



Commissioner Vestager's announcement on referral of cases below national merger filing thresholds: what implications for businesses in France?

European Commissioner for Competition Margrethe Vestager recently announced an important change to EU merger control: the introduction of a possibility for national competition authorities to refer cases they do not have the power to review themselves (ie when national merger control thresholds are not met) to the European Commission (**Commission**). This modification of the existing referral system, expected to take effect from mid-2021, will enable the Commission to review potentially anti-competitive mergers even if they do not reach merger filing thresholds, and, critically, where the target has no or little turnover – so-called ‘killer acquisitions’. However, for the time being, uncertainties remain as to how this change will be implemented.

BACKGROUND

Article 22 of Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (**EUMR**)¹ establishes a system of case referrals between national competition authorities (**NCA**s) of EU Member States and the Commission, according to which:

- any NCA can refer a concentration to the Commission even though the concentration does not have an EU dimension when the concentration (i) affects trade between Member States and (ii) threatens to significantly affect competition within the territory of the Member State making the referral; and

¹ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L/24, 29.1.2004, pp 1-22.

- any other NCA has the right to join the initial request made by the first NCA within 15 working days of being informed by the Commission of that request.

THE COMMISSION'S CHANGE OF DOCTRINE

Although not an EUMR statutory condition, the Commission's practice has been to discourage NCAs from referring cases that they did not have the power to review themselves, ie when the national merger filing thresholds, usually set by reference to turnover (but sometimes also market shares or transaction value), were not met. However, a company's low turnover or market share does not always reflect its existing or potential future importance in the market. As a result, some important mergers which could seriously affect competition (Commissioner Vestager thinks a "handful" each year), are not being reviewed by the Commission or by any NCA.

For this reason, Commissioner Vestager announced earlier in September that the Commission "*plan[s] to start accepting referrals from national competition authorities of mergers that are worth reviewing at the EU level – whether or not those authorities had the power to review the case themselves*". She emphasised that this policy change will be covered by new Commission guidance, expected to enter into force around the middle of 2021. For further information on the Commission's plans for EU merger control, including simplification of the merger process and a reflection on the substantive assessment, see our alert [EU merger control: the road ahead](#).

A POSITION SUPPORTED BY THE FRENCH COMPETITION AUTHORITY

Since the entry into force of the revised EUMR in 2004 and up to the end of August 2020, NCAs have made 33 initial referrals to the Commission on the basis of Article 22 – of which only one was made by the French Competition Authority (FCA).² The FCA has also joined the referrals of other NCAs in several cases,

thereby using its power to make or join a referral in more than 25% of all the referrals made to the Commission.³

The FCA has long called for this change in interpretation of Article 22 and warmly welcomed Commissioner Vestager's announcement in a [press release](#) dated 15 September 2020. During the course of 2020, the FCA had repeatedly expressed its broad interpretation of Article 22, considering that the referral process applies "*even though the merger in question would not be subject to a mandatory notification in the Member State,*" ie even though national thresholds are not met.⁴

The FCA further highlighted that this change was warranted as it will enable NCAs to fill in the gaps in the existing turnover-based framework, both at national and European levels. Of specific concern are transactions involving highly innovative targets that are only starting to obtain returns on their innovations in the market, and which may not be subject to merger controls, as the target has an insufficient turnover to trigger the notification thresholds. The digital, pharmaceutical and biotechnologies sectors, as well as a number of highly concentrated industrial sectors, are those in which this scenario is particularly likely. Another scenario could involve dominant undertakings buying out their small competitors on markets with already high levels of concentration, therefore raising competition concerns in terms of the competitive dynamics of the markets or maintaining incentives to innovate.

SOME REMAINING UNCERTAINTIES WITH REGARD TO THE BROADENING OF THE REFERRAL SYSTEM

The Commission did not specify how NCAs may become aware of mergers that may "seriously affect competition" and which could be referred to the Commission on the basis of Article 22 of the EUMR. These mergers are not notified to the relevant NCA(s),

² This concerned a concentration in the shipbuilding and floating structures sectors. See Case M.9162, Fincantieri/Chantiers de l'Atlantique, referred on 22 November 2018. The referral was joined by the German competition authority, to which the merger was also notified, on 30 November 2018.

³ This includes, in particular, two referrals for companies active in the manufacture of chemical products (M.5969 SC Johnson/Sara Lee and M. 6191 Birla/ Columbian Chemicals), two for companies in the IT sector (computers and peripheral equipment, software publishing, data processing) (M. 6773 Canon/Iris and M. 8788 Apple/Shazam) and one in the manufacture of paper and

paperboard products (M.9293 Iconex/Hansol Denmark/R+S Group). The FCA joined the referrals, along with other NCAs: the parties did not notify in France.

⁴ FCA's Decision 20-D-01 of 16 January 2020, regarding a practice implemented in the digital terrestrial television broadcasting sector (available in French [here](#)), para. 125; see also France's Contribution to the Debate on Competition Policy and the Challenges raised by the Digital Economy of 19 February 2020, where the FCA called for a return to a broader interpretation of these provisions (available in French [here](#)), p. 12 and its 2020 Guidelines Regarding Merger Control (available in French [here](#)), para. 340.

as the parties' turnover does not meet the national filing thresholds.

Of course, the FCA will continue to screen transactions in the market and could also be alerted by third parties. One could even imagine that the parties to the transaction themselves may want, for reasons of legal certainty, to consult with the FCA beforehand as to its possible intention to refer the merger to the Commission. This would however suppose that the parties are prepared to consider that the transaction may "seriously affect competition", with the potential consequences attached to such a qualification.

Neither has the Commission provided indications as to the applicable time period within which NCAs will have to refer such mergers to the Commission and whether this might be possible post-merger. When undertakings are not required to notify their operation in any Member State, they can close their transaction without any prior authorisation – this certainty could be jeopardised with the new approach to Article 22, if the Commission were to accept post-merger referral requests from NCAs.

A CHANGE OF POLICY IN LINE WITH THE NCAS' PROPOSALS IN THE CONTEXT OF THE COMMISSION'S REFORM OF ITS GENERAL MERGER CONTROL FRAMEWORK

Some NCAs have been advocating for a reform of the Commission's merger control framework in order to enable the review of mergers that do not exceed the revenue-based thresholds but which still potentially affect the structure of competition.

In that regard, while the Commission has rejected outright the possibility of lowering the revenue-based EU notification thresholds, it has expressed interest in monitoring "*the performance of the transaction value-based thresholds recently introduced both in Austria and in Germany*", of EUR400 million and EUR200m respectively.⁵

In 2018 the FCA had expressed its unwillingness to implement value-based notification thresholds in

France. Instead, in a 2020 [OECD Contribution](#), it proposed the implementation of a two-step mechanism, consisting of:

- **Obliging "structuring platforms"** (which would be pre-defined according to objective criteria) **to inform** the Commission or the relevant NCA(s) of all concentrations they consider implementing in Europe. The relevant competition authority could, on this basis, ask the platform to notify the concentration whenever that concentration could seriously affect competition; and
- **Implementing a notification mechanism** at the initiative of an NCA based on competitive monitoring – similar to schemes in some other EEA Member States such as Hungary, Lithuania, Norway, and Sweden – whenever (i) the combined worldwide turnover exceeds EUR150m, (ii) the operation raises substantial competition concerns in the territory concerned, and (iii) the operation does not fall within the Commission's jurisdiction.

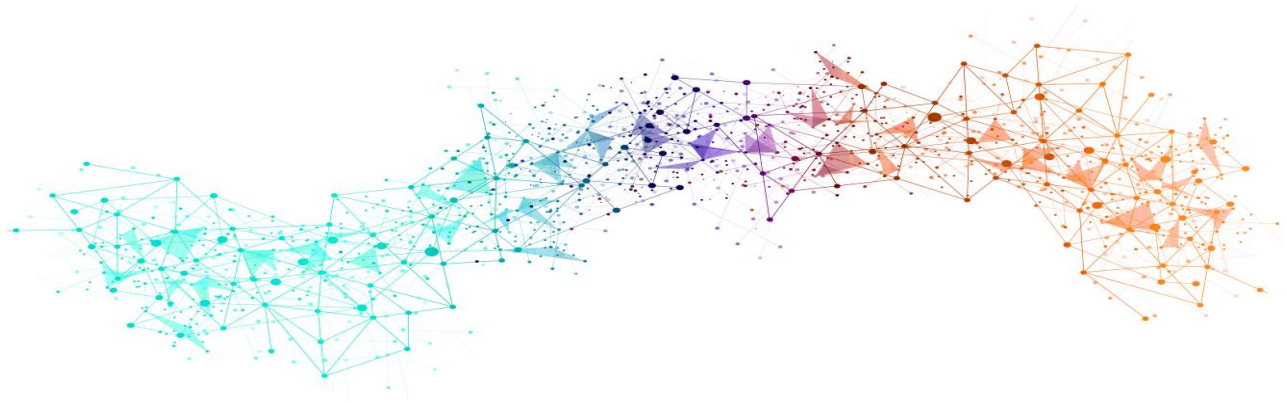
These proposals would also raise uncertainties for companies, in particular with regard to the criteria that would be taken into account by NCAs in implementing their competitive monitoring.

The new guidelines, set to be published by the Commission in 2021, will no doubt clarify some of these points.

⁵ *Competition Policy for the Digital Era*, European Commission, 2019 (available [here](#)), p. 124. Both Germany and Austria have implemented alternative (secondary) thresholds to their revenue-based thresholds (see, for Germany, Section 35(1a) of the German

Act against Restraints of Competition and, for Austria, Section 9(4) of the Austrian Act against Cartels and other Restrictions of Competition).

OCTOBRE 2020



Annonce de la Commissaire Vestager sur le renvoi des concentrations en dessous des seuils nationaux de notification : quelles conséquences pour les entreprises en France ?

La Commissaire européenne à la concurrence Margrethe Vestager a récemment annoncé un changement important relatif au contrôle des concentrations au sein de l'Union européenne: l'introduction d'une possibilité, pour les autorités nationales de concurrence, de renvoyer à la Commission européenne (la **Commission**) les concentrations qu'elles n'ont pas la possibilité de contrôler elles-mêmes (c'est-à-dire, lorsque les seuils nationaux de notification ne sont pas atteints). Cette modification du système de renvoi existant, qui devrait entrer en vigueur à partir de la mi-2021, permettra à la Commission d'examiner des concentrations potentiellement anticoncurrentielles même si elles ne franchissent pas les seuils de notification, en particulier lorsque la cible ne génère que peu ou pas de chiffre d'affaire – les acquisitions dites « prédatrices ». Des incertitudes subsistent toutefois quant à la manière dont ce changement sera mis en œuvre.

CONTEXTE

L'Article 22 du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le **Règlement sur les concentrations**)¹ prévoit un système de renvoi de

dossiers entre les autorités nationales de concurrence (les **ANC**) des États membres de l'UE et la Commission, en vertu duquel:

- toute ANC peut renvoyer une concentration à la Commission, bien que cette concentration ne soit pas de dimension européenne, lorsque cette

¹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, OJ L 24, 29.1.2004, p. 1–22.

concentration (i) affecte le commerce entre États membres et (ii) menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire de l'État membre qui fait la demande de renvoi; et

- toute autre ANC a la possibilité de se joindre à la demande initiale présentée par la première ANC dans un délai de 15 jours ouvrables à compter de la date à laquelle la Commission l'a informée de cette demande.

LE CHANGEMENT DE DOCTRINE DE LA COMMISSION

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une condition imposée par le Règlement sur les concentrations, la Commission a dans le passé découragé les ANC de lui renvoyer des concentrations qu'elles n'avaient pas le pouvoir de contrôler elles-mêmes, c'est-à-dire lorsque les seuils nationaux de notification, généralement fixés par référence au chiffre d'affaires (parfois aussi par référence aux parts de marché ou à la valeur de la transaction), n'étaient pas atteints. Le faible chiffre d'affaires ou la faible part de marché d'une entreprise ne reflète toutefois pas toujours son importance actuelle ou potentielle future sur le marché. Par conséquent, certaines concentrations importantes, qui pourraient affecter significativement la concurrence (et qui représentent, chaque année, une « poignée » des concentrations d'après les termes de la Commissaire Vestager), ne sont examinées ni par la Commission, ni par une ou plusieurs ANC.

Pour cette raison, la Commissaire Vestager a annoncé début septembre que la Commission « envisage[ait] de commencer à accepter les renvois par les autorités nationales de concurrence de certaines concentrations qui méritent d'être examinées au niveau de l'UE – que ces autorités aient ou non le pouvoir de contrôler elles-mêmes la concentration ». Elle a souligné que ce changement de politique interviendra dans le cadre des nouvelles lignes directrices de la

Commission, qui devraient entrer en vigueur au milieu de l'année 2021.

Pour de plus amples informations sur les projets de la Commission en matière de contrôle des concentrations dans l'UE, et en particulier la simplification du processus de concentration et une réflexion sur l'évaluation du système actuel, voir notre alerte [EU merger control: the road ahead](#) (en anglais).

UNE POSITION SOUTENUE PAR L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Depuis l'entrée en vigueur du Règlement révisé sur les concentrations en 2004 et jusqu'à fin août 2020, les ANC ont effectué 33 demandes initiales de renvoi à la Commission sur la base de l'Article 22 – dont une seule a été effectuée par l'Autorité de la concurrence (l'ADLC)². L'ADLC s'est également jointe aux demandes de renvois d'autres ANC dans plusieurs affaires, utilisant son pouvoir d'effectuer ou de se joindre à un renvoi dans plus de 25 % des demandes de renvoi soumises à la Commission³.

L'ADLC, qui milite depuis longtemps en faveur d'un changement d'interprétation de l'Article 22, a accueilli favorablement l'annonce de la Commissaire Vestager dans un [communiqué de presse du 15 septembre 2020](#). Au cours de l'année 2020, l'ADLC avait déjà exprimé à plusieurs reprises son interprétation large de l'Article 22, considérant que la procédure de renvoi s'applique « même si la concentration en question n'est pas soumise à une notification obligatoire dans l'État membre », c'est-à-dire même si les seuils nationaux ne sont pas franchis⁴.

L'ADLC a par ailleurs souligné que ce changement était nécessaire, dans la mesure où il permettra aux ANC de combler les lacunes du système actuel basé sur les chiffres d'affaires, tant aux niveaux nationaux qu'europpéen. Sont plus particulièrement visées les opérations portant sur des acteurs cibles très innovants,

² Le renvoi concernait une concentration dans le secteur de la construction de navires et de structures flottantes. Voir l'affaire M.9162, Fincantieri/Chantiers de l'Atlantique, renvoyée le 22 novembre 2018. L'autorité allemande de la concurrence s'est jointe à ce renvoi, à laquelle la concentration avait également été notifiée, le 30 novembre 2018.

³ Ces renvois concernaient deux concentrations dans le secteur de la fabrication de produits chimiques (M.5969 SC Johnson/Sara Lee et M.6191 Birla/Columbian Chemicals), deux concentrations dans le secteur informatique (ordinateurs et équipements périphériques, édition de logiciels, traitement de données) (M.6773 Canon/Iris et M.8788 Apple/Shazam) et une concentration dans le secteur de la

fabrication d'articles en papier et en carton (M.9293 Iconex/Hansol Denmark/R+S Group). L'ADLC s'est jointe à ces renvois, ainsi qu'à d'autres ANC, alors que les parties n'avaient pas notifié en France. ⁴ Décision n° 20-D-01 du 16 janvier 2020 relative à une pratique mise en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision numérique terrestre (disponible [ici](#)), para. 125 ; voir aussi la Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques du 19 février 2020, où l'ADLC préconisait un retour à une interprétation plus large de ces dispositions (disponible [ici](#)), p. 12 ; et les Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations de 2020 (disponible [ici](#)), para 340.

qui commencent tout juste à valoriser leur innovation sur le marché, et qui ne sont pas appréhendées par le contrôle des concentrations dans la mesure où l'acteur cible a un chiffre d'affaires trop faible pour déclencher les seuils de notification. L'économie numérique et les secteurs pharmaceutique et des biotechnologies, ainsi qu'un certain nombre de secteurs industriels très concentrés, constituent des secteurs dans lesquels ce scénario est particulièrement probable. Le fait, pour des entreprises dominantes, d'acquiescer leurs concurrents de petite taille sur des marchés déjà très concentrés peut également soulever des problèmes de concurrence en termes de dynamique concurrentielle des marchés ou de maintien des incitations à innover.

DES INCERTITUDES QUI DEMEURENT DANS LE CADRE DE L'ÉLARGISSEMENT DU SYSTÈME DE RENVOI

La Commission n'a pas clarifié la manière dont les ANC pourront avoir connaissance des concentrations qui seront susceptibles d'« affecter gravement la concurrence » et qui pourraient être renvoyées à la Commission sur la base de l'Article 22 du Règlement sur les concentrations. Ces opérations ne sont en effet pas notifiées à la/aux ANC concernée(s), dans la mesure où le chiffre d'affaires des parties ne dépasse pas les seuils nationaux de notification.

L'ADLC continuera, bien entendu, à surveiller les opérations sur le marché et pourrait également être alertée par des tiers. On peut également imaginer que les parties à l'opération puissent elles-mêmes souhaiter, pour des raisons de sécurité juridique, consulter au préalable l'ADLC quant à son éventuelle intention de renvoyer cette opération à la Commission. Cela supposerait toutefois que les parties à l'opération soient prêtes à concéder que l'opération est susceptible d'« affecter gravement la concurrence », et à subir les potentielles conséquences liées à une telle qualification.

La Commission n'a pas non plus fourni d'indications quant au délai dans lequel les ANC devront renvoyer ces concentrations à la Commission, ni quant à la possibilité même que ce renvoi intervienne après la réalisation de la concentration. Alors que le système en

vigueur permet aux entreprises de réaliser leur concentration sans autorisation préalable dès lors qu'elles ne sont pas tenues de notifier leur opération dans un État membre, cette certitude pourrait être mise à mal par la nouvelle approche retenue s'agissant de l'Article 22, dans l'éventualité où la Commission accepterait les demandes de renvoi *ex post* des ANC.

UN CHANGEMENT DE POLITIQUE CONFORME AUX PROPOSITIONS DES ANC DANS LE CADRE DE LA RÉFORME, PAR LA COMMISSION, DE SON RÉGIME GÉNÉRAL DE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Certaines ANC militent pour une réforme du système de contrôle des concentrations de la Commission afin de permettre l'examen de concentrations qui ne dépassent pas les seuils en chiffre d'affaires mais qui affectent potentiellement la dynamique de la concurrence.

En ce sens, si la Commission a catégoriquement rejeté la possibilité d'abaisser les seuils de notification européens fondés sur le chiffre d'affaires des parties, elle a exprimé son intérêt à surveiller attentivement « l'efficacité des seuils fondés sur la valeur des transactions récemment introduits en Autriche et en Allemagne », respectivement de 400 et 200 millions d'euros⁵.



⁵ *Competition Policy for the Digital Era*, 2019 (disponible en anglais [ici](#)), p. 124. L'Allemagne et l'Autriche ont toutes deux instauré des seuils alternatifs (secondaires) à leurs seuils en chiffre d'affaires (voir, pour l'Allemagne, la section 35(1a) de la Loi allemande contre les

restrictions de concurrence et, pour l'Autriche, la section 9(4) de la Loi autrichienne contre les cartels et les autres restrictions de concurrence).

Dès 2018, l'ADLC a indiqué ne pas souhaiter introduire de seuils fondés sur la valeur en France. Dans le cadre d'une [contribution pour l'OCDE en 2020](#), elle a plutôt proposé la mise en place d'un mécanisme en deux étapes, qui consisterait à

- **Obliger les plateformes « structurantes »** (qui seraient pré-définies selon des critères objectifs) à **informer** la Commission ou la/les ANC concernée(s) de toutes les concentrations qu'elles envisagent de mettre en œuvre en Europe. L'autorité de concurrence compétente pourrait, sur cette base, demander à la plateforme de notifier la concentration chaque fois que celle-ci pourrait affecter sérieusement la concurrence; et
- **Mettre en œuvre un mécanisme de notification** à l'initiative d'une ANC sur la base d'une veille concurrentielle – similaire à celle existant dans certains autres États membres de l'EEE tels que la Hongrie, la Lituanie, la

Norvège et la Suède – lorsque (i) le chiffre d'affaires mondial cumulé est supérieur à 150 millions d'euros, (ii) l'opération soulève des préoccupations substantielles de concurrence identifiées sur le territoire concerné et (iii) l'opération ne relève pas de la compétence de la Commission.

Ces propositions soulèvent également des incertitudes pour les entreprises, s'agissant notamment des critères qui seraient pris en compte par les ANC pour mettre en œuvre leur veille concurrentielle.

Les nouvelles lignes directrices qui seront publiées par la Commission en 2021 apporteront sans doute des éclaircissements sur certains de ces points.

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy (Holdings) Limited is a limited company registered in England and Wales with registered number 07462870. Allen & Overy LLP and Allen & Overy (Holdings) Limited are authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales.

The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or a director of Allen & Overy (Holdings) Limited or, in either case, an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners, and a list of the directors of Allen & Overy (Holdings) Limited, is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.

© Allen & Overy LLP 2020. This document is for general guidance only and does not constitute definitive advice.