante. En résumé, le critère le plus utilisé est celui des parts de marché et il démontre, qu'en l'espèce, elles sont plus ou moins élevées selon le profil des parties. Toutefois, si l'une d'entre elle est en position dominante et l'autre de petite taille, un scénario de renforcement de position dominante se dessine : c'est souvent le profil d'une *killer acquisition*. Retenons aussi l'hypothèse la plus nocive dans laquelle les parties sont toutes deux entreprises notoires, et ont un pouvoir de marché élevé, comme dans l'affaire *Facebook/WhatsApp*¹⁷⁰.

B. Le degré de substituabilité

107. Le degré de substituabilité. Il s'agit cette fois de mesurer la substituabilité des produits d'une partie aux produits de l'autre partie. Ils sont rangés selon plusieurs niveaux de différenciation allant d'une substituabilité parfaite à une différenciation totale. Par exemple, les matières premières sont parfaitement substituables : c'est le cas de la farine ou du pétrole. La méthode d'appréciation repose sur plusieurs éléments tels que la qualité, la perception du consommateur, la notoriété, la stratégie de commercialisation, etc. L'enjeu est que « plus le degré de substituabilité entre les produits des parties à une opération de concentration est élevé, plus il est probable que celles-ci augmenteront significativement leurs prix »¹⁷¹.

¹⁷⁰ Précisons tout de même que, dans cette affaire, la concentration n'était pas horizontale : les concurrents étaient considérés comme éloignés. Toutefois, après l'autorisation de concentration, Facebook a été condamné à une amende à hauteur 110 millions d'euros pour avoir fourni des renseignements dénaturés : le réseau social avait, à tort, affirmé à la Commission européenne que ses données ne pouvait être agrégées avec WhatsApp. Or, ce type d'informations aurait pu permettre de considérer un degré plus élevé de concurrence entre les parties : elles sont relatives à l'interopérabilité. V. : Comm. UE, Concentrations: la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp, Communiqué de presse, 18 mai 2017, IP/17/1369.

¹⁷¹ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 28.

108. Le fort degré de substituabilité d'une *killer acquisition*. Une opération de *killer acquisition* présente généralement des produits substituables¹⁷². Il en résulte un degré élevé de substituabilité : l'entité issue de l'opération aura une incitation à augmenter les prix de manière significative. En outre, d'autres effets anticoncurrentiels se profileront, dans le cas où l'analyse préliminaire conclurait à la présence d'une position dominante.

II. Une analyse approfondie des effets de l'opération

109. Les effets sur les prix et sur la production. Les effets non-coordonnés (découlant de la présence d'une position dominante) mais également les effets coordonnés (résultant de la création d'une entente) peuvent entraîner une augmentation des prix (A) et une baisse de la production (B). Les conséquences sont une baisse de la pression concurrentielle car les prix et la production sont des facteurs de concurrence.

A. Un effet d'augmentation des prix

110. Les facteurs conduisant à l'augmentation des prix. D'abord, le degré de substituabilité de l'entreprise acquéreur et de l'entreprise « cible » étant élevé, cela signifie que leur concentration aboutira à une augmentation des prix. Ensuite, la détention d'une forte part de marché sera aussi une incitation à élever les prix¹⁷³. De manière générale, une concentration horizontale est dangereuse pour la concurrence tarifaire : que l'entité finale atteigne une position dominante ou pas, elle aura en tout état de cause augmenté son pouvoir de marché initial. Cela lui permet de fixer plus librement les prix.

111. La prise en compte de la réaction des concurrents : le modèle de Bertrand. En ce sens, les comportements qu'adopteront les concurrents de l'entité finale ne doivent pas être négligés car eux aussi voudront « tirer profit de l'affaiblissement de la pression concurrentielle ». En matière de prix, le modèle de la concurrence par les prix de Joseph L. F. Bertrand démontre ainsi que « lorsque les entreprises se font concurrence sur les prix, [...] une augmentation des prix

¹⁷² C'est l'une des caractéristiques des *killer acquisitions* qui a été observée tant sur le marché des technologies que sur le marché pharmaceutique. V. supra : paragr. 44.

¹⁷³ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 8.

par la nouvelle entité entraînera normalement les entreprises concurrentes à augmenter leurs propres prix, même dans une moindre mesure »¹⁷⁴.

112. Précisions selon le type de secteur. Retenons que toutefois, le secteur numérique offre des services souvent gratuits de telle sorte à ce que la concentration horizontale n'entraînera pas d'augmentation des prix¹⁷⁵. Concernant le secteur pharmaceutique, les prix des médicaments sont généralement régulés : ainsi, le jeu de la loi et de la demande ne sera pas totalement effectif et les prix seront incertains¹⁷⁶. De manière générale, les *killer acquisitions* horizontales aboutiront cependant à une augmentation des prix : dans l'affaire *Visa/Plaid*, le DOJ a par exemple estimé que l'opération soulevait plusieurs préoccupations de concurrence tels que le maintien de prix excessifs, la restriction de l'innovation et la survenance de barrières à l'entrée du marché¹⁷⁷. Un autre effet horizontal peut également survenir : la réduction de la production.

B. Un effet de réduction de la production

113. Les raisons de la réduction de la production. Il est probable que la concentration horizontale provoque une baisse de la production dans la mesure où l'entité finale disposera d'une base de clientèle plus large : cette situation l'incitera à augmenter les prix (en augmentant sa marge bénéficiaire) qui provoquera elle-même une diminution de la production¹⁷⁸.

114. La prise en compte de la réaction des concurrents : le modèle de Cournot. Par contre, les concurrents ne vont pas imiter le comportement de l'entité finale, lorsque cette dernière réduira sa production. C'est ce que démontre le modèle de concurrence par la

¹⁷⁴ Traduction libre de R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 463.

¹⁷⁵ Retenons trois exemples : Comm. UE, *op. cit.*, *Apple/Shazam* ; Comm. UE, *op. cit.*, *Facebook/WhatsApp* ; OFT, 14 août 2002, ME/5525/12, *Facebook inc./Instagram inc.*

¹⁷⁶ « En règle générale, le prix d'un produit est déterminé par la loi de l'offre et de la demande. Pour les médicaments, [...] le choix collectif a été fait pour l'accès universel aux soins de santé. La couverture d'assurance rend les consommateurs moins sensibles au prix, puisque l'État paie l'essentiel des coûts. Par conséquent, le producteur d'un médicament breveté a théoriquement la possibilité de facturer des prix élevés sans réduire la demande des patients qui ne font pas face au coût réel, ce qui met à rude épreuve le budget des payeurs publics. En réponse, la France - comme la plupart des pays développés - réglemente les prix des produits pharmaceutiques [...]. Il convient également de noter que [...] la fixation des prix est une compétence strictement nationale, ce qui place même certains pays en conflit indirect [...]. Ces effets imprévus ont conduit à l'utilisation de remises secrètes [...]. Mais par conséquent, le manque de connaissance des prix réels rend difficile l'évaluation de leur impact sur de nombreux résultats, y compris les choix de localisation des entreprises » (traduction libre). V. : M. Kyle et A. Perrot, *Pharmaceutical innovation: How can France catch up?*, CAE, vol. 62, iss. 8, 2020, p. 8.

¹⁷⁷ Par exemple : DOJ, *op. cit.*, *U. S. v. Visa inc. & Plaid inc.*

¹⁷⁸ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 32 et suiv.

production de Antoine-Augustin Cournot : « lorsque les entreprises se font concurrence sur les quantités, [...] une réduction de la production de la nouvelle entité entraînera normalement les entreprises concurrentes à augmenter leur propre production »¹⁷⁹. Toutefois, lorsque les deux facteurs jouent en même temps, à savoir une augmentation des prix et une réduction de la production, les concurrents ne vont pas être incités à augmenter leur production mais adopteront le comportement de l'entité finale (celui d'une baisse de la production) : la pression concurrentielle sera doublement réduite.

115. Précisions selon le type de secteur. Le modèle de la concurrence selon la production n'est pas le plus pertinent pour les secteurs concernés par notre étude. Le secteur numérique a développé de nouveaux moyens de concurrence : par exemple, les réseaux sociaux se font plutôt concurrence à partir du nombre d'utilisateurs, de la masse de données détenues, etc. Précisons que cette hypothèse ne concerne pas d'autres entreprises que l'on peut inclure dans le secteur numérique : par exemple, Apple ou Huawei qui ont une activité de production de matériel de haute-technologie (pas seulement des téléphones mais aussi des infrastructures intelligentes comme les « *smart cities* » ou « villes intelligentes »). Quant au secteur pharmaceutique, les entreprises qui développent un produit traversent une longue période de développement si bien que la période de production est plus réduite et incertaine¹⁸⁰. Ici encore, la concurrence ne semble pas être stimulée par la production mais plutôt par l'innovation et l'obtention de droits de propriété intellectuelle.

Section 2. La restriction de l'innovation

116. L'ambivalence du droit des concentrations. Le constat est que les *killer acquisitions* sont suspectées de diminuer l'innovation : c'est pour cette raison qu'elles sont contraires au droit de la concurrence, et par extension, au droit des concentrations (I). Ce dernier semble laisser une certaine place à l'innovation puisque les textes y font référence à plusieurs reprises. Mais en même temps, la pratique laisse à penser que la reconnaissance n'est pas totale : la prise en compte de l'innovation en droit des concentrations reste marginale (II).

¹⁷⁹ Traduction libre de R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*

¹⁸⁰ M. Kyle et A. Perrot, *op. cit.*, p. 7.

I. Le constat d'une restriction de l'innovation

117. Un des effets unilatéraux de la concentration horizontale. La restriction de l'innovation est un des effets unilatéraux de la concentration horizontale. Par conséquent, les *killer acquisitions* sont des opérations potentiellement contraire au droit des concentrations : elles sont mises en œuvres pour faire cesser un projet d'innovation (A) ce qui implique une restriction de l'innovation (B) non seulement dans le cas particulier d'une opération, mais aussi à grande échelle, en considérant la banalisation de la pratique.

A. La cessation d'un projet d'innovation

118. La finalité d'une *killer acquisitions*. La *killer acquisition* est une opération pensée dans le but d'« arrêter le développement des projets d'innovation de la cible »¹⁸¹ : elle présente un effet unilatéral de restriction de l'innovation. En d'autres termes, il s'agit d'un effet anticoncurrentiel qui est problématique pour le droit des concentrations¹⁸². Toutefois, une telle restriction de concurrence ne sera pas caractérisée lorsque le projet d'innovation était voué à l'échec : soit il était trop coûteux pour l'entreprise « cible » de continuer son développement l'opération¹⁸³, soit il était infructueux. Le cas échéant, l'opération s'inscrit dans une logique de destruction-créatrice¹⁸⁴.

119. L'absence d'incitation à innover suite à une *killer acquisition*. La concentration horizontale peut faire naître une entité à fort pouvoir de marché : cette hypothèse est vraisemblable seulement si l'acquéreur possède déjà une part de marché élevée (car la « cible » présente une part de marché faible). La difficulté est que plus cette entité a une position large sur le marché, moins elle est incitée à innover car elle ne veut pas prendre le risque d'une diminution

¹⁸¹ Traduction libre de C. Cunningham, F. Ederer et M. Song, *op. cit.*, p. 1.

¹⁸² « Grâce au contrôle qu'elle exerce sur les opérations de concentration, la Commission empêche la réalisation des opérations qui priveraient les clients de ces avantages en augmentant significativement le pouvoir de marché de certaines entreprises [...]. Par "augmentation du pouvoir de marché", il faut entendre la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de [...] diminuer l'innovation ». V. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 8.

¹⁸³ V. En ce sens : C. S. Hemphill and T. Wu, « Nascent Competitors », *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 168, n°20-50, 2020, p. 1908 ; K. A. Bryan et E. Hovenkamp, « Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy », *The University of Chicago L. Rev.*, 2019, vol. 87, iss. 2, p. 332 ; J. Kennedy, *op. cit.*, p. 1

¹⁸⁴ V. supra : paragr. 27.

de ses profits actuels : elle évite par ailleurs un effet de remplacement ou un effet de « cannibalisation »¹⁸⁵.

B. Un effet de restriction de l'innovation

120. Un effet anticoncurrentiel. Elle est admise en tant qu'effet anticoncurrentiel lors de l'analyse du contrôle des concentrations¹⁸⁶ : c'est une reconnaissance de l'effet de remplacement formulé par Hayek, selon lequel le pouvoir de marché est inversement proportionnelle de l'incitation à innover. Cela signifie qu'en présence d'une preuve démontrant l'intention de l'acquéreur de ne pas poursuivre le projet d'innovation¹⁸⁷, l'opération projetée pourra être remise en cause.

121. Les conséquences pour l'innovation. Les conséquences de la mise à terme du projet d'innovation sont nombreuses. Du point de vue de la concurrence, la perte d'innovation affaiblit la fonction dynamique de la concurrence, et par extension, sa fonction de découverte des connaissances. Dès lors, la concurrence ne satisfait plus les consommateurs d'un point de vue tarifaire, qualitatif et quantitatif. Du point de vue de la croissance, l'innovation est freinée en tant que moteur de la croissance, du progrès économique et de l'amélioration du niveau de vie. Ces dernières années, les entreprises ont réalisé des centaines de *killer acquisitions* sur tous les secteurs confondus¹⁸⁸. Dès lors, l'ampleur de cette pratique représente alors un danger, d'un point de vue macroéconomique et microéconomique¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Les deux expressions renvoient à la même idée économique selon laquelle une entreprise qui propose des produits innovants pourrait remplacer les produits existants d'une autre entreprise, à terme. Ainsi, la seconde entreprise souhaitera éviter ce scénario en rachetant ou en fusionnant avec la première. Pour l'effet de remplacement, v. : M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 25 ; v. supra : paragr. 27. Pour l'effet de « cannibalisation », v. : M. Bourreau et A. de Streel, *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, ETNO, 2019, p. 33.

¹⁸⁶ N. Petit, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 531.

¹⁸⁷ Dans l'affaire *Visa/Plaid*, la preuve était un document sur lequel un vice-président avait dessiné un volcan avec une partie immergée et une partie submergée dans laquelle était inscrite toutes les menaces que pouvait représenter la « cible » (dont ses projets d'innovations). En déposant sa plainte, le DOJ s'est fondé sur ce document prouvant l'intention de l'acquéreur d'acheter la « cible » pour arrêter ses projets économiques : « Visa's CEO has already acknowledged that Visa has no intention of introducing Plaid's pay-by-bank debit service for consumer payments to merchants in the United States ». V. : DOJ, *op. cit.*, *U. S. v. Visa inc. & Plaid inc.*, p. 19.

¹⁸⁸ Pour s'en tenir aux GAFAM, le nombre d'acquisitions s'élève à 175 des années 2015 à 2017. Sur cet échantillon, 60% des produits acquis n'ont pas été poursuivis. V. : A. Gautier et J. Lamesch, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁹ « D'un point de vue macroéconomique, l'innovation peut être perçue comme facteur de croissance. Elle engendre une baisse des coûts et produit des cycles vertueux : l'innovation permet la croissance économique, laquelle appelle à l'innovation. D'un point de vue microéconomique, elle permet à l'entreprise d'obtenir des avantages compétitifs et de conquérir des marchés. L'entreprise innovante cherche donc à renforcer son « capital intellectuel » qui rassemble les résultats de ses investissements et constitue une force concurrentielle ». V. : M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 9.

II. La prise en compte marginale de l'innovation

122. Une pratique décisionnelle peu encline à l'innovation. En tant qu'effet unilatéral, la restriction de l'innovation a peu de fois été caractérisée par la Commission européenne (A). En tant que gain d'efficacité, les effets vertueux de l'innovation n'ont été admis qu'une seule fois par la Commission européenne (B). Ce sont deux éléments qui invitent à conclure à une marginalisation de l'innovation par la pratique décisionnelle du droit des concentrations.

A. Une jurisprudence sceptique

123. Une admission ponctuelle. En théorie, il s'agit d'un effet anticoncurrentiel à soulever lors du contrôle des concentrations : la diminution de l'innovation figure dans les lignes directrices. Toutefois, la pratique ne caractérise pas systématiquement cet effet unilatéral. En ce sens, elle semble exiger que les deux parties soient des entreprises innovantes. Ainsi, la restriction de l'innovation a été soulevée dans les secteurs pharmaceutique¹⁹⁰, agro-chimique¹⁹¹ et de l'industriel lourde¹⁹².

124. L'admission incertaine d'un effet de restriction de l'innovation. Cette jurisprudence marginale révèle une pathologie plus profonde : celle de la place incertaine de l'innovation dans les règles de droit des concentrations¹⁹³. En réalité, il n'est pas sûr que les rédacteurs des lignes directrices aient souhaité créer un « effet unilatéral de diminution de l'innovation » : le texte fait très peu référence à l'innovation¹⁹⁴. En ce sens, la jurisprudence préfère rester prudente, en l'absence de cadre d'analyse préalablement formulé par les rédacteurs. Retenons toutefois que les affaires précitées manifestent, peut-être, la naissance d'une jurisprudence en matière d'effet unilatéral de diminution de l'innovation.

¹⁹⁰ V. : Comm. UE, 28 janv. 2015, M.7275, *Novartis/Glaxosmithkline Oncology Business*.

¹⁹¹ V. : Comm. UE, 27 mars 2017, M. 7932, *Dow/DuPont* ; Comm. UE, 21 mars 2018, M.8084, *Bayer/Monsanto*.

¹⁹² V. : Comm. UE, 8 sept. 2015, M.7218, *General Electric/Alstom*.

¹⁹³ En matière de concentrations horizontales, les effets de l'innovation sur la concurrence sont mal maîtrisés. Plusieurs questions se posent : quel degré de priorité devrait recevoir l'innovation ? Quel cadre d'analyse adopter dans cette appréciation ? Les juges devraient-ils être force de proposition face à l'incertitude des textes ? V. : N. Petit, « Innovation Competition, Unilateral Effects and Merger Policy », *Antitrust L. J.*, vol. 82, iss. 3, 2019, p. 873.

¹⁹⁴ Les lignes directrices sur les concentrations horizontales font surtout référence à l'innovation dans le cadre d'un autre effet unilatéral : celui de la suppression d'un franc-tireur. V. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non-horizontales, *op. cit.*, paragr. 37 et 38.

B. Un moyen de défense rejeté

125. La défense sur les gains d'efficacité. Tardivement, en 2004, la théorie des gains d'efficacité faisait son entrée dans le Règlement « concentration »¹⁹⁵ : elle permet aux parties de soulever l'existence de gains d'efficacité compensant les effets anticoncurrentiels de leur opération de concentration. Ce moyen de défense repose sur trois conditions : les gains d'efficacité doivent être vérifiables, propres à la concentration et à l'avantage des consommateurs. Les gains d'efficacité générés par les concentrations horizontales sont énumérés dans les lignes directrices, à la lecture desquelles se trouve l'innovation : « les consommateurs peuvent aussi tirer avantage de nouveaux produits ou services ou de produits ou services améliorés, qui seraient le fruit, par exemple, de gains d'efficacité dans les domaines de la recherche et du développement et de l'innovation »¹⁹⁶. Toutefois, la difficulté de mise en œuvre de la théorie est telle que les gains d'efficacité n'ont été admis qu'une seule fois dans l'histoire du droit européen des concentrations.

126. Les gains d'efficacité : l'arlésienne du droit des concentrations. En pratique, les gains d'efficacité ont été acceptés dans une seule décision¹⁹⁷. La plupart du temps, ils sont rejetés par la Commission européenne. L'obstacle tient à la difficulté de prouver la compensation des effets anticoncurrentiels : les parties doivent présenter un premier raisonnement relatif à l'existence des gains d'efficacité, puis un second raisonnement sur la compensation des effets anticoncurrentiels¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, paragr. 29.

¹⁹⁶ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non-horizontales, *op. cit.*, paragr. 81.

¹⁹⁷ Comm. UE, 27 nov. 2019, M.8792, *T-Mobile NL / Tele2 NL*.

¹⁹⁸ Dans l'affaire *Orange/Jazztel*, les parties ne répondaient pas à cette seconde exigence. V. : Comm. UE, 19 mai 2015, M.7421, *Orange/Jazztel*, pts 492 et 493.

Chapitre 2. Les effets des « killer acquisitions » non-horizontales

127. Une analyse préliminaire de l'opération. À l'instar des concentrations horizontales, les concentrations non-horizontales font l'objet d'une première analyse préliminaire, en fonction de paramètres tels que les parts de marché et l'indice HHI. Le troisième paramètre, le degré de substituabilité, n'est plus pertinent dans la mesure où l'opération est non-horizontale : les produits en cause sont, en principe, différenciés.

128. Les effets des concentrations non-horizontales. Il y a une multiplicité d'effets non-horizontaux, dont l'appréciation est plus accueillante dans la mesure où les concentrations non-horizontales n'entraînent pas l'élimination d'une concurrence directe. Ils sont distingués selon qu'ils soient non-coordonnés ou coordonnés.

129. Des effets non-coordonnés. Les concentrations verticales ont un effet de verrouillage de marché (aux intrants ou à la clientèle) duquel découle un effet d'éviction de la concurrence¹⁹⁹. Les concentrations conglomérales ont aussi un effet de verrouillage de marché duquel découlent un effet de levier et un effet de portefeuille²⁰⁰.

130. Des effets coordonnés. Les concentrations non-horizontales peuvent créer un effet de coordination des comportements entre les concurrents qui peut prendre la forme d'une position dominante collective²⁰¹.

131. Le constat : les effets tolérés des *killer acquisitions* non-horizontales. Les *killer acquisitions* non-horizontales feront l'objet d'une appréciation bienveillante conformément aux lignes directrices. Toutefois, une attention doit être portée aux opérations dans lesquelles une des parties est une plateforme numérique : cette structure possède des caractéristiques propres à dégager des effets anticoncurrentiels²⁰². Cette hypothèse est à envisager en présence de *killer*

¹⁹⁹ Le fait de verrouiller un marché provoque une éviction d'une partie des concurrents dudit marché. Toutefois, ce n'est pas seulement leur éviction qui est préjudiciable : c'est surtout la dégradation de leurs conditions de concurrence. V. : N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 541.

²⁰⁰ V. supra : paragr. 88.

²⁰¹ La coordination des comportements doit répondre aux critères de l'affaire *Airtours* pour être qualifiée de position dominante collective. V. : supra.

²⁰² V. infra : paragr. 150 et suiv.

acquisitions conglomerates²⁰³ (Section 2) bien que les *killer acquisitions* verticales soient également néfastes (Section 1).

Section 1. Les effets des « *killer acquisitions* » verticales

132. Les effets verticaux en matière de *killer acquisitions*. Le principal effet vertical est le verrouillage du marché (A). Il se manifeste sous plusieurs formes : dans l'hypothèse des *killer acquisitions*, il implique un verrouillage de l'accès aux informations sensibles (B).

I. L'effet de verrouillage du marché

133. Les effets verticaux : une éviction. Les concentrations verticales provoquent une éviction des concurrents : lorsqu'une entité en aval fusionne avec une entité en amont, les concurrents seront évincés par les parties qui souhaiteront ne traiter qu'entre elles. Cette éviction est le résultat d'un effet de verrouillage de marché (A) qui peut se manifester de différentes manières (B).

A. Le verrouillage du marché

134. Le verrouillage du marché. Il s'agit de « tous les cas où la concentration entrave ou ferme l'accès des entreprises rivales existantes ou potentielles aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, réduisant ainsi leur capacité et/ou leur incitation à animer la concurrence »²⁰⁴. Lorsqu'une intégration verticale se produit, il est possible que l'entreprise intégrée soit un point d'entrée essentiel à un marché mais qu'elle décide de fermer cet accès à ses concurrents. Prenons un exemple : dans le secteur pétrolier, une entreprise est présente sur le marché en amont (relatif aux puits de pétrole) et sur le marché en aval (relatif aux stations-services). Lorsqu'elle s'est intégrée au marché en aval, elle est devenue propriétaire d'un certain nombre de stations de services. Sur ce même marché en aval, il existe des stations-services concurrentes qui s'approvisionnaient autrefois auprès de cette entreprise. Mais désormais, les parties ne souhaitent plus approvisionner les concurrents : elles entendent privilégier leurs propres stations-services. Dans ce cas, la concentration verticale produit un verrouillage du marché : il n'est plus possible

²⁰³ T. Lécuyer, *op. cit.*, p. 46.

²⁰⁴ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non-horizontales, *op. cit.*, paragr. 18.

pour les entreprises en aval de s'approvisionner sur le marché en amont (dans l'hypothèse où l'entreprise intégrée est la seule sur le marché en amont). Le verrouillage de marché est le principal scénario à redouter, dans le cas d'une concentration verticale.

135. Illustration : l'affaire *Facebook/Instagram*. Facebook est une plateforme numérique proposant un réseau social pour rester connecter avec sa famille ou ses amis. Instagram est une application de téléphone portable proposant un réseau social pour prendre des photos avec ou sans filtres et pour partager ces photos sur Instagram ou sur d'autres réseaux sociaux comme Facebook. Précisons qu'en 2012, au moment de la décision, Instagram ne comptait que 13 employés et réalisait un chiffre d'affaires très bas. Dans son analyse, l'OFT identifia deux marchés en cause. Elle considéra que le réseau social Facebook pouvait profiter de l'opération pour diriger systématiquement les utilisateurs de l'application Instagram vers sa plateforme : la concentration pouvait provoquer un verrouillage de marché, au détriment des réseaux concurrents de Facebook²⁰⁵. Finalement, l'OFT autorisa tout de même l'opération sur le territoire du Royaume-Uni, dans la mesure où Facebook et Instagram étaient des concurrents indirects et que Instagram faisait face à une forte concurrence.

136. Les caractéristiques vérifiées par la Commission européenne. Afin de conclure à un verrouillage de marché, la Commission européenne apprécie trois éléments : si les parties ont la capacité de verrouiller le marché, si elles ont intérêt à le faire et si une stratégie de verrouillage du marché aurait une incidence négative significative sur la concurrence en aval²⁰⁶. Cette grille d'analyse devra être adoptée pour chaque type de verrouillage de marché : le verrouillage des intrants, le verrouillage de clientèle et l'accès à des informations sensibles.

²⁰⁵ « The OFT considered whether the merger parties would foreclose rival social networks by (a) preventing Instagram users from uploading their photographs to those networks and the effect of such an action on competition; or (b) deteriorating the quality of the connection of the API between Instagram and rival social networks ». V. : OFT, 14 août 2002, ME/5525/12, *Facebook inc./Instagram inc.*, p. 7.

²⁰⁶ Ces trois caractéristiques figurent dans les lignes directrices (Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non-horizontales, paragr. 32) mais ont été étayées par la jurisprudence (Comm. CE, 7 nov. 2006, M.4300, *Philips/Intermagetics* ; Comm. CE, 11 déc. 2006, M.4314, *Johnson & Johnson/Pfizer Consumer Healthcare* ; Comm. CE, 5 déc. 2006, M.4389, *WLR/BST* ; Comm. CE, 4 avr. 2007, M.4403, *Thales/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space/ Telespazio* ; Comm. CE, 20 févr. 2007, M.4494, *Euras/Highveld* ; Comm. CE, 23 avr. 2007, M.4561, *GE/Smiths Aerospace*). Les lignes directrices détaillent seulement ces caractéristiques dans le cas d'un verrouillage des intrants (Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non-horizontales, paragr. 33) et d'un verrouillage de la clientèle (Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non-horizontales, paragr. 60), mais non dans le cas d'un accès aux informations sensibles, où la jurisprudence dut intervenir pour donner des précisions.

B. Les manifestations du verrouillage de marché

137. Le verrouillage des intrants. Il s'agit de la situation dans laquelle une entreprise située en amont décide d'arrêter ou de limiter la vente de ses produits ou services (appelés « intrants ») aux entreprises situées en aval. Le but de l'entreprise est de favoriser sa position sur le marché en aval, obtenue grâce à la concentration verticale. Plusieurs éléments permettent de caractériser un verrouillage d'intrants, comme une entreprise en amont avec un pouvoir de marché élevé²⁰⁷ ou des intrants à caractère indispensable pour les entreprises en aval²⁰⁸.

138. Le verrouillage de la clientèle. Il s'agit de la situation dans laquelle l'entreprise située en amont décide de priver ou de réduire l'accès à la clientèle au détriment de ses concurrents. Grâce à sa position sur le marché en aval, elle va s'approvisionner exclusivement auprès de sa branche en amont. Les mêmes éléments d'appréciation permettent de caractériser un verrouillage de clientèle.

II. L'effet particulier de l'accès aux informations sensibles

139. Un effet propre aux *killer acquisitions*. L'accès aux informations sensibles est un des facteurs du verrouillage de marché (A). Cet effet anticoncurrentiel semble être reconnu en matière de *killer acquisitions* : une jurisprudence se dessine (B).

A. Une manifestation du verrouillage de marché

140. L'accès à des informations sensibles. C'est le fait pour une entreprise d'obtenir des informations commercialement sensibles sur des activités extérieures au marché, en amont ou en aval. Cette obtention d'informations lui permet de pratiquer des prix en défaveur du consommateur. Par exemple, dans l'affaire *EnBW/ENI/GVS*²⁰⁹, l'entreprise peut siéger aux organes de décision de sa branche en aval et ainsi obtenir des informations sur les offres de fourniture de ses concurrents. Elle est dès lors mieux placée pour s'aligner sur les conditions d'offres concurrentes. Surtout, elle peut stratégiquement choisir de ne pas révéler ces

²⁰⁷ *Ibid.*, paragr. 35.

²⁰⁸ *Ibid.*, paragr. 34.

²⁰⁹ V. : Comm. CE, 17 déc. 2002, M.2822, *EnBW/ENI/GVS*, pt. 56. Pour d'autres affaires similaires, v. : Comm. CE, 9 déc. 2004, M.3440, *EDP/ENI/GDP* ; Comm. CE, 13 juill. 2005, M.3653, *Siemens/VA Tech*.

informations sensibles mais négocier des contrats de fourniture plus avantageux avec ses clients. En outre, ces informations sont en défaveur des concurrents, qui sont dissuadés d'entrer ou de se développer sur le marché au regard de la position privilégiée de l'entreprise.

141. L'absence d'autonomie en tant qu'effet anticoncurrentiel. Toutefois, il semble que la Commission européenne ne souhaite pas caractériser une atteinte à la concurrence sur ce seul fondement. Les effets anticoncurrentiels découlant d'un accès à des informations sensibles sont trop négligeables pour constituer, à eux-seuls, une atteinte à la concurrence susceptible de motiver une interdiction de concentration. Ainsi, dans l'affaire *Facebook/WhatsApp*²¹⁰, l'autorité considéra que l'obtention par Facebook d'une masse de données supplémentaire n'était pas préoccupante au vu de l'ensemble des données auxquelles ses concurrents pouvaient encore avoir accès.

B. Une jurisprudence naissante en matière de « *killer acquisitions* »

142. Une jurisprudence naissante et propre aux *killer acquisitions*. Cet effet anticoncurrentiel commence à être soulevé dans la pratique décisionnelle et, particulièrement, en présence de *killer acquisitions* : c'est le cas pour l'affaire *Facebook/WhatsApp* et pour l'affaire *Apple/Shazam*.

143. L'affaire *Apple/Shazam*²¹¹. L'entreprise Apple est spécialisée dans la vente d'appareils de communication, de lecteurs de musique et d'ordinateurs. L'entreprise offre aussi des services de diffusion de musique en ligne, marché sur lequel elle occupe la seconde place. Shazam est un développeur et un distributeur d'applications de reconnaissance musicale pour téléphones, tablettes et ordinateurs. À l'époque, Shazam était implantée au Royaume-Uni et réalisait un chiffre d'affaires très bas. Apple et Shazam ne sont pas des concurrents directs car leurs produits et services ne sont pas substituables. Le projet d'acquisition de Shazam par Apple atteignait plusieurs seuils nationaux de chiffre d'affaires, c'est pourquoi les parties ont ainsi notifié l'opération dans plusieurs pays, ces derniers ayant renvoyé l'opération à la Commission européenne. Dans son contrôle, l'autorité européenne souleva une principale inquiétude : le fait que Apple redirige systématiquement les utilisateurs de Shazam vers Apple Music, afin de pouvoir écouter ou acheter une musique trouvée grâce à la reconnaissance musicale, au détriment des

²¹⁰ Comm. UE, *op. cit.*, *Facebook/WhatsApp*.

²¹¹ Comm. UE, *op. cit.*, *Apple/Shazam*.

concurrents de Apple Music (Spotify, Youtube ou Deezer). En d'autres termes, cela impliquerait un verrouillage du marché des services de diffusion de musique en ligne, notamment grâce à l'obtention d'informations sensibles relatifs aux utilisateurs²¹². La Commission européenne vérifia l'existence des trois caractéristiques du verrouillage de marché. Concernant la capacité des parties à verrouiller le marché, elle existerait d'un point de vue technique mais les limites légales et contractuelles empêcheraient les parties d'adopter ce comportement²¹³. Concernant l'intérêt des parties à le faire, il est incertain mais semble être existant au vu des documents internes observés par l'autorité, révélant que le verrouillage du marché s'inscrirait dans une stratégie d'expansion de Apple. Concernant les incidences sur les concurrents de Apple Music, elle ne sont pas préoccupantes car, en réalité, cette obtention d'informations ne constituerait pas un avantage concurrentiel dans la mesure où les concurrents pourraient facilement avoir accès à des données similaires²¹⁴. En conclusion, la Commission considéra que la concentration ne portait pas atteinte à une concurrence effective sur le marché des services de diffusion de musique.

Section 2. Les effets des « killer acquisitions » conglomerales

144. Les effets conglomeraux en matière de *killer acquisitions*. Les effets conglomeraux, c'est-à-dire l'effet de levier et les effets de portefeuille (I), sont observés dans les *killer acquisitions*. L'hypothèse redondante est celle où l'une des parties est une plateforme numérique. Cette dernière possède des caractéristiques structurelles qui l'incite à élargir, très facilement, son pouvoir de marché : pour cette raison, le secteur numérique est prédisposé à l'apparition de *killer acquisitions* (II).

I. Les effets de levier et de portefeuille

145. Les effets conglomeraux. Les principaux effets conglomeraux sont l'effet de levier (A) et les effets de portefeuille (B). Ils sont étroitement liés : les effets de portefeuille sont un des facteurs d'apparition de l'effet de levier.

²¹² Dans cette affaire, Apple aurait eu accès à des informations sensibles que Shazam avait collecté par le passé. Ces informations concernaient les concurrents de Apple Music (comme Spotify) et leurs utilisateurs. Ainsi, Apple aurait pu utiliser ces données afin de rediriger les utilisateurs vers Apple Music, notamment, en facilitant leur identification. V. : Comm. UE, *op. cit.*, *Apple/Shazam*, paragr. 210 et suiv.

²¹³ *Ibid.*, paragr. 225 et suiv.

²¹⁴ *Ibid.*, paragr. 258.

A. L'effet de levier

146. L'effet de levier. C'est « la possibilité, pour une entreprise détenant une forte position dans un marché, d'étendre ses ventes sur un second marché, notamment par des pratiques de couplage et/ou de jumelage »²¹⁵. Schématiquement, l'entreprise va ainsi utiliser sa position sur un marché pour faire levier sur l'autre marché. Ainsi, alors qu'elle n'est pas en position forte sur ce dernier marché, elle va pourtant réussir à y étendre ses activités.

147. Illustration : l'affaire *Google shopping*²¹⁶. Il était reproché à Google de favoriser ses propres services sur le marché des comparateurs de prix, grâce à sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche. Cet effet de levier était possible car les comparateurs de prix étaient promus sur sa plateforme (dans son placement comme dans son affichage), au détriment des comparateurs concurrents. Il s'agit dès lors d'une pratique de « *self-preferencing* »²¹⁷. Ainsi, la Commission européenne condamna Google pour abus de position dominante²¹⁸ : bien que Google soit en position dominante sur le marché des moteurs de recherche, et non sur celui des comparateurs de prix, son quasi-monopole sur le premier lui permet d'avoir une influence sur le second.

²¹⁵ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 544.

²¹⁶ Comm. UE, *op. cit.*, *Google Search (Shopping)*.

²¹⁷ Le *self preferencing* est, dans le domaine du numérique, le fait pour une plateforme de privilégier ses propres produits au détriment des autres produits sur la même plateforme. C'est une nouvelle forme d'abus de position dominante et une infraction à l'article 102 du TFUE. Le plus souvent, elle suppose l'existence d'une intégration verticale. Cette pratique est apparue dans le secteur numérique et présente un certain paradoxe : d'une part, c'est un comportement suspect puisque les entreprises rivales ne sont plus à même de livrer une concurrence sur un « *level playing field* » (autrement dit « à armes égales ») ; mais d'autre part, elle est une manifestation de la concurrence par les mérites, poussée à son paroxysme. En ce sens, v. : P. Ibañez Colomo, *op. cit.*, p. 5 et suiv.

²¹⁸ Pour être plus précis, l'abus était constitué par deux éléments. Premièrement, Google a réalisé un détournement du trafic vers son propre comparateur de prix. Un algorithme permettait de rétrograder uniquement les comparateurs concurrents, et non le comparateur Google, lequel a ainsi gagné en visibilité. Les utilisateurs étaient influencés dans leur décision par cet algorithme, mais aussi par les caractéristiques plus attractives que présentait le comparateur Google. Il en résultait un plus grand taux de clics et ainsi un plus grand trafic vers le comparateur de prix de Google. Secondement, ce comportement avait des effets anticoncurrentiels dans la mesure où il pouvait éliminer les services de comparaison de prix concurrents, et surtout, augmenter les frais pour les commerçants, les prix pour les consommateurs et diminuer l'innovation. V. : Comm. UE, *op. cit.*, *Google Search (Shopping)*, paragr. 331 et suiv., paragr. 341 et suiv. et paragr. 589 et suiv.

B. Les effets de portefeuille

148. Les effets de portefeuille. Pour déterminer si une concentration conglomérale provoque des effets de portefeuille, il faut « apprécier la position concurrentielle réelle d'une entité résultant de la concentration et, le cas échéant, [...] conclure qu'elle détient une position dominante, en prenant en considération non seulement l'addition des parts de marché respectives des parties, mais également la puissance supplémentaire résultant de ce que la nouvelle entité dispose d'un nombre de marques important et est présente sur de nombreux marchés »²¹⁹. En d'autres termes, la nouvelle entité disposera d'une gamme de produits plus étendue grâce à la concentration conglomérale. La conséquence se traduit par la possibilité pour l'entreprise de réaliser des « ventes liées », afin d'associer les produits les moins notoires avec les plus notoires : les « ventes liées » sont les opérations par lesquelles la vente d'un produit ou service (liant) est subordonnée à la vente d'un autre produit ou service (lié).

149. Illustration : l'affaire *Guinness/Grand Metropolitan*²²⁰. Guinness présente des activités de vente de bières et Grand Metropolitan des activités de vente de boissons spiritueuses. La concentration aurait eu pour effet d'inciter les parties à attirer la clientèle de la première catégorie de produits vers la seconde, par plusieurs moyens : des prix attractifs, des promotions et des remises²²¹. La concentration aurait provoqué un effet de levier grâce à la formation d'un large portefeuille de marques.

II. La prédisposition du secteur numérique à l'apparition d'effets congloméraux

150. La prédisposition de la plateforme numérique aux effets congloméraux. Sur le secteur numérique peuvent être observées des plateformes « bifaces », mettant en relation deux catégories d'opérateurs, ou « multifaces », mettant en relation plus de deux catégories d'opérateurs. Elles présentent des caractéristiques particulières²²² (A) qui expliquent leur prédisposition à l'apparition d'effets congloméraux (B).

²¹⁹ V. : TPICE, *op. cit.*, *Babyliss SA c. Commission*, paragr. 354.

²²⁰ V. : Comm. CE, 15 oct. 1997, M.938, *Guinness/Grand Metropolitan*.

²²¹ *Ibid.*, paragr. 40.

²²² Ces caractéristiques de la plateforme numérique sont présentées, puis rapprochées au phénomène de *killer acquisitions* de type congloméral, par Tristan Lécuyer. V. : T. Lécuyer, *op. cit.*, p. 46 et suiv.

A. Les caractéristiques de la plateforme numérique

151. Présentation. Les effets de réseau, la détention d'une grande masse de données et le phénomène de « platform envelopment »²²³ sont les quatre principales caractéristiques de la plateforme numérique expliquant sa croissance rapide sur le marché.

152. Les effets de réseau. Ils se produisent « lorsque le succès d'un produit ou d'un service dépend du nombre d'entreprises ou de consommateurs qui l'adopteront, de sa qualité et de son prix »²²⁴. Ils s'expliquent par le phénomène des « rendements croissants » autrement appelé « économies d'échelles » : c'est lorsque, pour une unité supplémentaire produite, le coût de production baisse (par opposition aux « rendements décroissants »). Ces effets existaient déjà dans l'économie classique (dans le secteur des transports ou celui de l'hôtellerie) mais sont décuplés dans l'économie numérique²²⁵ : par exemple, les clients d'un hôtel satisfaits après leur séjour vont parler positivement de l'entreprise. L'entreprise obtient ainsi de plus en plus de clients et entretient un cercle vertueux. C'est la même logique dans le secteur numérique, à la différence que le client est remplacé par un algorithme, qui enregistre et répète les bonnes performances accomplies²²⁶.

153. La détention d'une masse de données. Ces algorithmes sont fructueux grâce à la masse de données accumulées au fil du temps par la plateforme. Cette masse de données permet d'amplifier les effets de réseau, de part et d'autre de la plateforme biface : d'une part, en entraînant d'autres utilisateurs dans la plateforme, et d'autre part, en attirant les utilisateurs vers les annonceurs publicitaires ou les autres opérateurs présents sur la plateforme²²⁷. De plus, la structure de prix est favorable à des effets de réseaux indirects²²⁸, c'est-à-dire à une corrélation entre le nombre d'utilisateurs, sur un versant, avec le nombre d'opérateurs (annonceurs

²²³ *Ibid.*, p. 46.

²²⁴ V. : R. J. Gilbert, *Innovation Matters — Competition Policy for the High-Technology Economy*, *op. cit.*, pp.17-20.

²²⁵ N. Mougin, A. Landier, P. Mohnen et A. Perrot, *Économie numérique*, CAE, note n° 26, 2015. p. 2.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ T. Lécuyer, *op. cit.*, p. 47.

²²⁸ « Contrairement aux marchés plus classiques, le volume des transactions entre deux types d'utilisateurs dépend davantage de la structure des prix pour les deux catégories d'utilisateurs que du niveau de prix pour chaque catégorie. Ainsi, par la prise en considération des effets de réseau indirects, la structure tarifaire choisie est celle qui va inciter un nombre optimal de membres de chacun des côtés du marché à rejoindre la plateforme » (v. : M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 36). Les effets de réseau indirects apparaissent lorsque « la satisfaction des utilisateurs situés d'un côté du marché augmente lorsque le nombre de ceux situés sur l'autre côté croît » (v. : N. Mougin, A. Landier, P. Mohnen et A. Perrot, *op. cit.*, p. 3).

publicitaires, commerçants ou vendeurs particuliers), sur l'autre versant. Aujourd'hui, la détention de données présente dès lors un intérêt économique et, pour cette raison, elle devient une préoccupation pour le droit de la concurrence comme pour d'autres branches du droit²²⁹.

154. Le phénomène de « *platform envelopment* ». Il s'agit d'une théorie économique développée quelques années auparavant²³⁰, désignant le phénomène par lequel « un fournisseur d'une plateforme peut pénétrer une autre plateforme et combiner sa propre fonctionnalité avec celle de la cible, afin de créer une plateforme de type multiface qui exploitera les relations entre l'ensemble des utilisateurs »²³¹. Les produits et services sont généralement des « compléments, des substituts faibles ou fonctionnellement liés »²³² : dès lors, le phénomène est propre aux concentrations conglomerates²³³. Son apparition est conditionnée à l'interopérabilité des produits et services de la plateforme : c'est le fait, pour une catégorie de produits et services, de présenter des fonctionnalités aisément adaptables à une autre catégorie de produits et services. La conséquence est la prédisposition de la plateforme à s'étendre sur des marchés très éloignés des siens.

B. La prédisposition de la plateforme numérique à l'apparition d'effets conglomerates

155. Une conquête des marchés proches comme éloignés. La plateforme numérique est donc prédisposée à rendre interopérables ses produits et services sur d'autres marchés. Elle aspire à une perpétuelle extension, de part sa capacité à mettre en relation une pluralité d'opérateurs économiques, surtout lorsqu'elle est multiface. Ainsi, elle a tout intérêt à réaliser des concentrations : elles lui permettront de défendre ou de renforcer sa position, sur tous les marchés.

²²⁹ Le phénomène de « Big Data », expression utilisée pour désigner l'ensemble des données numériques, est en premier lieu préoccupant pour les consommateurs (v. : OCDE, *Big Data : Bringing Competition Policy to the Digital Era*, Note d'information du Secrétariat, DAF/COMP(2016)14, 27 oct. p. 5), et par extension, est voué à être saisi par le droit de la consommation et le droit numérique. Un texte européen a ainsi été adopté sur la protection des données des utilisateurs, récemment : v. Règl. (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119, 4 mai 2016, pp. 1-88.

²³⁰ La théorie a été formulée par Thomas Eisenmann, Geoffrey Parker et Marshall Van Alstyne. V. : T. Eisenmann, G. Parker et M. Van Alstyne, *op. cit.*

²³¹ *Ibid.*, p. 1270.

²³² *Ibid.*

²³³ Le rapport Crémer décrit le phénomène de « *platform envelopment* » en ce sens : « The expansion of the power of established platforms with a strong user base and a conglomerate profile into new markets pioneered by other platforms or firms is currently debated under the heading of 'platform envelopment' ». V. : J. Crémer, Y.-A. de Montjoye et H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, DG Concurrence, 2019, p. 108.

156. Illustration : l'affaire *Facebook/WhatsApp*²³⁴. La plateforme numérique peut ainsi recourir à des *killer acquisitions* conglomerales : c'est lorsque l'entreprise « cible » présente des produits non-substituables ou du moins complémentaires aux siens.

Prenons un exemple : dans l'affaire *Facebook/WhatsApp*, il s'agissait d'une concentration conglomerale (ou du moins verticale) dans la mesure où « Facebook Messenger et WhatsApp n'étaient pas de proches concurrents »²³⁵. Facebook présentait des activités de services de communications grand public et de publicité en ligne non liée aux recherches, sur plusieurs supports électroniques. WhatsApp présentait des activités de messagerie instantanée, seulement pour les téléphones portables. Surtout, cette dernière était une entreprise de petite taille, du moins au regard de son faible chiffre d'affaires (qui était en dessous des seuils de contrôle) et au regard de ses moyens humains (elle comptait à peine une trentaine d'employés), mais non de son pouvoir de marché. D'abord, l'autorité de souleva des effets de réseaux sur le secteur des services de communication grand public, qui seraient toutefois atténués par l'existence de « cycles d'innovation courts qui bousculent souvent les positions sur le marché »²³⁶ et par l'absence d'interopérabilité entre Facebook et WhatsApp. Ensuite elle évoqua l'hypothèse d'un effet de « *platform envelopment* » sur les secteurs des réseaux sociaux, même si WhatsApp n'est pour l'instant pas considéré comme un réseau social (du moins la question « reste en suspens »²³⁷). Enfin, sur le secteur des publicités en ligne, il n'y avait pas d'atteinte significative à la concurrence. En résumé, la *killer acquisition* pouvait servir la stratégie d'expansion de la plateforme, grâce à un déploiement d'effets de réseau et d'effet de « *platform envelopment* » (ce dernier s'étant révélé plus probable car les parties avaient transmis des mauvaises informations sur l'interopérabilité²³⁸). Toutefois, l'opération a été autorisée, permettant de conclure que la concentration conglomerale reste relativement bien accueillie par les autorités de concurrence.

²³⁴ Comm. UE, *op. cit.*, *Facebook/WhatsApp*.

²³⁵ Comm. UE, Concentrations: la Commission autorise le rachat de WhatsApp par Facebook, 3 oct. 2014, IP/14/1088.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ V. *supra* : paragr. 57.

²³⁸ Facebook a été condamné à une amende à hauteur 110 millions d'euros pour avoir fourni des renseignements dénaturés. Comm. UE, Concentrations: la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp, *op. cit.* ; Comm. UE, 18 mai 2017, M.8228, *Facebook/WhatsApp*.

157. Conclusion du Titre : l'ambivalence des effets des *killer acquisitions*. La classification juridique des *killer acquisitions* permet de dégager leurs effets horizontaux, verticaux et congloméraux : le risque le plus préoccupant tient à la restriction de l'innovation. Toutefois, il semblerait que le contrôle des concentrations soit craintif lors de sa caractérisation : en réalité, nous verrons que cela renvoie à un problème plus profond, qui est de savoir si l'innovation devrait être protégée par le droit de concurrence. En outre, les *killer acquisitions* peuvent conduire à une augmentation des prix. Enfin, il peut aussi jaillir des effets congloméraux, moins attendus car à première vue inoffensif, mais préoccupants dans notre étude : les *killer acquisitions* sont particulièrement présentes dans le secteur numérique, lequel est prédisposé à produire de tels effets.

158. Conclusion de la Partie : l'apparente familiarité des *killer acquisitions* et du droit des concentrations. La définition donnée par Colleen Cunningham des *killer acquisitions* donne le pressentiment que le phénomène est, dans tous ses éléments caractéristiques, destiné à être saisi par le droit des concentrations. D'abord, il met à mal les vertus du processus de concurrence, qui est le procédé économique au cœur du droit des concentrations. Ensuite, il met à mal les vertus de l'innovation, qui est promue par la concurrence dynamique, laquelle est le moteur du bon fonctionnement du marché intérieur. Enfin, il s'agit d'une opération de concentration au sens juridique. En étudiant les effets des *killer acquisitions* sur la concurrence, leur caractère néfaste révèle également la nécessité d'une intervention du droit des concentrations. Toutefois, si le problème persiste, sans être saisi par un quelconque régime juridique, il s'agirait d'en trouver les raisons. Le droit des concentrations pourrait finalement ne pas être prédestiné à saisir les *killer acquisitions*.

PARTIE 2. LA SINGULARITÉ DU PHÉNOMÈNE DES « *KILLER ACQUISITIONS* » POUR LE DROIT DES CONCENTRATIONS

159. Exposé de la démarche. La présente partie vise à démontrer la singularité des *killer acquisitions* pour le droit des concentrations. Le premier temps sera consacré à l'exposition des lacunes du champ du droit empêchant de saisir le phénomène (Titre 1). Le second temps présentera la solution adoptée par la Commission européenne pour étendre le champ d'application du droit des concentrations au phénomène (Titre 2) et apportera une critique de ce choix au vu des quelques lacunes persistantes face aux *killer acquisitions*.

TITRE 1. LES LACUNES DU DROIT DES CONCENTRATIONS FACE AU PHÉNOMÈNE

160. Exposé de la démarche. Le présent Titre vise à identifier les lacunes du droit des concentrations l'empêchant de saisir le phénomène. La dernière solution proposée par la Commission européenne vise à résorber une lacune procédurale : celle de l'existence de seuils de contrôle particulièrement élevés. Toutefois, elle omet que le phénomène présente d'autres lacunes procédurales (Chapitre 1), ainsi que des lacunes substantielles (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les lacunes substantielles face au phénomène

161. Des lacunes relatives à la concurrence potentielle et à l'innovation. Le droit des concentrations s'avère lacunaire à l'égard de deux éléments de définition des *killer acquisitions* : ce sont des opérations qui visent à prévenir l'arrivée d'un *concurrent potentiel*, afin de tuer son *projet d'innovation*. Ils ont un trait commun : leur intellectualisation suppose l'adoption d'une vision prospective. Si le droit des concentrations est maître dans cet exercice, le concept de « concurrence potentiel » (Section 1) et le concept d'« innovation » (Section 2) demeurent, par définition, incertains et parfois défectueux.

Section 1. Les lacunes relatives au concept de concurrence potentielle

162. Un concept développé, en droit des concentrations. La notion de « concurrence potentielle » est mieux développée en droit des concentrations qu'elle ne l'est en droit des pratiques anti-concurrentielles ou en droit des aides d'État (elle est même absente dans ce dernier)²³⁹. D'abord, elle est consacrée et détaillée dans les lignes directrices relatives aux concentrations horizontales. Ensuite, elle est reconnue dans l'analyse du contrôle des concentrations, de part la nature prospective de ce dernier. Enfin, elle est présente jusqu'à la phase des engagements²⁴⁰. Bien que le concept de concurrence potentielle soit suffisamment développé (I), il soulève des difficultés tenant à sa nature incertaine et confuse (II).

²³⁹ M. Cousin, « La concurrence potentielle, traitement juridique d'une variable économique », *Concurrences*, n°1-2007, p. 39.

²⁴⁰ L'autorité de contrôle peut subordonner la réalisation de l'opération à des engagements, c'est-à-dire à des obligations de faire (par exemple, céder ses actifs ou poursuivre la R et le D sur un type de produit) ou à des obligations de ne pas faire (par exemple de ne pas adopter un comportement anticoncurrentiel).

I. Le concept de concurrence potentielle

163. Présentation. L'étude de la concurrence potentielle suppose celle de ses éléments de définition (A) et de ses éléments de caractérisation (B).

A. La notion de « concurrence potentielle »

164. Les origines économiques. Elle est liée à la théorie économique de la contestabilité : l'existence d'une concurrence potentielle rend le marché contestable²⁴¹. Plus loin dans le passé, elle fut rattachée au modèle économique du processus dynamique de concurrence, même si le concept de « concurrence potentielle » n'a pas été formulé en tant que tel²⁴².

165. Une distinction. Elle est opposée au concept de concurrence actuelle : les textes de droit des concentrations emploient systématiquement et binairement les expressions de concurrents « actuels et potentiels »²⁴³, « existants et potentiels »²⁴⁴ ou encore « actuels et futurs »²⁴⁵.

166. La définition. La concurrence potentielle est définie comme « une contrainte concurrentielle pesant sur le comportement d'une entreprise qui pourrait survenir, bien que ce ne soit pas encore le cas »²⁴⁶. Elle vise à garantir une discipline des entreprises sur le marché : ainsi, même lorsque le degré de concentration sur le marché est élevé, les entreprises en place (telles que des monopoles ou des oligopoles) ne seront jamais certaines de rester sur le marché²⁴⁷.

167. Les deux acceptions. À l'intérieur même de la notion de concurrence potentielle, sont comprises tant les entreprises qui vendent des produits ou services sur un marché différent du marché en cause, que les entreprises qui n'ont pas encore commercialisés des produits et services.

²⁴¹ W. J. Baumol, J. C. Panzar and R. D. Willig, *op. cit.*, p. 22.

²⁴² Traditionnellement, les travaux sur le processus de concurrence sont attachés à la notion de « concurrence potentielle », comme par exemple ceux de F. A. Hayek (ou plus généralement des économistes autrichiens) et de J. A. Schumpeter. V. : R. Van den Bergh, *Comparative Competition law and Economics*, *op. cit.*, p. 55.

²⁴³ V. par ex. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, *op. cit.*, paragr. 62.

²⁴⁴ *Ibid.*, paragr. 7.

²⁴⁵ V. par ex. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 41.

²⁴⁶ OCDE, *Roundtable on the Concept of Potential Competition*, Note de référence du secrétariat, DAF/COMP(2021)3, 2011, paragr. 9.

²⁴⁷ R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*

Toutefois, cette distinction est source de confusion²⁴⁸, si bien que l'OCDE favorise la qualification de « concurrence réelle » pour la situation des entreprises qui vendent des produits ou services sur un autre marché²⁴⁹ (elle aurait pu employer l'expression de « concurrence indirecte », plus parlante encore). Désormais, la concurrence potentielle sera entendue comme ne renvoyant qu'à la situation dans laquelle les entreprises n'existent pas encore, sur aucun marché qui soit : c'est la concurrence « future » ou « naissante »²⁵⁰.

B. La caractérisation de « concurrence potentielle »

168. La caractérisation. Par définition, l'analyse de la concurrence potentielle est soumise à un aléa : elle suppose une analyse prospective des marchés, qui aboutira à des résultats incertains. C'est pour cette raison qu'une grille de lecture existe en matière de concentrations horizontales. Avant tout, précisons que l'Union européenne admet les deux acceptions possibles de la concurrence potentielle, contrastant avec les suggestions de l'OCDE : les lignes directrices sont rédigées en des termes larges qui qualifient de « concurrence potentielle », tant la concurrence indirecte, que la concurrence future. Retenons qu'elles ont pour trait commun de ne pas encore être présentes sur le marché.

169. La première hypothèse : une concurrence potentielle en dehors des parties. La première hypothèse est celle où une concurrence potentielle existe mais en dehors des parties à l'opération. Le présupposé est qu'une concurrence potentielle est bénéfique en tant que facteur de pression concurrentielle sur le marché. Le cas échéant, l'opération de concentration ne sera probablement pas néfaste pour la concurrence, à plusieurs conditions : l'entrée sur le marché doit

²⁴⁸ Assez paradoxalement, la première acception était appelée « concurrence potentielle perçue » et la seconde acception était appelée « concurrence potentielle réelle ». Désormais, l'OCDE restreint la notion de « concurrence potentielle » pour y entendre seulement la concurrence future et non la concurrence indirecte. V. : G. J. Werden et K. C. Limarzi, « Forward-Looking Merger Analysis and the Superfluous Potential Competition Doctrine », *Antitrust L. J.*, vol. 77, n°1, 2010, p. 136.

²⁴⁹ OCDE, *Roundtable on the Concept of Potential Competition*, *op. cit.*, paragr. 11.

²⁵⁰ Cette notion ne figure pas dans les textes de loi mais est plutôt employée par la doctrine qui s'accorde à lui donner la seconde acception. V. par exemple : J. M. Yun, « Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions », *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, n°18, 2020, p. 655 ; C. S. Hemphill and T. Wu, « Nascent Competitors », *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 168, n°20-50, 2020, p. 1880 ; A. D. Melamed, « Acquisitions of Nascent Competitors under Section 2 of the Sherman Act », *Concurrentialiste*, 2021, consultable en ligne : <https://leconcurrentialiste.com/melamed-nascent-competitors/>.

être probable (c'est-à-dire ne pas être entravée par des barrières à l'entrée²⁵¹), intervenir en temps utile et être suffisante pour contrecarrer les effets anticoncurrentiels²⁵².

170. La seconde hypothèse : une concurrence potentielle constituée par l'une des parties. La deuxième hypothèse est celle où l'une des parties à l'opération est un concurrent potentiel. Le présupposé est que la suppression de la concurrence potentielle, résultant de l'opération, sera nocive pour le marché. C'est le cas à deux conditions substantielles : lorsque la partie en question avait la possibilité d'exercer une pression concurrentielle sur le marché (dans le présent, sur le comportement des parties²⁵³ ou, à l'avenir, en tant que futur moteur de la concurrence²⁵⁴) et lorsque le nombre total de concurrents potentiels est insuffisant²⁵⁵. Dans la pratique décisionnelle, la seconde hypothèse est admise sans trop de difficultés²⁵⁶.

II. Les difficultés attachées à la concurrence potentielle

171. Difficultés. L'analyse de la concurrence potentielle est incertaine : il est difficile de prédire l'état du marché dans quelques années. C'est pour cette raison que la concurrence potentielle est plutôt mesurée sur le court terme (A) : le but est de réduire les risques d'erreurs de type I ou de type II (B). L'inconvénient est que sont exclus, de l'analyse, les concurrents potentiels qui surviendront plus tard : par exemple, sur le secteur pharmaceutique, les cycles d'innovation seront particulièrement longs pour les opérateurs économiques.

²⁵¹ Généralement, la concurrence potentielle est caractérisée en présence de barrières à l'entrée (*ibid.*, paragr. 70) dont l'existence suppose une volonté des entreprises en place de faire barrage à des concurrents aux portes du marché, c'est-à-dire à des concurrents potentiels. Il y a des barrières à l'entrée, par exemple, en présence d'un monopole légal (CJCE, 31 mars 1998, C-68/94, *France c/ Comm.*, pts 198 et suiv.), sur le secteur des technologies (CJCE, 15 févr. 2005, C-13/03 P, *Tetra Laval*, pts 125 et suiv.), sur le secteur aérien (TUE, 6 juill. 2010, T-342/07, *Ryan Air*, pts 229 à 463), en présence d'effets de réseaux (TUE, 11 déc. 2013, T-79/12, *Cico Systems et Messagenet*, pts 81 à 83) ou en encore en présence de brevets (TUE, 1er juill. 2010, T-321/05, *AstraZeneca*).

²⁵² Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 68 à 75.

²⁵³ « Tel est le cas si le concurrent potentiel possède des actifs qui peuvent aisément lui servir à pénétrer sur le marché sans avoir à supporter des coûts irrécupérables élevés. Une concentration peut aussi générer des effets anticoncurrentiels si l'une des parties à l'opération a de fortes chances d'assumer les coûts irrécupérables nécessaires pour entrer sur le marché en un laps de temps relativement court, après quoi elle exercera une contrainte sur le comportement des entreprises déjà établies sur le marché ». V. : *Ibid.*, paragr. 59.

²⁵⁴ « L'opération de concentration interdirait ce secteur au concurrent potentiel qu'est Telia. Avant l'annonce de l'opération de concentration, Telia s'était positionnée en vue de pénétrer dans le segment de la réception directe à domicile. En 1997, lorsque Telia a décidé d'investir dans la location [à long terme](275) de capacités-répéteurs à NSAB, elle projetait de se lancer dans la distribution de services de réception directe à domicile pour faire concurrence à Telenor (et à Netcom/MTG) ». Comm. CE, 9 févr. 2001, M.1439, *Telia/Telenor*, paragr. 331.

²⁵⁵ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 58 à 60.

²⁵⁶ V. par exemple : Comm. CE, 18 déc. 2000, M.1630, *Air Liquide/BOC*, pts 209 à 220 ; Comm. CE, 7 févr. 2001, M.1853, *EDF/EnBW*, pts 54-64 ; Comm. UE, 7 nov. 2011, M.6348, *Arla Foods/Allgäuand*.

A. Une analyse à court terme

172. Le choix du court terme. Les autorités de concurrence caractérisent généralement une concurrence potentielle lorsque l'entrée sur le marché se fait dans un délai de deux ans après l'opération²⁵⁷ : c'est une perspective de court terme. Le choix d'une projection à court terme plutôt qu'à moyen ou long terme a des conséquences fatales : l'opération pourrait être interdite alors qu'une entrée d'un concurrent potentiel est effectivement à venir, représentant ainsi une future pression concurrentielle, mais trop tardive. C'est l'exemple du secteur pharmaceutique où le développement du produit s'étend sur quelques années²⁵⁸ : le cas échéant, précisons que la Commission européenne peut exceptionnellement étendre son analyse au moyen terme²⁵⁹. Toutefois, les autres marchés innovants peuvent souffrir de cette perspective de court terme : la concurrence potentielle sera analysée sur les deux ans, alors que les marchés innovants produisent des gains dynamiques « par nature incertains, voire imprévisibles, et [qui] n'apparaissent qu'à long terme »²⁶⁰.

173. Illustration : l'affaire *Alstom/Siemens*²⁶¹. L'opération projetée était l'acquisition de Alstom par Siemens, dont les activités s'inscrivent dans le marché ferroviaire et notamment sur le secteur de la signalisation pour grandes lignes et lignes urbaines (à caractère innovant²⁶²). La Commission européenne identifia des effets anticoncurrentiels dans l'opération, qui « aurait réuni les deux plus grands fournisseurs de divers types de systèmes de signalisation pour lignes ferroviaires et de métros, ainsi que de matériel roulant en Europe »²⁶³. Pour se défendre, les parties soulevèrent l'existence d'un concurrent potentiel : l'entreprise asiatique CRRC, dont l'entrée sur le territoire européen serait, selon elles, envisageable²⁶⁴. À l'inverse, la Commission

²⁵⁷ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 74.

²⁵⁸ Il existe des phases d'essais cliniques qui peuvent s'étendre sur 15 ans, au minimum. V. : Comm. CE, 8 mai 2000, M.1846, *Glaxo Wellcome / SmithKline Beecham*, pt. 70 ; Comm. CE, 4 févr. 1998, M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, pts 301 et 302 ; M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 61-62.

²⁵⁹ En ce sens, elle a déjà pu retenir un concurrent potentiel dont l'entrée sur le marché était évaluée de 5 à 7 ans. V. : Comm. UE, 4 août 2015, M.7559, *Pfizer/Hospira*, pt. 75 et s.

²⁶⁰ M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 203.

²⁶¹ Comm. UE, 6 févr. 2019, M.8677, *Alstom/Siemens*.

²⁶² *Ibid.*, paragr. 588.

²⁶³ Comm. UE, Concentrations: la Commission interdit le projet d'acquisition d'Alstom par Siemens, Communiqué de presse, 6 févr. 2019, IP/19/881.

²⁶⁴ Aujourd'hui, le leader asiatique et d'autres concurrents, sur le marché voisin du matériel roulant, seraient en voie d'implantation en Europe. Toutefois, leur entrée ne serait pas prévue avant 2 à 5 ans, empêchant une nouvelle fois de tenir compte de la concurrence potentielle comme une éventuelle contrainte concurrentielle. C'est ce qui a été retenue opération plus récente. V. : Comm. UE, 31 juill. 2020, M.9779, *Alstom/Bombardier Transportation*, paragr. 559.

européenne considéra que le concurrent chinois n'exerçait pas de contrainte concurrentielle sur les parties et qu'il n'était pas actif sur le territoire européen²⁶⁵. En réalité, les deux raisonnements dépendaient de la perspective temporelle adoptée : les parties défendaient une entrée dans les 10 ans, mais la Commission européenne s'est contentée de rappeler qu'elle n'admettait qu'une entrée dans les 2 ans. L'autorité de concurrence est restée fidèle aux lignes directrices, selon lesquelles la concurrence potentielle doit intervenir sur le court terme pour être prise en compte. Même sur cette courte perspective, elle pourrait toujours réaliser des erreurs d'appréciation.

B. Les erreurs de type I et de type II

174. La survenance d'erreurs de type I et de type II. Lors de l'analyse prospective d'une opération de concentration, trois types d'erreurs peuvent être réalisées : des erreurs de type I, lorsqu'une opération est interdite alors qu'elle n'est pas nuisible à la concurrence ; des erreurs de type II, lorsqu'une opération est autorisée alors qu'elle est nuisible à la concurrence ; des erreurs de type III, lorsqu'une décision provoque des coûts excessifs qui seront supportés par les parties. Lors du contrôle des concentrations, la Commission européenne pourrait réaliser deux types d'erreurs risquées pour le processus de concurrence : les erreurs de type I et les erreurs de type II. Bien-sûr, le scénario qui est le plus redouté est celui des erreurs de type II : le fait d'autoriser une concentration qui affecterait la concurrence. Pour cette raison, certains économistes suggèrent de renforcer la grille d'analyse des concentrations, notamment horizontales, par des présomptions supplémentaires²⁶⁶.

Section 2. Les lacunes relatives au concept d'« innovation »

175. Les lacunes relatives à l'innovation. Elles se retrouvent à plusieurs endroits : lors de l'analyse approfondie, où l'effet de restriction de l'innovation n'est que rarement caractérisé ; lors de l'analyse des gains d'efficacité, ces derniers étant presque systématiquement rejetés. En réalité, le scepticisme à l'égard de l'innovation s'explique par un choix économique : celui du standard du bien-être du consommateur (I), au détriment du standard du bien-être total (II). Dès lors, la reconnaissance de l'innovation est presque impossible car incompatible avec la protection du

²⁶⁵ Comm. UE, *op. cit.*, *Alstom/Siemens*, pt. 525 et suiv.

²⁶⁶ En ce sens, Jonathan Baker suggère de régler le problème des coûts d'erreurs en renforçant les lignes directrices nord-américaines, en ajoutant deux présomptions supplémentaires : l'illicéité des effets unilatéraux en présence de produits substituables et l'illicéité des effets coordonnés. V. : J. B. Baker, *The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, *op. cit.*, p. 79.

consommateur. Prenons un exemple : lors de l'analyse des gains d'efficacité de l'opération de concentration, la Commission européenne vérifie plusieurs conditions, dont le caractère avantageux pour le consommateur. Toutefois, il est difficile de se prévaloir du développement de produits innovants, par exemple, en ce qu'ils seraient avantageux pour le consommateur : s'ils peuvent améliorer le choix et le prix pour le consommateur, leur commercialisation peut ne pas survenir en temps utile²⁶⁷, auquel cas l'avantage pour le consommateur ne sera pas caractérisé. Notons que les lacunes du concept de « concurrence potentielle » débordent sur le concept d'« innovation ».

I. La singularité du concept d'innovation pour le bien-être du consommateur

176. La place réduite de l'innovation. Le standard du bien-être du consommateur (A) envisage le processus de concurrence comme un moyen de protection et de satisfaction des consommateurs. Il délaisse dès lors l'innovation en attribuant peu d'importance à l'efficacité dynamique (B).

A. Le standard du bien-être du consommateur

177. Le bien-être du consommateur. Le bien-être du consommateur, opposé au bien-être total, est un standard économique qui vise à la maximisation du surplus de consommateur²⁶⁸ : c'est l'objectif économique du droit de la concurrence. Le standard est apparu aux États-Unis, puis s'est imposé en Europe et dans les autres systèmes étrangers. Outre-Atlantique, ce modèle économique n'était pourtant pas le choix évident, dans la mesure où l'objectif textuel était celui de l'efficacité économique²⁶⁹ comme c'est le cas aussi en Europe²⁷⁰.

178. Le surplus du consommateur. C'est la différence entre le montant qu'un consommateur est prêt à payer pour un produit ou service et le montant qu'il paiera réellement

²⁶⁷ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, paragr. 79.

²⁶⁸ R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 95 ; F. Marty, « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence — Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain », *RIDE*, 2014/4 (t. XXVIII), p. 477

²⁶⁹ C'est l'interprétation qui ressort de la lecture des travaux parlementaires précédant l'adoption du *Sherman Act* relatif à la prohibition des comportements anticoncurrentiels aux États-Unis. V. : F. Marty, *op. cit.*, p. 480.

²⁷⁰ Comm. CE, *Premier rapport sur la politique de concurrence*, *op. cit.*, p. 11-12 ; M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 249 ; P. Akman, *op. cit.*, p. 270 ; R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 30 ; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 67-68.

pour ce produit ou service. Plus la différence est forte, plus le surplus du consommateur est maximisé et ainsi plus le consommateur est satisfait. Cet objectif implique une analyse du bien-être du consommateur en terme de prix.

Cette règle omet cependant que le bien-être du consommateur peut reposer sur d'autres variables : la qualité, la sécurité, la variété et l'innovation. En particulier, le critère du choix a été revendiqué pour remplacer le critère du prix : aux États-Unis, Robert Lande²⁷¹ défendait l'idée d'un « état des affaires où le consommateur aurait le pouvoir de définir ses besoins et sa capacité à satisfaire ses besoins à des prix concurrentiels »²⁷². Cette idée de « souveraineté du consommateur », poussée à son paroxysme, conduirait à l'adoption d'un critère de bien-être au cœur duquel reposerait le consentement individuel et volontaire du consommateur : c'est la proposition de Joseph Buchanan²⁷³, qui a reçu le prix Nobel d'économie en 1986.

179. Le choix d'un objectif large de « bien-être du consommateur ». Dans cet élan, les textes régissant le droit de la concurrence ont ainsi favorisé un objectif de bien-être du consommateur, plutôt qu'un concept trop restrictif de surplus du consommateur. En droit des concentrations, le bien-être des consommateurs se manifeste à plusieurs égards : d'abord, il est fait référence à la notion dans les textes²⁷⁴ ; ensuite, il imprègne toutes les analyses même la théorie des gains d'efficacité (qui par conséquent ne devient qu'un « trompe-l'œil »²⁷⁵) ; enfin, tous les scénarios d'atteinte à la concurrence ont pour but *ultime* de protéger les consommateurs (contre une augmentation des prix, une baisse de la production, etc.). Le choix d'un objectif de bien-être du consommateur se fait au détriment de l'innovation : bien qu'elle soit classée au rang des avantages pour les consommateurs²⁷⁶, l'efficacité dynamique n'est que secondairement prise en compte alors qu'elle promeut l'innovation.

²⁷¹ V. : R. Lande, « Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust », *University of Pittsburgh L. Rev.*, vol. 62, p. 503.

²⁷² R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 98.

²⁷³ Joseph Buchanan reçut un prix Nobel pour ses travaux. V. : J. Buchanan et G. Tullock, *The Calculus of Consent*, University Michigan Press, 1962, p. 1020.

²⁷⁴ Pour le droit des concentrations, v. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, pt. 61. Pour le droit des ententes, v. : Comm. UE, Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité, JO C 101, 27 avr. 2004, pt. 13.

²⁷⁵ En effet, la théorie des gains d'efficacité est très difficile à démontrer pour les parties du fait de la condition relative à un avantage pour les consommateurs en temps utile. L'insertion de cette théorie dans le droit des concentrations ne serait dès lors qu'un « trompe-l'œil ». V. : M. Rainelli, « À propos du règlement européen n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *RIDE*, 2006/1 (t.XX,1), p. 48.

²⁷⁶ « La concurrence effective génère des avantages pour les consommateurs, comme des prix modiques, des produits de qualité, un grand choix de biens et de services et l'innovation ». V. : Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, *op. cit.*, pt. 8.

B. Les limites du bien-être du consommateur pour l'innovation

180. Le concept d'efficacité économique. Les économistes considèrent la concurrence comme « un instrument destiné à promouvoir l'efficacité économique »²⁷⁷, ce qui aurait pu laisser l'opportunité du choix entre les deux standards. L'efficacité économique se déploie trois composantes : l'efficacité allocative, l'efficacité productive et l'efficacité dynamique⁴⁶. Le choix du standard du bien-être du consommateur implique une prévalence de l'efficacité allocative et de l'efficacité productive. À l'inverse, il implique un délaissement de l'efficacité dynamique qui est difficilement conciliable avec ces premiers.

181. La prévalence de l'efficacité allocative et de l'efficacité productive. Le choix du bien-être du consommateur révèle celui d'une préférence pour l'efficacité allocative ou statique²⁷⁸, qui serait dès lors l'objectif économique du droit de la concurrence. L'efficacité allocative ou distributive se produit lorsque les ressources sont distribuées de manière à atteindre une satisfaction maximale des consommateurs. En d'autres termes, lorsque la demande de tous les consommateurs est satisfaite, l'efficacité allocative est atteinte. L'efficacité productive se réalise lorsque les entreprises parviennent à produire à moindre coûts.

182. La mise à l'écart de l'efficacité dynamique. L'efficacité dynamique est obtenue grâce à l'innovation, impulsée par la recherche, le développement, la production puis la circulation de nouveaux produits et de nouvelles méthodes de production. La difficulté tient au fait qu'elle est en conflit avec l'efficacité allocative : la première est statique et la seconde est dynamique²⁷⁹. Toutefois, le choix entre les efficacités peut être évité en changeant de paradigme, c'est-à-dire en ne considérant aucun rang hiérarchique entre elles mais en privilégiant, plus largement, l'efficacité économique, quelle que soit sa manifestation.

²⁷⁷ F. Jenny, « Droit européen de la concurrence et efficacité économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 63, 1er trim. 1993, p. 193.

²⁷⁸ R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 95.

²⁷⁹ « As was the case with the achievement of productive efficiency gains, there will be losers also in the dynamic competitive struggle since less innovative firms will be confronted with a decreasing market share ». V. : R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 92.

II. L'adéquation du concept d'innovation au bien-être total

183. La valorisation de l'efficacité dynamique et de ses vertus pour l'innovation. Le bien-être total est un standard économique alternatif à celui du bien-être du consommateur (A). Il a le mérite d'accorder une plus grande place à l'innovation dans la politique de concurrence (B).

A. Le standard du bien-être total

184. Le bien-être total. Il vise à prendre en compte le surplus du consommateur ainsi que le surplus du producteur. Le but est de satisfaire l'ensemble des intérêts économiques, c'est-à-dire ceux de l'offre comme ceux de la demande, celle des producteurs et celle des consommateurs : ce qui importe est la maximisation du surplus total. Toutefois, le compromis tient à ce que l'un des groupes économiques soit ponctuellement plus perdant que l'autre. Ce standard économique est soutenu par l'école de Chicago²⁸⁰ mais le droit nord-américain de la concurrence est plutôt en faveur du bien-être du consommateur, ce qui peut s'expliquer par les aspirations populaires du pays²⁸¹.

185. Le surplus total. Le surplus du producteur est la différence entre le prix obtenu par le producteur et les coûts de production. Lorsque la différence est forte, le surplus du producteur est maximisé. Le surplus total est la somme du surplus de l'ensemble des consommateurs et du surplus de l'ensemble des producteurs : plus elle est élevée, plus le surplus total est maximisé. Selon le bien-être total, il importe peu que le surplus du consommateur et le surplus du producteur soient à différents niveaux, tant que le bien-être total est positif.

B. L'accueil par le bien-être total de l'innovation

186. La prise en compte de l'efficacité dynamique. L'efficacité dynamique est atteinte grâce à l'innovation. Elle peut être plus ou moins favorable au consommateur mais elle est en tout état de cause favorable au producteur qui sera récompensé de ses efforts par une plus grande part de marché. Toutefois, la prise en compte de l'efficacité dynamique suppose un compromis avec l'efficacité allocative. En effet, le bien-être total s'intéresse tant à l'efficacité allocative, qu'à

²⁸⁰ R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978, pp. 90-91.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 104.

l'efficacité productive et l'efficacité dynamique : le schéma classique est qu'il est préférable d'augmenter la taille du gâteau (pour les producteurs comme les consommateurs) plutôt que d'augmenter la part de gâteau de seulement quelques-uns (des consommateurs).

187. La conciliation entre l'efficacité allocative et l'efficacité dynamique. Le conflit d'efficacité est résolu par le critère de Kaldor-Hicks qui permet d'atteindre le bien-être total. Il considère de manière égalitaire les types d'efficacité. Selon le critère, à la suite des échanges, il y aura des gagnants et des perdants, et ces échanges seront acceptables dès lors que les gagnants gagnent plus que les perdants ne perdent.

188. La remise en question de l'efficacité allocative. Il n'en reste pas moins que ces échanges peuvent se faire au détriment de l'efficacité allocative, c'est-à-dire, au détriment d'une redistribution optimale des ressources, soit au détriment des consommateurs. Toutefois, l'argument convaincant est que le droit de la concurrence n'a pas été investi d'un rôle redistributif : ce dernier serait davantage celui du droit social ou du droit fiscal²⁸².

189. L'opportunité du bien-être total pour une perspective de long terme favorable à l'innovation. Le contrôle des concentrations devrait étendre son raisonnement sur le long terme de manière à accorder davantage d'attention à l'innovation, par l'intermédiaire du standard du bien-être total.

Par exemple, lorsque l'entité résultant de l'opération devra subir des coûts afin de financer ses projets de R et D, l'opération pourrait être autorisée dans la mesure où les coûts provisoirement assumés (par l'entreprise et par les consommateurs) seront compensés par les gains d'efficacité résultant de l'innovation. Ce raisonnement n'est possible que si l'autorité de concurrence « reconnaît » des gains d'efficacité dynamique, et par extension, raisonne sur le long terme. Aujourd'hui, sur le secteur pharmaceutique, l'absence d'une perspective de long terme est problématique : il est difficile pour les laboratoires pharmaceutiques de fixer des prix élevés, même sur les secteurs non-régulés, alors que ces prix auraient financé les coûts de R et D relatifs au développement de nouveaux médicaments²⁸³.

²⁸² Voir en ce sens : M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 264 ; R. Van den Bergh, *Comparative Competition law and Economics*, *op. cit.*, pp. 97-98 ; K. J. Cseres, « The Controversies of the Consumer Welfare Standard », *The Competition L. Rev.*, vol. 3, iss. 2, 2007, p. 127 ; J. Farrell et M. L. Katz, « The Economics of Welfare Standards in Antitrust », *CPI*, vol. 2, n°2, 2006, pp. 8-12 ; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 88.

²⁸³ R. Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, *op. cit.*, p. 93.

Chapitre 2. Les lacunes procédurales face au phénomène

190. Présentation. Les *killer acquisitions* échappent au droit procédural des concentrations, d'abord au stade de la détection des opérations (Section 1), ensuite au stade de la notification des opérations (Section 2).

Section 1. Les lacunes relatives à la détection du phénomène

191. La limitation temporelle de l'intervention du droit des concentrations. Le droit européen des concentrations est applicable aux seules opérations dépassant les seuils de contrôle : il existe une présomption de compatibilité pour toutes les autres opérations alors qu'elles pourraient porter atteinte à la concurrence, même en dehors du champ d'application du contrôle. Ainsi, les moyens d'enquête dont dispose la Commission européenne n'existent qu'à partir de l'ouverture d'une procédure de contrôle, sans possibilité de détecter les opérations en amont (I). Après la réalisation de l'opération, le droit européen des concentrations n'est pas non plus applicable puisqu'il a une nature préventive : le caractère *ex ante* du contrôle empêche dès lors de saisir toutes les opérations qui ne sont pas notifiables, voire qui n'ont pas été notifiées, dès lors qu'elles ont déjà été réalisées. Le but est de garantir la sécurité juridique des opérations d'affaires. L'absence d'un mécanisme *ex post* révèle l'insuffisance du droit des concentrations (II) : cet outil complémentaire a pourtant démontré son efficacité dans les systèmes juridiques étrangers.

I. L'absence de pouvoirs d'enquête pour une détection préalable

192. Des pouvoirs d'enquête accessoires en droit des concentrations. En droit des abus de position dominante et en droit des ententes, les pouvoirs des autorités de concurrence sont développés par deux règlements européens, afin d'encadrer la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE²⁸⁴.

Ces textes ne sont pas applicables au droit des concentrations : dans notre matière, les pouvoirs d'enquête seront régis par le Règlement n°139/2004. Toutefois, ils ne sont pas destinés à enquêter sur des opérations de concentration non-notifiables : le droit des concentrations

²⁸⁴ Les textes de référence du droit de la concurrence en matières d'enquêtes sont le règlement n°1/2003 et le règlement n°773/2004. V. : Règl. CE n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1, 4 janv. 2003, pp. 1-25 ; Règlement CE n°773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, JO L 123, 27 avr. 2004, pp. 18-24.

présume compatible toutes les concentrations qui ne sont pas notifiables²⁸⁵. Dès lors, les pouvoirs d'enquête sont inutiles à la découverte d'éventuelles opérations illicites au droit des concentrations, contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles nécessitant des moyens d'enquête pour découvrir les infractions aux articles 101 ou 102 du TFUE. Toutefois, dès lors qu'une opération est notifiable, la Commission européenne peut utiliser ses pouvoirs d'enquête : c'est le cas lorsqu'une procédure de contrôle a été ouverte ou lorsqu'une opération est notifiable mais que les parties n'ont pas respecté leur obligation de notification²⁸⁶. En résumé, s'il existe des pouvoirs d'enquête en droit des concentrations (A), il ne sont pas destinés à enquêter sur le marché (B). L'opportunité d'insérer un pouvoir d'enquête de marché serait, d'une part, en contradiction avec la présomption de compatibilité des opérations de concentration en dessous des seuils de contrôle et serait, et d'autre part, certainement inefficace au vu de l'expérience de l'autorité britannique de la concurrence : la *Competition and Markets Authority* (CMA).

A. L'existence de pouvoirs d'enquête

193. Les pouvoirs d'inspections. Ils sont exercés par les agents des autorités de concurrence et par les autres agents mandatés. Ils visent à enquêter auprès des entreprises concernées par l'opération de concentration²⁸⁷. Toute inspection peut être réalisée dès lors qu'elle est nécessaire, qu'elle fait l'objet d'un mandat écrit indiquant l'objet et le but de l'inspection et parfois d'une autorisation judiciaire. Les pouvoirs sont nombreux : l'accès aux locaux, le contrôle et la copie des livres et documents, l'apposition de scellés et la demande d'explications²⁸⁸.

194. Les demandes de renseignement. Les autorités de concurrence peuvent également demander tout renseignement nécessaire à une entreprise, à ses propriétaires, à ses représentants, à ses conseils ou à une tierce personne physique ou morale, si cette dernière accepte d'être interrogée. Elle peut exercer son pouvoir par une simple demande ou par une décision de justice, lesquelles devront en tout état de cause mentionner la base juridique et le but de la demande, les renseignements demandés, le délai imparti et les sanctions encourues.

²⁸⁵ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, paragr. 32.

²⁸⁶ *Ibid.*, art. 4.

²⁸⁷ *Ibid.*, art. 13, paragr. 1.

²⁸⁸ *Ibid.*, art. 13, paragr. 2.

B. L'inefficacité d'une éventuelle insertion d'un pouvoir d'enquête sur le marché

195. L'enquête de marché. Certaines autorités de concurrence disposent d'un pouvoir d'enquêter sur une opération de concentration qui n'a pas été notifiée : c'est le cas de la Suède et du Royaume-Uni²⁸⁹. Ce pouvoir est beaucoup plus large que celui de la Commission européenne : toutes les opérations de concentration peuvent faire l'objet d'une enquête dès lors qu'elles présentent des effets anticoncurrentiels. Généralement, le pouvoir d'enquête de marché est la « contrepartie » d'un système de notification volontaire : en Suède et en Angleterre, les parties ont la liberté de notifier leur opération de concentration. Toutefois, en l'absence de notification et en présence d'une atteinte à la concurrence, l'opération peut faire l'objet d'une enquête préliminaire, puis d'une enquête approfondie, d'un contrôle, et éventuellement, d'une décision d'interdiction.

196. Le modèle britannique du droit des concentrations : les « *market investigations* ». Au Royaume-Uni, le droit des concentrations est plus souple que dans la plupart des systèmes juridiques : il repose sur un système de notification volontaire qui a le mérite de réduire les coûts de transaction des entreprises et de la CMA²⁹⁰. En outre, un comité spécial, appelé le *Mergers Intelligence Committee*, est spécialement chargé d'enquêter sur les opérations de concentration : il dispose d'un personnel spécialisé qui enregistre toutes les informations accessibles sur les concentrations, afin d'identifier des candidats potentiels à une enquête²⁹¹. Ils se réunissent chaque semaine pour les désigner, lorsqu'ils estiment que l'opération aboutirait à une enquête approfondie, c'est-à-dire lorsqu'elle atteint les seuils de l'enquête approfondie²⁹² et qu'elle pose des préoccupations significatives de concurrence. Bien que séduisante, cette prérogative ne déploie toutefois pas toute sa souplesse et ses vertus : ainsi, sur le secteur numérique, seules 30 sur 250 opérations réalisées par les GAFAM auraient fait l'objet d'une enquête sans jamais aboutir à un contrôle²⁹³.

197. La tentative abandonnée de l'introduction des « *market investigations* ». Une consultation publique a été ouverte le 2 juin 2020 en vue de l'adoption d'un « nouvel outil de

²⁸⁹ OCDE, *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, op. cit., p. 18.

²⁹⁰ J. Bamford et A. Slezeviciute, « Brexit: Balancing UK and EU merger control », *Concurrences*, n°4, 2019, art. n°92059, p. 2.

²⁹¹ CMA, *Guidance on the CMA's mergers intelligence function*, déc. 2020, CMA56, pp. 1-11.

²⁹² Le seuil est de 70 millions de livres de chiffre d'affaires au Royaume-Uni ou de 1 million de livres de chiffre d'affaires sur un marché relatif à la sécurité nationale. Un autre seuil est celui de la part de l'offre ou « *share of supply* » qui est atteint lorsque la somme des parts de marché des parties dépasse 25% sur le territoire du Royaume-Uni.

²⁹³ OCDE, *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, op. cit., p. 19 ; J. Furman, *Unlocking digital competition*, DCEP, 2019, p. 91.

concurrence » ou « *new competition tool* ». Parmi d'autres, une proposition était d'investir les autorités de concurrence d'un pouvoir d'enquête de marché leur permettant de contrôler puis de prononcer des mesures structurelles ou comportementales sur le marché numérique, à l'encontre des GAFAM. Cette prérogative se serait inscrite en droit des pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, le projet n'a pas connu de succès et a été supplanté par un autre texte, qui est actuellement au stade de proposition : le Digital Market Act (DMA)²⁹⁴. La critique était pressentie : celle de l'absence de succès de l'enquête de marché au Royaume-Uni²⁹⁵. En réalité, ce pouvoir d'enquête aurait des chances de prospérer s'il exploitait toutes ses possibilités : en matière de *killer acquisitions*, l'échec du pouvoir d'enquête sur le marché s'expliquerait ainsi par le fait que, la plupart du temps, les autorités de concurrence retiendraient des scénarios très peu préjudiciables, refusant ainsi d'aller plus loin dans leur contrôle²⁹⁶. La nécessité de repenser les scénarios d'atteinte à la concurrence en matière de *killer acquisitions*²⁹⁷ pourrait dès lors amener à reconsidérer les potentialités de l'enquête de marché.

II. L'insuffisance d'un contrôle *ex ante* des concentrations pour une détection ultérieure

198. Présentation. En droit européen, le droit des concentrations intervient de manière *ex ante* c'est-à-dire avant que le projet de concentration ne soit réalisé (A). Dans d'autres systèmes juridiques, il intervient aussi de manière *ex post*. Cette dernière solution serait opportune pour une détection des *killer acquisitions* ultérieurement à leur réalisation (B).

A. L'institution d'un contrôle *ex ante* des concentrations

199. L'institution tardive du droit européen des concentrations. Le droit européen des concentrations a fait son entrée en 1989, alors que le droit des pratiques anticoncurrentielles était présent des décennies plus tôt, c'est-à-dire depuis la naissance de la Communauté européenne en 1956. La conviction des rédacteurs du Traité de Rome était la suivante : une prohibition des comportements, de l'abus de position dominante et de l'entente, était suffisante à garantir

²⁹⁴ Proposition de Règl. du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), *op. cit.*, pp. 1-63.

²⁹⁵ D. Bosco, « L'avenir du droit de la concurrence », *Cont. conc. cons.*, n° 12, 2020, doss. 15.

²⁹⁶ OCDE, *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, *op. cit.*

²⁹⁷ *Ibid.*

l'objectif d'une concurrence non-fauscée²⁹⁸, rendant inutile une surveillance structurelle du marché. Dès lors, deux choix s'inscrivent en opposition au vent ordolibéral qui soufflait sur l'Europe à cette époque : l'absence de prohibition de la seule « position dominante » et l'absence de méfiance quant à la concentration des marchés²⁹⁹. Et, au contraire, celui de finalement adopter un contrôle des concentrations sera marqué d'un sceau ordolibéral³⁰⁰. Au fil des années et de la concentration des marchés, qui conduira par ailleurs à la création d'un droit de la distribution³⁰¹, les institutions ont ainsi jugé nécessaire d'intervenir directement sur la structure du marché, le but étant de prévenir la création ou le renforcement de position dominante, plutôt que d'attendre la commission des infractions pour sanctionner les entreprises.

200. Le choix d'un contrôle *ex ante* des concentrations. Le choix européen a été celui d'un simple contrôle « *ex ante* » ou « *a priori* » c'est-à-dire d'un contrôle qui interviendrait seulement en amont des opérations, à leur stade de « projet ». Dès lors, toutes les opérations qui n'ont pas été contrôlées, faute d'être notifiables, sont présumées compatibles par le droit des concentrations³⁰². Toutefois, cette présomption doit être tempérée à plusieurs égards.

201. Les assouplissements du contrôle *ex ante* des concentrations. D'abord, une opération qui n'a pas été notifiée, alors qu'elle était notifiable, peut faire l'objet d'une dissolution³⁰³. Toutefois, cette prérogative n'a jamais été mise en œuvre, reflétant un certain respect du choix d'une intervention uniquement en amont.

Ensuite, la possibilité d'un recours contre les décisions de la Commission européenne réduit la sécurité juridique offerte par un contrôle *ex ante* : plusieurs recours ont ainsi été formés afin de

²⁹⁸ « Aux fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : [...] f) l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun ». V. : Traité instituant la Communauté économique européenne (dit « Traité de Rome »), 25 mars 1957, art. 3.

²⁹⁹ P. Akman, *op. cit.*, p. 271.

³⁰⁰ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 67-68.

³⁰¹ Le droit de la distribution vise à rétablir un équilibre dans les relations entre les fournisseurs et les distributeurs. Dans les années 1970, les distributeurs ont souhaité se regrouper afin de mieux dominer le marchés : des grands mouvements de concentrations ont marqué le secteur de la distribution alimentaire. Aujourd'hui, ces choix stratégiques sont toujours observables puisque seuls 6 grands distributeurs se partagent le marché (Carrefour, Auchan, Leclerc, Casino, Les Mousquetaires et Système U). Pire, ils sont en réalité seulement 3 car ils se sont regroupés sous forme de centrales d'achat.

³⁰² Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, paragr. 32.

³⁰³ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 1 et art. 8, paragr. 4.

contester une décision d'autorisation de concentration³⁰⁴. L'un d'entre eux a même abouti à une censure *ex post* de l'opération par le TPICE³⁰⁵.

Enfin, il découle de la nouvelle interprétation de l'article 22 du Règlement n°139/2004 que « le fait qu'une opération soit déjà clôturée n'empêchera pas un État membre de demander un renvoi » dans un délai de six mois³⁰⁶. C'est une petite victoire pour les partisans d'un contrôle *ex post* des concentrations, mais les délais sont tellement limités qu'il n'est pas certain que l'intention soit vraiment celle de contrôler *a posteriori*.

B. L'opportunité d'un contrôle *ex post* des concentrations

202. La renonciation à un contrôle *ex post* des concentrations. Certains systèmes juridiques, bien que minoritaires, présentent la singularité d'un contrôle *ex post* des concentrations. Il s'agit notamment de la Hongrie, l'Irlande, la Suède, la Lituanie, les États-Unis, le Japon, le Brésil, le Canada et le Royaume-Uni³⁰⁷.

Toutefois, ces pays disposent d'un système hybride par lequel ils peuvent aussi contrôler avant l'opération, ayant le mérite de garantir un socle minimal de sécurité juridique aux entreprises, ces dernières pouvant, de bonne foi, soumettre leur projet avant sa réalisation aux fins d'obtenir l'agrément de l'autorité. Ensuite, ils sont généralement suspendus à un délai, à l'échéance duquel le contrôle sera impossible. Retenons que les États-Unis font exception à la règle : outre-Atlantique, il n'existe aucun délai de prescription³⁰⁸.

203. L'opportunité d'un contrôle *ex post* des concentrations. L'opportunité d'élargir le contrôle est séduisante en droit européen des concentrations. Les autorités de concurrence ne seraient plus tenues par une contrainte de temps : elles n'auraient plus qu'à observer quelles restructurations ont pu se révéler néfastes pour la concurrence.

³⁰⁴ TPICE, 4 juill. 2006, T-177/04, *EasyJet Airline Co. Ltd c. Comm. CE* ; TPICE, 14 déc. 2005, T-210/01, *General Electric Company c. Comm. CE* ; TPICE, 6 juin 2002, T-342/99, *Airtours c. Comm. CE* ; TPICE, 25 oct. 2002, T-5/02, *Tetra Laval BV c. Comm. CE*.

³⁰⁵ Toutefois, la CJCE a par la suite annulé l'arrêt du TPICE pour défaut de preuves. V. : CJCE, 10 juillet 2008, C-413/06, *Bertelsmann AG et Sony Corporation c. Impala et Comm. CE* ; TPICE, 13 juill. 2006, T-464/04, *Impala c. Comm. CE* ; F. Marty, « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis — Critères économiques et sécurité juridique », *Rev. de l'OFCE*, 2007, p. 86.

³⁰⁶ 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, *op. cit.*, paragr. 21.

³⁰⁷ OCDE, *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, *op. cit.*, p. 50.

³⁰⁸ *Ibid.*

L'affaire *Visa/Plaid* est une belle illustration de l'efficacité de ce mécanisme, commentée par Frédéric Marty et Thierry Warin, qui invitent par ailleurs à reconnaître les différentes manifestations d'une *killer acquisition*. Suite à l'annonce par voie de presse du rachat de Plaid par Visa, le ministère nord-américain pressentit une atteinte à la concurrence sur le secteur bancaire. Il déposa une plainte : par cette opération, Visa anéantirait Plaid qui est pourtant un concurrent potentiel sur le secteur bancaire. Le 13 janvier 2021, sous la pression du DOJ, Visa abandonna finalement l'opération de son plein gré.

Outre-Atlantique, la Commission européenne a démontré à plusieurs reprises qu'elle n'était pas prête à franchir ce pas. D'abord, sa pratique décisionnelle — ou justement son absence — révèle une renonciation à utiliser son pouvoir de dissolution. Ensuite, et en ce sens, elle paraît réticente à contrôler des restructurations déjà accomplies : récemment, la possibilité d'une imprescriptibilité du contrôle lui a été offerte par l'article 22 du Règlement n°139/2004, mais elle a choisi de restreindre l'application du texte à un délai de 6 mois après l'accomplissement des opérations. Notons que la nouvelle interprétation de l'article 22 reste une extension considérable du droit des concentrations³⁰⁹.

204. Conclusion : une culture européenne peu propice à un contrôle *ex post* des concentrations. En réalité, la frilosité d'une extension du contrôle des concentrations s'explique certainement par une raison de culture : à l'inverse du droit nord-américain, le droit européen était réticent à l'adoption d'un droit des concentrations. Il est resté en marge des préconisations interventionnistes des ordolibéraux.

Pourtant, l'absence d'un contrôle *ex post* des concentrations pourrait paradoxalement renforcer l'insécurité juridique des entreprises, dès lors qu'elles ne disposent pas d'un cadre de règles précis, en respect desquelles elles conduiraient leurs activités économiques. Cette inquiétude est renforcée par la nouvelle interprétation de l'article 22 qui pourrait conduire, bien que ponctuellement, à intervenir sur des opérations pourtant déjà achevées.

³⁰⁹ V. infra : paragr. 207 et suiv.

Section 2. Les lacunes relatives à la notifiabilité du phénomène

205. Présentation. Les lacunes empêchant le droit des concentrations de saisir les *killer acquisitions* s'observent à deux endroits : d'abord, les seuils de contrôle sont trop élevés (A), ensuite, ils sont fondés sur un critère de chiffre d'affaires qui est inadapté (B) dans l'hypothèse des *killer acquisitions*.

I. L'existence de seuils de contrôle élevés

206. Présentation. En effet, les seuils de chiffre d'affaires sont très hauts de manière à ne contrôler que les grandes entreprises : leur contenu sera détaillé (A). Dès lors, une solution pourrait être d'abaisser ces seuils de contrôle Mais nous verrons que cette solution n'est pas opportune : elle dénaturerait le contrôle des concentrations, qui a été institué pour ne contrôler que les grandes entreprises (B).

A. Les seuils de contrôle

207. Les grand seuils. Il existe deux séries de seuils pour déterminer si la concentration est de dimension européenne, et ainsi, si elle doit faire l'objet d'une notification aux fins d'un contrôle³¹⁰. Concernant les « grands seuils », il y en a deux : le chiffre d'affaires total mondial des entreprises concernées doit être supérieur à 5 milliards d'euros et au moins deux entreprises doivent réaliser un chiffre d'affaires total dans l'Union européenne qui soit supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune d'entre elles réalisent plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans un seul État membre.

208. Les petits seuils. Lorsque seuls les « grands seuils » ne sont pas atteints, il faut vérifier si la concentration atteint toutefois les « petits seuils », auquel cas elle doit aussi être notifiée : le chiffre d'affaires total mondial des entreprises concernées doit être supérieur à 2,5 milliards d'euros, le chiffres d'affaires total pour toutes les entreprises doit être supérieur à 100 millions d'euros dans au moins trois États membres, le chiffre d'affaires d'au moins deux entreprises doit être supérieur à 25 millions d'euros dans ces trois États membres et au moins deux entreprises doivent réaliser un chiffre d'affaires total dans l'Union européenne qui soit supérieur à 250

³¹⁰ V. : Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 1.

millions d'euros, à moins que chacune d'entre elles réalisent plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans un seul État membre.

B. L'inconvenance d'une baisse des seuils de contrôle

209. Un contrôle visant les grandes entreprises. L'existence de seuils de contrôle élevés s'explique par la métaphore classique du pêcheur³¹¹ : pour attraper les « gros » poissons, il est suffisant d'avoir un filet avec des mailles peu serrées. Dès lors, le droit des concentrations envisage uniquement de contrôler les grandes entreprises. Généralement, leur taille est proportionnelle à leur pouvoir de marché, qui lui-même est proportionnelle au degré d'atteinte à la concurrence sur le marché.

210. Une raison d'efficacité administrative. Par ailleurs, un resserrement des « mailles du filet » impliquerait une multiplication des contrôles des opérations, nécessitant des moyens humains et financiers significatifs. Une balance des avantages et des inconvénients serait défavorable à un abaissement des seuils : les coûts administratifs supplémentaires seraient disproportionnés face aux faibles gains d'efficacité sauvés dans l'économie. En effet, les opérations de plus petite taille présentent logiquement un plus faible degré d'atteinte à la concurrence. En résumé, le droit des concentrations préfère dès lors réaliser un filtrage des opérations de concentration dans un souci d'efficacité administrative³¹² : le but est de produire un maximum de résultats avec un minimum de moyens.

II. L'existence de critères de contrôle inadaptés

211. Présentation. Ensuite, le critère de chiffre d'affaires sur lequel sont contrôlées les opérations est inadapté aux *killer acquisitions* (A). Toutefois, d'autres critères existant dans les droits étrangers seraient cette fois pertinents (B).

³¹¹ L'expression est souvent utilisée par la doctrine. V. : D. Bosco, « Révision des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence en matière de concentrations », *Cont. conc. cons.*, n° 2, 2014, chron. 1, p. 13 ; G. Vallindas, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, 2017, paragr. 121 ; T. Oster, « Contrôle des concentrations : la menace du recours à l'article 22 du règlement communautaire sur les concentrations », *JCP E*, n° 11, 2006, p. 517 et suiv.

³¹² N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 521.

A. Le critère du chiffre d'affaires

212. Un critère de contrôle fondé sur le chiffre d'affaires des entreprises. Le droit des concentrations est applicable aux entreprises à une opération lorsque leurs chiffres d'affaires cumulés dépasse les seuils fixés : il s'agira d'un chiffre d'affaires total très élevé. Le chiffre d'affaires total est composé des « montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires »³¹³.

Il est intéressant de noter que le critère du chiffre d'affaires est souvent utilisé en droit de la concurrence, comme au moment du calcul de la sanction pécuniaire³¹⁴. D'abord, il présente l'avantage d'être prévisible pour les parties qui souhaiteront savoir, au préalable, si leur opération doit être notifiée. Ensuite, ce critère est pertinent car en corrélation avec le pouvoir de marché³¹⁵ : il est révélateur de la propension d'une entreprise à porter atteinte à la concurrence.

B. La diversité des autres critères de contrôle

213. Le critère fondé sur la valeur de la transaction. Un autre critère de contrôle est fondé sur la valeur de la transaction : il s'agit de « tous les actifs et autres avantages monétaires que le vendeur reçoit de l'acheteur dans le cadre de la [concentration] » tels que « les paiements en espèces et le transfert des droits de vote⁴, des valeurs mobilières, des immobilisations corporelles et incorporelles [...] des suppléments ou des primes qui dépassent la valeur déterminée de l'entreprise [...]». Par conséquent, ils font partie de la valeur de la contrepartie »³¹⁶. Ce critère est

³¹³ V. : Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 5, paragr. 1.

³¹⁴ Une sanction pécuniaire est calculée proportionnellement à plusieurs critères : la gravité et la durée de l'infraction, le dommage causé à l'économie, la situation de l'entreprise et les circonstances aggravantes (par exemple la réitération) et atténuantes. Le montant servant de base au calcul correspond à la valeur des ventes, autrement dit au chiffre d'affaires. En outre, la sanction est plafonnée à 10% du chiffre d'affaires total mondial. V. en droit français : ADLC, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, 20 oct. 2017, consultable en ligne : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/communiqu%C3%A9_sanctions_concurrence_16mai2011_fr_0.pdf.

³¹⁵ Le pouvoir de marché est plus ou moins fort selon la part de marché d'une entreprise. La part de marché est calculée à partir de divers paramètres : les quantités vendues et la capacité de production (en volume) ou le chiffre d'affaires (en valeur). Toutefois, le pouvoir de marché peut être révélé, en dehors de la part de marché, par divers indicateurs, tels que l'existence de barrières à l'entrée. V. : A. Carbonnel et M. Ivaldi, « Part de marché », in *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, M. Chagny (dir.), art. n°12321, consultable en ligne : <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/part-de-marche#part-biblio>.

³¹⁶ V. : BKA, Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG), 2018, paragr. 11 et 12 (traduction libre).

utile lorsque l'une des parties à l'opération ne possède pas de chiffre d'affaires significatif mais a pour autant une forte valeur commerciale : ce fut le cas dans l'affaire *Apple/Shazam* où l'opération de concentration ne dépassait pas les seuils de chiffres d'affaires requis par le droit européen des concentrations. Faute de disposer d'un critère de la valeur de la transaction, qui aurait permis de prendre en compte la valeur élevée de la transaction, la Commission européenne se trouvait dans une impasse. Elle réussit finalement à contrôler l'acquisition de Shazam par Apple sur le fondement de l'article 22 du Règlement « concentration ». D'autres systèmes juridiques ont saisi l'importance du critère de la valeur de la transaction et l'ont adopté, comme l'Allemagne, l'Autriche et les États-Unis. Ce n'est pas le cas de la Commission européenne qui semble se reposer sur son système sophistiqué composé de multiples mécanismes de renvoi, permettant, notamment, à un État membre de renvoyer une opération qu'il a détecté quand l'Union européenne est incapable de le faire.

Ainsi, dans l'affaire *Apple/Shazam*, c'est justement le critère de valeur de la transaction du droit autrichien des concentrations qui a permis à l'Autriche de détecter l'opération, puis de la renvoyer à la Commission européenne³¹⁷.

214. Le critère de la part de l'offre. Ce critère est utilisée dans le droit britannique des concentrations par la CMA, dans ses enquêtes de marché visant à détecter des opérations contraires au droit de la concurrence³¹⁸. En réalité, ce critère est destiné à contrôler des opérations comme les *killer acquisitions*³¹⁹ qui ont tendance à passer « entre les mailles du filet ». Précisons que le Royaume-Uni dispose d'un simple système de notification volontaire, mais qu'il existe des seuils de référence sur lesquels il s'appuie³²⁰. Le critère de la part de l'offre est rempli lorsque les parties offrent des produits ou services d'une nature particulière et lorsque l'entité finale aura une part de l'offre supérieure à 25% pour ces produits ou services³²¹. Par « nature particulière », il convient d'entendre assez intuitivement des produits singuliers, nouveaux voire innovants. En ce sens, les autorités de concurrence disposent d'une assez grande marge d'appréciation sur les produits ou services, pour mesurer si la part de l'offre de 25% est atteinte : la valeur, le coût, le prix, la quantité, la capacité, le nombre de travailleurs employés ou tout autre critère³²².

³¹⁷ Comm. UE, Concentrations: la Commission va examiner l'acquisition de Shazam par Apple, 6 févr. 2018, IP/18/664.

³¹⁸ V. supra : paragr. 195 et suiv.

³¹⁹ J. Bamford et A. Slezeviciute, *op. cit.*, p. 2.

³²⁰ *Enterprise Act 2002*, chap. 40, 2003, pt. 23.

³²¹ Competition Commission and OFT, *Merger Assessment Guidelines*, OFT1254, 2010, paragr. 3.3.3.

³²² *Ibid.*, paragr. 3.3.5.

215. Conclusion du Titre : la nécessité d'une réflexion d'ensemble sur le droit des concentrations. Le droit des concentrations présente des lacunes substantielles et procédurales face aux *killer acquisitions*. Ainsi, pour traiter le phénomène dans son entièreté, il conviendrait de se pencher sur les mécanismes alternatifs existants, notamment dans les systèmes étrangers, lesquels ont parfois devancé l'Union européenne sur le problème. Le droit des concentrations est ainsi défaillant sur des concepts substantiels, tels que la concurrence potentielle et l'innovation, et sur des aspects procéduraux, tels qu'un critère inadapté de chiffre d'affaires. Toutefois, d'une part, les lacunes substantielles sont difficilement résorbables de part la nature prospective et incertaine du contrôle. Puis, d'autre part, les lacunes procédurales sont intrinsèques à la nature même du contrôle des concentrations : il n'entend contrôler que les grandes entreprises. Pour l'heure, une seule lacune a été traitée par la Commission européenne : cette dernière a décidé, en mars 2021, de supprimer les seuils de contrôle par le biais de l'article 22 du Règlement.

Au vu de toutes les lacunes qui devraient être traitées, cette solution semble insuffisante et il aurait mieux valu impulser une réflexion d'ensemble du droit des concentrations, visant à réfléchir à la direction à lui faire prendre. Pire qu'insuffisante, cette solution est radicale et disproportionnée puisqu'elle rend éligibles au droit des concentrations toutes les opérations de concentration ayant des effets sur le territoire européen, quelle que soit leur taille.

TITRE 2. LA SOLUTION INTERPRÉTATIVE POUR LA RÉSORPTION DU PHÉNOMÈNE

216. L'adoption d'un texte sur la nouvelle interprétation de l'article 22. En mars 2021, la Commission européenne adoptait la communication relative à la nouvelle interprétation de l'article 22 du règlement sur les concentrations³²³. Ce texte est la solution choisie pour résorber le phénomène des *killer acquisitions* par le droit des concentrations. Son étude suppose de comprendre en quoi cette disposition est pertinente pour résorber le phénomène (Chapitre 1) et les changements résultants de son interprétation extensive (Chapitre 2).

³²³ 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, *op. cit.*, pp. 1-6.

Chapitre 1. L'opportunité de l'article 22 du Règlement face au phénomène

217. Un possible contrôle des *killer acquisitions* sur le fondement de l'article 22. Le mécanisme de renvoi ascendant institué par cette disposition sera présenté (Section 1). Dans cet article, il y a une incertitude sur le fait de savoir s'il existe une condition relative à la compétence nationale des États membres : c'est cette ambiguïté textuelle qui rend désormais possible le contrôle des *killer acquisitions* (Section 2).

Section 1. L'institution du mécanisme de renvoi ascendant par l'article 22 du Règlement

218. Un système sophistiqué de renvois en droit des concentrations. Le droit des concentrations prévoit plusieurs mécanismes de renvoi des opérations de concentration, qui en font un système sophistiqué et adapté à chaque opération de concentration, selon sa dimension ou ses intérêts en cause. Il existe le renvoi descendant, mais aussi le renvoi ascendant, le renvoi pour intérêts légitimes et le renvoi à la simple demande des parties.

219. Le renvoi ascendant à la Commission européenne : la « clause hollandaise ». D'abord, les États membres peuvent demander à la Commission européenne d'examiner une opération de concentration qui n'est pas de dimension européenne, à la condition qu'elle affecte significativement la concurrence sur le marché intérieur³²⁴.

220. Le renvoi descendant à un État membre : la « clause allemande ». Ensuite, une opération de concentration notifiée à la Commission européenne peut être renvoyée à un État membre, sur la demande de la Commission européenne ou d'un État membre. La condition tient à l'existence d'un marché distinct à l'intérieur de l'État membre en cause et, dans lequel, la concurrence serait significativement affectée par l'opération³²⁵.

³²⁴ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 22.

³²⁵ *Ibid.*, art. 9.

221. Le renvoi à la demande des parties. Les parties peuvent aussi prendre cette initiative, en demandant à la Commission européenne de renvoyer une opération sans dimension européenne à un État membre³²⁶ ou, à l'inverse, en demandant à un État membre de renvoyer une opération avec une dimension européenne à la Commission européenne³²⁷.

222. Le renvoi à un État membre en présence d'intérêts légitimes nationaux. Un État membre peut enfin se prévaloir de la mise en jeu de ses intérêts légitimes afin d'obtenir que l'opération de concentration soit renvoyée à son autorité nationale de concurrence : les intérêts légitimes pris en compte sont « la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles », mais ils peuvent en invoquer d'autres³²⁸, la liste n'est pas exhaustive.

I. Le contexte historique de l'article 22 du Règlement

223. L'histoire de la disposition. Il s'agit de comprendre dans quel contexte histoire fut adoptée la disposition (A), après quoi, il sera intéressant de comprendre pourquoi cette dernière a été préservée (B), malgré le temps et les réformes successives.

A. L'adoption de l'article 22 du Règlement

224. L'objectif d'une concurrence non-faussé sur le marché intérieur. L'institution du mécanisme de renvoi ascendant s'inscrit très clairement dans l'objectif originel d'intégration des marchés sur le territoire européen, qui est aujourd'hui garanti par l'existence de conditions de concurrence homogènes sur le marché intérieur. À l'époque de l'adoption de l'article 22, l'absence de droit des concentrations empêchait de garantir cet environnement concurrentiel. La création du droit des concentrations permet d'établir une surveillance de la structure concurrentielle des marchés, mais il permet aussi d'harmoniser les droits nationaux.

225. L'absence d'un droit des concentrations dans certains États membres. Ainsi, certains États membres ne disposaient toujours pas de règles des concentrations sur leur territoire (comme la Belgique, les Pays-Bas, le Danemark et la Finlande) : pour cette raison, la possibilité

³²⁶ *Ibid.*, art. 4, paragr. 4.

³²⁷ *Ibid.*, art. 4, paragr. 5.

³²⁸ Tel est le cas de la sécurité d'approvisionnement énergétique : Comm. CE, 20 oct. 1999, M.1616, *BSCH/Champalimaud* ; Comm. CE, 26 sept. 2006, M.4197, *E.ON/Endesa I*. Tel est le cas aussi de la culture ou de l'environnement : v. N. Petit, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 517.

leur a été donnée de renvoyer les opérations problématiques à la Commission européenne, qui se chargerait de les contrôler. Cette possibilité fut rapidement saisie par les pays en question³²⁹. Dès lors, l'ensemble des opérations de concentration ayant des effets sur le territoire européen pouvaient être contrôlées, protégeant ainsi le processus de concurrence sur le marché intérieur.

B. La préservation de l'article 22 du Règlement

226. La possibilité d'un contrôle des opérations transnationales. L'article 22 est resté particulièrement utile. C'est d'abord le cas dans l'hypothèse suivante : une opération de concentration peut concerner plusieurs territoires nationaux, impliquant que la Commission européenne soit en réalité mieux placée pour apprécier cette opération transnationale. Dans ce cas, l'article 22 permet à un groupe d'États membres de renvoyer conjointement une même concentration à la Commission européenne. Plusieurs affaires ont été rendues en ce sens, la Commission européenne s'estimant mieux placée pour les traiter³³⁰, bien que les États membres aient été compétents. En effet, pendant longtemps, la Commission ainsi que les États eux-mêmes se refusaient à déclencher le contrôle d'une opération tant que l'un d'entre eux n'était pas compétent : en l'absence de déclenchement des seuils de contrôle, certaines autorités de concurrence ne se considéraient pas légitimes pour renvoyer une opération.

227. Une opportunité gardée d'un contrôle des opérations non-notifiables. Toutefois, une incertitude grandissait sur la question de savoir si la lettre de l'article exigeait, ou non, une compétence nationale : les positions des autorités nationales étaient fluctuantes à ce sujet. Par exemple, la France s'était engagée à ne pas renvoyer une opération de concentration pour le cas où elle ne serait pas nationales compétente³³¹. Pourtant, cela ne l'empêcha pas de se joindre à des requêtes de renvoi, formulées par d'autres États membres, alors qu'elle n'était pas compétente³³². Toutefois, la Commission européenne s'est toujours positionné en faveur de l'exigence d'une compétence nationale : le cas échéant, elle aurait été trop souvent sollicitée contribuant à l'engorgement de son administration. Notons tout de même que, très

³²⁹ Les Pays-Bas et la Finlande saisirent cette opportunité : respectivement, v. Comm. CE, 20 sept. 1995, M.553, *RTL/Veronica/Endemol* et Comm. CE, 26 juin 1997, M.890, *Blokker/Toys "R" Us* ; Comm. CE, 19 févr. 1997, M.784, *Kesko/Tuko*.

³³⁰ Comm. CE, 17 avr. 2002, M.2738, *GEES/Unison* ; Comm. CE, 5 déc. 2003, M.3136, *GE/Agfa NDT* ; Comm. EC, 6 oct. 2004, M.3099, *Areva/Urenco/ETC JV*.

³³¹ J.-S. Duprey, « Pratique récente en matière de renvoi sur la base de l'article 22 du règlement concentrations », *RLC*, n°28, 2011, p. 3.

³³² Ce fut le cas dans les affaires suivantes : Comm. UE, 9 mai 2011, M.5969, *SCJ/Sara Lee* ; Comm. CE, 23 sept. 2008, M.4980, *ABF/GBI Business* ; Comm. CE, 19 juill. 2006, M.3796, *Omya/Huber PCC*.

exceptionnellement, elle fit entorse à la règle qu'elle s'était imposée, comme dans l'affaire *Apple/Shazam*³³³. Enfin et surtout, elle a aujourd'hui changé sa position afin de contrôler les *killer acquisitions*³³⁴ : elle ne subordonne plus le renvoi à une compétence nationale.

II. La mise en œuvre de l'article 22 du Règlement

228. Les conditions de mise en œuvre. Le mécanisme de renvoi ascendant d'une opération de concentration est subordonné à l'accomplissement de conditions substantielles (A) et de conditions procédurales (B)

A. Les conditions substantielles

229. La qualification juridique de « concentration ». L'article 22 s'applique à « toute concentration, telle que définie à l'article 3 »³³⁵. Selon l'article 3, une « concentration » est un changement de contrôle résultant d'une opération de fusion ou d'acquisition entre deux ou plusieurs entreprises ou résultant de la création d'une entreprise commune³³⁶. Quant au « contrôle », il s'agit de l'ensemble des droits ou des contrats qui confèrent la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une entreprise³³⁷. A contrario, certaines opérations sont exclues de la qualification comme celles prenant place dans les secteurs financiers ou bancaires ou mettant en jeu des entreprises en difficulté (des règles particulières s'appliqueront)³³⁸.

230. Une concentration « qui n'est pas de dimension européenne »³³⁹. En principe, le contrôle européen des concentrations ne vise que les concentrations qui ont une grande envergure. Par exception, l'article 22 prévoit que la Commission européenne puisse contrôler ponctuellement des opérations sans dimension européenne (car elle serait mieux placée pour le faire, par exemple). En instituant cette condition, les rédacteurs ont ouvert la voie à une extension

³³³ Comm. UE, *op. cit.*, *Apple/Shazam*.

³³⁴ Un texte explique sa nouvelle interprétation de l'article 22 adoptée en vue de contrôler, notamment, les *killer acquisitions* : 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, *op. cit.*

³³⁵ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 22, paragr. 1.

³³⁶ *Ibid.*, art. 3, paragr. 1 et 4.

³³⁷ *Ibid.*, art. 3, paragr. 2 et 3.

³³⁸ *Ibid.*, art. 3, paragr. 5.

³³⁹ *Ibid.*, art. 3, paragr. 1.

du contrôle. Retenons qu'une opération sans dimension européenne signifie qu'elle n'atteint pas les (petits ou grands) seuils européens de chiffre d'affaires.

231. Une concentration « qui affecte le commerce entre États membres »³⁴⁰. Même sans dimension européenne, une concentration peut affecter le marché intérieur de l'Union européenne. Dès lors, la Commission européenne est susceptible de contrôler l'opération à la place d'une autorité nationale : elle est mieux placée. En réalité, ce sont les Pays-Bas qui ont demandé l'institution d'un renvoi ascendant³⁴¹, si bien qu'il ne faut pas y voir une tentative de « monopolisation » du contrôle des concentrations par la Commission européenne. Au contraire, elle semblait assez réticente à l'idée d'imposer un droit des concentrations dans chaque État membre. Finalement, certains pays ont finalement consenti à des compromis et ont revendiqué l'institution d'un renvoi des opérations préjudiciables à la Commission européenne.

232. Une concentration qui « menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire [...] des États membres »³⁴². Cette condition vise à donner à un État membre la compétence de renvoyer une opération de concentration, à la condition que l'opération ait lieu sur son territoire national. À l'inverse, un État membre ne peut pas renvoyer une opération qui ne produit pas d'effets sur son territoire, à moins de se joindre à la demande d'un État membre qui est territorialement compétent³⁴³. Ensuite, l'État membre doit « démontrer, sur le fondement d'une analyse préliminaire, qu'il y a un risque réel que l'opération puisse avoir un impact négatif significatif sur la concurrence »³⁴⁴ sur son territoire national. Sous le Règlement 1989, le degré d'atteinte à la concurrence devait être plus élevé puisque le

³⁴⁰ *Ibid.*, art. 3, paragr. 1.

³⁴¹ W. Berg, « New EC Merger Regulation : A first assessment of its practical impact, the symposium on European competition law », *Northwestern J. International L. & Business*, printemps 2004, vol. 24, iss. 3, p. 688.

³⁴² *Ibid.*, art. 3, paragr. 1.

³⁴³ C'est la deuxième version du Règlement « concentration » (v. : Reg. n°1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO L 180, 9 sept. 1997, paragr. 12 ; v. Aujourd'hui : Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 22, paragr. 2, al. 2.) qui introduit cette possibilité. Il s'agit de la création d'un guichet unique par lequel plusieurs États membres peuvent se joindre à une même requête aux fins de renvoi d'une opération de concentration à la Commission européenne.

³⁴⁴ La traduction est libre. V. : Comm. UE, Notice on Case Referral in respect of concentrations, JO C 56, 5 mars 2005, paragr. 44.

mécanisme de renvoi exigeait que l'opération « crée ou renforce une position dominante »³⁴⁵. Désormais, une atteinte significative à la concurrence est suffisante³⁴⁶.

B. Les conditions procédurales

233. L'initiative du renvoi : les États membres ou la Commission. L'article dispose que « un ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration »³⁴⁷. Ainsi, le renvoi d'une opération peut être demandé par un État membre, par la Commission européenne ainsi que par plusieurs États membres, dans le cadre d'une requête conjointe, depuis 2004. La Commission peut également inviter les États membres à lui formuler une demande simple ou conjointe de renvoi³⁴⁸.

234. Le délai de renvoi : 15 jours. Le délai de renvoi est de 15 jours à compter de la notification de l'opération de concentration par les parties : c'est un premier point de départ du délai. Un second point de départ existe : le délai peut courir à compter de la « communication [de l'opération de concentration] à l'État membre intéressé »³⁴⁹. Certains États membres comme, anciennement, le Royaume-Uni, ne disposent pas d'un mécanisme de notification obligatoire si bien qu'une opération de concentration peut être contrôlée sans pour autant avoir été notifiée. C'est la raison pour laquelle la disposition admet le déclenchement du mécanisme à partir de la seule communication d'une opération de concentration à un État membre. Toutefois, cette seconde possibilité ouvre la porte à un contrôle potentiel de toutes les opérations de concentration, qu'elles soient au dessus ou en dessous des seuils de contrôle : l'État membre doit simplement avoir, par divers moyens, eu connaissance de l'opération. C'est précisément cette défectuosité qui rend aujourd'hui possible un contrôle des *killer acquisitions*.

³⁴⁵ Règl. CE n°4064/89 du Conseil du 21 déc. 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *op. cit.*, art. 22, paragr. 3.

³⁴⁶ C'est la troisième version du Règlement « concentration » qui assouplit le degré d'atteinte à la concurrence pour un contrôle des concentrations : il adopte le test « SIEC » ou « *significant impediment of effective competition* ». Il permet d'étendre le champ d'application du contrôle aux marchés oligopolistiques et à leurs préoccupations de concurrence. V. : W. Berg, *op. cit.*, pp. 686-687.

³⁴⁷ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 22, paragr. 1.

³⁴⁸ *Ibid.*, art. 22, paragr. 2 et paragr. 5.

³⁴⁹ *Ibid.*, art. 22, paragr. 1, al. 2.

235. L'effet suspensif des règles nationales de droit des concentrations. Lorsque le mécanisme est déclenché, il produit une suspension des droits nationaux des concentrations³⁵⁰. Dès lors, l'opération de concentration ne pourra pas être contrôlée, autorisée ou interdite par un État membre : la Commission européenne devient le « guichet unique » de contrôle. Le but de cette disposition est d'optimiser l'affectation des affaires au sein du REC.

Cette règle doit être différenciée de l'effet suspensif de l'opération de concentration : c'est l'obligation faite aux parties de ne pas réaliser leur fusion ou leur acquisition, à compter de la notification et jusqu'à la décision finale³⁵¹ : il s'agit d'une prohibition des pratiques de « *gun jumping* »³⁵².

Section 2. L'incertitude d'une condition relative à la compétence nationale

236. Présentation. Sur le point de savoir si l'article 22 exige la compétence nationale des États membres, la jurisprudence a toujours répondu « oui » (I) : la pratique décisionnelle a été ferme à ce sujet. Pourtant, l'interprétation littérale de l'article 22 invite à répondre « non » (B) : le juriste s'en aperçoit rapidement à la lecture du texte.

I. Une jurisprudence exigeant une condition de compétence nationale

237. Présentation. Certes, la Commission européenne a toujours exigé une condition de compétence nationale. Mais selon les hypothèses, elle a été plus ou moins souple : elle fut ferme lorsqu'un État membre formait une demande simple (A) mais plus tolérante lorsqu'il s'agissait d'une requête conjointe (B).

³⁵⁰ *Ibid.*, art. 22, paragr. 2, al. 3.

³⁵¹ *Ibid.*, art. 7.

³⁵² L'expression prend son origine dans le domaine sportif où elle décrivait les « faux-départs » des athlètes lors d'une compétition. Dans le domaine juridique, il s'agit de la réalisation anticipée des opérations de concentration en violation de la règle de l'effet suspensif. Les entreprises se livrant à cette pratique peuvent faire l'objet d'une sanction pécuniaire de la part de la Commission européenne. Toutefois, certaines autorités nationales de concurrence ne prohibent pas le « *gun jumping* » : c'est le cas lorsque la notification est volontaire (comme au Royaume-Uni). V. : F. Viala, « *Gun jumping* », in *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, M. Chagny (dir.), art. n°86382, consultable en ligne : <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/gun-jumping-86382>.

A. L'hypothèse d'une demande simple : une condition exigée

238. L'exigence d'une compétence nationale. L'autorité européenne a toujours été ferme sur l'interprétation de l'article 22 : le renvoi d'une opération de concentration doit être fait sur demande d'une autorité nationale qui soit compétente. En d'autres termes, l'opération renvoyée doit avoir dépassé les seuils nationaux c'est-à-dire doit être notifiable sur son territoire national. D'abord, une position inverse aurait été, au mieux, attentatoire à la sécurité juridique, au pire, contraire aux droits et libertés fondamentaux : si une opération n'entre pas dans le champ d'application d'un droit, elle ne peut pas être sanctionnée pour la violation de ce droit, en vertu du principe de légalité des délits et des peines.

239. L'hypothèse d'une notification ou d'une « communication » de l'opération. La première sous-hypothèse est celle où l'État membre a reçu une notification, qu'elle soit volontaire ou obligatoire. La seconde sous-hypothèse est celle où l'État membre n'a pas reçu de notification mais où l'opération lui a été communiquée : en réalité, le texte fait référence au Royaume-Uni, anciennement État membre, où les parties peuvent décider de notifier ou non. À défaut, la CMA, peut enquêter sur toutes les opérations de concentration. En cohérence avec le système juridique britannique, une telle opération pourrait être renvoyée sur le fondement de l'article 22.

C'est l'exemple de l'affaire *Apax Partners/Telenor Satellite Service*³⁵³ où la Commission européenne accepta une demande de renvoi du Royaume-Uni alors que l'opération n'avait pas été préalablement notifiée par les parties³⁵⁴. Toutefois, la lettre de l'article 22 est vague : le terme de « communication » ne signifie pas explicitement l'exigence d'une compétence nationale mais tout au moins une simple connaissance par l'État membre de l'existence d'une opération, et ce, par divers moyens (par enquête, par la presse, par des tiers, par d'autres États membres...).

³⁵³ Comm. CE, 20 août 2007, M.4709, *Apax Partners/Telenor Satellite Services*.

³⁵⁴ Comm. CE, Mergers: Commission clears acquisition of Telenor Satellite Services by Apax Partners, Communiqué de presse, 20 août 2007, IP/07/1239.

B. L'hypothèse d'une demande conjointe : une condition minimalisée

240. L'exigence d'une demande conjointe en présence d'au moins un État membre compétent. Il s'agit de la situation dans laquelle un État membre s'est associé à la demande d'un ou plusieurs États membres. Le cas échéant, la Commission européenne n'est pas regardante sur le fait que tous les États membres ne sont pas compétents³⁵⁵ : toutefois, elle exige au moins que l'un d'entre eux le soit³⁵⁶.

Ainsi, dans l'affaire *Johnson & Johnson/Tachosil*³⁵⁷, seule l'Allemagne avait reçu une notification et était compétente pour renvoyer l'opération. L'Autriche et l'Espagne n'avaient pas encore reçu de notification, bien que l'opération y ait été notifiable. Quant à la Finlande, la France et l'Autriche, les autres demandeurs, ils n'étaient pas compétents. En résumé, la Commission européenne accepte de telles demandes de renvoi³⁵⁸. Dès lors, la condition relative à la compétence nationale des États membres est, en quelque sorte, minimalisée.

II. Une interprétation littérale ouverte à une absence de compétence nationale

241. Présentation. La lettre du texte a toujours été sauvegardée, malgré les multiples réformes, ce qui démontre une certaine volonté de la Commission européenne de conserver la possibilité d'ouvrir l'interprétation de l'article 22 (A). De plus, en pratique, elle a exceptionnellement fait usage de cette possibilité : elle a déjà renvoyé puis contrôlé une opération de concentration qui ne remplissait pourtant pas la condition (B).

A. Une opportunité conservée par la Commission européenne

242. Une jurisprudence abondante sur le fondement de l'article 22 du Règlement. Depuis 2004, plus d'une trentaine de décisions ont été rendues suite à un renvoi sur le fondement

³⁵⁵ Pour une critique tenant à l'insécurité juridique de cette pratique décisionnelle, v. : P. Kirsch et C. Lio Soon Shun, « Interpretation of Article 22 EC Reg. : Is the Frech position in line with EC practice ? », *Concurrences*, n°4-2007, 2007, p. 49.

³⁵⁶ Comm. UE, Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Tachosil by Johnson & Johnson, Communiqué de presse, 25 mars 2020, IP/20/529.

³⁵⁷ Comm. UE, 8 avr. 2020, M.9547, *Johnson & Johnson/Tachosil*.

³⁵⁸ V. par ex. : Comm. UE, *op. cit.*, *SCJ/Sara Lee* ; Comm. CE, *op. cit.*, *ABF/GBI Business* ; Comm. CE, *op. cit.*, *Omya/Huber PCC*.

de l'article 22³⁵⁹. Elles prouvent l'opportunité saisie par la Commission européenne d'exploiter la souplesse de l'article 22 : par exemple, en matière de demande conjointe de renvoi, elle accepte une demande de renvoi bien que toutes les États membres ne soient pas compétents. Pourtant, la disposition s'inscrit aujourd'hui dans un tout autre contexte juridique : désormais, la totalité des États membres ont un droit national des concentrations.

243. Une absence de modification du texte lors des réformes successives. Par ailleurs, un autre indice manifestant l'opportunité de la Commission européenne de recourir à cet article pour étendre son contrôle est le fait qu'aucune des réformes n'ait saisie l'occasion de modifier la lettre du texte. Pourtant, le Règlement « concentration » a été modifiée successivement, en 1997 puis en 2004.

244. Le refus de contrôler la compétence des États membres. L'ambiguïté de la lettre de l'article 22 fut soulevée très tôt, mais déjà, la Commission européenne refusa de restreindre l'interprétation de la disposition à l'occasion de l'affaire *Kesko/Tuko*³⁶⁰.

Il s'agissait d'un projet d'acquisition de Tuko par Kesko. Les deux sociétés exerçaient des activités sur le marché des produits de consommation courante sur le territoire de la Finlande. La Commission européenne prononça une décision d'interdiction : l'opération aurait créé une position dominante et affecté la concurrence sur le marché intérieur, notamment par la création de barrières à l'entrée³⁶¹. Les parties formèrent un recours contre la décision de la Commission

³⁵⁹ Comm. CE, *op. cit.*, *RTL/Veronica/Endemol* ; Comm. CE, *op. cit.*, *Kesko/Tuko* ; Comm. CE, *op. cit.*, *Blokker/Toys "R" Us* ; Comm. CE, *op. cit.*, *Promatech/Sulzer Textile* ; Comm. CE, *op. cit.*, *GEES/Unison* ; Comm. CE, *op. cit.*, *GE/Agfa NDT* ; Comm. CE, *op. cit.*, *Areva/Urenco/ETC JV* ; Comm. CE, *op. cit.*, *Omya/J.M. Huber PCC* ; Comm. CE, 20 nov. 2005, M.3923, *AMI/Eurotecnica* ; Comm. CE, 15 nov. 2005, M.3986, *Gas Natural/Endesa* ; Comm. CE, 24 févr. 2006, M.4124, *Coca Cola Hellenic Bottling Company/Lanitis Bros* ; Comm. CE, 23 mai 2006, M.4151, *Orica/Dyno* ; Comm. CE, 20 déc. 2006, M.4215, *Glatfelter/Crompton Assets* ; Comm. CE, 21 mars 2007, M.4465, *Thrane&Thrane/Nera* ; Comm. CE, *op. cit.*, *Apax Partners/Telenor Satellite Services* ; Comm. CE, *op. cit.*, *ABF/GBI Business* ; Comm. CE, 11 juill. 2008, M.5020, *Lesaffre/GBI UK* ; Comm. CE, 15 juill. 2008, M.5109, *Danisco/Abitec* ; Comm. CE, 9 janv. 2009, M.5153, *Arsenal/DSP* ; Comm. UE, 17 nov. 2010, M.5675, *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business* ; Comm. UE, 17 août 2010, M.5828, *Procter & Gamble/Sara Lee Air Care* ; Comm. UE, 9 mai 2011, M.5969, *SCJ/Sara Lee* ; Comm. UE, 19 oct. 2011, M.6106, *Caterpillar/MWM* ; Comm. UE, 15 juin 2011, M.6191, *Birla/Columbian Chemicals* ; Comm. UE, 4 sept. 2012, M.6502, *London Stock Exchange Group PLC/LCH Clearnet Group Limited* ; Comm. UE, 18 févr. 2013, M.6773, *Canon/Iris* ; Comm. UE, 9 oct. 2013, M.6796, *Aegan/Olympic II* ; Comm. UE, 9 sept. 2014, M.7054, *Cemex/Holcim Assets* ; Comm. UE, 27 oct. 2014, M.7297, *Dolby/Doremi/Highlands* ; Comm. UE, 19 janv. 2016, M.7802, *Amadeus/Navitaire* ; Comm. UE, 26 juill. 2018, M.8652, *Accuride/Mefro Wheels* ; Comm. UE, *op. cit.*, *Apple/Shazam* ; Comm. UE, 2 févr. 2021, M.9162, *Fincantieri/Chantiers de l'Atlantique* ; Comm. UE, 13 mai 2019, M.9293, *Iconex/Hansol Denmark/R+S Group* ; Comm. UE, *op. cit.*, *Johnson & Johnson/Tachosil* ; Comm. UE, 17 août 2020, M.9744, *Mastercard/Nets* ; Comm. UE, 12 mai 2021, M.10262, *Facebook/Kustomer* ; Comm. UE, 19 avr. 2021, M.10188, *Illumina/Grail*.

³⁶⁰ Comm. CE, *op. cit.*, *Kesko/Tuko*.

³⁶¹ Comm. CE, The Commission opposes the acquisition of Tuko Oy by Kesko Oy, Communiqué de presse, 20 nov. 1996, IP/96/1044.

européenne devant le TPICE. Une question majeure a été posée à la juridiction : celle de savoir si un État membre peut utiliser le mécanisme de renvoi ascendant lorsqu'il n'a pas de compétence nationale. Les parties ont soulevé l'absence de compétence de l'ANC finlandaise : dès lors, elles n'avaient pas l'obligation de notifier l'acquisition parce que les seuils n'avaient pas été atteints. L'argument était fondé sur le principe de bonne administration. Cependant, le TPICE répondit qu'« il n'appartient pas à la Commission de se prononcer sur la répartition des compétences par les règles institutionnelles de chaque État membre », en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, dégagé plus tôt par la Cour de justice³⁶². Par conséquent, pendant le contrôle des concentrations, la Commission européenne n'avait pas à vérifier la compétence de l'ANC finlandaise.

B. Une admission exceptionnelle

245. L'interprétation large de l'article 22 dans l'affaire *Apple/Shazam*. En dehors de l'hypothèse d'une requête conjointe, la Commission européenne a exceptionnellement admis le renvoi d'un État membre alors que l'opération n'était pas *notifiée* sur son territoire. Retenons tout de même que l'opération était *notifiable* mais que l'affaire demeure sensible dans la mesure où, dans les faits, les parties n'avaient envoyé *aucune* notification à une autorité : dès lors, le renvoi de l'opération était contestable par les parties qui auraient pu soulever une *absence* de « notification » au sens du Règlement « concentration ».

Il s'agissait d'une *killer acquisition* projetée sur le marché de diffusion de musique en ligne : Apple entendait acquérir l'application de détection musicale Shazam. Les parties auraient dû envoyer une notification à l'ANC autrichienne qui, par ailleurs, était la seule ANC compétente. Cette dernière a déclenché le mécanisme de renvoi, qu'elle entendait fonder sur une « communication » qui lui avait été faite de l'opération. Par la suite, des États membres se sont joints à sa demande initiale : la France, l'Islande, l'Italie, la Norvège, l'Espagne et la Suède. Dans son contrôle de fond, la Commission européenne n'a pas conclu à une atteinte à la concurrence.

Sur la forme (qu'elle ne contrôle pas en vertu de l'affaire *Kesko/Tuko*), elle accepta la demande de renvoi formulée par les États membres : en résumé, elle accepta exceptionnellement en se fondant sur la condition de « communication » de l'article 22. Il s'agit de la seule affaire dans laquelle la Commission européenne a interprété extensivement l'article 22 du Règlement, avant qu'elle n'ouvre la voie vers cette interprétation.

³⁶² CJUE, 12 juin 1990, C-8/88, *Federal Republic of Germany v. Comm. CE*, paragr. 13 ; TPICE, 15 déc. 1999, T-22/97, *Kesko Oy v. EC Comm.*, paragr. 82.

Aujourd'hui, la disposition peut saisir des situations encore plus larges que celle de l'affaire *Apple/Shazam* : même une opération qui n'atteint aucuns seuils nationaux de contrôle peut désormais être renvoyée.

Chapitre 2. L'ouverture d'une interprétation extensive de l'article 22 du Règlement

246. Les méthodes d'interprétation juridique. Plusieurs méthodes d'interprétation existent en méthodologie juridique : l'une des classifications distingue l'interprétation sémiotique, l'interprétation génétique, l'interprétation fonctionnelle et l'interprétation systémique³⁶³. Il convient de les étayer pour notre étude, du moins pertinent au plus pertinent. Il est possible d'y ajouter l'interprétation évolutive³⁶⁴. Le choix de l'une de ces méthodes dépend des règles d'interprétation données par le législateur³⁶⁵, bien que ce dernier tranche souvent selon ses préférences idéologiques³⁶⁶. Enfin, toutes ces méthodes d'interprétation peuvent aboutir à des résultats plus ou moins différents, qui peuvent être rangés à l'aide d'une classification simplifiée, qui différencie l'interprétation restrictive et l'interprétation extensive³⁶⁷.

247. Le choix : une interprétation fonctionnelle de l'article 22 (en faveur d'une interprétation extensive). Elle est très proche de l'interprétation téléologique qui se fonde sur le but du législateur. L'interprétation fonctionnelle « vise à donner au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui attribue »³⁶⁸. Elle vise à utiliser la fonction du texte pour adapter la *ratio legis* à la période contemporaine³⁶⁹. En ce sens, elle est proche de l'interprétation évolutive qui vise à interpréter selon les circonstances économiques, sociales ou environnementales. L'utilisation de la méthode fonctionnelle suppose au préalable de trouver la fonction du texte. Concernant l'article 22, observons l'utilisation qui en a été faite depuis son institution : sous le Règlement de 1989, la « clause hollandaise » visait à étendre le contrôle dans certains pays ; sous le Règlement de 1997, puis celui de 2004, la disposition fut maintenue et servit à contrôler au niveau européen, quand bien même une opération n'était pas notifiable dans tous les pays (par le « guichet unique ») ; sous la Communication de 2021, l'article offre le pouvoir de contrôler potentiellement toutes les opérations, même celles en dessous des seuils de contrôle, afin de saisir les *killer acquisitions*. En d'autres termes, l'article 22 fut toujours une solution pour contrôler, quand ce n'était pas possible par le mécanisme habituel (par la notification). Ainsi, à la

³⁶³ S. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 844.

³⁶⁴ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., pp. 285-288.

³⁶⁵ S. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

³⁶⁶ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 259.

³⁶⁷ S. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

³⁶⁸ S. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

³⁶⁹ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 289.

question de savoir ce que penseraient les auteurs de la loi s'ils avaient à légiférer aujourd'hui³⁷⁰, la réponse est certainement la suivante : assurer la complétude du contrôle en contrôlant les *killer acquisitions*.

248. La deuxième possibilité : l'interprétation génétique de l'article 22 (en faveur d'une interprétation restrictive). Les rédacteurs ont institué la clause « hollandaise » afin de saisir les opérations sans dimension européenne, c'est-à-dire celles sur le territoire de la Belgique, des Pays-Bas, du Danemark et de la Finlande. Dès lors, l'interprétation génétique, qui met en lumière la volonté de l'auteur, laquelle donne une raison d'être au texte, révèle que l'article 22 avait des raisons d'exister, qui ne sont *plus*. En résumé, l'interprétation génétique serait en faveur d'une interprétation restrictive du texte, voire d'une absence d'applicabilité du texte, en respect de la volonté originelle des rédacteurs.

249. La troisième possibilité : l'interprétation systémique de l'article 22 (en faveur d'une interprétation restrictive). Enfin, cette dernière méthode « vise à éclairer un fragment du texte par un autre, voire par d'autres textes ». Elle recherche une cohérence, une harmonie entre un ensemble de règles : elle permet d'affirmer que « tout se tient ». Force est de constater que l'article 22, largement interprété, serait en contradiction avec les règles relatives aux seuils de contrôle : le droit des concentrations a établi des seuils de contrôle élevés³⁷¹. Dès lors, l'interprétation systémique viserait à interpréter restrictivement la lettre du texte afin de garantir une cohérence générale du droit des concentrations.

250. La solution pertinente : l'interprétation littérale de l'article 22 (en faveur d'une interprétation restrictive). L'interprétation sémiotique, qui désigne l'interprétation par l'étude des signes, se fonde sur les mots et leur sens dans le langage en casue : à ce titre, elle se rapproche de l'interprétation littérale. Elles sont toutes deux respectueuses de la lettre du texte et des mots choisis, volontairement, par le législateur. En étudiant l'article 22 par ce prisme, le résultat amènerait à conclure que le mécanisme de renvoi n'est pas soumis à une exigence de compétence nationale. En effet, la disposition exige une « notification de la concentration ou, si aucune notification n'est requise, [une] communication à l'État membre intéressé »³⁷². Les mots n'indiquent pas qu'en l'absence de notification, l'État membre doit être compétent : il doit

³⁷⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2017, paragr. 156.

³⁷¹ V. supra : paragr. 207 et suiv.

³⁷² Règl. CE n°4064/89 du Conseil du 21 déc. 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *op. cit.*, art. 22, paragr. 1, al. 2.

seulement obtenir une « communication » de l'opération de concentration. Ce terme est très large : la communication pourrait se faire par différents moyens (par la presse, par un tiers ou par un autre État membre). Mais elle n'implique aucune exigence de l'État membre de se soumettre à des conditions juridiques.

Toutefois, le préambule prévoit, au sujet du mécanisme de renvoi ascendant, que « les autres États membres [soient] également compétents »³⁷³. Dès lors, une interprétation de l'article 22 à la lumière du préambule révèle l'exigence d'une compétence nationale³⁷⁴. C'est un argument de poids, compte tenu de la force obligatoire, « dans tous ses éléments », du règlement européen³⁷⁵. Dès lors, la lettre du texte empêche toute marge de discrétion des institutions européennes sur l'interprétation à donner de l'article 22.

Section 1. Les modalités d'application de l'interprétation extensive

251. Présentation. La Communication adoptée le 31 mars 2021 donne des indications sur la mise en œuvre de la nouvelle interprétation de l'article 22 du Règlement : tant sur ses modalités substantielles (I) que sur ses modalités procédurales (II).

I. Les modalités substantielles de l'interprétation extensive

252. Présentation. La substance de l'article 22 du Règlement se retrouve modifiée en deux points : concernant la condition d'affectation du commerce (A) et concernant la condition d'atteinte significative à une concurrence (B).

³⁷³ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, paragr. 15.

³⁷⁴ D. Bosco, « La Commission européenne et les acquisitions « prédatrices » : la réforme sans la réforme », *Cont. conc. cons.*, n° 5, 2021, rep. 5, p. 1.

³⁷⁵ TFUE, art. 288, al. 2 : « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ».

A. La condition d'une affectation du commerce entre États membres

253. L'affectation du commerce entre États membres. La communication précise ce critère à la lumière de la nouvelle interprétation. Le mécanisme de renvoi suppose en effet que l'opération ait une influence perceptible sur les courants d'échange entre les États membres³⁷⁶.

254. La notion de « courants d'échange ». Elle désigne « toutes les activités économiques transfrontières et englobe les cas dans lesquels l'opération affecte la structure concurrentielle du marché »³⁷⁷. En d'autres termes, l'opération doit mettre en cause des activités transnationales.

255. La notion d'« influence perceptible ». Il s'agit du fait que l'opération ait une influence directe, indirecte, réelle ou potentielle sur les courants d'échange. Précisons que cette modalité révèle l'intention de la Commission européenne de prendre en compte une atteinte à la concurrence potentielle, comme elle le fait déjà dans sa pratique décisionnelle³⁷⁸, mais sans pour autant étendre l'analyse de la concurrence potentielle au long terme.

256. Les éléments pris en compte dans l'analyse. Plusieurs facteurs lui seront utiles à l'appréciation des effets de l'opération sur les marchés transfrontières : « la localisation des clients (potentiels), la disponibilité et l'offre des produits ou services en cause, la collecte de données dans plusieurs États membres, ou le développement » ainsi que « la mise en œuvre de projets de R&D dont les résultats, y compris les droits de propriété intellectuelle, pourraient, en cas de succès, être commercialisés dans plus d'un État membre »³⁷⁹. Ce dernier facteur vise certainement l'hypothèse des *killer acquisitions* intervenant sur des marchés innovants, c'est-à-dire sur des secteurs où l'innovation est un paramètre indispensable pour stimuler le processus de concurrence.

³⁷⁶ En 2005, une première Communication a été adoptée par la Commission européenne, détaillant les modalités d'application de l'article 22 du Règlement « concentration ». V. : Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, *JO C 56*, 5 mars 2005, pt. 43.

³⁷⁷ Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22, *op. cit.*, paragr. 14.

³⁷⁸ V. *supra* : paragr. 169 et 170.

³⁷⁹ Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22, *op. cit.*

B. La condition d'une affectation significative de la concurrence

257. Une analyse préliminaire. Les demandeurs à un renvoi, les États membres, doivent ensuite évaluer, par une analyse préliminaire et prospective, l'existence d'un « risque réel que l'opération ait des effets significatifs sur la concurrence ». D'une part, seul un stade de « risque réel » est admis, allégeant ainsi la charge de la preuve. D'autre part, les effets horizontaux, verticaux ou congloméraux sur la concurrence doivent être précisés. Ensuite, le résultat de ces effets sera apprécié : c'est-à-dire si l'opération crée ou renforce une position dominante ou porte une atteinte significative à la concurrence. Notons que parmi les aspects à prendre en compte lors d'une demande de renvoi, la Communication expose un ensemble d'effets anticoncurrentiels : l'élimination d'un concurrent actuel ou futur, la réduction de la capacité et/ou de l'incitation au jeu concurrentiel, du fait de la création de barrières ou du verrouillage du marché, ou encore, l'effet de levier³⁸⁰. Elle n'y fait pas figurer l'effet de la restriction de l'innovation, qui se trouve dès lors relégué au second plan, au titre des « autres facteurs »³⁸¹.

258. Les autres éléments pris en compte dans l'analyse. D'abord, un scénario typique d'atteinte à la concurrence est dessiné : il s'agit « des opérations qui concernent au moins une entreprise dont le chiffre d'affaires ne reflète pas le potentiel concurrentiel réel ou futur »³⁸². Ce passage met définitivement un terme au critère du chiffre d'affaires comme le seul et unique critère du contrôle des concentrations³⁸³. Ce scénario vise les *killer acquisitions* sans les nommer expressément. Plusieurs sous-scénarios sont présentés, comme le fait que l'une des parties soit un nouveau concurrent, un concurrent innovant, un concurrent ayant un rôle de moteur de la concurrence (c'est-à-dire un « *maverick* »), un concurrent possédant des actifs tels que des droits de propriété intellectuels ou des données, ou alors, un concurrent indirect fournissant des intrants ou des composants clés pour d'autres marchés.

Ensuite, les États membres peuvent soulever une atteinte à la concurrence sur tout type de secteur³⁸⁴, bien que les secteurs numérique et pharmaceutique soient plus particulièrement visés par la nouvelle interprétation de l'article 22³⁸⁵.

³⁸⁰ *Ibid.*, paragr. 15.

³⁸¹ *Ibid.*, paragr. 19.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ M. de Drouas et É. Nachbaur, « Révolution du contrôle des concentrations au sein de l'Union européenne : le chiffre d'affaires n'est plus le seul critère », *Cont. conc. cons.*, n° 5, 2021, étude 5, pp. 1-5.

³⁸⁴ Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22, *op. cit.*, paragr. 20.

³⁸⁵ « L'évolution du marché a donné lieu à une augmentation progressive des concentrations [...] particulièrement importante dans le domaine de l'économie numérique, [...] le secteur pharmaceutique ou d'autres secteurs où l'innovation est un paramètre important de la concurrence ». V. : *ibid.*, paragr. 9.

II. Les modalités procédurales de l'interprétation extensive

259. Présentation. La mise en œuvre procédurale de l'article 22 est également modifiée, d'abord, du fait de l'élargissement de la condition de « communication » de l'opération (A) et, ensuite, du fait de la modification d'éléments tels que l'effet suspensif et les délais (B).

A. La condition d'une communication de l'opération de concentration

260. Par l'échange d'informations. Avant tout, la Communication exprime assez clairement la volonté de détecter des « candidats » à l'article 22. Elle envisage d'utiliser le mécanisme d'échanges d'informations³⁸⁶ afin de détecter des opérations problématiques, alors même que ces dernières n'entreraient pas dans le champ d'application du droit des concentrations. Par ailleurs, la Commission européenne énumère d'autres moyens de « recensement »³⁸⁷.

261. Une communication par les parties. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle les parties souhaitent savoir si leur opération, bien que non-notifiable, est susceptible d'un renvoi ascendant : le cas échéant, elles peuvent « de leur propre gré »³⁸⁸ fournir des informations aux autorités. En pratique, cette possibilité est à « double-tranchant » pour les entreprises qui peuvent soit, obtenir un agrément des autorités de concurrence soit, à l'inverse, délivrer des informations délicates pouvant compromettre l'avenir de leur opération et éveiller quelques soupçons.

262. Une communication par des tiers. Ensuite, des tiers peuvent contacter les autorités de concurrence pour fournir des informations au sujet d'une opération qui, pourtant, ne les concerne pas. Il est facile d'imaginer les pratiques de délation que peut ouvrir une telle hypothèse : par exemple, une entreprise tierce pourrait « dénoncer » une opération de

³⁸⁶ Le mécanisme des « demandes d'informations » figurent dans la directive ECN+ mais concerne seulement les articles 101 et 102 du TFUE (Directive (UE) n°2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, L 11/3, 14 janv. 2019, art. 8). Il ne figure pas dans le Règlement « concentration ». Toutefois, il semble avoir été très tôt aménagé en droit des concentrations, pour s'appliquer à l'article 22, par la Communication de 2005 : v. Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, *op. cit.*, pt. 53 et suiv.

³⁸⁷ La notion est révélatrice de l'intention autoritaire et intrusive de la Commission européenne. Rappelons, à ce titre, qu'elle ne dispose pas de pouvoirs d'enquêtes sur le marché (v. *supra* : paragr. 195 et suiv.). V. : Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22, *op. cit.*, paragr. 23.

³⁸⁸ *Ibid.*, paragr. 24.

concentration projetée par des entreprises rivales. C'est pourquoi la Commission européenne tente de rassurer les entreprises, en rappelant que les autorités n'ont aucune obligation de prendre en compte³⁸⁹ de telles informations. Le doute reste permis pour le cas où les informations seraient « suffisantes »³⁹⁰ pour déclencher le mécanisme de renvoi aux fins de contrôle.

263. Une communication par la Commission européenne. Enfin, l'opération peut être communiquée par la Commission européenne : c'est l'hypothèse où elle serait informée d'une opération de concentration, sans que les États membres ne le soient, et où elle communique cette existence aux États membres, afin qu'ils puissent renvoyer à nouveau l'opération à la Commission européenne : dès lors, elle sera compétente pour contrôler l'opération puisque la condition de « communication » sera accomplie. Le but est de contourner la difficulté de l'incompétence préalable de la Commission européenne. Toutefois, les États membres resteraient libres de renvoyer ou de ne pas renvoyer l'opération problématique³⁹¹.

264. Une communication d'« informations suffisantes ». En tout état de cause, la communication faite aux États membres de l'existence d'une opération de concentration doit être accompagnée d'informations suffisantes à justifier une demande de renvoi : la notion de « communication » est ainsi interprétée largement³⁹². Pour conclure, retenons que les États membres jouent un rôle clé dans l'application de l'article 22 : ils seront les seuls interlocuteurs et les seuls décisionnaires.

B. L'effet suspensif et les délais

265. Présentation. Enfin, les modalités procédurales sont modifiées à l'endroit de l'effet suspensif (1) et en matière de délais (2).

³⁸⁹ *Ibid.*, paragr. 25.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*, paragr. 26.

³⁹² *Ibid.*, paragr. 28.

1. L'aménagement de l'effet suspensif

266. Pendant la procédure de renvoi. Lorsque la Commission européenne examine d'une demande de renvoi formulée par un ou plusieurs États membres, elle doit en informer les parties. Toutefois, au seul stade de la procédure de renvoi, les parties ne sont pas tenues par une obligation de suspension de leur opération de concentration, pour le cas où elle ne serait pas encore achevée³⁹³.

267. Pendant la procédure de contrôle. Si la demande de renvoi est acceptée, ouvrant alors une procédure de contrôle, les parties ont cette fois une obligation de suspendre leur opération³⁹⁴. L'exception tient à ce que les parties aient décidé de réaliser leur opération de concentration, malgré la demande de renvoi³⁹⁵ : le cas échéant, elles ne sont pas tenues par l'obligation de suspension.

268. L'aménagement d'un contrôle *ex post* des concentrations. Afin de surmonter l'hypothèse où les parties ne se sont pas soumises à l'effet suspensif, la Commission européenne a ouvert la possibilité de contrôler les opérations de concentration de manière *ex post* : en effet, « le fait qu'une opération soit déjà clôturée n'empêchera pas un État membre de demander un renvoi »³⁹⁶. Les États membres sont soumis à un délai de principe : ils disposent de six mois pour renvoyer l'opération à la Commission européenne, laquelle pourrait ensuite contrôler ladite opération. Toutefois, ils pourraient renvoyer plus tardivement l'opération, au regard de circonstances exceptionnelles, telles que « l'ampleur des problèmes de concurrence potentiels » et les « effets préjudiciables potentiels sur les consommateurs »³⁹⁷.

³⁹³ *Ibid.*, paragr. 27.

³⁹⁴ Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 7.

³⁹⁵ Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22, *op. cit.*, paragr. 31 ; *ibid.*, art. 22, paragr. 4.

³⁹⁶ Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22, *op. cit.*, paragr. 21

³⁹⁷ *Ibid.*

2. Les délais de renvoi et de contrôle

269. Les délais de renvoi. Lorsqu'un État membre prend connaissance d'une opération de concentration, il dispose d'un délai de 15 jours pour renvoyer l'opération, à compter de la date à laquelle elle lui a été communiquée. D'autres États membres pourront se joindre à la demande initiale de renvoi, dans un délai de 15 jours, à compter de la date à laquelle la Commission européenne les a informés de cette demande³⁹⁸.

270. Le délai de contrôle. Dans un délai de 10 jours, à compter de la fin du dernier délai de renvoi, la Commission européenne doit rendre une décision par laquelle elle acceptera, ou rejettera, la demande de renvoi. Pour le cas où aucune décision n'est rendue dans le délai imparti, elle est réputée avoir adopté une décision d'examen de la concentration³⁹⁹ : c'est un autre aménagement fort de la Communication.

Section 2. La résorption des lacunes du droit des concentrations face au phénomène

271. Présentation. La Communication a le mérite de pallier les lacunes procédurales relatives aux seuils de contrôle (I) : la Commission européenne peut, désormais, contrôler des opérations de concentration de moindre envergure, mais néfastes pour la concurrence. Toutefois, la Communication omet totalement qu'il sera indispensable de résorber les lacunes substantielles du droit des concentrations pour saisir les *killer acquisitions* (II).

I. La résorption des lacunes procédurales face au phénomène

272. Présentation. La nouvelle interprétation de l'article 22 supprimer les seuils de contrôle (A) : les *killer acquisitions* peuvent dès lors être régies par le droit des concentrations (B).

³⁹⁸ La Commission européenne doit informer « sans délai » les États membres et les parties d'une demande de renvoi sur le fondement de l'article 22. V. : Règl. CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *op. cit.*, art. 22, paragr. 2, al. 1.

³⁹⁹ Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22, *op. cit.*, paragr. 30.

A. La suppression des seuils de contrôle

273. Le choix de renoncer à la condition d'une compétence nationale. La nouvelle interprétation de l'article 22 supprime définitivement l'exigence d'une compétence nationale des États membres, dans le cadre du renvoi ascendant. Cet élargissement du droit des concentrations est possible grâce à la lettre du texte, que la Commission européenne entend exploiter, face aux lacunes du droit des concentrations pour saisir les *killer acquisitions*.

274. L'exigence préambulaire d'une condition de compétence nationale. Toutefois, le choix d'une interprétation extensive de l'article 22 peut être contesté dans la mesure où le Règlement « concentration » ne semble pas avoir ouvert une telle possibilité : à sa lecture, seuls les « États membres compétents » peuvent introduire une demande de renvoi. En éclairant l'article 22 du Règlement « concentration » par son Préambule, ce dernier ayant, par ailleurs, vocation à trouver la *ratio legis*, il semblerait qu'un argument de texte soit imparable face à la nouvelle interprétation extensive de la disposition.

275. La dégradation des conditions de sécurité juridique. Ainsi, le mécanisme de renvoi ascendant n'est plus subordonné à l'accomplissement de quelconques seuils de contrôle, tant nationaux, qu'euro-péens. La conséquence est que toute opération de concentration étant potentiellement préjudiciable au commerce et à une concurrence effective sur le marché intérieur peut être renvoyée, contrôlée, puis éventuellement interdite par la Commission européenne. De plus, les opérations déjà réalisées sont éligibles à l'article 22 du Règlement, dans un délai de six mois après leur accomplissement, voire au-delà.

Certes, les précisions procédurales et substantielles sur la nouvelle application de l'article 22 seront utiles aux entreprises pour évaluer leur éligibilité au mécanisme de renvoi. Toutefois, certains aspects demeurent source d'incertitude, tels que l'introduction d'un contrôle *ex post* des concentrations (qui n'a jamais été annoncé comme tel mais qui peut être mis en œuvre grâce à la lettre du texte), et tels que les scénarios d'atteinte à la concurrence pouvant donner lieu à un renvoi. Sur ce dernier point, une jurisprudence semble toutefois se construire autour des *killer acquisitions*, permettant d'identifier les situations pouvant donner lieu à un renvoi.

B. La soumission des *killer acquisitions* au droit des concentrations

276. Première application : l'affaire *Illumina/Grail*⁴⁰⁰. Il s'agit d'une potentielle *killer acquisition* qui n'atteignait aucun des seuils nationaux⁴⁰¹. La Belgique, la France, la Grèce, l'Islande, les Pays-Bas et la Norvège ont introduit une demande de renvoi. Les parties sont Illumina, ayant des activités de fourniture de systèmes de séquençage de nouvelle génération pour l'analyse génétique et génomique, et Grail, ayant des activités de développement de tests de détection du cancer, reposant sur des systèmes de séquençage de nouvelle génération. L'analyse préliminaire contenue dans la demande de renvoi, initiée par la France, démontre que l'entité finale pourrait avoir des effets de verrouillage de marché et d'augmentation des prix sur le marché des séquenceurs. Sur la base de ces informations, la Commission européenne a accepté la demande de renvoi et est en train d'examiner l'opération. Surtout, l'opération paraît être une *killer acquisition* : il semblerait que Grail ait un fort potentiel concurrentiel, mais qui ne se reflète pas dans son chiffre d'affaires. Un indice est la valeur de la transaction : elle est estimée à 7,1 milliard de dollars⁴⁰². Par ailleurs, l'opération présente un enjeu pour le progrès médical : l'affaiblissement de la pression concurrentielle sur le marché, et par extension la réduction de l'innovation, aurait pour conséquence de retarder le développement des tests de cancer génomique, ces derniers permettant d'anticiper la survenance d'un cancer.

277. Conclusion : l'application du droit des concentrations aux *killer acquisitions*. Le 31 mars 2021, la Commission européenne a donc définitivement ouvert la voie au contrôle des *killer acquisitions*. La plupart du temps, elles mettent en cause une partie qui ne présente pas un chiffre d'affaires suffisant : dans le secteur numérique, les entreprises peuvent générer très peu de chiffres d'affaires ; dans le secteur pharmaceutique, elles peuvent être des concurrents innovants dont le potentiel concurrentiel ne se reflète pas non plus sur leur chiffre d'affaires. Ainsi, l'article 22 est une solution réjouissante face à ce phénomène, qui semble se propager dans des secteurs déterminants : l'un est en constante évolution ; l'autre est décisif pour le progrès médical. Il n'en demeure pas moins que la Commission européenne n'a pas encore réglé toutes les lacunes existantes.

⁴⁰⁰ Comm. UE, 19 avr. 2021, M.10188, *Illumina/Grail*.

⁴⁰¹ Comm. UE, Mergers: Commission to assess proposed acquisition of Grail by Illumina, Communiqué de presse, 20 avr. 2021, MEX/21/1846.

⁴⁰² *Ibid.*

II. La persistance des lacunes substantielles face au phénomène

278. Présentation. Au vu de la défectuosité persistante des concepts de concurrence potentielle et d'innovation en droit des concentrations (A), il semblerait qu'une réflexion soit nécessaire sur l'opportunité d'un changement de paradigme (B).

A. La persistance des lacunes relatives à la concurrence potentielle et l'innovation

279. Présentation. Si le concept d'innovation est davantage valorisé sous la Communication du 31 mars 2021 (2), le concept de concurrence potentielle reste stagnant (1).

1. *Le concept inchangé de concurrence potentielle*

280. L'absence d'élargissement du concept de la concurrence potentielle. D'abord, la Communication sur la nouvelle interprétation de l'article 22 se réfère, certes, à un scénario d'atteinte à la concurrence qui mettrait en jeu un concurrent potentiel. Dès lors, elle analysera certainement la concurrence future lors de son contrôle des concentrations.

281. La nécessité d'une analyse de long terme. Toutefois, elle se borne pour l'heure à évaluer la concurrence potentielle sur le court terme : généralement, elle projette son analyse prospective sur les deux ans suivants l'opération. Cette perspective est insuffisante dans la mesure où les *killer acquisitions* sont observées sur des marchés innovants, qui peuvent répondre à des cycles d'innovations longs : c'est le cas pour le marché pharmaceutique. Dès lors, le contrôle des *killer acquisitions* peut être en marge de la réalité future du marché. Une réflexion de fond doit être amorcée afin de mesurer les avantages (incitations à l'innovation) et les inconvénients (incertitude de l'état futur du marché) d'une prise en compte de la concurrence potentielle sur le long terme.

2. *Une avancée mineure pour le concept de l'innovation*

282. L'admission des effets anticoncurrentiels sur l'innovation. La Communication invite les États membres, demandeurs à un renvoi, à réaliser une analyse préliminaire de l'opération. Selon le texte, cinq hypothèses seront préoccupantes car entraînant la suppression d'un concurrent potentiel sur le marché : « l'entreprise: 1) est une jeune pousse ou un nouvel arrivant qui dispose d'un potentiel concurrentiel substantiel et à laquelle il reste encore à développer ou à

mettre en œuvre un modèle d'entreprise générateur de recettes importantes (ou qui se trouve encore en phase initiale de la mise en œuvre d'un tel modèle économique); 2) est un innovateur important ou mène des recherches potentiellement importantes; 3) exerce, de fait ou en puissance, une pression concurrentielle importante (19); 4) a accès à des actifs (par exemple des matières premières, des infrastructures, des données ou des droits de propriété intellectuelle) importants du point de vue de la concurrence; et/ou 5) fournit des produits ou des services qui constituent des intrants/composants clés pour d'autres secteurs industriels ». Dans les deux premiers cas, la Commission européenne considérerait comme anticoncurrentielle l'opération qui supprimerait un concurrent innovant futur (1) ou actuel (2).

283. Une opportunité à saisir pour reconsidérer la place de l'innovation. Dès lors, la nouvelle interprétation conduirait certainement à reconsidérer la place, quelque peu marginale pour l'instant⁴⁰³, de l'innovation. Elle aura une première occasion de le faire, dans l'affaire *Illumina/Grail*, qui est en cours d'examen. Pour l'heure, la place de l'innovation en droit des concentrations reste étroite, notamment lors de l'examen des gains d'efficacité de l'opération de concentration. En résumé, l'article 22 donne à la Commission européenne l'opportunité d'élargir la place de l'innovation dans le contrôle des concentrations et, dans cet élan, d'adopter un nouveau paradigme plus ouvert au bien-être total.

B. Une réflexion nécessaire sur l'opportunité d'un nouveau paradigme

284. La nécessité d'un objectif de bien-être total face au phénomène. Pour combler les lacunes substantielles face au phénomène, le droit des concentrations pourrait repenser les postulats économiques sur lesquels il est fondé. Originellement, la matière poursuit sans aucun doute un objectif de bien-être du consommateur : le processus de concurrence sert au premier rang les intérêts du consommateur. Toutefois, la recherche d'un bien-être total est indispensable à la protection de l'innovation. D'abord, ce standard permettrait une protection double : des consommateurs et de l'innovation, impulsée par les producteurs. Le bien-être total traite les deux groupes économiques de manière égale. Ensuite, il permettrait de redéfinir le rôle du droit de la concurrence, celui de la poursuite de l'efficacité économique, comprenant tant l'efficacité allocative (visant à la redistribution des ressources au consommateur) et l'efficacité dynamique (visant à la stimulation de l'innovation). L'efficacité allocative serait ponctuellement plus faible

⁴⁰³ La Commission européenne a déjà pu caractériser un effet de restriction de l'innovation, lors de son contrôle. Toutefois, l'admission reste assez ponctuelle (v. supra : paragr. 123) : v. Par ex. Comm. UE, *op. cit.*, *Novartis/Glaxosmithkline Oncology Business* ; Comm. UE, *op. cit.*, *Dow/DuPont* ; Comm. UE, *op. cit.*, *Bayer/Monsanto* ; Comm. UE, *op. cit.*, *General Electric/Alstom*.

que l'efficacité dynamique, mais elle sera en tout état de cause maximisée par d'autres champs du droit, qui sont mieux placés que le droit de la concurrence pour le faire. Le bien-être total serait dès lors une solution pour combler les lacunes substantielles du droit des concentrations, qui restent non-traitées.

285. La possible insertion du bien-être total par la pratique décisionnelle. D'abord, le bien-être total pourrait être pris en compte par la Commission européenne dans son contrôle : en reconnaissant les opérations nuisibles à l'innovation (comme elle commence à le faire en élaborant des scénarios d'atteinte à la concurrence en matière de *killer acquisitions*), en étendant son analyse dans le temps et en caractérisant plus souvent des effets sur l'innovation. Pour l'heure, la pratique décisionnelle est centrée sur la protection des consommateurs.

286. La possible insertion du bien-être total par les prochaines réformes. Plusieurs réformes s'annoncent en droit des concentrations.

D'abord, une proposition de règlement est en cours, le DMA, qui vise à donner aux autorités de concurrence des outils supplémentaires pour intervenir sur des marchés dominés par les GAFAM et où le processus de concurrence est mis à mal. Aussi, un article prévoit la mise en place d'un système de notification d'opérations de concentration à destination des « *gatekeepers* »⁴⁰⁴ : « le contrôleur d'accès informe la Commission de tout projet de concentration au sens de l'article 3 du règlement (CE) n°139/2004 impliquant un autre fournisseur de services de plateforme essentiels ou de tous autres services fournis dans le secteur numérique, que ce projet soit soumis à une obligation de notification à une autorité de concurrence de l'Union en application du règlement (CE) n°139/2004 ou à une autorité nationale de concurrence compétente selon les règles nationales en matière de concentrations ». En d'autres termes, toutes les opérations de concentration des GAFAM seraient notifiables à la Commission européenne, si l'on s'en tient à la première partie de la phrase. Toutefois, l'articulation entre le DMA et la Communication sur l'article 22 reste à préciser, puisque l'article évoque seulement les hypothèses où les autorités sont compétentes, à la lecture de la seconde partie de la phrase.

⁴⁰⁴ Le DMA institue une qualification de « *gatekeeper* » ou « contrôleur d'accès » afin de soumettre certaines entreprises à son règlement. Une entreprise est un « *gatekeeper* » lorsqu'elle « a un poids important sur le marché intérieur », « assure un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux » et « jouit d'une position solide et durable dans ses activités ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche ». Par exemple, les GAFAM sont tous considérés comme des « *gatekeepers* ». V. : Proposition de Règl. du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), dite « DMA », *op. cit.*, art. 3, paragr. 1.

Ensuite, une réforme de la Communication de 1997 sur la délimitation du marché pertinent⁴⁰⁵ pourrait intervenir : le 9 décembre 2020, Margrethe Vestager annonçait cette volonté lors de la conférence annuelle de l'*International Bar Association* (IBA)⁴⁰⁶. La Commission européenne en est au stade de la consultation publique⁴⁰⁷.

Le droit des concentrations est au cœur d'un engouement législatif : il s'agit d'une période favorable pour combler ses lacunes. Concernant le DMA, il est davantage tourné vers le secteur numérique et n'apporte pas un changement significatif au droit des concentrations depuis l'élargissement de l'article 22. Concernant la Communication sur la délimitation du marché pertinent, elle vise « seulement » l'analyse préliminaire du contrôle mais pourrait avoir une répercussion sur le concept de concurrence potentielle. Concernant l'article 22, il vise à saisir les *killer acquisitions* dans tous les secteurs innovants.

287. Une réflexion nécessaire sur l'avenir du droit des concentrations. En résumé, l'Union européenne semble procéder par décomposition, en ne traitant qu'un problème à la fois, mais par des moyens divers, révélant une certaine confusion : par un règlement *ad hoc*, par une ancienne communication, par la voie stylistique... La nécessité serait toutefois de penser le droit des concentrations dans son ensemble afin d'établir un régime juridique harmonieux. En tout état de cause, l'article 22 introduit une forte insécurité juridique et dénature totalement la matière qui n'entend contrôler que les « grandes » opérations. Une réflexion de fond doit être impulsée, puis une réforme cohérente, afin de garantir une sécurité aux justiciables et une cohérence au droit des concentrations. D'abord, elle permettrait certainement de revenir aux fondements économiques de la matière pour, éventuellement, les rediscuter : dès lors, une discussion sur une possible insertion du bien-être total en droit des concentrations serait possible. Ensuite, elle serait l'occasion de soumettre une autre question : la direction qui est souhaitée pour le droit des concentrations. Dans un contexte de croissance de la concentration des marchés, l'article 22 donne une réponse interventionniste. La solution doit toutefois garantir la sécurité juridique des justiciables.

⁴⁰⁵ Comm. CE, Communication du 9 déc. 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*

⁴⁰⁶ Comm. UE, The future of EU Merger control, *op. cit.*

⁴⁰⁷ Comm. UE., Droit de la concurrence de l'UE – communication sur la définition du marché (évaluation) Consultation publique, 26 juin 2020, consultable en ligne : https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law/public-consultation_fr.

Conclusion

288. L'inadaptation du droit des concentrations au phénomène. Le phénomène des *killer acquisitions* n'était pas destiné à être régi par le droit des concentrations. Ce champ du droit a été pensé pour contrôler les opérations d'entreprises de grande envergure qui, par définition, sont plus susceptibles de nuire aux consommateurs de part leur fort pouvoir de marché. Enlever cette caractéristique au droit des concentrations revient à enlever tout ce qui faisait le droit des concentrations.

289. L'application forcée du droit des concentrations au phénomène. Toutefois, il est impératif que l'évolution de l'économie soit acceptée par la matière : ce nouveau contexte s'accompagne de problèmes inédits de concurrence, préoccupants pour les consommateurs, les entreprises européennes et le progrès économique. La matière est à un tournant historique où les institutions ont été confrontées à un choix : l'option de préserver la vocation originelle du droit des concentrations ; l'option de transformer le droit des concentrations. La nouvelle interprétation de l'article 22 révèle l'orientation choisie : la matière est désormais un outil permettant de contrôler toutes les opérations de concentration, quelle que soit leur taille. Toutefois, ce ne doit être que le début du processus de transformation : il reste des lacunes substantielles à résorber face aux *killer acquisitions*, phénomène au cœur de l'actualité du droit des concentrations. Pour l'heure, la Commission européenne ne semble pas prête à aller plus loin : c'est, du moins, ce que révèle la solution de l'article 22 pour régler rapidement le phénomène. La disproportion et la dangerosité de cette solution révèlent, à elles-seules, qu'il ne s'agit peut être pas de la réponse adéquate.

Bibliographie

I. Dictionnaires et ouvrages généraux

- ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1ère éd., 2003.
- BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, PUF, 3e éd., 2018.
- BERSTEIN S. et MILZA P., *Histoire du XXe siècle — Vers le monde nouveau du XXIe siècle*, Hatier, 2017.
- BOSCO D. et PRIETO C., *Droit européen de la concurrence, ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013.
- BOYER L., ROLAND H. et STARCK B., *Introduction au droit*, 4e éd., Litec, 1996.
- BURNIER DA SILVEIRA P., *Le contrôle des concentrations transnationales*, L'Harmattan, 2013.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, PUF, 2017.
- CAYOT M., DEPINCE M. et MAINGUY D., *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3e éd. 2019.
- CHAGNY M., *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, consultable en ligne : <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/>.
- COMBE E., *La politique de la concurrence*, La Découverte, 3e éd., 2016.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 13e éd., 2020.
- DE CLAVIERE-BONNAMOUR B. et NOURISSAT C., *Droit de la concurrence - Libertés de circulation*, Dalloz, 5e éd., 2016.
- DECOCQ A. et DECOCQ G., *Droit de la concurrence*, LGDJ, 8e éd., 2018.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, 2e éd., trad. par EISENMANN C., 1962 (ré-éd. 1999).
- LE COQ M., *Le droit des concentrations économiques*, LGDJ, 2018.
- MAGNON X., *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008.
- PETIT N., *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2e éd., 2018.
- REVEILLARD C., *La construction européenne*, Ellipses, 2e éd. 2012.
- SOUTY V., *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, LGDJ, 4e éd., 2013.
- VALLINDAS G., *Droit européen des concentrations*, Bruylant, 2017.
- VOGEL L., *European Competition Law*, Bruylant, 2018, 2e éd.

II. Ouvrages spéciaux et thèses

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. par TRICOT J., Les Échos du Maquis, 2014.

BAKER J. B., *The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019.

BRUNET F., *La pensée juridique de Hans Kelsen*, Mare & Martin, 2019.

BUCHANAN J. et TULLOCK G., *The Calculus of Consent*, University Michigan Press, 1962.

BUTTIGIEG E., *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest. A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2009.

CARTAPANIS M., *Innovation et droit de la concurrence*, Thèse, Aix Marseille Université, BOSCO D. (dir.), LGDJ, 2018.

DREXL J., KERBER W. et PODSZUN R., *Competition Policy and the Economic Approach : Foundations and Limitations*, Edward Edgar, 2012.

ETNER F., *Microéconomie*, PUF, 2012.

EZRACHI A. et STUCKE M. E., *Virtual Competition — The Promise and Perils of The Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016.

FINBOW R., HUGHES M. J. et PARR N., *UK Merger Control: Law & Practice*, 3e éd., Sweet & Maxwell, 2016.

FRYDMAN B. et MEYER M. (dir.), *Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, PUF, 2012.

GILBERT R. J., *Innovation Matters — Competition Policy for the High-Technology Economy*, The MIT Press, 2020.

JANVILLE T., *La qualification juridique des faits*, Thèse, Université Paris II, GUINCHARD S. (dir.), 2002.

JEANBLANC P., *Analyse stratégique — Les fondements économiques*, Dunod, 2011.

KANT E., *Fondements de la Métaphysique des mœurs*, trad. par DELBOS V., Les Échos du Maquis, 2013.

KATZ M. L. et ROSEN H. S., *Microeconomics*, 3e éd., McGraw-Hill, 1998.

- KAYSAN C. et TURNER D. F., *Antitrust Policy*, Harvard University Press, 1959.
- KRAFFT J., *Le processus de concurrence*, Economica, 1999.
- MEROLA M. et WAELEBROECK D., *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe*, Bruylant, 2010.
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2ème éd., 1951 (ré-éd. 2001).
- SMITH A., *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Methuen & Co, 1776.
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994.
- VAN DEN BERGH R., *Comparative competition law and economics*, Edward Edgar, 2017.
- ZIMMER D., *The Goals of Competition Law*, Edward Elgar, 2012.

III. Articles

- AKMAN P., « « Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC », *Oxford J. Of Legal Studies*, vol. 29, n°2, 2009, pp. 267-303.
- AMORY B., de la BARRE H. et de NAVACELLE C., « Beyond *Alstom-Siemens*: Is there a need to revise competition law goals? », *Concurrences*, n°4-2019, pp. 3-14.
- AMSELEK P., « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen », in *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Ed. Yvon Blais, 2011, pp. 39-56.
- ARROW K., « Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention », in *The Rate and Direction of Inventive Activity : Economic and Social Factors*, Princeton University Press, 1962, pp. 609-626.
- BAILEY E. E. et PANZAR J. C., « The Contestability of Airline Markets during the Transition to Deregulation », *L. and Contemporary Problems*, vol. 44, n°1, pp. 126-145.
- BAKER J., « Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects Under the Antitrust Laws », *New-York University L. Rev.*, vol. 77, iss. 135, 2002, pp. 135-203.
- BAMFORD J. et SLEZEVICIUTE A., « Brexit: Balancing UK and EU merger control », *Concurrences*, n°4, 2019, art. n°92059.
- BERG W., « New EC Merger Regulation : A first assessment of its practical impact, the symposium on European competition law », *Northwestern J. International L. & Businesses*, printemps 2004, vol. 24, iss. 3, pp. 683-713.

BERLIN D., « Exercice du contrôle: procédure et substance », *JCI. Europe Traité*, Fasc. 1490, 2018, n°54.

BESANKO D. et SPULBER D. F., « Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy », *J. Of L., Economics and Organization*, vol. 9, n°1, 1993, pp. 1-29.

BOSCO D., « La Commission européenne et les acquisitions « prédatrices » : la réforme sans la réforme », *Cont. conc. cons.*, n° 5, 2021, rep. 5, p. 1.

— « L'avenir du droit de la concurrence », *Cont. conc. cons.*, n° 12, 2020, doss. 15, pp. 1-7.

— « Le « nouvel » article 22, un forçage du règlement européen sur les concentrations », *Cont. conc. cons.*, n°11, 2020, comm. 163.

— « Brief remarks on new interpretation of Article 22 of the European Merger Regulation », *Competition Forum*, art. 0001, 2020, <https://competition-forum.com>.

— « Révision des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence en matière de concentrations », *Cont. conc. cons.*, n° 2, 2014, chron. 1, pp. 11-14.

BRUNET F. et GEFRIAUD P., « La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale ? », *Legicom*, 2004/1, n°30, pp. 49-60.

BRYAN K. A. et HOVENKAMP E., « Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy », *The University of Chicago L. Rev.*, 2019, vol. 87, iss. 2, pp. 331-356.

BUDZINSKI O. et STÖHR, « Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes », *Ilmenau Economics Discussion Papers*, vol. 25, n°130, 2019, pp. 1-40

CAFFARRA C., CRAWFORD G. S. et VALLETTI T., « “How Tech Rolls”: Potential Competition and “Reverse” Killer Acquisitions », *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n°2, 2020, pp. 2-6.

CALLANDER S. et MATOUSCHEK N., « The Novelty of Innovation: Competition, Disruption, and Antitrust Policy », *Management Science*, 2020, pp. 1-23.

CARLIN T. M., FINCH N. et FORD G., « A Deal Too Far — The Case of the Killer Acquisition », *Macquarie Graduate School of Management Working Papers in Management*, n°2006-13, 2006, pp. 2-18.

CHANTER A. et BEAUCHATAUD C., « Streamlining the UK's Competition Regime », *Rev. Des Juristes de Sciences Po*, 2012, n°6, doss. 56, pp. 1-4.

COLE M. et FORDE A., « The EU Commission provides guidance regarding its policy change to article 22 of the EU Merger Regulation », *e-Competitions Bulletin*, 2021, art. n°99991.

COUSIN M., « La concurrence potentielle, traitement juridique d'une variable économique », *Concurrences*, n° 1-2007, pp. 38-47.

CSERES K. J., « The Controversies of the Consumer Welfare Standard », *The Competition L. Rev.*, vol. 3, iss. 2, 2007, pp. 121-173.

CUNNINGHAM C., EDERER F. et SONG M., « Killer Acquisitions », *J. of Political Economy*, vol. 129, n°3, 2021, pp. 649-702.

DARRYL B., « 2. Note de référence », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, n°2002/3, vol. 4, pp. 129-231.

De DROUAS M. et NACHBAUR É., « Révolution du contrôle des concentrations au sein de l'Union européenne : le chiffre d'affaires n'est plus le seul critère », *Cont. conc. cons.*, n° 5, 2021, étude 5, pp. 1-5.

DUPREY J.-S., « Pratique récente en matière de renvoi sur la base de l'article 22 du règlement concentrations », *RLC*, n°28, 2011, pp. 1-5.

D'UDEKEM B., MATHUR D. Et AUDENRODE M.V., « Remember Stacker? Another Look at "Killer" Acquisitions in the Digital Economy », *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n°2, 2020, pp. 2-6.

EISENMANN T., PARKER G. et VAN ALSTYNE M., « Platform envelopment », *Strategic Management J.*, vol. 32, n°12, 2011, pp. 1270-1285.

FARRELL J. et SHAPIRO C., « Antitrust évacuation of horizontale mergers: An economic alternative to market definition », *The B.E. J. Of Theoretical Economics*, vol. 10, iss. 1, 2010, pp. 1-39.

— et KATZ M. L., « The Economics of Welfare Standards in Antitrust », *CPI*, vol. 2, n°2, 2006, pp. 8-12.

FOUNTOUKAKOS K., JEPHCOTT M., NUYS M., SORINAS S. et GEEURICKX K., « The EU Commission publishes guidance on article 22 referrals for transactions falling below national thresholds », *e-Competitions Bulletin*, 2021, art. n°100040.

— et HERRON M., « Merger control and the public interest: European spotlight on foreign direct investment and national security », *CPI Column*, 2017, <https://www.competition-policyinternational.com/merger-control-and-the-public-interest-european-spotlight-on-foreign-direct-investment-and-national-security/>.

GAUTIER A. et LAMESCH J., « Mergers in the Digital Economy », *Center for Economic Studies and the ifo Institute*, n°8056, 2020, pp. 2-34.

GOYARD-FABRE, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 83ème année, n°2, 1978, pp. 204-233.

GRIME M. et PODDAR D., « The Jury is Out: An Assessment of Proposed Reforms to Australia's Merger Control Regime for Addressing Competitive Harm in the (Digital) Economy », *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n°2, 2020, pp. 2-8.

GRISE J., BURNS D. et GIORDANO E., « The No Kill Zone: The Other Side of Pharma Acquisitions », *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n°2, 2020, pp. 2-7.

HARIA R., MALHI S. et JANEK M., « The EU Commission announces the broadening of Member State referral system concerning mergers », *e-Competitions*, art. n°97428, 2020.

HAUCAP J., « Competition and Competition Policy in a Data- Driven Economy », *Intereconomics*, vol. 54, iss. 4, 2019, pp. 201-208.

HAYEK F. A., « Competition as a Discovery Procedure », trad. par SNOW M. S., *Quarterly J. of Austrian Economics*, vol. 5, n°3, 2002, pp. 9-23.

HEMPHILL C. S. and WU T., « Nascent Competitors », *University of Pennsylvania L. Rev.*, vol. 168, n°20-50, 2020, pp. 1879-1912.

HO DINH A.-M., « Le « vide juridique » et le « besoin de loi » - pour un recours à l'hypothèse du non-droit », *L'Année sociologique*, 2007/2, vol. 57, 2007, pp. 419-453.

IBAÑEZ COLOMO P., « Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles », *World Competition*, vol. 43, À paraître, 2020, pp. 1-37.

IDOT L., « Concurrence : l'activité de la Commission et la réforme du contrôle des concentrations », *Europe*, n° 5, 2021, comm. 191, p.1.

— « Politique de concurrence : les révolutions du printemps 2021 ? », *Europe*, n° 5, 2021, al. 26, p. 1.

— « Les deux axes de la politique de concurrence de la prochaine décennie », *Europe*, n°10, al. 55, 2020.

JEAN S., PERROT A. et PHILIPPON T., « Competition and trade: Which policies for Europe? », *Notes du conseil d'analyse économique*, vol. 51, iss. 3, 2019, pp. 1-12.

JENNY F., « Droit européen de la concurrence et efficience économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 63, 1er trim. 1993, pp. 193-206

- JESTAZ P., « La qualification en droit civil », *Droits —Revue française de théorie juridique*, n°18, 1994, pp. 45-53.
- KAMEPALLI S. K., RAJAN R. et ZINGALES L., « Kill Zone », *National Bureau of Economic Research*, n°27146, 2020 (revised in 2021), pp. 2-47.
- KENNEDY J., « Monopoly Myths: Is Big Tech Creating “Kill Zones”?, *Information Technology & Innovation Foundation*, 2020, pp. 1-18.
- KIRSCH P. et LIO SOON SHUN C., « Interpretation of Article 22 EC Reg. : Is the French position in line with EC practice ? », *Concurrences*, n°4-2007, 2007, pp. 45-49.
- KLUG U., « Observations sur le problème des lacunes en droit », *Logique et Analyse*, Nouvelle Série, vol. 10, n°37, 1967, pp. 98-116.
- LANDE R., « Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust », *University of Pittsburgh L. Rev.*, vol. 62, 2001, pp. 503-525.
- LANG J. T., « European Community Antitrust Law : Innovation Markets and High Technology Industries », *Fordham International L. J.*, vol. 20, iss. 3., 1997, pp. 717-818.
- LANGENFELD J., «The need to revise the U.S. non-horizontal merger guidelines », *Concurrences*, n°4/2016, pp. 51-58.
- LATHAM O., TECU I. et BAGARIA N., « Beyond Killer Acquisitions: Are There More Common Potential Competition Issues in Tech Deals and How Can These Be Assessed? », *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n°2, 2020, pp. 2-12.
- LÉCUYER T., « Digital conglomerates and killer acquisitions – A discussion of the competitive effects of start-up acquisitions by digital platforms », *Concurrences*, n°1, 2020, pp. 42-50.
- LETINA I., SCHMUTZLER A. et SEIBEL R., « Killer Acquisitions and Beyond: Policy Effects on Innovation Strategies », *Department of Economics*, University of Zurich, Working Paper Series, n°358, 2020, pp. 1-47.
- LEVY N., DOLMANS M. J. F., GONZÁLEZ-DÍAZ F. E., POLLEY R. et BOCK P., « The EU Commission announces new policy to accept Member State referrals for merger review even if EC and national thresholds are not met », *e-Competitions*, art. n°97206, 2020.
- LIANOS I., « The Future of Competition Policy in Europe — Some reflections on the interaction between industrial policy and competition law », Centre for L. Economics and Society, Policy Paper Series, n°1/2019, pp.5-26.

LIMARZI K. C. et PHILLIPS H. R. S., « “Killer Acquisitions,” Big Tech, and Section 2: A Solution in Search of a Problem », *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 2, n°2, 2020, pp. 2-6.

LINDEMANS J.-F. et WINTGENS L., « Kelsen et le problème des lacunes dans l'ordre juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 16, n°1, 1986, pp. 105-121.

MADL A. C., « Killing Innovation ? : Antitrust Implications of Killer Acquisitions », *Yale J. On Regulation Online Bulletin*, n°5, vol. 38, 2020, pp. 28-52.

MARTY F. et WARIN T., « Visa Acquiring Plaid: A Tartan Over a Killer Acquisition? Reflections on the Risks of Harming Competition Through the Acquisition of Startups Within Digital Ecosystems », *Center for Interuniversity Research and Analysis on Organizations*, Cahier scientifique, n°2020S-62, 2020, pp. 1-20.

— « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence — Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain », *RIDE*, 2014/4 (t. XXVIII), p. 471-497.

— « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis — Critères économiques et sécurité juridique », *Rev. de l'OFCE*, 2007, pp. 86-120.

MAULIN R., « L'approche par les effets en droit de la concurrence : le devoir d'inventaire », *Concurrences*, n° 3- 2015, pp. 24-39.

MELAMED A. D., « Acquisitions of Nascent Competitors under Section 2 of the Sherman Act », *Concurrentialiste*, 2021, consultable en ligne : <https://leconcurrentialiste.com/melamed-nascent-competitors/>.

MOTTA M. et PETTZ M., « Removal of Potential Competitors – A Blind Spot of Merger Policy? », *Collaborative Research Center Transregio 224*, Discussion Paper Series, n°208, 2020, pp. 1-12.

OSTER T., « Contrôle des concentrations : la menace du recours à l'article 22 du règlement communautaire sur les concentrations », *JCP E*, n° 11, 2006, p. 517 et suiv.

PETIT N., « Innovation Competition, Unilateral Effects and Merger Policy », *Antitrust L. J.*, vol. 82, iss. 3, 2018, pp. 873-919.

— et RATO M., « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *European Competition J.*, vol. 9, iss. 1, avr. 2013, pp. 1-65.

PHILLIPS G. M. et ZHDANOV A., « R&D and the Incentives from Merger and Acquisition Activity », *The Review of Financial Studies*, Oxford University Press, vol. 26, n°1, 2013, pp. 34-78.

PRUNET F., « Concentrations », *JCP E*, n°19, chron. 1247, 2021, pp. 38-40.

PORTER M., « The Contributions of Industrial Organization to Strategic Management », *The Academy of Management Rev.*, vol. 6, iss. 4, 1981, pp. 609-620

RAINELLI M., « À propos du règlement européen n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *RIDE*, 2006/1 (t.XX,1), pp. 47-56.

READER D., « Accommodating Public Interest Considerations in Domestic Merger Control: Empirical Insights », *Centre for Competition Policy*, Working Paper, 16-3, 2016, pp. 1-78.

RODRIGUEZ J., « Merger referrals under the EU Merger Regulation », *The European Antitrust Rev.*, 2011, pp-1-5.

RONZANO A., « Définition du marché : La Commission européenne lance une vaste consultation pour connaître l'avis des utilisateurs sur sa communication de 1997 sur la définition du marché », *Concurrences* n°3-2020.

SHAPIRO C., « Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets », *J. of Economic Perspectives*, vol. 33, n°3, 2019, pp. 69-93.

— « Theories of Oligopoly Behavior », in R. Schmalensee et R. Willig, *Handbook of Industrial Organization*, North Holland, vol. 1, 1989, pp. 330-414.

STOICAN L., TODINO M. et van de WALLE, G., « EU Merger Control and Harm to Innovation — A Long Walk to Freedom (from the Chains of Causation) », *The Antitrust Bulletin*, vol. 4, iss. 1, 2019, pp. 1-20.

TAYAR D. et XUEREF-POVIAC E., « Referral: The European Commission declares being able to review sensitive mergers below national thresholds », *Concurrences*, n° 4-2020, 2020, pp. 168-169.

TIROLE J., « Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age », *J. of Economic Literature*, À paraître, 2020, pp. 1-29.

TURNER D. F., « Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act », *Harvard L. Rev.*, vol. 78, n°7, 1965, pp. 1313-1395.

VINUALES J. E., « Michel Virally ou penser le phénomène juridique », *Annuaire français de droit international*, vol. 55, 2009, pp. 1-38.

WERDEN G. J. et LIMARZI K. C., « Forward-Looking Merger Analysis and the Superfluous Potential Competition Doctrine », *Antitrust L. J.*, vol. 77, n°1, 2010, pp. 109-143.

YUN J. M., « Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions », *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, n°18, 2020, pp. 652-678.

IV. Observations

BILLARD O. et FABRE G., — obs. sous Comm. UE, 3 oct. 2014, M.7217, *Facebook/WhatsApp, Concurrences*, oct. 2014, art. 73080.

BOSCO D., — obs. sous Comm. UE, 27 juin 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping), Cont. conc. cons.*, 2018, n°3, comm. 52.

CHAIHLOUDJ W., — obs. sous DoJ, 5 nov. 2020, n° 3:20-cv-07810, *U. S. v. Visa inc. & Plaid inc., e-Competitions Bulletin*, 2020, art. n°98855.

COT J.-M., — obs. sous TPICE, 13 juill. 2006, T-464/04, *Impala c. Comm. CE, Concurrences*, 2006, art. n°1745.

GATTI J. et DENNESS J. Gatti, — obs. sous Comm. CE, 20 sept. 1995, M.553, *RTL/Veronica/Endemol, e-Competitions Bulletin*, 1995, art. n°39592.

IDOT L., — obs. sous Comm. UE, 6 sept. 2018, M.8788, *Apple/Shazam, Europe*, 2019, comm. 57.

— obs. sous Comm. UE, 18 mai 2017, M. 8228, *Facebook/WhatsApp, Europe*, 2017, n° 10, comm. 386.

— obs. sous CJCE, 10 juillet 2008, C-413/06, *Bertelsmann AG et Sony Corporation c. Impala et Comm. CE, Europe*, 2008, comm. 331.

— obs. sous TPICE, 6 juin 2002, T-342/99, *Airtours plc c. Comm. CE, Europe*, 2002, comm. 291.

— obs. sous TPICE, 15 déc. 1999, T-22/97, *Kesko Oy v. EC Comm., Europe*, 2000, comm. 46.

MARTY F., — obs. sous Comm. UE, 27 juin 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping), e-Competitions Bulletin*, 2017, art. n°86088.

PHILIPPE J. et GUYON A., — obs. sous CJCE, 10 juillet 2008, C-413/06, *Bertelsmann AG et Sony Corporation c. Impala et Comm. CE, Concurrences*, 2008, art. n°22256.

PRIETO C., — obs. Comm. UE, 3 oct. 2014, M.7217, *Facebook/WhatsApp, Cont. conc. cons.*, 2015, n°8-9, chron. 5.

— obs. sous TPICE, 13 juill. 2006, T-464/04, *Impala c. Comm. CE, J-Cl. Europe Traité*, fasc. 1490.

— obs. sous TUE, 14 déc. 2005, T-210/01, *General Electric Company c. Commission, JDI*, 2006, p.711-718.

— obs. sous TPICE, 3 avr. 2003, T-114/02, *Babyliss SA c. Commission, JDI*, 2004, p. 539.

RONZANO A., — obs. sous Comm. UE, 19 avr. 2021, M.10188, *Illumina/Grail, Concurrences*, 2021, art. n°99956.

— obs. sous Comm. UE, 27 nov. 2019, M.8792, *T-Mobile NL / Tele2 NL, Concurrences*, 2019, art. 90187.

— obs. sous Comm. UE, 6 sept. 2018, M.8788, *Apple/Shazam, Concurrences*, 2019, art. n°89752.

SCHREIBER K. et BRUHN H., — obs. sous Comm. CE, 19 févr. 1997, M.784, *Kesko/Tuko, e-Competitions*, 1996, art. n°39533.

TROMP C., — Comm. CE, 15 oct. 1997, M.938, *Guinness/Grand Metropolitan, e-Competitions Bulletin*, 1997, art. n°39494.

— Comm. CE, 26 juin 1997, M.890, *Blokker/Toys "R" Us, e-Competitions Bulletin*, 1997, art. n°39499.

V. Sources diverses

Rapports et participations à des rapports

BOURREAU M. et PERROT A., *Digital platforms: Regulate before it's too late*, CAE, vol. 60, iss. 6, 2020, pp. 1-12.

— et de STREEL A., *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, ETNO, 2019, pp. 5-43.

Comm. CE, *Premier rapport sur la politique de concurrence*, 1971, pp. 3-215.

Comm. UE., Droit de la concurrence de l'UE – communication sur la définition du marché (évaluation) Consultation publique, 26 juin 2020, consultable en ligne : https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law/public-consultation_fr.

CRÉMER J., de MONTJOYE Y.-A. Et SCHWEITZER H., *Competition policy for the digital era*, DG Concurrence, pp. 1-127.

FURMAN J., *Unlocking digital competition*, DCEP, 2019, pp. 1-140.

KYLE M. et PERROT A., *Pharmaceutical innovation: How can France catch up?*, CAE, vol. 62, iss. 8, 2020, pp. 1-12.

MOUGIN N., LANDIER A., MOHNEN P. et PERROT A., *Économie numérique*, CAE, n° 26, 2015, p. 2.

OCDE, *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions*, Note de référence du Secrétariat, DAF/COMP(2020)5, 2020, p. 7.

— *Big Data : Bringing Competition Policy to the Digital Era*, Note d'information du Secrétariat, DAF/COMP(2016)14, 2016, p. 5.

— *Roundtable on the Concept of Potential Competition*, Note de référence du secrétariat, DAF/COMP(2021)3, 2011.

— *Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation* (Manuel d'Oslo), 3^{ème} éd., 2005, p. 54.

— *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, 1993.

Communiqués de presse

Comm. UE, Mergers: Commission to assess proposed acquisition of Grail by Illumina, Communiqué de presse, 20 avr. 2021, MEX/21/1846.

Comm. UE, The future of EU Merger control, Discours, International Bar Association 24th Annual Competition conference, 11 sept. 2020, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en.

Comm. UE, Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Tachosil by Johnson & Johnson, Communiqué de presse, 25 mars 2020, IP/20/529.

Comm. UE, Mergers: Commission clears Apple's acquisition of Shazam, 6 sept. 2018, IP/18/5662.

Comm. UE, Concentrations: la Commission va examiner l'acquisition de Shazam par Apple, 6 févr. 2018, IP/18/664.

Comm. UE, Concentrations: la Commission inflige des amendes de 110 millions EUR à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp, 18 mai 2017, IP/17/1369.

Comm. UE, Concentrations: la Commission autorise le rachat de WhatsApp par Facebook, 3 oct. 2014, IP/14/1088.

Comm. CE, Mergers: Commission clears acquisition of Telenor Satellite Services by Apax Partners, Communiqué de presse, 20 août 2007, IP/07/1239.

Comm. CE, The Commission opposes the acquisition of Tuko Oy by Kesko Oy, Communiqué de presse, 20 nov. 1996, IP/96/1044.

Index

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe

A

Acquisitions

- consolidantes, 30, 31, 81
- prédatrices, 13

Analyse

- approfondie, 100, 109 et s.
- préliminaire, 101 et s., 127, 232, 257.

Appréciation, 65 et s., 83 et s.

Approche par les effets, 35, 91.

Approche par l'objet, 91.

Arrow K., 27 et s.

Article 22 (du Règlement « concentration »), 12, 201 et s., 213, 216 et s.

Autonomie de la volonté, 9

B

Barrières à l'entrée, 31, 70, 169, 213, 244

Bien-être

- du consommateur, 176 et s., 184, 284
- total, 26, 183 et s., 283 et s.

C

Carbonnier J., 5, 7, 247

Chiffre d'affaires. *Voir* critères de contrôle « Clause hollandaise », 219, 247, 248

Commission européenne, 35, 122, 173, 289

Communication, 12, 251 et s.

Compétence nationale, 103 et s., 260 et s., 273 et s.

Complémentarité, 75 et s.

Concentrations

- conglomérale, 79 et s., 144 et s., 157
- horizontale, 58 et s., 94 et s.
- verticale, 77 et s., 132 et s.

Concurrence

- actuelle, 96, 165
- directe, 60 et s., 81, 128
- dynamique, 23, 33, 48 158,
- future, 167 et s., 257 et s., 282
- indirecte, 62, 77, 79, 135, 167 et s.,
- naissante, 167
- potentielle, 162 et s., 278 et s.
- Processus de, 21 et s., 71, 164, 174, 256,
284
- statique, 22 et s.

Consommateur

- Bien être du. *Voir* bien-être du
consommateur
- Surplus du. *Voir* surplus du
consommateur

Contestabilité du marché, 20, 70, 164 et s.

Contrôle

- des concentrations, 35
- *ex ante/a priori*, 35, 198 et s.,
- *ex post/a posteriori*, 202 et s.

Coûts

- fixes, 40, 46, 53, 85
- variables, 46, 53, 69,

Critères de contrôle, 37, 211 et s.

Cunningham C., 9, 28, 158

D

Degré de

— concentration, 100 et s., 105, 166

— substituabilité, 107 et s., 127

Délai de

— contrôle, 270

— renvoi, 269

Demande

— conjointe, 226, 233, 240, 242

— initiale, 245, 269, 238 s.

Destruction créatrice, 23, 25, 28, 81, 118

Dimension européenne, 37, 207, 219 et s., 230, 248

DMA (Digital Market Act), 197, 286

Droit des concentrations, 9, 32 et s.

E

Économie, 18 et s., 33, 175 et s., 284 et s.

École de

— Chicago, 22, 69 et s., 89, 184

— Harvard, 22, 71 et s., 89

Effets

— anticoncurrentiels, 35, 72, 88, 141, 282

— congloméraux, 144 et s., 157

— coordonnés, 96, 130

— de levier, 146 et s.

— horizontaux, 157, 257

— non-coordonnés/unilatéraux, 95, 129

— portefeuille, 148 et s.

— de remplacement, 27 et s., 119 et s.,

— de réseaux, 31, 47, 54, 152,

— verticaux, 132 et s.

— de *winner takes all*, 40 et s.

Efficiences

— allocative, 181, 187, 188

— dynamique, 23, 182, 186, 284

— économique, 177, 180, 284

— productive, 181

— statique, 181

Enquête

— de marché, 195 et s.

— Pouvoirs d', 192 et s.

Erreurs de type I et II, 174

États membres, 219, 220, 230 et s., 236 et s.

G

GAFAM, 50, 52, 104, 196, 286,

Gains d'efficacité, 125 et s., 175

Gatekeepers, 286

H

Hayek F. A., 24, 120, 164

I

Informations sensibles, 139 et s.,

Innovation

— Effet de restriction de l', 116 et s. 175

— « Marché de l' ». *Voir* marché innovant

Interprétation, 216, 246 et s.

— Théorie de l', 8

K

Kelsen H., 7 et s., 18

Killer acquisitions, 9, 13

L

Lacunes

— Théorie de l'absence de, 8

— du droit des concentrations, 12, 160 et s., 284, 288

Liberté contractuelle, 9

M

Marché

— biface, 31, 54, 82, 150 et s.

— de produits et services, 57

— géographique, 57

— innovant, 40 et s., 285

— intérieur, 57, 33, 224

— monopolistique, *Voir* monopole

— multiface, 54, 150 et s.

— oligopolistique, *Voir* oligopole

Monopole, 27 et s., 48, 147, 166

N

Non-droit (hypothèse du), 4 et s.

Notifiabilité, 205 et s.

O

Oligopole, 96, 99, 166

P

Parts de marché, 102

Phénomène (de *killer acquisitions*), 3, 9

Prix

— Réglementation des, 112

— Théorie des, 22

Processus de

— concurrence, 21 et s.

— découverte, 24 et s.

— destruction-créatrice, 25 et s.

Producteur

— Surplus du, 184 et s.

Production, 113 et s.

Position dominante

— Abus de, 147, 199

— Création ou renforcement de, 33, 67, 98 et s.

Pouvoir de marché, 102 et s., 119, 209, 212, 287

R

Renvoi (mécanisme de), 218 et s.

S

Schumpeter J., 25 et s., 48, 164

Scénario(s) d’atteinte à la concurrence,
92

Secteurs

— numérique, 42 et s.

— pharmaceutique, 49 et s.

Seuils de contrôle, 206 et s.

Smith A., 22, 70

Start-up(s), 9, 103

Structure du marché, 22, 224

Substituabilité, 60 et s.

— Non (substituabilité), 77 et s.

Surplus

— du consommateur. *Voir* consommateur

— du producteur. *Voir* producteur

T

Terme

— Analyse à court, 172 et s.

— Analyse à moyen, 172

— Analyse à long, 189 et s.

Théorie

— de l’interprétation, 8

Theory(its) of harm. *Voir* scénario(s)
d’atteinte à la concurrence

V

Valeur de la transaction, 213

Verrouillage

— de la clientèle, 138

— des intrants, 137

— du marché, 86, 134 et s., 143, 257

Vestager M., 286

Table des matières

Sommaire	2
Liste des abréviations	3
Introduction	6
PARTIE 1. LE PHÉNOMÈNE DES « KILLER ACQUISITIONS » EN DROIT DES CONCENTRATIONS	12
TITRE 1. L'APPRÉHENSION DU PHÉNOMÈNE	13
Chapitre 1. Une approche des « killer acquisitions »	14
<i>Section 1. Une approche économique et juridique</i>	<i>14</i>
I. Une approche économique	15
A. Les éléments économiques	15
1. <i>Le processus de concurrence</i>	15
2. <i>Le processus de découverte</i>	18
3. <i>Le processus de destruction-créatrice</i>	19
4. <i>L'effet de remplacement</i>	20
B. Une classification économique	21
II. Une approche juridique	23
A. Une approche par le droit des concentrations	23
B. La pertinence du droit des concentrations	25
<i>Section 2. Une approche sectorielle</i>	<i>25</i>
I. Le secteur pharmaceutique	26
A. L'observation du phénomène sur le secteur pharmaceutique	27
B. Une qualification de « marché innovant »	27
II. Le secteur numérique	29
A. L'observation du phénomène sur le secteur numérique	29
B. Une qualification de « marché innovant »	30
Chapitre 2. La classification des « killer acquisitions »	32
<i>Section 1 : Les « killer acquisitions » horizontales</i>	<i>33</i>
I. La qualification de « concentration horizontale »	33
A. Le critère de substituabilité des produits et services	33
B. Une qualification fréquente en matière de « killer acquisitions »	34
II. Une appréciation méfiante	35
A. Un degré élevé d'atteinte à la concurrence	35
B. L'absence de consensus	36

1. L'école de Chicago.....	36
2. L'école de Harvard.....	37
Section 2 : Les « killer acquisitions » non-horizontales	38
I. La qualification de « concentration non-horizontale »	38
A. Le critère de non-substituabilité et de complémentarité des produits et services	39
1. La qualification de « concentration verticale »	39
2. La qualification de « concentration conglomérale »	39
B. Une qualification ponctuelle en matière de « killer acquisitions »	40
II. Une appréciation bienveillante.....	41
A. Un degré faible d'atteinte à la concurrence.....	42
1. En matière de concentration verticale	42
2. En matière de concentration conglomérale.....	43
B. L'existence d'un consensus.....	43
TITRE 2. LES EFFETS DU PHÉNOMÈNE SUR LA CONCURRENCE	45
Chapitre 1. Les effets des « killer acquisitions » horizontales.....	46
Section 1. Le renforcement d'une position dominante	47
I. Une analyse préliminaire de la structure du marché.....	48
A. Les parts de marché et le degré de concentration	48
B. Le degré de substituabilité.....	50
II. Une analyse approfondie des effets de l'opération	51
A. Un effet d'augmentation des prix.....	51
B. Un effet de réduction de la production.....	52
Section 2. La restriction de l'innovation.....	53
I. Le constat d'une restriction de l'innovation.....	54
A. La cessation d'un projet d'innovation.....	54
B. Un effet de restriction de l'innovation.....	55
II. La prise en compte marginale de l'innovation.....	56
A. Une jurisprudence sceptique.....	56
B. Un moyen de défense rejeté.....	57
Chapitre 2. Les effets des « killer acquisitions » non-horizontales	58
Section 1. Les effets des « killer acquisitions » verticales	59
I. L'effet de verrouillage du marché.....	59
A. Le verrouillage du marché	59
B. Les manifestations du verrouillage de marché	61
II. L'effet particulier de l'accès aux informations sensibles.....	61

A. Une manifestation du verrouillage de marché.....	61
B. Une jurisprudence naissante en matière de « killer acquisitions »	62
Section 2. Les effets des « killer acquisitions » conglomerales	63
I. Les effets de levier et de portefeuille	63
A. L'effet de levier.....	64
B. Les effets de portefeuille.....	65
II. La prédisposition du secteur numérique à l'apparition d'effets conglomeraux	65
A. Les caractéristiques de la plateforme numérique	66
B. La prédisposition de la plateforme numérique à l'apparition d'effets conglomeraux	67
PARTIE 2. LA SINGULARITÉ DU PHÉNOMÈNE DES « KILLER ACQUISITIONS » POUR LE DROIT DES CONCENTRATIONS	70
TITRE 1. LES LACUNES DU DROIT DES CONCENTRATIONS FACE AU PHÉNOMÈNE	71
Chapitre 1. Les lacunes substantielles face au phénomène	72
Section 1. Les lacunes relatives au concept de concurrence potentielle	72
I. Le concept de concurrence potentielle	73
A. La notion de « concurrence potentielle ».....	73
B. La caractérisation de « concurrence potentielle »	74
II. Les difficultés attachées à la concurrence potentielle	75
A. Une analyse à court terme	76
B. Les erreurs de type I et de type II.....	77
Section 2. Les lacunes relatives au concept d'« innovation »	77
I. La singularité du concept d'innovation pour le bien-être du consommateur	78
A. Le standard du bien-être du consommateur	78
B. Les limites du bien-être du consommateur pour l'innovation	80
II. L'adéquation du concept d'innovation au bien-être total.....	81
A. Le standard du bien-être total	81
B. L'accueil par le bien-être total de l'innovation	81
Chapitre 2. Les lacunes procédurales face au phénomène	83
Section 1. Les lacunes relatives à la détection du phénomène	83
I. L'absence de pouvoirs d'enquête pour une détection préalable.....	83
A. L'existence de pouvoirs d'enquête.....	84
B. L'inefficacité d'une éventuelle insertion d'un pouvoir d'enquête sur le marché	85
II. L'insuffisance d'un contrôle ex ante des concentrations pour une détection ultérieure	86
A. L'institution d'un contrôle ex ante des concentrations	86
B. L'opportunité d'un contrôle ex post des concentrations	88

<i>Section 2. Les lacunes relatives à la notifiabilité du phénomène</i>	90
I. L'existence de seuils de contrôle élevés.....	90
A. Les seuils de contrôle.....	90
B. L'inconvenance d'une baisse des seuils de contrôle.....	91
II. L'existence de critères de contrôle inadaptés	91
A. Le critère du chiffre d'affaires	92
B. La diversité des autres critères de contrôle.....	92
TITRE 2. LA SOLUTION INTERPRÉTATIVE POUR LA RÉSORPTION DU PHÉNOMÈNE.....	95
Chapitre 1. L'opportunité de l'article 22 du Règlement face au phénomène	96
<i>Section 1. L'institution du mécanisme de renvoi ascendant par l'article 22 du Règlement</i>	96
I. Le contexte historique de l'article 22 du Règlement	97
A. L'adoption de l'article 22 du Règlement	97
B. La préservation de l'article 22 du Règlement.....	98
II. La mise en œuvre de l'article 22 du Règlement	99
A. Les conditions substantielles	99
B. Les conditions procédurales	101
<i>Section 2. L'incertitude d'une condition relative à la compétence nationale</i>	102
I. Une jurisprudence exigeant une condition de compétence nationale	102
A. L'hypothèse d'une demande simple : une condition exigée	103
B. L'hypothèse d'une demande conjointe : une condition minimisée	104
II. Une interprétation littérale ouverte à une absence de compétence nationale.....	104
A. Une opportunité conservée par la Commission européenne.....	104
B. Une admission exceptionnelle.....	106
Chapitre 2. L'ouverture d'une interprétation extensive de l'article 22 du Règlement	108
<i>Section 1. Les modalités d'application de l'interprétation extensive</i>	110
I. Les modalités substantielles de l'interprétation extensive	110
A. La condition d'une affectation du commerce entre États membres.....	111
B. La condition d'une affectation significative de la concurrence.....	112
II. Les modalités procédurales de l'interprétation extensive	113
A. La condition d'une communication de l'opération de concentration.....	113
B. L'effet suspensif et les délais.....	114
1. L'aménagement de l'effet suspensif	115
2. Les délais de renvoi et de contrôle	116
<i>Section 2. La résorption des lacunes du droit des concentrations face au phénomène.....</i>	116
I. La résorption des lacunes procédurales face au phénomène.....	116

A. La suppression des seuils de contrôle	117
B. La soumission des killer acquisitions au droit des concentrations	118
II. La persistance des lacunes substantielles face au phénomène	119
A. La persistance des lacunes relatives à la concurrence potentielle et l'innovation.....	119
1. <i>Le concept inchangé de concurrence potentielle</i>	119
2. <i>Une avancée mineure pour le concept de l'innovation</i>	119
B. Une réflexion nécessaire sur l'opportunité d'un nouveau paradigme	120
Conclusion	123
Bibliographie.....	124
Index	137
Table des matières	141