

Université Paris-Panthéon-Assas

Institut de droit comparé

Master 2 Droit comparé des affaires

Sous la direction de Madame le Professeur Marie-Élodie

Ancel 2025-2026



Le contrôle européen et américain des concentrations dans le secteur du numérique

Mémoire sous la direction de Monsieur le professeur Bosco

Iyad Cuiec

Séjour de recherche à la faculté de droit de Harvard

Avertissement préliminaire

L'Université Paris-Panthéon-Assas et la faculté de droit de Harvard n'entendent donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je souhaite tout d'abord remercier Monsieur le Professeur Bosco d'avoir accepté de superviser la rédaction de ce mémoire, de m'avoir éclairé de ses précieux conseils et pour ses enseignements passionnés qui ont renforcé mon désir d'approfondir le Droit américain de la concurrence.

J'exprime ensuite ma gratitude à Madame le Professeur Le Coq pour m'avoir éclairé sur les questions économiques centrales à l'objet de ce mémoire et pour ses enseignements rigoureux qui m'auront permis d'appréhender le Droit de la concurrence sous un prisme radicalement différent.

Je tiens également à remercier Pierre-Jean Thil, mon ami, pour toute l'aide qu'il m'a apporté dans la rédaction de ce mémoire, pour la clarté de ses conseils et pour sa rigueur bienveillante.

Plus personnellement, je tiens à remercier mes parents pour leur accompagnement et leur soutien tout au long de mon parcours universitaire.

Enfin, je souhaite remercier Madame le Professeur Ancel pour m'avoir permis d'intégrer cette formation d'excellence, me donnant ainsi l'opportunité d'effectuer ce séjour de recherche à l'étranger.

Résumé

Si l'industrie pharmaceutique a longtemps constitué le terrain sur lequel le Droit de la concurrence éprouvait ses limites, c'est désormais le secteur numérique qui en repousse continuellement les frontières. En particulier, les acquisitions numériques éprouvent successivement chacun des maillons du contrôle des concentrations, que cela soit dans l'Union européenne ou aux États-Unis.

L'étude est conduite à l'aune de l'analyse coût-erreur, formalisée par Isaac Ehrlich et Richard Posner puis transposée au Droit antitrust par Frank Easterbrook, laquelle préconise de faire porter le risque sur l'autorisation d'une opération nocive, l'erreur de type II, plutôt que sur l'interdiction d'une opération inoffensive, l'erreur de type I, l'autorisation erronée n'étant qu'une erreur temporaire que l'entrée de nouveaux concurrents viendra corriger quand l'interdiction erronée détruit définitivement une valeur qu'aucun mécanisme de marché ne restituera. Or cette prémisse s'effondre dans le secteur numérique, dès lors que la correction attendue supposerait l'entrée d'un opérateur nouveau alors que l'acquisition prédatrice a pour objet même la neutralisation de celui-ci. Il en résulte qu'une politique du contrôle des concentrations ne peut être pertinente pour le numérique qu'à la condition d'être interventionniste.

Les Droits substantiels américain et européen du contrôle des concentrations se révèlent relativement convergents dans leur appréhension du numérique. Le concept fonctionnel européen d'entreprise et le concept formel américain de « person » captent l'opérateur numérique par des voies opposées mais avec la même résultat, et les notions de concentration captent relativement bien les opérations numériques, seules quelques techniques d'évitement, dont notamment le reverse acquihiring, laissant subsister une zone d'ombre qui relève moins d'une lacune des notions que de l'abstention des autorités. En outre, les instruments d'analyse de marché, remis en cause par la multifacialité des plateformes et par la gratuité apparente des services, ont été renouvelés de manière convergente dans l' Union et aux États-Unis, le nombre d'utilisateurs, la dégradation de la qualité et la valorisation de la cible venant relayer le prix et la part de marché. L'évaluation du risque d'entrave significative révèle en revanche une dissymétrie d' approche entre les deux systèmes, le Droit européen disposant d'un critère substantiellement adéquat qu'une exigence probatoire élevée prive d'une part de son effectivité, le Droit américain d'une doctrine de l'état naissant que les juges ont resserrée jusqu'à la faire coïncider avec l'analyse rétrospective à laquelle elle devait échapper, et d'un second volet de la section 7 du Clayton Act inutilisé malgré un fort potentiel.

Néanmoins, les Droits européen et américain de la mise en œuvre divergent bien davantage face au numérique. Les seuils européens en chiffre d'affaires comme les seuils américains en valeur de transaction échouent également à déclencher le contrôle, les premiers étant tenus en échec par l'absence de recettes des cibles numériques, les seconds par la circonstance qu'ils reposent sur un prix que les parties déterminent elles-mêmes. Le contrôle ex post ne rattrape qu'une fraction des opérations ainsi échappées, l'article 102 du TFUE, à travers l'arrêt *Towercast*, exigeant une dominance préalable, une identité de marché et l'insuffisance du contrepoids résiduel, et l'absence de forclusion de l'action fondée sur la section 7 du Clayton Act ne bénéficiant qu'aux seules autorités fédérales. Les procédures elles-mêmes sont déconnectées des réalités du secteur, l'obligation de suspension perdant toute prise sur une intégration qui procède de la réunion des données, et la cession perdant son objet une fois les modèles réentraînés sur la base combinée.

Ainsi, le contrôle des concentrations, aux États-Unis comme dans l' Union, ne manque pas de concepts pour saisir les acquisitions numériques. La défaillance réside dans les seuils de contrôle, dans la norme de preuve et dans l'abstention des autorités devant des fondements dont elles disposent sans en user. De fait, la correction des deux régimes suppose seulement que les législateurs et les autorités de concurrence acceptent de faire porter le risque sur les erreurs de type I, soit de privilégier l'interventionnisme à la permissivité.

Principales abréviations

ABA	American Bar Association
ADN	Acide désoxyribonucléique
Aff.	Affaire
Aff. jtes	Affaires jointes
Aff. jtes	Affaires jointes
Art.	Article
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
c/	contre
CA Paris	Cour d'appel de Paris
CAT	Competition Appeal Tribunal
C.F.R.	Code of Federal Regulations
Cir.	Circuit
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMA	Competition and Markets Authority
Coll.	Collection
Comm. CE	Commission des Communautés européennes
Comm. UE	Commission européenne
COMP	Direction générale de la concurrence
DAF/COMP	Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee
D.C. Cir.	Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
D.D.C.	District Court for the District of Columbia
Décis.	Décision
DMA	Digital Markets Act
DOJ	Department of Justice
ECLI	European Case Law Identifier
ECN+	European Competition Network
Éd.	Édition
Et s.	Et suivants
F.2d, F.3d, F.4th	Federal Reporter, deuxième, troisième et quatrième séries
Fed. Reg.	Federal Register
F.T.C.	Federal Trade Commission Decisions
FTC	Federal Trade Commission
GAFAM	Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft
Gr. ch.	Grande chambre
HHI	Indice de Herfindahl-Hirschman
H.R. Rep.	House of Representatives Report
HSR Act	Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act
IA	Intelligence Artificielle
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
N.	Note
N°	Numéro
N.D. Cal.	Northern District of California
NFC	Near Field Communication
No.	Number
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
p.	Page
pts	points
R&D	Recherche et développement
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal

Règl.	Règlement
S.D.N.Y.	Southern District of New York
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition
SLC	Substantial Lessening of Competition
Spéc.	Spécialement
S. Rep.	Senate Report
SSNDQ	Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality
SSNIP	Small but Significant Non-transitory Increase in Price
Stat.	United States Statutes at Large
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
UE	Union européenne
UKSC	United Kingdom Supreme Court
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
U.S. Const. amend.	Constitution des États-Unis, amendement
U.S. Dist. LEXIS	United States District Court LEXIS
V.	Versus
Vol.	Volume
¶	Paragraph

Sommaire

Introduction.....	8
Partie I - Des droits substantiels du contrôle des concentrations relativement convergents dans le secteur numérique.....	12
Chapitre 1 - L'adéquation des notions des contrôles européens et américains des concentrations pour l'économie numérique.....	12
Chapitre 2 - Le renouvellement convergent de l'analyse de marché pour l'économie numérique.....	34
Chapitre 3 - L'évaluation du risque d'entrave significative à la concurrence à l'épreuve du numérique.....	50
Partie II - Des droits de la mise en oeuvre divergents dans le secteur du numérique.....	77
Chapitre 1 - L'inadéquation des méthodes de compétence des autorités de contrôle face aux acquisitions numériques.....	77
Chapitre 2 - Le contrôle ex post comme mécanisme correctif subsidiaire commun aux deux régimes.....	99
Chapitre 3 - Des procédures européenne et américaine déconnectées des réalités numériques.....	114
Conclusion.....	130

Introduction

Si l'industrie pharmaceutique a longtemps constitué le terrain sur lequel le Droit de la concurrence éprouvait ses propres limites, notamment à travers l'utilisation à des fins anticoncurrentielles des brevets et l'acquisition précoce de projets de recherche rivaux, et même à travers l'introduction du concept d'acquisition prédatrice¹ c'est désormais le secteur numérique qui en repousse continuellement les frontières, se plaçant ainsi comme la source de toutes les inquiétudes et de l'essentiel des débats doctrinaux. Ces bouleversements ont conduit les autorités de concurrence et les législateurs, aux États-Unis comme dans l'Union européenne (UE), à tenter de parer des risques concurrentiels d'une nature novatrice, particulièrement en étoffant leur arsenal juridique.

L'UE a adopté le règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 sur les marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, dit Digital Markets Act² (DMA), du règlement (UE) 2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères³, et par le renforcement des pouvoirs des autorités nationales de concurrence opéré par la directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018, dite ECN⁴. La refonte du contrôle des concentrations est également en cours, la Commission européenne ayant publié le 30 avril 2026 un projet de lignes directrices destiné à fusionner en un texte unique les lignes directrices horizontales de 2004 et non horizontales de 2008, soumis à consultation jusqu'au 26 juin 2026⁵. Les États-Unis ont pour leur part modernisé leur régime par la publication de nouvelles lignes directrices communes le 18 décembre 2023⁶.

Toutefois, s'agissant du régime européen, de nombreuses voix s'élèvent contre une prétendue inadaptation du Droit européen de la concurrence aux réalités du secteur numérique, par excès de rigueur, d'interventionnisme. Mario Draghi, dans son rapport sur l'avenir de la compétitivité européenne, soutient que les barrières réglementaires et la fragmentation du

¹ Cunningham C., Ederer F., Ma S., « Killer Acquisitions », *Journal of Political Economy*, vol. 129, n° 3, 2021, p. 649-702.

² Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828, JOUE L 265 du 12 octobre 2022, p. 1.

³ Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, JOUE L 330 du 23 décembre 2022, p. 1.

⁴ Directive (UE) 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, JOUE L 11 du 14 janvier 2019, p. 3.

⁵ Commission européenne, projet de communication, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations au regard du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 30 avril 2026.

⁶ Department of Justice, Federal Trade Commission, *Merger Guidelines*, 18 décembre 2023, 51 p.

marché intérieur maintiennent les entreprises européennes dans une taille insuffisante et appelle à ce que l'appréciation des concentrations intègre désormais leur potentiel d'innovation⁷. Dans la trace de l'ancien président de la Banque centrale européenne, les membres de la Dynamic Competition Initiative font valoir qu'un cadre hostile aux concentrations risque de condamner les firmes européennes à l'insignifiance dans l'économie numérique⁸.

À l'inverse du cas européen, critiqué pour son interventionnisme, le cas américain l'est pour son excès de permissivité. L'économiste américaine Fiona Scott Morton préconise, au terme des travaux du sous-comité qu'elle a présidé, qu'une présomption d'illicéité pèse sur les acquisitions réalisées par une plateforme dominante à l'égard d'un concurrent substantiel ou d'un concurrent potentiel unique⁹. Le Professeur Herbert Hovenkamp souligne quant à lui que le contrôle américain des concentrations est inadapté aux acquisitions de firmes à fort potentiel concurrentiel par les plateformes numériques dominantes¹⁰.

En Droit de l'Union, le contrôle est régi par le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004¹¹, lequel subordonne son application à la réalisation d'une concentration au sens de son article 3, soit le changement durable de contrôle résultant d'une fusion ou de l'acquisition d'une influence déterminante, et à la dimension européenne de l'opération, laquelle se détermine par les seuls seuils en chiffre d'affaires de son article 1er. L'appréciation au fond obéit au critère de l'entrave significative à une concurrence effective posé à l'article 2, paragraphe 3, la création ou le renforcement d'une position dominante. Le Droit américain repose sur la section 7 du Clayton Act de 1914, telle que refondue par le Celler-Kefauver Act du 29 décembre 1950¹², prohibant les acquisitions de titres ou d'actifs dont l'effet pourrait être de réduire substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole¹³, sans aucune condition de seuil ni de prise de contrôle, tandis que le Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (HSR Act) de 1976 y superpose une obligation procédurale de notification préalable assortie d'un délai d'attente, dont le déclenchement dépend non du chiffre d'affaires des parties

⁷ Draghi M., *The Future of European Competitiveness*, rapport à la Commission européenne, 9 septembre 2024, 73 p., spéc. p. 30 et p.35.

⁸ Bergqvist C., Bosco D., Dnes S., Heiden B., Helfat C., Jenny F., Klein P., Petit N., Soete L., Teece D., « Designing EU merger policy for competitiveness and growth », *Concurrences*, n° 11-2025, Insights.

⁹ Scott Morton F. (prés.), *Market Structure and Antitrust Subcommittee Report*, in *Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report*, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019, p. 23-138.

¹⁰ Hovenkamp H., « Monopolizing Digital Commerce », *William & Mary Law Review*, vol. 64, n° 6, 2023, p. 1677-1755.

¹¹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1.

¹² Celler-Kefauver Anti-Merger Act, Pub. L. No. 81-899, 64 Stat. 1125 (1950).

¹³ 15 U.S.C. §18.

mais de la valeur de la transaction¹⁴. L'Union connaît un système moniste, la Commission, agissant par sa Direction Générale de la concurrence disposant, dès lors que les seuils sont franchis, d'une compétence exclusive que le règlement rattache au principe du guichet unique, le contrôle juridictionnel n'intervenant qu'a posteriori devant le Tribunal et la Cour de Justice. Les États-Unis connaissent au contraire un dualisme institutionnel, la Federal Trade Commission (FTC) et l'Antitrust Division du Department of Justice (DOJ) se partageant la compétence selon une procédure informelle d'attribution, et ne pouvant faire obstacle à une opération qu'en saisissant le juge, fédéral ou administratif.

Ce qui se joue dans les deux systèmes est la répartition d'un risque d'erreur entre deux hypothèses également coûteuses, celle de l'interdiction d'une opération qui se serait révélée inoffensive, voire bénéfique, dont le coût est immédiat, identifiable et supporté par des parties déterminées, l'erreur de type I, et celle de l'autorisation d'une opération qui élimine une contrainte concurrentielle appelée à se déployer, dont le coût est différé, diffus et supporté par le marché tout entier, l'erreur de type II. L'analyse coût-erreur, formalisée par Isaac Ehrlich et Richard Posner puis transposée au Droit antitrust par Frank Easterbrook¹⁵, préconise de faire porter ce risque sur la seconde branche plutôt que sur la première, l'autorisation erronée n'étant qu'une erreur temporaire que l'entrée de nouveaux concurrents viendra corriger, quand l'interdiction erronée détruit définitivement une valeur qu'aucun mécanisme de marché ne restituera. Or cette prémisse s'effondre précisément dans le secteur numérique, d'une part car la correction attendue supposerait l'entrée d'un opérateur nouveau, alors que l'acquisition prédatrice a pour objet même la neutralisation de cet opérateur. D'ailleurs, il est manifestement moins coûteux pour les entreprises de chercher à neutraliser de potentiels concurrents que d'investir en R&D. Privilégier les erreurs de type II sur le marché numérique revient donc à inciter les entreprises à minimiser leurs efforts en innovation. Il en résulte que la neutralisation d'un concurrent naissant est, pour l'opérateur en place, moins coûteuse que l'effort de recherche qui lui permettrait de le devancer. Conséquemment, une politique du contrôle des concentrations ne peut être pertinente pour le numérique qu'à la condition d'être interventionniste.

¹⁴ Clayton Act § 7, 15 U.S.C. § 18 (2018).

¹⁵ Ehrlich I., Posner R. A., « An Economic Analysis of Legal Rulemaking », *The Journal of Legal Studies*, vol. 3, n° 1, 1974, p. 257-286 ; Easterbrook F. H., « The Limits of Antitrust », *Texas Law Review*, vol. 63, n° 1, 1984, p. 1-40.

L'objet de la présente étude est ainsi circonscrit aux concentrations du secteur numérique, et singulièrement aux acquisitions d'entreprises naissantes par les opérateurs en place, dont les caractéristiques, à savoir l'absence de recettes de l'entreprise cible, la nature incorporelle des actifs transférés et l'indétermination de son développement futur, éprouvent successivement chacun des maillons du raisonnement concurrentiel. Le recours au Droit comparé a pour objectif, ici, d'apprécier dans quelle mesure chaque régime saisit les spécificités des acquisitions numériques, en évaluant les solutions retenues à l'aune du coût respectif des erreurs de type I et de type II auxquelles elles exposent.

Il conviendra donc dans un premier temps d'étudier les Droits substantiels européen et américain du contrôle des concentrations, relativement convergents dans leur adaptabilité au secteur numérique, (Partie I - Des droits substantiels du contrôle des concentrations relativement convergents dans le secteur numérique) avant de se pencher sur les Droits de la mise en oeuvre, relativement divergents, en particulier face aux caractéristiques de l'économie digitale (Partie II - Des droits de la mise en oeuvre divergents dans le secteur du numérique).

Partie I - Des droits substantiels du contrôle des concentrations relativement convergents dans le secteur numérique

Le Droit américain des concentrations et le Droit européen des concentrations visent, sur leurs marchés respectifs, à limiter les accumulations de pouvoir de marché, protéger les entreprises, préserver la concurrence dynamique, protéger l'emploi, favoriser l'efficacité économique, l'innovation et protéger les consommateurs contre les hausses de prix anticoncurrentielles, tout en assurant la prévisibilité et la sécurité juridique¹⁶. Le secteur numérique, de par ses spécificités, bouscule ces objectifs en redessinant les concepts économiques fondamentaux au contrôle des concentrations. Dans un premier temps, il convient de caractériser le champ d'application matériel des contrôles européens et américains qui, malgré une asymétrie apparente sur le plan sémantique, sont comparables sur leur appréhension des marchés numériques (Chapitre 1 - L'adéquation des notions des contrôles européens et américains des concentrations pour l'économie numérique). En second lieu, si l'analyse européenne comme américaine de marché ont connu une remise en question des outils traditionnels par les marchés numériques, les deux régimes ont su renouveler leurs instruments (Chapitre 2 - Le renouvellement convergent de l'analyse de marché pour l'économie numérique). Enfin, les qualifications américaines et européennes d'un risque d'entrave significative à la concurrence connaissent des bouleversements plus importants, bien que relativement dissymétriques (Chapitre 3 - L'évaluation du risque d'entrave significative à la concurrence à l'épreuve du numérique).

Chapitre 1 - L'adéquation des notions des contrôles européens et américains des concentrations pour l'économie numérique

Le contrôle des concentrations implique, des deux côtés de l'Atlantique, une procédure lourde et contraignante, marquée par une suspension automatique durant une période encadrée par la loi et des phases d'analyses du risque concurrentiel de ladite opération. Dans ce cadre, la question du champ d'application matériel du contrôle devient cruciale pour les acteurs numériques. Il convient donc d'examiner, dans un premier temps, dans quelle mesure les acteurs numériques sont captés par les notions de sujets de Droit de la concurrence (Section 1 - Les notions de sujets de Droit de la concurrence sans difficultés pour capter les acteurs

¹⁶ Federal Trade Commission, Public Statement. The Evolution of U.S. Merger Law, 13 août 1996.

numériques) et, dans un second temps, quelles réalités le terme générique de concentration emporte dans les deux systèmes (Section 2 - Les notions de concentration partiellement inadaptées aux transactions numériques).

Section 1 - Les notions de sujets de droit de la concurrence sans difficultés pour capter les acteurs numériques

Antérieurement au raisonnement concurrentiel vient la question de l'applicabilité des règles du Droit de la concurrence, qu'il soit américain ou européen. Dans ce cadre, il faut donc s'interroger sur la capacité des notions européennes et américaines de « sujet » du Droit de la concurrence à capter les acteurs numériques. Malgré la réputation de ces acteurs à repousser les frontières du Droit, le concept européen d'entreprise (A - L'adéquation du concept européen d'entreprise) comme le concept américain de « person » (B - La largeur conséquente du concept américain de « person ») appréhendent l'ensemble des opérateurs numériques.

A - L'adéquation du concept européen d'entreprise

En Droit européen de la concurrence, la notion d'entreprise, qui n'est d'ailleurs pas transversale au Droit européen, ne correspond pas nécessairement à un sujet juridique tel qu'on le connaît en Droit interne: elle est conçue comme un opérateur économique bénéficiant d'une réelle autonomie de gestion. Cette notion, mentionnée aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), n'est cependant pas définie par le Traité. La tâche de la définition de la notion avait été laissée à la Cour de Justice, à travers sa jurisprudence. Afin de garantir la pleine efficacité des règles de concurrence et de veiller à ce qu'aucune entité ne puisse échapper à l'application du Droit de la concurrence, la Cour a adopté une approche fonctionnelle, fondamentalement ancrée dans la théorie économique¹⁷. Ainsi, selon la Cour de Justice dans l'arrêt *Höfner et Elser*¹⁸ la notion d'entreprise englobe « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹⁹. La Cour a rendu un arrêt similaire dans l'affaire *Pavlov*²⁰ et a depuis toujours soutenu que pour qu'une entité soit considérée comme une entreprise, elle doit exercer une

¹⁷ Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n°433, p. 320.

¹⁸ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser c/ Macrotron*, ECLI:EU:C:1991:161.

¹⁹ *Ibid.*, pt 21.

²⁰ CJCE, 12 septembre 2000, aff. jtes C-180/98 à C-184/98, *Pavlov e.a.*, ECLI:EU:C:2000:428, pt 75

activité économique, indifféremment de son statut juridique. Il y a ainsi deux aspects à la définition d'une entreprise au sens du Droit européen de la concurrence: l'exercice d'une activité économique et l'indifférence du statut juridique.

S'agissant de l'activité économique, il importe de se pencher dans un premier temps sur les critères excluant une activité économique et leur potentielle application aux acteurs numériques, avant de traiter les critères constitutifs d'une activité économique.

D'une part, il convient d'exclure les entités exerçant des prérogatives de puissance publique. La chose a été expressément affirmé par la Cour de Justice dans l'arrêt *Eurocontrol*²¹. En effet, la perception des redevances de trafic aérien et, plus largement, les fonctions de contrôle et de surveillance de l'espace aérien confiées à Eurocontrol constituent, de par leur nature, leur finalité et les règles qui les régissent, l'exercice de la puissance publique et ne revêtent pas un caractère économique. Cette exclusion des entités exerçant des prérogatives de puissance publique du champ des règles européennes de concurrence ne constitue aucunement un potentiel vecteur d'évitement de ces règles s'agissant des Big Tech et des acteurs numériques en général puisque l'exclusion suppose que l'activité considérée se rattache, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, à des prérogatives conférées par le droit public et exercées pour le compte de l'État²², condition qu'aucun opérateur numérique ne remplit. Les pouvoirs para-normatifs que ces acteurs exercent sur leurs écosystèmes, qu'il s'agisse du filtrage des applications admises à la distribution, de la modération des contenus ou de la définition unilatérale des conditions d'accès, résultent de la stipulation contractuelle et non d'une quelconque délégation de l'autorité publique. De même dans l'hypothèse dans laquelle ces opérateurs contractent avec la puissance publique car le prestataire numérique offre des services sur un marché et conserve la qualité d'entreprise, quand bien même l'acheteur public échapperait lui-même, à raison de l'usage qu'il en fait, aux règles de concurrence. En outre, même si une telle qualité serait reconnue à un opérateur numérique, il demeurerait l'existence d'activités détachables de la puissance publique limitant ladite exclusion²³. D'autre part, il faut exclure les activités qui procèdent d'une logique de solidarité²⁴, qui supposent la poursuite d'une finalité sociale, la mise en œuvre d'un mécanisme de redistribution dépourvu

²¹ CJCE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1994:7

²² *Ibid.*

²³ CJCE, 24 octobre 2002, aff. C-82/01 P, *Aéroports de Paris c/ Commission*, ECLI:EU:C:2002:617

²⁴ CJCE, 17 février 1993, aff. jtes C-159/91 et C-160/91, *Poucet et Pistre*, ECLI:EU:C:1993:63, pt 18 ; CJCE, 16 mars 2004, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK-Bundesverband e.a.*, ECLI:EU:C:2004:150, pt 51.

de tout lien entre les cotisations et les prestations servies, et un fonctionnement soumis au contrôle de l'État privant l'organisme de toute autonomie dans la fixation du montant des prestations comme des ressources. Or, aucun acteur numérique ne saurait se prévaloir d'une telle configuration.

Pour ce qui est des critères constitutifs de l'activité économique, le constat d'une offre de biens ou de services sur un marché est déterminant²⁵. Ainsi, dans l'arrêt *Höfner*, la Cour de Justice a jugé que les activités de placement de main-d'œuvre de l'Office fédéral allemand pour l'emploi constituaient une activité économique, sans égard au statut public de l'organisme²⁶. Ce critère ne soulève aucune difficulté à l'endroit des acteurs numériques, qui offrent sur des marchés identifiés des terminaux, des systèmes d'exploitation, des services d'informatique et des espaces publicitaires. L'offre peut au surplus procéder d'une personne interposée²⁷, ce dont les places de marché hybrides offrent aujourd'hui l'illustration la plus nette. Quant à la rémunération, elle est toujours prise en compte, sans être pour autant essentielle²⁸. Par exemple, dans l'arrêt *Glöckner*, la Cour a ainsi retenu que les organisations d'aide médicale à but non lucratif fournissant des services d'ambulance contre rétribution agissaient effectivement en qualité d'entreprises²⁹. De fait, l'objection tirée de la gratuité des services numériques ne saurait dès lors prospérer, d'autant que cette gratuité n'est qu'apparente puisque le service rendu à l'utilisateur trouve sa contrepartie dans la collecte de ses données et dans son exposition publicitaire, monétisées auprès des annonceurs. Enfin, l'absence de but lucratif appelle une appréciation nuancée³⁰. La Cour juge qu'elle ne fait pas obstacle à la qualification d'entreprise lorsque l'offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs poursuivant un tel but³¹. Les fondations éditrices de navigateurs, de messageries ou d'encyclopédies collaboratives ne sauraient donc s'y soustraire, leurs services étant manifestement substituables à ceux de leurs concurrents commerciaux.

²⁵ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence: Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 488, p. 346.

²⁶ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser c/ Macrotron*, ECLI:EU:C:1991:161, pt 21.

²⁷ *Ibid.*, p. 346.

²⁸ *Ibid.*, p. 347.

²⁹ CJCE, 25 octobre 2001, aff. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, ECLI:EU:C:2001:577, pt 20.

³⁰ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 491, p. 348.

³¹ CJCE, 10 janvier 2006, aff. C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, ECLI:EU:C:2006:8, pt 122 ; CJCE, 1er juillet 2008, aff. C-49/07, *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376, pt 28 ; CJUE, 28 février 2013, aff. C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, ECLI:EU:C:2013:127, pt 57.

S'agissant de l'indifférence du statut juridique, la Cour de justice a écarté tout critère formel ou organique³². Ainsi, aucune configuration statutaire ne saurait, en elle-même, soustraire un opérateur numérique à la qualification d'entreprise.

En effet, saisie du cas d'un organisme interprofessionnel du secteur du cognac qui, poursuivi devant le juge national, se prévalait de sa qualité d'organisme de Droit public au regard de la jurisprudence administrative française, la Cour de Justice a jugé que le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les accords litigieux ne commande pas l'applicabilité des règles de concurrence³³. Le statut ne saurait donc servir d'écran, sans que la qualification préjuge pour autant de l'issue de l'analyse. Il en résulte qu'aucune configuration statutaire ne préserve un opérateur numérique. Les fondations éditrices de navigateurs, de messageries ou d'encyclopédies collaboratives, comme les structures non lucratives auxquelles se trouvent adossés certains développeurs de modèles d'intelligence artificielle, entrent dans le champ des règles de concurrence dès lors qu'elles offrent des services sur un marché, ainsi que l'avait déjà jugé le Tribunal à propos d'une fondation néerlandaise de certification³⁴. La Cour a d'ailleurs retenu la même solution à propos d'une fondation bancaire italienne dans un litige portant sur les aides d'État³⁵. Conséquemment, la notion d'entreprise s'applique dans les mêmes termes au contrôle des concentrations qu'aux articles 101 et 102 TFUE, sans qu'aucune particularité de ce contrôle puisse en restreindre la portée. Le raisonnement vaut également pour les consortiums de normalisation technique du secteur, que leur forme associative ou parapublique ne soustrait pas à l'examen, la qualification s'appréciant activité par activité³⁶. Il vaut enfin pour la personne physique³⁷, ce qui a pour incidence que les développeurs indépendants et les éditeurs individuels d'applications relèvent eux aussi des règles de concurrence³⁸. Le salarié, en revanche, ne constitue pas une entité distincte de celle qui l'emploie³⁹, et cette limite se révélera déterminante s'agissant des notions européennes et américaines de contrôle.

³² Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 445, p. 325.

³³ CJCE, 30 janvier 1985, aff. 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac c/ Guy Clair*, ECLI:EU:C:1985:33, pt 17.

³⁴ TPICE, 22 octobre 1997, aff. T-213/95 et T-18/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf c/ Commission*, ECLI:EU:T:1997:161, pt 120.

³⁵ CJCE, 10 janvier 2006, aff. C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, ECLI:EU:C:2006:8, pt 107.

³⁶ CJCE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1994:7, pts 8 à 11 ; TPICE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau c/ Commission*, ECLI:EU:T:2005:22, pts 69 et 70.

³⁷ CJCE, 12 septembre 2000, aff. jtes C-180/98 à C-184/98, *Pavlov e.a.*, ECLI:EU:C:2000:428.

³⁸ CJCE, 12 septembre 2000, aff. jtes C-180/98 à C-184/98, *Pavlov e.a.*, ECLI:EU:C:2000:428.

³⁹ CJCE, 16 septembre 1999, aff. C-22/98, *Becu e.a.*, ECLI:EU:C:1999:419, pts 26 et 27.

L'indifférence du statut juridique trouve également son prolongement dans l'effacement de l'autonomie de la personne morale. Très tôt, la Cour de Justice a considéré que la personnalité juridique distincte ne coïncidait pas nécessairement avec une autonomie de comportement sur le marché, la filiale qui ne jouit d'aucune autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action formant avec sa société mère une unité économique⁴⁰. Invoquée d'abord à des fins d'inapplicabilité de la prohibition des ententes, la notion a surtout servi le mouvement inverse. C'est en effet par l'unité constituée avec leurs filiales européennes qu'ont pu être appréhendées les sociétés mères rattachées à des États tiers et instigatrices de comportements anticoncurrentiels, la Cour évitant ainsi le débat sur le principe de territorialité objective au regard du Droit international⁴¹. L'unité économique s'est ensuite muée en instrument d'imputabilité à des fins de dissuasion, la Cour admettant une présomption réfragable d'influence déterminante lorsque la société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale⁴², puis retenant une approche unitaire de la notion d'entreprise tant pour l'imputation de l'amende que pour la dette de réparation due aux victimes⁴³. Transposée aux acquisitions numériques, cette construction produit deux effets qu'il convient de distinguer avec soin. D'une part, elle assure le rattachement au Droit communautaire des sociétés mères établies dans des États tiers, et notamment des groupes américains qui structurent leur présence européenne au moyen de filiales de distribution et de facturation, sans qu'il soit besoin de recourir à une théorie des effets dont la légitimité demeure discutée. D'autre part, et c'est là son incidence propre en matière de concentrations, le périmètre de l'unité économique commande l'agrégation des chiffres d'affaires prévue à l'article 5, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 139/2004⁴⁴, et partant la détermination des seuils de dimension européenne. Encore cette agrégation ne joue-t-elle qu'à l'égard de l'acquéreur, dont le chiffre d'affaires consolidé excède en toute hypothèse les seuils exigés. Elle demeure sans effet sur la cible, laquelle, s'agissant d'une acquisition prédatrice, se caractérise précisément par un chiffre d'affaires nul ou

⁴⁰ CJCE, 25 novembre 1971, aff. 22/71, *Béguelin Import*, ECLI:EU:C:1971:113, pts 5 à 9 ; CJCE, 31 octobre 1974, aff. 15/74, *Centrafarm*, ECLI:EU:C:1974:114, pt 41.

⁴¹ CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries c/ Commission*, ECLI:EU:C:1972:70, pts 134 et 135 ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 443, p. 324.

⁴² CJUE, 27 avril 2017, aff. C-516/15 P, *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*, ECLI:EU:C:2017:314, pt 48 ; CJUE, 27 janvier 2021, aff. C-595/18 P, *Goldman Sachs Group c/ Commission*, ECLI:EU:C:2021:73, pt 35 ; CJUE, 25 mars 2021, aff. C-152/19 P, *Deutsche Telekom c/ Commission*, ECLI:EU:C:2021:238, pts 73 à 75.

⁴³ CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Skanska Industrial Solutions e.a.*, ECLI:EU:C:2019:204, pts 46 et 47 ; CJUE, 6 octobre 2021, aff. C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800, pt 44 ; CJUE, 12 mai 2022, aff. C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, ECLI:EU:C:2022:379, pt 105.

⁴⁴ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 5, § 4.

négligeable au regard d'une valeur de transaction considérable. L'unité économique, conçue comme instrument d'extension du champ d'application, se révèle ainsi impuissante là où l'on en attendrait le plus, non que la notion soit mal construite, mais parce que le critère auquel le règlement l'associe est étranger à la logique économique des marchés numériques.

Le concept européen d'entreprise se révèle donc pleinement adéquat à la saisie des acteurs numériques. Aucun statut, aucune forme, aucun mode de financement, aucune architecture capitalistique ne leur permet d'échapper à la qualification, et la Cour de Justice dispose des instruments nécessaires pour appréhender aussi bien les fondations éditrices de logiciels que les groupes établis hors de l'Union.

B - La largeur conséquente du concept américain de « person »

Le Droit américain de la concurrence se distingue du Droit européen en ce qu'il ne procède pas d'un critère fonctionnel unique. D'ailleurs, le dispositif américain ne vise pas non plus les « entreprises » (ou undertakings), mais le concept de « person » qui irrigue la quasi-totalité du Droit états-unien de la concurrence. Ainsi, la section 7 du Clayton Act vise les situations dans lesquelles une « person » acquerrait, directement ou indirectement, les actions ou les actifs d'une autre « person »⁴⁵. De même, la Section 1 du Sherman Act sanctionne toute « person » qui conclurait tout « contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce »⁴⁶. La Section 2 du Clayton Act prévoit que « It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price (...) »⁴⁷. La Section 3 du Clayton Act sanctionne toute « person » qui commettrait des pratiques anticoncurrentielles consistant en des accords d'exclusivité ou de vente liée⁴⁸. La définition statutaire, énoncée dès 1890 et réénoncée sans modification par le Clayton Act de 1914, procède non pas de l'activité exercée mais d'une énumération de formes juridiques reconnues, à savoir les « corporations and associations existing under or authorized by » les lois fédérales, celles des Territoires, celles d'un État fédéré ou celles d'un pays étranger⁴⁹. La divergence avec le Droit européen est donc de méthode avant

⁴⁵ Clayton Act § 7, 15 U.S.C. § 18 (2018).

⁴⁶ Sherman Act § 1, 15 U.S.C. § 1 (2018).

⁴⁷ Clayton Act § 2, 15 U.S.C. § 13 (2018).

⁴⁸ Clayton Act § 3, 15 U.S.C. § 14 (2018).

⁴⁹ Clayton Act § 1, 15 U.S.C. § 12 (2018) ; Hovenkamp H., « The Power of Antitrust Personhood », University of Pennsylvania Journal of Business Law, vol. 25, n° 4, 2023.

d'être de degré, l'entrée dans le champ des règles de concurrence dépendant outre-Atlantique du statut reconnu par un « souverain » et non, comme dans l'Union, de la nature économique de l'activité. Il convient de noter que les personnes physiques n'y figurent pas explicitement, mais s'y rattachent par déduction, les dispositions pénales du Sherman Act prévoyant une peine d'emprisonnement qui ne saurait viser qu'un individu. Le Professeur Herbert Hovenkamp voit dans cette omission l'explication du délai de près d'un siècle qu'il aura fallu à la Cour suprême américaine pour reconnaître à une personne physique lésée dans un achat personnel la qualité⁵⁰ pour agir en dommages et intérêts⁵¹.

Malgré le mode énumératif susmentionné, la jurisprudence fédérale a étendu la qualité de « person » à des formes que le texte ne mentionne pas expressément. Il en va ainsi des associations non incorporées, dès lors qu'elles sont « authorized » par le Droit de l'État fédéré⁵², des municipalités incorporées⁵³, et, plus significatif encore, des États fédérés agissant comme demandeurs⁵⁴. L'incorporation n'est au demeurant pas requise, la définition retenue par le Federal Trade Commission Act visant toute association, incorporée ou non, organisée pour mener une activité au profit de ses membres, ce dont la Cour suprême a fait application à une association professionnelle de dentistes gérée par des praticiens indépendants⁵⁵.

Cette largeur trouve cependant sa limite dans le fondement même du concept. La qualification demeure déférente au Droit des sociétés de l'État fédéré concerné, lequel détermine en dernier ressort si une entité relève de la catégorie statutaire⁵⁶, sans qu'aucun standard fédéral autonome ni aucune définition économique propre au Droit américain de la concurrence ne vienne s'y substituer comme dans le cas du Droit européen de la concurrence. Il en résulte qu'une entité peut se trouver hors du champ pour la seule raison que le législateur a omis de lui conférer la forme requise, ainsi que l'illustre la solution retenue à propos du service postal fédéral, dont la Cour suprême américaine a jugé qu'il n'était pas une « person » susceptible d'être poursuivie, le Congrès ayant fait le choix de ne pas le constituer sous forme de corporation alors qu'il aurait pu le faire⁵⁷. Là où le Droit européen aurait recherché si

⁵⁰ le « standing », en Droit processuel américain.

⁵¹ *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979) ; Hovenkamp H., « The Power of Antitrust Personhood », *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 25, n° 4, 2023, p.1-3.

⁵² *United Mine Workers of America v. Coronado Coal Co.*, 259 U.S. 344 (1922).

⁵³ *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.*, 435 U.S. 389 (1978).

⁵⁴ *Georgia v. Evans*, 316 U.S. 159 (1942).

⁵⁵ *California Dental Association v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999) ; Hovenkamp H., « The Power of Antitrust Personhood », *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 25, n° 4, 2023, p. 19-20.

⁵⁶ *Melrose Distillers, Inc. v. United States*, 359 U.S. 271 (1959) ; Hovenkamp H., « The Power of Antitrust Personhood », *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 25, n° 4, 2023, p. 5.

⁵⁷ *United States Postal Service v. Flamingo Industries (USA) Ltd.*, 540 U.S. 736 (2004) ; Hovenkamp H., « The Power of Antitrust Personhood », *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 25, n° 4, 2023, p. 3.

l'activité présentait un caractère économique et si elle était détachable de la puissance publique, le Droit américain s'en tient au constat d'une forme sociale absente. Le Droit européen s'attache au fond, le Droit américain se concentre sur la forme.

Néanmoins, la définition applicable au contrôle des concentrations doit être distinguée de celle qui vient d'être présentée, en ce qu'elle est propre à la procédure instituée par le Hart-Scott-Rodino Act. La réglementation d'application retient une acception agrégée de la « person », laquelle recouvre la « ultimate parent entity » et l'ensemble des entités qu'elle contrôle directement ou indirectement, et énumère au titre de l'« entity » toute personne physique, société, association, coentreprise, fondation, fonds, institution, syndicat ou fiducie, incorporée ou non, quels que soient sa localisation et son rattachement national⁵⁸. Il en résulte qu'une personne physique et les sociétés qu'elle contrôle forment une seule et même « person », et que deux sociétés contrôlées par un même individu se trouvent réunies avec lui sous une qualification unique. Le contrôle américain des concentrations n'appréhende donc pas seulement les groupes de sociétés, mais également les patrimoines individuels, ce dont témoignent les poursuites engagées pour défaut de notification à l'encontre d'actionnaires personnes physiques. Par exemple, dans l'affaire Rales, l'acquisition en bourse de titres par l'épouse de l'intéressé, rapportée à la « ultimate parent entity » que celui-ci constituait, a porté la valeur cumulée des titres avec le droit de vote détenus par le foyer au-delà du seuil légal et a, de jure, rendu la notification obligatoire. En outre, dans l'affaire Fairbank, l'attribution d'actions au dirigeant d'un établissement financier au titre de sa rémunération a franchi le même seuil et l'a soumis à l'obligation de dépôt⁵⁹.

Le concept est donc suffisamment large pour saisir sans difficulté les acteurs numériques, lesquels sont tous constitués en corporations de Droit étatique et relèvent par conséquent de la catégorie statutaire sans qu'aucune analyse soit nécessaire. La largeur du concept américain et le caractère fonctionnel du concept européen conduisent ainsi, en matière de concentrations, à un résultat identique quant à l'assujettissement des opérateurs. La divergence de méthode ne devient sensible qu'au stade des conséquences attachées à la qualification, dès lors que l'acquéreur et la cible, une fois l'opération réalisée, ne forment plus qu'une seule « person » au sens des lois antitrust, la Cour suprême américaine ayant jugé qu'une

⁵⁸ 16 C.F.R. § 801.1(a)(1)-(2).

⁵⁹ United States v. Richard D. Fairbank, No. 1:21-cv-02325 (D.D.C. Sept. 2, 2021).

société mère et sa filiale intégralement détenue devaient être traitées comme une personne unique, incapable de conspirer avec elle-même⁶⁰. Ainsi, leurs rapports échappent à la section 1 du Sherman Act quel que soit leur degré réel d'intégration opérationnelle⁶¹. C'est ce que révèle l'acquisition d'Instagram par Facebook, dont le Professeur Herbert Hovenkamp relève qu'elle n'a jamais donné lieu à une intégration complète, sans que cette autonomie persistante permette d'appréhender les arrangements conclus entre les deux entités autrement que comme des actes unilatéraux, seules demeurant ouvertes la contestation de l'acquisition elle-même et la voie de la section 2 du Sherman Act⁶².

Le concept américain de « person » n'oppose donc aucune résistance à la saisie des acteurs numériques. Il produit en revanche un effet que la notion européenne d'entreprise ne connaît pas, en ce que la qualification unitaire consécutive à l'acquisition referme le contentieux sur la seule section 7 du Clayton Act. Le contrôle préalable des concentrations y devient l'unique moment utile de l'intervention, dans la mesure où la notion de concentration est également suffisamment adaptée pour capter l'opération numérique en cause, ce qui n'est pas systématiquement le cas.

Si les notions de sujet de Droit de la concurrence sont décisives pour l'application des règles européennes et américaines de concurrence, les notions de concentration sont décisives pour la mise en œuvre du contrôle des concentrations.

Section 2 - Les notions de concentration partiellement inadaptées aux transactions numériques

La procédure du contrôle des concentrations est une procédure administrative obligatoire et extrêmement contraignante, impliquant notamment des effets directs sur l'opération et des potentielles sanctions. Le champ de la notion de concentration est donc déterminant dans les deux systèmes car selon son étendue elle englobera ou non les opérations numériques. Si les notions européenne et américaine de concentration parviennent à capter les killer acquisitions dans le secteur du digital (A - La captation appropriée des acquisitions prédatrices numériques par les notions européennes et américaines de concentration), il existe

⁶⁰ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 771 (1984).

⁶¹ Hovenkamp H., « The Power of Antitrust Personhood », University of Pennsylvania Journal of Business Law, vol. 25, n° 4, 2023, p. 6.

⁶² Hovenkamp H., « The Power of Antitrust Personhood », University of Pennsylvania Journal of Business Law, vol. 25, n° 4, 2023, p. 6-7 ; FTC v. Facebook, Inc., 581 F. Supp. 3d 34 (D.D.C. 2022).

toutefois des mécanismes de contournement de ces notions (B - L'existence relative de mécanismes de contournement de ces notions).

A - La captation appropriée des acquisitions prédatrices numériques par les notions européennes et américaines de concentration

Les définitions de la concentration retenues dans l'Union européenne et aux États-Unis sont très éloignées d'un point de vue sémantique. Aux termes de la section 7 du Clayton Act, aucune « person » ne saurait acquérir, directement ou indirectement, tout ou partie des actions ou du capital social, ni tout ou partie des actifs d'une autre « person », lorsque l'effet d'une telle acquisition serait une réduction substantielle de la concurrence ou de tendre à créer un monopole⁶³. L'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 139/2004 prévoit qu'une concentration est réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte soit de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, soit de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen⁶⁴.

La divergence semble aller plus loin, dans la mesure où le Droit communautaire subordonne la qualification à deux conditions que le Droit états-unien ignore, à savoir l'acquisition d'un contrôle et le caractère durable de la modification qui en résulte, là où la section 7 du Clayton se satisfait de tout transfert de propriété portant sur des titres ou sur des actifs, l'atteinte à la concurrence relevant chez elle du fond et non de la qualification. La pratique le confirme expressément, l'acquisition du contrôle de la cible ne constituant pas un élément du contrôle américain des concentrations, une prise de participation non contrôlante pouvant être appréhendée sur le fond dès lors qu'elle produit un effet anticoncurrentiel par altération des incitations. Le législateur américain a de la sorte adopté une conception malléable et pragmatique de l'opération, englobant virtuellement tout transfert direct ou indirect et

⁶³ Clayton Act § 7, 15 U.S.C. § 18 (2018).

⁶⁴ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 3, § 1 ; Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2134, p. 1377 ; Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 387-388.

confiant à la Federal Trade Commission comme au Department of Justice le soin de préciser par voie réglementaire les notions employées⁶⁵. Il en résulte que la notion américaine embrasse par construction ce que la notion européenne ne saisit qu'au prix d'une démonstration.

D'une part, le changement durable de contrôle, mécanisme déclencheur du contrôle européen, connaît deux facettes.

La première de ces facettes est la fusion, notion classique du Droit des sociétés qui recouvre la fusion-absorption, par laquelle la personnalité morale d'une société disparaît au profit de celle qui l'absorbe, ainsi que la fusion par constitution de société nouvelle, dans le cadre de laquelle les personnalités morales des sociétés fusionnées s'effacent au profit d'une entité créée⁶⁶. Mais cette notion est cependant aussi entendue de facto. En effet, en l'absence de fusion juridique, la combinaison des activités d'entreprises antérieurement indépendantes en un même ensemble économique, réalisée sur une base contractuelle et éventuellement renforcée par des participations croisées, emporte la même qualification⁶⁷. Le critère déterminant en est la gestion économique commune, unique et permanente, que la Commission déduit logiquement de la compensation des profits et des pertes, de la répartition des recettes entre les entités de l'ensemble, de leur responsabilité solidaire ou du partage des risques externes⁶⁸. La Cour de Justice a néanmoins refusé d'étendre la notion aux actes seulement préparatoires, jugeant que la dénonciation d'un contrat de coopération, quand bien même elle entretiendrait un lien conditionnel avec l'opération et produirait des effets sur le marché, ne contribue pas en tant que telle au changement durable de contrôle de l'entreprise cible⁶⁹. C'est donc logiquement que le lien fonctionnel direct avec la réalisation de la concentration commande la qualification.

La seconde facette réside dans le contrôle, entendu comme la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise⁷⁰. Cette possibilité ne saurait être hypothétique, sans qu'il soit pour autant exigé qu'elle soit effectivement exercée, sa seule plausibilité suffisant à la

⁶⁵ 15 U.S.C. § 18a(d) (2018) ; 16 C.F.R. § 801.1 et s. ; Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 388.

⁶⁶ Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, JOUE L 169 du 30 juin 2017, p. 46, art. 89 et 90 ; Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2136, p. 1380.

⁶⁷ Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2138, p. 1380.

⁶⁸ Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, pt 10.

⁶⁹ CJUE, 31 mai 2018, aff. C-633/16, Ernst & Young P/S, ECLI:EU:C:2018:371, pt 60 ; Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2140, p. 1381.

⁷⁰ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 3, § 2.

qualification. L'acquisition de la majorité des droits sociaux en constitue la forme la plus axiomatique⁷¹. La simple prise de participation minoritaire en est en revanche exclue par principe, ainsi que l'a rappelé la Commission dans l'affaire Ryanair c/ Aer Lingus, où la détention de vingt puis vingt-neuf pour cent du capital de la cible n'a pas été regardée comme une réalisation partielle de la concentration déclarée incompatible⁷². Toutefois, certaines circonstances permettent d'assimiler une telle participation à l'acquisition d'une influence déterminante. Il en va ainsi des prérogatives statutaires conférées à l'actionnaire minoritaire, la soumission des décisions stratégiques à une majorité qualifiée instituant un contrôle négatif et le droit de veto un contrôle plus manifeste encore, jusqu'au contrôle positif lorsque des actions préférentielles emportent le pouvoir de nommer plus de la moitié de l'organe de direction⁷³. Il en va de même de la dispersion ou de l'inertie des autres actionnaires, la structure antérieure des votes et le taux de présence aux assemblées pouvant conférer au minoritaire la quasi-certitude d'une majorité stable ainsi qu'il a été jugé pour un actionnaire détenant 47,92 % des droits de vote dans l'affaire Electrabel⁷⁴ et pour l'acquéreur de 48,5 % du capital de son concurrent dans l'affaire Marine Harvest⁷⁵. Outre la prise de participation, la cession d'éléments d'actifs peut suffire, à la condition qu'elle porte sur l'ensemble ou une partie d'une entreprise, c'est-à-dire sur une activité à laquelle un chiffre d'affaires de marché peut être rattaché sans ambiguïté, condition sous laquelle peuvent être retenues la cession d'une clientèle, d'une marque, d'un brevet ou d'un droit d'auteur⁷⁶. Une base contractuelle peut pareillement servir de support à l'influence déterminante lorsqu'elle permet de contrôler la gestion ou les ressources d'une autre entreprise, sous la réserve d'une durée compatible avec l'exigence de permanence. La Commission recherche au surplus l'acquéreur réel derrière l'acquéreur apparent, l'article 3, paragraphe 3, sous b), visant expressément ceux qui, sans être titulaires des droits ni bénéficiaires des contrats, ont le pouvoir d'exercer les droits qui en découlent, le faisceau d'indices mobilisé comprenant l'actionnariat, les relations contractuelles, les sources de

⁷¹ Trib. UE, 6 juillet 2010, aff. T-411/07, Aer Lingus Group c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:281, pts 63 et 64.

⁷² Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2144, p. 1384-1385.

⁷³ Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, pt 56.

⁷⁴ Trib. UE, 12 décembre 2012, aff. T-332/09, Electrabel c/ Commission, ECLI:EU:T:2012:672, pt 70.

⁷⁵ Comm. UE, décis. du 23 juillet 2014, aff. M.7184, Marine Harvest/Morpol ; Trib. UE, 26 octobre 2017, aff. T-704/14, Marine Harvest c/ Commission, ECLI:EU:T:2017:753 ; CJUE, 4 mars 2020, aff. C-10/18 P, Mowi ASA c/ Commission, ECLI:EU:C:2020:149.

⁷⁶ Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, pt 24 ; Comm. CE, décis. du 23 décembre 2002, aff. M.2857, ECS/IEH ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2149 et 2150, p. 1388.

financement et les liens familiaux⁷⁷. Enfin, le fractionnement de l'opération ne saurait déjouer le contrôle, des opérations étroitement liées par un lien conditionnel ou prenant la forme d'une série de transactions sur titres effectuées dans un délai raisonnable devant être traitées comme une concentration unique, l'appréciation portant sur le point de savoir si les entreprises auraient été disposées à conclure chaque transaction prise isolément⁷⁸.

Par ailleurs, l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 range parmi les concentrations la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (ou joint venture). La qualification suppose, outre le contrôle en commun, un caractère de plein exercice apprécié selon un faisceau d'indices tenant aux ressources laissées à l'entité, à l'étendue de ses activités au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés mères, à son accès autonome au marché et à sa vocation durable⁷⁹. À défaut de plein exercice, l'entreprise commune, instrumentalisée par ses mères pour coordonner leurs comportements, relève de l'article 101 TFUE et échappe au contrôle ex ante⁸⁰. Le Droit américain raisonne très différemment en ce que la création d'une entité commune à laquelle des actifs sont apportés en contrepartie de titres est notifiable, tandis que l'entreprise commune purement contractuelle échappe au contrôle des concentrations, même si elle demeure dans le champ du Droit antitrust substantiel⁸¹.

D'autre part, le Droit américain connaît lui aussi la notion de contrôle, mais l'entend de manière sensiblement plus étroite et selon une logique quantitative. Le paragraphe 801.1, b), du titre 16 du Code of Federal Regulations la définit par la détention de cinquante pour cent au moins des titres avec droit de vote de l'émetteur, par le droit à cinquante pour cent au moins des profits ou des actifs d'une entité non incorporée, ou par le pouvoir contractuel de désigner cinquante pour cent au moins des administrateurs⁸², la réglementation ajoutant un troisième volet propre aux trusts, dans lesquels le contrôle réside dans le pouvoir de désigner, révoquer

⁷⁷ TPICE, 23 février 2006, aff. T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie c/ Commission*, ECLI:EU:T:2006:64, pt 72 ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2157, p. 1390.

⁷⁸ TPICE, 23 février 2006, aff. T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie c/ Commission*, ECLI:EU:T:2006:64, pts 106 et 107 ; Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 5, § 2, al. 2.

⁷⁹ Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, pts 94 à 105.

⁸⁰ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2167, p. 1393.

⁸¹ 16 C.F.R. § 801.50.

⁸² 16 C.F.R. § 801.1(b).

ou de remplacer la moitié au moins des trustees d'un trust irrévocable ou dans lequel le constituant, le « trustor » ou « settlor » selon les États, ne conserve aucun droit de retour. Ainsi, et de manière assez surprenante, la prise de participation minoritaire en titres avec droit de vote est notifiable aux États-Unis dès lors que les seuils sont franchis, quand l'acquisition d'intérêts non incorporés ne l'est qu'en cas de prise de contrôle⁸³. Le Droit américain se révèle ainsi plus large que le Droit communautaire là où celui-ci exclut par principe, la section 7 du Clayton Act demeurant applicable sans considération de seuil, son unique test juridictionnel étant géographique⁸⁴. La réglementation prévoit en outre l'agrégation des acquisitions successives de droits de vote au sein d'une même entreprise, qui doivent en principe être regardées comme une seule et même opération en valeur⁸⁵. Là où la notion européenne, qualitative, sert à circonscrire le champ matériel du règlement aux seules opérations emportant une modification durable de la structure du marché, la notion américaine, quantitative, sert véritablement au « calibrage » de l'obligation procédurale de notification⁸⁶.

Les exceptions desdites notions ne chamboulent en rien cela. L'article 3, paragraphe 5, du règlement n° 139/2004 écarte trois hypothèses qui ont en commun le caractère purement temporaire de la détention, à savoir les participations acquises en vue de leur revente par les établissements de crédit, les autres établissements financiers ou les sociétés d'assurance, les acquisitions réalisées par une personne mandatée par l'autorité publique dans le cadre d'une procédure collective, et les participations détenues par les sociétés de participation financière au sens de la quatrième directive 78/660/CEE⁸⁷. Ces exclusions sont assorties de réserves strictes sur l'exercice du droit de vote, lequel ne peut tendre à déterminer le comportement concurrentiel de l'entreprise ni excéder ce qu'exige la sauvegarde de la valeur de l'investissement, et la Commission l'interprète des plus restrictivement, refusant en particulier d'y comprendre les fonds communs de placement classiques dès lors qu'ils peuvent adopter des décisions relatives à la désignation des organes de direction ou à la restructuration de

⁸³ Collins L., Silvestri M., « USA », in *Merger Control Laws and Regulations 2026*, ICLG, 22e éd., 10 décembre 2025, p.342-352, question 2.2, p.344 ; Department of Justice, Federal Trade Commission, *Merger Guidelines*, 18 décembre 2023, 51 p., guideline 11.

⁸⁴ Collins L., Silvestri M., « USA », in *Merger Control Laws and Regulations 2026*, ICLG, 22e éd., 10 décembre 2025, p.342-352, question 2.4, p.344.

⁸⁵ 16 C.F.R. § 801.13(a).

⁸⁶ Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 383 et 395.

⁸⁷ Quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, JOCE L 222 du 14 août 1978, p. 11 ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2159, p. 1391.

l'entreprise concernée. Le Droit états-unien admet pour sa part un régime d'exemptions plus généreux, énoncé à la règle 802 du même Code⁸⁸, dont il sera montré qu'il ouvre une voie d'évitement dépourvue d'équivalent en Droit communautaire.

Ainsi caractérisées, les notions européenne et américaine appréhendent sans réserve les acquisitions prédatrices du secteur numérique. Celles-ci se réalisent en effet, le plus souvent, par le rachat de la totalité ou de la quasi-totalité de la jeune entreprise, du jeune pousse ciblée, de sorte que l'acquéreur en obtient un contrôle exclusif et non un contrôle conjoint. Le changement de contrôle y présente en outre le caractère durable requis, la Commission tenant la modification pour permanente lorsque le processus n'est assorti d'aucun terme, ce qui est typiquement le cas des acquisitions de titres et d'actifs⁸⁹. L'absence de chiffre d'affaires de la cible, si caractéristique de ces opérations, demeure enfin indifférente à ce stade, la qualification de concentration ne dépendant en Droit communautaire d'aucun critère quantitatif, lequel ne joue qu'au stade de la dimension européenne de l'opération. La largeur des notions permet du reste la captation de montages plus élaborés, qu'il s'agisse de l'entrée initiale au capital suivie d'un rachat, appréhendée par le contrôle de fait ou par la concentration unique, de la prise de contrôle exercée par une société d'investissement au travers du fonds qu'elle a créé⁹⁰, ou encore du passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint, que la Cour de Justice a soumis au règlement en dépassant l'interprétation littérale au profit de la finalité du texte, seul important l'accomplissement durable de toutes les fonctions d'une entité économique autonome⁹¹.

Les notions européenne et américaine de concentration se révèlent donc adéquates à la saisie des acquisitions prédatrices numériques, dont aucune des caractéristiques propres, ni la jeunesse de la cible, ni l'absence de recettes, ni la nature incorporelle des actifs transférés, ne fait obstacle à la qualification. Cette adéquation demeure cependant tributaire d'une condition que les opérateurs ont appris à ne plus remplir, celle du transfert de la propriété des titres ou des actifs. Dès lors que la valeur recherchée peut être captée sans que ce transfert intervienne,

⁸⁸ 16 C.F.R. § 802 et s.

⁸⁹ Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, pt 28 ; Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2158, p. 1391.

⁹⁰ Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, pt 15.

⁹¹ CJUE, 7 septembre 2017, aff. C-248/16, Austria Asphalt, ECLI:EU:C:2017:643, pts 20 à 26.

la notion perd prise, et c'est par le Droit des contrats que se dessinent les mécanismes de contournement.

B - L'existence relative de mécanismes de contournement de ces notions

L'adéquation de ces notions, qui vient d'être établie, reste tributaire du transfert de la propriété des titres ou des actifs. Toutefois, dès lors que la valeur recherchée peut être captée sans que ce transfert n'intervienne, la qualification perd prise. C'est donc ainsi que se dessinent les voies d'évitement des notions européennes et américaines de la concentration. Il s'agit en particulier de, l'acquisition inversée de talents, ou « reverse acquihiring », qui consiste en la migration du capital humain hors de toute cession, et la prise de participation minoritaire, que le Droit américain de la concurrence exonère sous certaines conditions.

D'une part, s'agissant du reverse acquihiring la pratique est assez simple: plutôt que d'acquérir la cible pour sa technologie, son innovativité, l'opérateur conclut avec elle une licence d'exploitation, le plus souvent non exclusive, et surtout embauche ses fondateurs et/ou son équipe technique par des contrats de travail individuels, sans qu'aucune fusion ni aucune prise de participation n'intervienne⁹². De fait, les deux entreprises restent juridiquement indépendantes. Le reverse acquihiring est apparu en 2024 avec l'opération Microsoft/Inflection, aux termes de laquelle Microsoft a embauché les cofondateurs et la plus grande part de l'équipe de soixante-dix personnes d'Inflection AI, la cible, versé trente millions de dollars en contrepartie de la renonciation de celle-ci à toute action née de ces embauches, et six cent vingt millions de dollars au titre d'une licence non exclusive sur ses modèles⁹³.

La pratique s'est ensuite répandue, en particulier dans le domaine de l'intelligence artificielle, avec l'opération Amazon/Adept AI de juin 2024, impliquant le recrutement des cofondateurs et quatre-vingts des cent salariés d'Adept AI⁹⁴, l'opération Google/Character.AI

⁹² Wong D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquihires Under the Clayton Act », Yale Law Journal, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204, p. 3181.

⁹³ *Ibid.*, p. 3182 ; Hu K., Varghese H. M., « Microsoft Pays Inflection \$650 Mln in Licensing Deal While Poaching Top Talents, Source Says », Reuters, 21 mars 2024, en ligne, <https://www.reuters.com/technology/microsoft-agreed-pay-inflection-650-mln-while-hiring-its-staff-information-2024-03-21> ; Competition and Markets Authority, Microsoft Corporation's Hiring of Certain Former Employees of Inflection and its Entry into Associated Arrangements with Inflection, décision, 24 octobre 2024, en ligne, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6719ff5f549f63039436b3c8/Full_text_decision.pdf ; Kazimirov A., « Mergers & Cooptive Acquisitions », Mercer Law Review, vol. 77, 2026, p. 890.

⁹⁴ Griffith E., Metz C., « The New A.I. Deal. Buy Everything but the Company », The New York Times, 8 août 2024, en ligne, <https://www.nytimes.com/2024/08/08/technology/ai-start-ups-google-microsoft-amazon.html>; Soper T., « Amazon Hires Founders from Well-Funded Enterprise AI Startup Adept to Boost Tech Giant's "AGI" »

d'août 2024, impliquant le recrutement des cofondateurs et trente chercheurs de Character.AI⁹⁵, l'opération Amazon/Covariant du même mois, avec le recrutement des fondateurs et une quarantaine de salariés de Covariant⁹⁶, puis, en juillet 2025, l'opération Google/Windsurf, avec le recrutement du directeur général, un cofondateur et plusieurs chercheurs, sans que Google n'acquière la moindre participation dans Windsurf⁹⁷. Les opérations Nvidia/Enfabrica de septembre 2025, Nvidia/Groq de décembre 2025 et Google DeepMind/Hume AI de janvier 2026 intègrent également cet historique⁹⁸. Ces montages présentent des configurations identiques, à savoir le départ de la direction et d'un nombre significatif de salariés clés vers l'opérateur acquéreur, le versement à la cible d'une somme considérable, supérieure à cent millions de dollars, l'obtention en contrepartie d'un accord de licence ou, plus rarement, d'une participation, et l'absence de toute fusion, les deux entreprises restant distinctes⁹⁹. Le reverse acquihiring se distingue en cela de l'« acquihiring », dans lequel l'entreprise cible était absorbée en totalité, son produit abandonné et les salariés intégrant la structure de l'acquéreur, alors que la cible d'un reverse acquihiring survit et continue d'exploiter le produit dont l'acquéreur prend licence¹⁰⁰. Ils se distinguent également du débauchage, dès lors que la rémunération versée à la cible serait superflue si l'acquéreur se bornait à recruter ses salariés, et du débauchage prédateur, l'acquéreur entendant précisément employer ce capital humain de manière productive et non le soustraire à ses concurrents¹⁰¹. Ils se distinguent enfin de

Team », GeekWire, 28 juin 2024, en ligne, <https://www.geekwire.com/2024/amazon-hires-founders-from-well-funded-enterprise-ai-startup-adept-to-boost-tech-giants-agi-team>.

⁹⁵ Mathews A., « Old Employees, New Dollars – Google's \$2.7 Billion Investment in Character.AI's Reverse Acquihiere for AI Innovation! », AIM Research, 4 octobre 2024, en ligne, <https://aimresearch.co/market-industry/old-employees-new-dollars-googles-2-7-billion-investment-in-character-ais-reverse-acquihiere-for-ai-innovation>.

⁹⁶ Ha A., « Amazon Hires the Founders of AI Robotics Startup Covariant », TechCrunch, 31 août 2024, en ligne, <https://techcrunch.com/2024/08/31/amazon-hires-the-founders-of-robotics-ai-startup-covariant>.

⁹⁷ Wong D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquihiere Under the Clayton Act », Yale Law Journal, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204, p. 3177 et 3182-3185 ; Jin B., Blunt K., « Google to Pay \$2.4 Billion in Deal to License Tech of Coding Startup, Hire CEO », The Wall Street Journal, 11 juillet 2025, en ligne, <https://www.wsj.com/tech/ai/google-to-pay-2-4-billion-in-deal-to-license-tech-of-coding-startup-hire-ceo-b9b94bbc>.

⁹⁸ Wong D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquihiere Under the Clayton Act », Yale Law Journal, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204, p. 3184-3185 ; Kolodny L., Novet J., Leswing K., « Nvidia Just Spent over \$900 Million to Hire Enfabrica CEO, License AI Startup's Technology », CNBC, 18 septembre 2025, en ligne, <https://www.cnbc.com/2025/09/18/nvidia-spent-over-900-million-on-enfabrica-ceo-ai-startup-technology.html> ; Faber D., « Nvidia Buying AI Chip Startup Groq's Assets for About \$20 Billion in Its Largest Deal on Record », CNBC, 24 décembre 2025, en ligne, <https://www.cnbc.com/2025/12/24/nvidia-buying-ai-chip-startup-groq-for-about-20-billion-biggest-deal.html> ; Bellan R., « Google Snags Team Behind AI Voice Startup Hume AI », TechCrunch, 22 janvier 2026, en ligne, <https://techcrunch.com/2026/01/22/google-reportedly-snags-up-team-behind-ai-voice-startup-hume-ai>.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 3185-3186.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 3189 ; Coyle J. F., Polsky G. D., « Acqui-hiring », Duke Law Journal, vol. 63, n° 2, 2013, p. 281-346, p. 311 ; Feldman R. C., Lemley M. A., « Atomistic Antitrust », William & Mary Law Review, vol. 63, 2022, p. 1899.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 3190 ; Sullivan C. A., « Poaching », American University Law Review, vol. 71, n° 2, 2021, p. 651 ;

l'acquisition prédatrice au sens strict, en ce que la cible n'est pas éteinte mais réorientée, Inflection ayant annoncé son retrait de la recherche indépendante au profit de la fourniture de services aux entreprises et Adept ayant abandonné l'intelligence artificielle générale pour une offre à destination des professionnels.

Or, dans le secteur numérique et singulièrement dans celui de l'intelligence artificielle, le capital humain, c'est à dire les connaissances, compétences et aptitudes attachées aux individus et utiles à l'activité économique en cause, constitue la ressource la plus précieuse et la plus rare¹⁰². Le nombre des chercheurs capables de concevoir les modèles de langage les plus avancés est estimé à moins d'un millier dans le monde¹⁰³. Les déclarations des acquéreurs eux-mêmes le confirment, le président-directeur général de Microsoft s'étant félicité de la contribution des « connaissances, du talent et de l'expertise » de l'équipe d'Inflection, et Amazon ayant annoncé que son nouveau laboratoire tirerait parti des « travaux pionniers » des chercheurs venus d'Adept¹⁰⁴. La chose va donc au-delà du transfert de salariés dans le secteur numérique: il s'agit à proprement parler d'un actif qui est transféré.

La qualification de tels opérations au regard du Droit communautaire suppose d'y voir soit une fusion de fait, soit l'acquisition d'éléments d'actifs constituant tout ou partie d'une entreprise. La seconde voie se heurte à l'exigence qui subordonne la qualification au rattachement sans ambiguïté d'un chiffre d'affaires de marché à l'activité transférée. Deux avocats du cabinet Ropes & Gray proposent à cet égard un test cumulatif, l'acquisition devant porter sur la totalité ou la quasi-totalité du personnel de la cible, et celle-ci devant perdre, à court ou à long terme, toute capacité opérationnelle ou de génération de revenu¹⁰⁵. Le Droit britannique se montre plus accueillant, les lignes directrices de la CMA admettant que le transfert d'actifs ou d'employés puisse à lui seul constituer une « entreprise » au sens de l'Enterprise Act 2002, lorsqu'un groupe de salariés et leur savoir-faire permettent la poursuite d'une activité¹⁰⁶. Néanmoins le test de fond dégagé par Lord Sumption dans l'affaire Eurotunnel exige que l'acquéreur obtienne davantage que ce qu'il aurait pu se procurer en recrutant

Braun R. J., Williams M. A., « Predatory Hiring as Exclusionary Conduct. A New Perspective », *Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, vol. 7, n° 1, 2013, p. 2 ; Kim J.-H., « Employee Poaching. Why It Can Be Predatory », *Managerial and Decision Economics*, vol. 35, n° 4, 2014, p. 309.

¹⁰² Georgiev G. S., « The Human Capital Management Movement in U.S. Corporate Law », *Tulane Law Review*, vol. 95, n° 4, 2021, p. 644 ; Gernone F., Teece D. J., « Competing in the Age of AI. Firm Capabilities and Antitrust Considerations », in Abbott A., Schrepel T. (dir.), *A.I. & Competition Policy, Concurrences*, 2024, p. 29.

¹⁰³ Wong D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquihires Under the Clayton Act », *Yale Law Journal*, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204, p. 3195-3196.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 3196.

¹⁰⁵ Patel R., Phillips R., « Are employee acquisitions a gap in European merger control? », *Competition Law International*, vol. 20, n° 1, juillet 2024, p. 86-92, p. 86-87.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 89.

séparément sur le marché ouvert, le transfert d'actifs isolés, ou « bare assets », demeurant insuffisant¹⁰⁷. C'est sur ce fondement que l'autorité britannique a qualifié l'opération Microsoft/Inflection de « relevant merger situation » le 4 septembre 2024, avant de l'autoriser sur le fond. En effet, Microsoft avait déployé l'équipe entière de la cible au sein d'une unité reproduisant son activité et ainsi la continuité économique exigée par la jurisprudence Eurotunnel était remplie. La CMA a expressément admis que les actifs d'une entreprise pouvaient comprendre le savoir-faire collectif de ses activités antérieures à l'opération, incorporé dans son équipe centrale, et qu'à défaut de ces connaissances, la technologie sous-jacente et les droits de propriété intellectuelle existants seraient frappés d'obsolescence¹⁰⁸, laissant ladite cible fantomatique.

Conséquemment, les notions européenne et britannique ne captent l'acquisition inversée que dans des configurations exceptionnelles, celles du transfert massif ou quasi total du personnel rendant la cible inopérante. Un montage plus fin leur échapperait, qu'il s'agisse de transferts étalés dans le temps, du recrutement d'une équipe seulement partielle ou de l'hypothèse dans laquelle la propriété intellectuelle demeurerait pour partie entre les mains de la cible, sauf à mobiliser le mécanisme anti-fractionnement de l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, du règlement n° 139/2004, qui permet de traiter une série d'acquisitions successives comme une opération unique¹⁰⁹. L'inadaptation n'est donc que partielle.

Pour ce qui est du Droit américain, la section 7 du Clayton Act n'exige aucune prise de contrôle, la question pertinente n'étant pas de savoir si l'acquisition confère à l'une des parties une maîtrise sur l'autre, mais si elle produit un effet anticoncurrentiel, et son seul test juridictionnel est géographique¹¹⁰. Or, la notion d'« assets » n'a jamais reçu de définition stricte des juridictions fédérales, lesquelles ont au contraire jugé qu'elle n'était pas un terme technique et qu'elle pouvait désigner « anything of value », le Congrès ayant entendu embrasser l'ensemble des rapprochements, de la pure acquisition de titres à la pure acquisition d'actifs¹¹¹.

¹⁰⁷ Société Coopérative de Production SeaFrance SA v. Competition and Markets Authority [2015] UKSC 75.

¹⁰⁸ Wong D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquihires Under the Clayton Act », Yale Law Journal, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204, p. 3196 et 3198.

¹⁰⁹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 5, § 2, al. 2.

¹¹⁰ Wong D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquihires Under the Clayton Act », Yale Law Journal, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204, p. 3192 ; Collins L., Silvestri M., « USA », in Merger Control Laws and Regulations 2026, ICLG, 22e éd., 10 décembre 2025, p. 342-352, questions 2.1 et 2.4, p. 344 ; Department of Justice, Federal Trade Commission, Merger Guidelines, 18 décembre 2023, 51 p., p. 28-29.

¹¹¹ United States v. Columbia Pictures Corp., 189 F. Supp. 153, 182-183 (S.D.N.Y. 1960) ; United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321, 341-348 (1963).

Ont ainsi été qualifiés d'actifs un brevet¹¹², une marque¹¹³, des droits de distribution¹¹⁴ et un contrat de location d'exploitation¹¹⁵. Le capital humain, actif incorporel mais aliénable, échangé contre une contrepartie valorisable et source d'avantage concurrentiel, satisfait manifestement ce même critère de valeur, au même titre que le fonds commercial, le nom commercial, le logiciel ou les données¹¹⁶.

Pour autant, cela doit être concilié avec la section 6 du Clayton Act, selon laquelle « the labor of a human being is not a commodity or article of commerce »¹¹⁷. Mais l'objection tirée de cette section ne peut prospérer, la commodité et l'article de commerce désignant les biens qu'une société achète et vend régulièrement dans le cours de son activité, quand l'actif désigne ce qui présente pour elle une valeur sans être nécessairement l'objet d'un négoce et la section 6, lue dans son entier, n'ayant d'autre objet que de soustraire l'action syndicale aux lois antitrust, comme a pu le confirmer la Cour suprême¹¹⁸. Néanmoins, cette interprétation est en réalité spéculative, aucune juridiction fédérale ne s'étant jamais prononcée sur l'application de la section 7 à une acquisition inversée¹¹⁹. Les autorités ont pourtant été saisies, la FTC ayant sollicité d'Amazon des informations complémentaires sur l'opération Adept dès juillet 2024¹²⁰ et le président de la FTC comme l'un de ses commissaires s'étant publiquement exprimés sur ces pratiques en janvier 2026¹²¹. Aucune décision n'est intervenue. Le Droit américain dispose donc des instruments nécessaires à la captation du phénomène, au moins autant que les Droits européen et britannique. La difficulté, ou le blocage selon les interprétations, réside plutôt dans l'abstention des autorités chargées de la mettre en œuvre, à savoir la FTC et le DOJ.

¹¹² *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d 1195, 1205, 1210 (2d Cir. 1981).

¹¹³ *United States v. Lever Bros. Co.*, 216 F. Supp. 887, 889 (S.D.N.Y. 1963).

¹¹⁴ *United States v. Columbia Pictures Corp.*, 189 F. Supp. 153, 182-183 (S.D.N.Y. 1960).

¹¹⁵ *United States v. Archer-Daniels-Midland Co.*, 584 F. Supp. 1134, 1138 (S.D. Iowa 1984).

¹¹⁶ Wong D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquires Under the Clayton Act », *Yale Law Journal*, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204, p. 3192-3196 ; Georgiev G. S., « The Human Capital Management Movement in U.S. Corporate Law », *Tulane Law Review*, vol. 95, n° 4, 2021, p. 644.

¹¹⁷ Clayton Act § 6, 15 U.S.C. § 17 (2018).

¹¹⁸ *Duplex Printing Press Co. v. Deering*, 254 U.S. 443, 469, 472 (1921) ; Wong D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquires Under the Clayton Act », *Yale Law Journal*, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204, p. 3196-3197.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 3178 ; Broughman B. J., Wansley M. T., Weinstein S. N., « No Exit », *New York University Law Review*, vol. 100, n° 5, 2025, p. 1481-1560, p. 1554.

¹²⁰ Hu K., Bensinger G., Godoy J., « Exclusive. FTC Seeking Details on Amazon Deal with AI Startup Adept, Source Says », *Reuters*, 16 juillet 2024, en ligne, <https://www.reuters.com/technology/ftc-seeking-details-amazon-deal-with-ai-startup-adept-source-says-2024-07-16>.

¹²¹ Ferguson A., entretien, « FTC Chair Andrew Ferguson Talks Acquires », *Bloomberg Talks*, Bloomberg Podcasts, 16 janvier 2026, à 00:57, en ligne, https://www.youtube.com/watch?v=8u_hazxCplM ; Meador M. R., commissaire à la Federal Trade Commission, allocution d'ouverture à la Tech Antitrust Conference, Concurrences, 15 janvier 2026, p. 3, en ligne, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/meador-concurrences-keynote.pdf.

D'autre part, la prise de participation minoritaire constitue le second vecteur d'évitement. Le Droit américain de la concurrence la traite avec une largeur remarquable, l'acquisition d'une participation non contrôlante en titres avec droit de vote étant notifiable dès lors que les seuils sont franchis et demeurant, en toute hypothèse, saisissable au fond en raison de l'altération des incitations qu'elle emporte¹²². Le Droit étasunien prévoit toutefois des exemptions dont l'une pourrait servir de refuge, la règle 802.64, b), du titre 16 du Code of Federal Regulations exonérant l'acquisition directe de titres avec droit de vote par un investisseur institutionnel, dans le cours normal de ses affaires, à seule fin d'investissement et en deçà de quinze pour cent du capital¹²³. Il en va de même pour les acquisitions à seule fin d'investissement en deçà de 10% du capital de l'entreprise cible, sous la double condition que l'acquéreur n'ait aucune intention d'influencer les décisions fondamentales de l'émetteur et ne détienne aucun investissement significatif chez un concurrent de celui-ci¹²⁴. Le Droit communautaire ne connaît aucune exemption équivalente pour les organismes de placement collectif, la Commission procédant en toute hypothèse à l'appréciation in concreto de l'influence déterminante, entendue comme le pouvoir de prendre ou de faire prendre les décisions stratégiques de l'entreprise, notamment par la nomination majoritaire des organes de direction, appréciation qui n'exclut pas par principe le détenteur de moins de 15% des droits de vote.

La divergence est cependant moins lourde qu'il n'y paraît, l'exemption américaine étant auto-limitative. Elle est en effet subordonnée à une passivité effective. Ainsi, l'opérateur qui entend infléchir le comportement concurrentiel de l'entreprise cible en perd aussitôt le bénéfice. Le Droit américain neutralise de surcroît le fractionnement, l'acquéreur devant agréger les titres nouvellement acquis à ceux qu'il détient déjà, et une série échelonnée d'acquisitions d'actifs auprès d'une même personne devant être agrégée lorsque la lettre d'intention est signée moins de cent quatre-vingts jours après une opération antérieure¹²⁵. Il reste que la participation minoritaire est la seule voie par laquelle une acquisition inversée peut s'accompagner d'une prise d'intérêt au capital, comme le démontre l'opération Meta/Scale AI de juin 2025, par laquelle Meta a investi 14,3 milliards de dollars pour 49% du capital et s'est

¹²² Collins L., Silvestri M., « USA », in *Merger Control Laws and Regulations 2026*, ICLG, 22e éd., 10 décembre 2025, p. 342-352, questions 2.1 et 2.2, p. 344.

¹²³ 16 C.F.R. § 802.64(b).

¹²⁴ Collins L., Silvestri M., « USA », in *Merger Control Laws and Regulations 2026*, ICLG, 22e éd., 10 décembre 2025, p. 342-352, question 2.7, p.345.

¹²⁵ Collins L., Silvestri M., « USA », in *Merger Control Laws and Regulations 2026*, ICLG, 22e éd., 10 décembre 2025, p. 342-352, questions 2.7 et 2.8, p.345.

engagé à consacrer 500 millions de dollars par an aux données de Scale AI pendant cinq ans, sans qu'aucun examen ne soit requis faute de participation contrôlante¹²⁶.

Les mécanismes de contournement n'existent donc que relativement. Ils ne résultent pas véritablement d'une lacune des notions de concentration, qui peuvent, de part et d'autre de l'Atlantique, appréhender le reverse acquihiring comme la prise de participation, mais du silence des autorités appelées à mobiliser ces notions.

L'étape qui succède la détermination de l'applicabilité du Droit des concentrations est l'analyse de marché, dont les renouvellements américains et européens face à l'économie numérique convergent.

Chapitre 2 - Le renouvellement convergent de l'analyse de marché pour l'économie numérique

L'analyse de marché est déterminante en ce qu'elle subordonne l'évaluation du risque d'entrave significative à la concurrence. Le numérique, en raison de ses spécificités, a significativement remis en question les instruments classiques d'analyse de marché utilisés par les autorités de concurrence, de part et d'autre de l'Atlantique, qu'il s'agisse pour la détermination du marché pertinent (Section 1 - La difficulté de détermination du marché pertinent) ou pour la mesure de la dominance sur ledit marché (Section 2 - La mesure de la dominance sur les marchés numériques).

Section 1 - La difficulté de détermination du marché pertinent

La détermination du marché pertinent est l'étape liminaire de l'analyse concurrentiel. En matière de concentrations, la Cour de Justice tient logiquement la définition du marché pour une condition préalable nécessaire à toute appréciation de l'incidence d'une opération sur la concurrence¹²⁷. Les paramètres européens et américains de l'exercice convergent

¹²⁶ Wong D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquihires Under the Clayton Act », Yale Law Journal, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204, p. 3184 et 3186, note 57 ; Godoy J., « Meta's \$14.8 Billion Scale AI Deal Latest Test of AI Partnerships », Reuters, 16 juin 2025, en ligne, <https://www.reuters.com/sustainability/boards-policy-regulation/metas-148-billion-scale-ai-deal-latest-test-ai-partnerships-2025-06-13>.

¹²⁷ Kaplow L., « Why (Ever) Define Markets? », Harvard Law Review, vol. 124, n° 2, décembre 2010, p. 437-517, 439-440.

naturellement, les deux systèmes recourant aux mêmes critères qualitatifs, tenant aux caractéristiques, au prix et à l'usage envisagé du produit, et au même instrument quantitatif, le test du monopoleur hypothétique¹²⁸. Cette convergence méthodologique se trouve toutefois mise à l'épreuve par le secteur numérique, dont deux caractéristiques désorganisent l'analyse. La première tient à la multifacialité des plateformes, qui interdit de savoir combien de marchés doivent être délimités (A — La délimitation du marché à l'épreuve des plateformes multifaces). La seconde tient à la gratuité apparente des services offerts, qui prive l'instrument quantitatif de son assiette (B — Le test de substituabilité à l'épreuve des produits à prix nul).

A - La délimitation du marché à l'épreuve des plateformes multifaces

La plateforme multiface réunit des groupes de clients distincts que l'opérateur rassemble afin d'internaliser les effets de réseau indirects qui les lient, chacun retirant de la présence de l'autre un avantage qu'il n'aurait pu obtenir isolément¹²⁹. Il en résulte une difficulté pour la définition traditionnelle du marché celle de savoir si la plateforme opère sur un marché unique ou si chaque face constitue un marché distinct. La définition de marchés séparés méconnaît le lien qui unit les groupes, tant du point de vue de la monétisation que des avantages réciproques, tandis que la définition d'un marché unique occulte les caractéristiques propres de chaque groupe et les conditions de concurrence, potentiellement distinctes, dans lesquelles ses attentes sont satisfaites, ce qui a pour conséquence que l'autorité de concurrence en cause risque de ne pas identifier les contraintes exercées, sur l'une des faces, par des opérateurs recourant à d'autres modèles de monétisation¹³⁰.

Le Droit américain a cru trancher la question par une *summa divisio*. Dans l'arrêt *American Express*, la Cour suprême a jugé que les réseaux de cartes de paiement constituaient des plateformes de transaction et que les deux faces devaient être réunies en un marché unique, l'opérateur ne pouvant vendre à l'une sans vendre simultanément à l'autre et ne fournissant dès

¹²⁸ Eben M., Robertson V. H. S. E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », SSRN Working Paper n° 3762447, p. 9-10 ; Commission européenne, communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372 du 9 décembre 1997, p. 5, pt 7 ; Department of Justice, Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19 août 2010, § 4.1 ; *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 395, 404 (1956).

¹²⁹ Eben M., Robertson V. H. S. E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », SSRN Working Paper n° 3762447, p. 17-18 ; Evans D. S., Schmalensee R., *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Boston, Harvard Business Review Press, 2016, 272 p.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 18-19.

lors qu'un seul produit, la transaction¹³¹. La majorité en a déduit, pour les plateformes qui n'opèrent pas de transaction, que des marchés distincts devaient être définis pour chaque groupe de clients, les effets de réseau indirects y étant moins intenses¹³². La conséquence de cette analyse américaine est considérable, dès lors que seules d'autres plateformes de transaction sont réputées exercer une contrainte sur l'opérateur, ce qui restreint d'autant l'espace concurrentiel au sein duquel les effets seront appréciés¹³³. La solution a suscité une importante critique. Ainsi, le Professeur Herbert Hovenkamp y a vu l'introduction d'une aberration économique dans le Droit de la puissance de marché, la Cour ayant réuni dans un même marché non des substituts mais des compléments, et il aurait, selon lui, été préférable de définir le marché autour des seuls substituts avant d'apprécier l'incidence de la relation entre les faces sur la capacité de l'opérateur à exercer un pouvoir de marché¹³⁴. D'autres ont au contraire soutenu la majorité, comme les Professeurs Evans et Schmalensee qui ont estimé que les compléments s'adressent à une même clientèle et peuvent être de fait offerts par des entreprises différentes, quand les faces d'une plateforme réunissent des groupes distincts qu'un même opérateur doit servir simultanément¹³⁵. Le problème central tient en réalité au fait que l'arrêt ait placé la définition du marché au centre du contentieux concurrentiel, alors qu'elle n'en constitue que le cadre, et qu'il a, d'une certaine manière, encouragé les parties à consacrer leurs efforts à la qualification de la plateforme plutôt qu'à la démonstration des effets. Le contrôle américain des concentrations en a immédiatement subi les conséquences. Par exemple, dans l'affaire Sabre/Farelogix, le juge Stark a rejeté le recours du DOJ au motif que le Gouvernement n'avait pas démontré que les parties opéraient sur un même marché, estimant qu'en vertu de l'arrêt *American Express* seule une plateforme biface pouvait concurrencer une plateforme de transaction, quand bien même les documents internes des entreprises établissaient qu'elles se regardaient réciproquement comme des concurrentes¹³⁶. Les conséquences pour les

¹³¹ *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. 529, 138 S. Ct. 2274, 2280, 2286-2287 (2018).

¹³² Filistrucchi L., Geradin D., Van Damme E., Affeldt P., « Market Definition in Two-Sided Markets. Theory and Practice », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 10, n° 2, 2014, p. 293, 298.

¹³³ *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. 529, 138 S. Ct. 2274, 2287 (2018) ; Eben M., Robertson V. H. S. E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », SSRN Working Paper n° 3762447, p. 22.

¹³⁴ Hovenkamp H., « Platforms and the Rule of Reason. The American Express Case », *Columbia Business Law Review*, vol. 2019, n° 1, 2019, p. 34-92, 57 et 59 ; Eben M., Robertson V. H. S. E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », SSRN Working Paper n° 3762447, p. 21.

¹³⁵ Evans D. S., Schmalensee R., « Antitrust Analysis of Platform Markets. Why the Supreme Court Got It Right in *American Express* », *Competition Policy International*, 2019, p. 58.

¹³⁶ *United States v. Sabre Corp.*, No. 19-1548 (LPS), 2020 WL 1855433 (D. Del. Apr. 7, 2020) ; Allen S. O., Christensen B., Conrad J., Grimmer N., Pratt J., « Market Definition in the Digital Economy. Considerations for How to Properly Identify Relevant Markets », *American Antitrust Institute, Online Symposium: Technology and Market Definition*, 17 juin 2020, p. 4.

acquisitions prédatrices sont substantielles, puisque la réunion des faces en un marché unique ne permet pas de tenir compte des améliorations de qualité ou d'innovation apportées par un concurrent naissant présent sur une seule face, ce qui correspond très précisément à la position, à l'apport des start-ups sur les marchés numériques, et concourt ainsi à conforter les acquéreurs, les Big Tech¹³⁷.

À la différence du Droit américain, le Droit européen de la concurrence n'a jamais consacré une telle dichotomie et a préféré une démarche empirique. Dans les affaires Cartes bancaires et MasterCard, la Commission a reconnu la possibilité tant d'un marché multiface que de marchés unifaces, avant de retenir les marchés de l'émission et de l'acquisition, seuls pertinents au regard des pratiques poursuivies, lesquelles concernaient la concurrence à l'intérieur du système et non entre les systèmes¹³⁸. Si la Cour de Justice a reproché au Tribunal son insuffisante attention au contexte économique et à la multifacialité de la plateforme, celui-ci a confirmé et maintenu la définition de marchés unifaces distincts, dès lors que l'interdépendance était prise en compte au stade de l'analyse des effets¹³⁹. Suite à cette décision, le contrôle des concentrations est restée dans un certain pragmatisme. En effet, la Commission a retenu des marchés distincts pour chaque face dans les affaires Facebook/WhatsApp et Microsoft/LinkedIn sans rattacher expressément cette solution à la théorie des marchés multifaces, et un marché unique dans les affaires Travelport/Worldspan et Google/DoubleClick sans davantage se référer aux typologies doctrinales¹⁴⁰. La CMA a pu récemment définir un marché unique biface au motif que l'opérateur constituait une plateforme de transaction. Néanmoins, le Competition Appeal Tribunal a jugé cette délimitation irréaliste, matériellement erronée, avant de retenir deux marchés unifaces distincts et d'énoncer que les marchés sur lesquels sont offerts les différents produits focaux d'une plateforme devraient toujours être définis séparément¹⁴¹. Les litiges opposant Epic Games à Apple et à Google démontrent encore

¹³⁷ *Ibid.*, p. 9-10.

¹³⁸ Comm. CE, décis. du 19 décembre 2007, aff. COMP/34.579, MasterCard, pts 251, 257, 259 et 261 ; Trib. UE, 29 novembre 2012, aff. T-491/07, Groupement des cartes bancaires c/ Commission, ECLI:EU:T:2012:633, pts 82, 162, 178 et 180.

¹³⁹ CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires c/ Commission, ECLI:EU:C:2014:2204, pts 77 à 81 ; Trib. UE, 30 juin 2016, aff. T-491/07 RENV, Groupement des cartes bancaires c/ Commission, ECLI:EU:T:2016:379, pts 77 à 82 ; CJUE, 2 avril 2020, aff. C-228/18, Budapest Bank e.a., ECLI:EU:C:2020:265, pt 56.

¹⁴⁰ Comm. UE, décis. du 3 octobre 2014, aff. M.7217, Facebook/WhatsApp, pts 13, 45 et 69 ; Comm. UE, décis. du 6 décembre 2016, aff. M.8124, Microsoft/LinkedIn, pt 87 ; Comm. CE, décis. du 21 août 2007, aff. M.4523, Travelport/Worldspan, pt 10 ; Comm. CE, décis. du 11 mars 2008, aff. M.4731, Google/DoubleClick, pts 20 et 72.

¹⁴¹ Competition and Markets Authority, décis. n° 50505, 19 novembre 2020, pts 5.12, 5.17, 5.18 et 5.51 ; BGL (Holdings) Ltd v. Competition and Markets Authority [2022] CAT 36, pts 110, 120, 121, 122, 146 et 147 ; Smith

de l'incidence de la définition, le juge ayant retenu dans le premier un marché des transactions de jeu sur mobile au sein duquel Apple ne disposait d'aucune puissance substantielle, quand le jury a retenu dans le second des marchés de marque unique, celui de la distribution d'applications sur Android et celui des services de facturation intégrée, au sein desquels la position de Google fut jugée monopolistique¹⁴².

La délimitation du marché des plateformes multifaces est donc loin d'être aisée, et cette difficulté n'est pas sans conséquence pour le contrôle des acquisitions prédatrices, la question de savoir si la cible se trouve ou non dans le même marché que l'acquéreur commandant l'ensemble de l'analyse des risques concurrentiels. Le test de substituabilité subit lui aussi des difficultés dans le domaine numérique.

B - Le test de substituabilité à l'épreuve des produits à prix nul

Le produit à prix nul se définit très simplement comme celui dont le prix facturé au client est fixé à zéro¹⁴³. Le modèle n'est pas une innovation du numérique, la télévision hertzienne, la radiodiffusion et la presse gratuite en ayant depuis longtemps offert l'exemple. Cependant, il s'est effectivement généralisé avec internet, en raison du coût marginal quasi nul de la distribution numérique, et irrigue aujourd'hui la recherche, les réseaux sociaux, la messagerie et le stockage en ligne. Le prix nul ne signifie pourtant ni gratuité ni absence de contrepartie au service, puisque l'utilisateur s'acquitte du prix du service par son attention, ses données personnelles ou sa vie privée. Ces marchés peuvent donc être analysés comme des marchés de l'attention où l'utilisateur fournit l'intrant et où l'annonceur occupe, paradoxalement, la position du client¹⁴⁴. L'économie comportementale a au surplus établi que le passage d'un prix positif à un prix nul ne se traduit pas par une variation linéaire de la demande mais par un effet de seuil, l'effet de prix nul, dont il résulte que la demande s'envole d'une manière que la théorie néoclassique économique tiendrait pour irrationnelle.

R. L., Duke A., « Digital Platforms. One Market or More? Lessons from Compare the Market », *Journal of Competition Law & Economics*, 2026, art. n° nhag012, 24 p., p. 14-19.

¹⁴² Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F. Supp. 3d 898, 921, 1044 (N.D. Cal. 2021), aff'd, 67 F.4th 946 (9th Cir. 2023) ; *Ibid.*, p. 22-23.

¹⁴³ Newman J. M., « Antitrust in Zero-Price Markets. Foundations », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2015, p. 149, 151.

¹⁴⁴ Wu T., « Blind Spot. The Attention Economy and the Law », *Antitrust Law Journal*, vol. 82, 2019, p. 771.

La première réaction des autorités de concurrence et des juridictions fut de nier l'existence même d'un marché. Dans l'affaire *Kinderstart.com*, une juridiction fédérale a rejeté les demandes formées contre Google en retenant que le marché suppose un ensemble de ventes or le demandeur n'alléguait pas que Google vendait ses services de recherche¹⁴⁵. Ce raisonnement ignorait que le service n'est rendu qu'en contrepartie d'une prestation non monétaire et que le prix nul n'immunise nullement contre la création ou l'abus d'une puissance de marché¹⁴⁶. Il convient de souligner que la réticence n'était pas propre au Droit américain de la concurrence, la Commission ayant elle-même hésité à reconnaître l'existence d'une relation commerciale entre les fournisseurs de services gratuits et leurs utilisateurs, sans toutefois aller jusqu'à nier l'existence d'un marché¹⁴⁷. Un consensus s'est depuis établi dans les différents ordres juridiques, la Commission ayant admis dans l'affaire *Google Search (Shopping)* que la fourniture de services de recherche constitue une activité économique, les utilisateurs fournissant les données qui permettent d'offrir des services publicitaires à l'autre face, solution reprise dans l'affaire *Google Android*¹⁴⁸. La difficulté s'est alors déplacée de la reconnaissance du marché vers sa mesure. Le test du monopoleur hypothétique (dit test SSNIP, « Small but Significant Non-transitory Increase in Price ») repose en effet sur une augmentation de prix de 5% à 10% rapportée à un prix concurrentiel. Or appliqué à un prix nul une augmentation de 5% à 10% de zéro reste zéro¹⁴⁹. Les tentatives d'adaptation n'ont guère convaincu. Dans l'affaire *Streamcast*, une juridiction fédérale a habilement envisagé de raisonner à partir d'un prix imaginaire, en relevant que rien n'indiquait que les utilisateurs renonceraient au service si un prix même symbolique leur était demandé, ce qui revient à faire abstraction de l'effet de prix nul, dès lors que le passage de la gratuité à un prix, si modique fût-il, modifie la nature même du produit dans l'esprit du consommateur¹⁵⁰. Les services de la FTC ont pour leur part proposé, dans leur mémorandum relatif à l'enquête visant Google, de réaffecter à la face publicitaire le coût supporté par les utilisateurs et d'analyser l'élasticité croisée de la demande comme si ceux-

¹⁴⁵ *Kinderstart.com LLC v. Google, Inc.*, No. C 06-2057 (JF) (RS) (N.D. Cal. Mar. 16, 2007).

¹⁴⁶ Allen S. O., Christensen B., Conrad J., Grimmer N., Pratt J., « Market Definition in the Digital Economy. Considerations for How to Properly Identify Relevant Markets », American Antitrust Institute, Online Symposium: Technology and Market Definition, 17 juin 2020, p. 6.

¹⁴⁷ Comm. CE, décis. du 20 septembre 1995, aff. IV/M.553, *RTL/Veronica/Endemol*, pt 17 ; Eben M., Robertson V. H. S. E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », SSRN Working Paper n° 3762447, p. 13.

¹⁴⁸ Comm. UE, décis. du 27 juin 2017, aff. AT.39740, *Google Search (Shopping)*, pts 158 et 198 ; Comm. UE, décis. du 18 juillet 2018, aff. AT.40099, *Google Android*, pts 325 à 329.

¹⁴⁹ Smith R. L., Duke A., « Digital Platforms. One Market or More? Lessons from Compare the Market », *Journal of Competition Law & Economics*, 2026, art. n° nhag012, 24 p., p. 5.

¹⁵⁰ *Streamcast Networks, Inc. v. Skype Techs., S.A.*, 547 F. Supp. 2d 1086, 1095 (C.D. Cal. 2007) ; Eben M., Robertson V. H. S. E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », SSRN Working Paper n° 3762447, p. 14.

ci supportaient directement le prix, la disposition des annonceurs à en assumer la charge étant elle-même déterminée par la demande des utilisateurs¹⁵¹.

Mais finalement, la voie la plus praticable a consisté à substituer au prix un autre paramètre de la concurrence. En effet, le test dit SSNDQ (Small but Significant Non-Transitory Decrease of Quality), qui consiste à rechercher si les clients se détourneraient du fournisseur en cas de dégradation faible mais significative et durable de la qualité du service, a été utilisé par la Commission dans l'affaire Google Android à propos des magasins d'applications, la dégradation s'entendant notamment des fonctions de recherche au sein du magasin, de la présentation des résultats, des offres promotionnelles et des fonctionnalités de mise à jour¹⁵². Le Tribunal a validé l'instrument en jugeant que le test constituait un élément de preuve pertinent aux fins de la définition du marché et que la fixation d'un standard quantitatif précis de dégradation n'en conditionnait pas l'application, il importe simplement que la dégradation soit faible tout en étant significative et non transitoire¹⁵³. Le test est cependant privé de « mode d'emploi », la Commission ne précisant ni comment définir la qualité, ni quel poids attribuer à chacun de ses paramètres, faiblesse qu'une liste illustrative et non exhaustive ne saurait combler et qui conduit l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à n'y voir qu'un guide conceptuel approximatif plutôt qu'un instrument de mesure¹⁵⁴. Les autres paramètres potentiels, qu'il s'agisse d'une hausse du coût non monétaire acquitté en attention ou en information, ou d'une variation portant sur les données personnelles elles-mêmes, n'ont fait l'objet d'aucune tentative aboutie. La principale raison à cela étant le manque d'impact de ces paramètres sur le consommateur.

L'échec relatif de l'instrument quantitatif provoque un retour à l'analyse qualitative, que les deux systèmes connaissaient déjà. La Commission a elle-même indiqué que, lorsque le test de prix n'est pas adapté au cas d'espèce, il est préférable d'identifier les caractéristiques du produit pour lesquelles les conditions de concurrence sont homogènes¹⁵⁵. Le Droit américain

¹⁵¹ Federal Trade Commission, In the Matter of Google Inc., dossier n° 111-0163, Staff Memorandum, 2012, p. 65 et note 369 ; Eben M., Robertson V. H. S. E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », SSRN Working Paper n° 3762447, p. 14.

¹⁵² Comm. UE, décis. du 18 juillet 2018, aff. AT.40099, Google Android, pts 286, 296 et 390 à 398 ; Eben M., Robertson V. H. S. E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », SSRN Working Paper n° 3762447, p. 15.

¹⁵³ Trib. UE, 14 septembre 2022, aff. T-604/18, Google et Alphabet c/ Commission, ECLI:EU:T:2022:541, pts 177 et 180.

¹⁵⁴ OCDE, The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, DAF/COMP(2013)17, 2013, p. 15.

¹⁵⁵ Comm. UE, décis. du 30 janvier 2013, aff. M.6570, UPS/TNT Express, pt 154 ; Eben M., Robertson V. H. S.

dispose pour sa part des indices pratiques dégagés dans l'arrêt *Brown Shoe*, qui associent des facteurs de prix et hors prix, à savoir la reconnaissance du marché par le secteur ou le public, les caractéristiques et usages propres du produit, les installations de production spécifiques, la clientèle distincte, les prix distincts, la sensibilité aux variations de prix et l'existence de vendeurs spécialisés¹⁵⁶. Les juridictions fédérales recourent couramment à des éléments qualitatifs et retiennent dans un même marché les produits fonctionnellement interchangeables, comme dans l'arrêt *Microsoft* dans lequel le marché fut limité aux systèmes d'exploitation compatibles avec l'architecture Intel, à l'exclusion du système d'Apple, en raison des coûts de transfert et de conversion des fichiers et du nombre inférieur d'applications prises en charge¹⁵⁷. Côté communautaire, les lignes directrices horizontales admettent que le cadre conceptuel du test conserve son utilité méthodologique alors même que les données permettant de le mettre en œuvre quantitativement font défaut, et que les effets hors prix ne sont pas d'une importance moindre que les effets de prix¹⁵⁸.

Les autorités européenne et américaine convergent ainsi vers une même solution, qui consiste à conserver le cadre conceptuel du test de substituabilité en lui substituant, comme variable, la qualité et l'innovation. Cette convergence est toutefois partielle puisqu'il n'existe pas de standard partagé de définition et de pondération de la qualité, et elle laisse entière la question de l'appréciation de la puissance de marché, à laquelle la délimitation du marché n'est qu'un préalable.

Section 2 - La mesure de la dominance sur les marchés numériques

Il convient d'examiner en quoi les critères classiques de mesure de la dominance se trouvent singulièrement remis en cause par les caractéristiques des marchés numériques (A - La singulière remise en cause des critères classiques d'analyse de la dominance par l'économie numérique), avant de constater que les autorités européenne et américaine ont réagi par une

E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », SSRN Working Paper n° 3762447, p. 16.

¹⁵⁶ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 325 (1962) ; *FTC v. Sysco Corp.*, 113 F. Supp. 3d 1, 27 n.2 (D.D.C. 2015).

¹⁵⁷ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 52 (D.C. Cir. 2001) ; *McWane, Inc. v. FTC*, 783 F.3d 814, 829 (11th Cir. 2015) ; *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 403 (1956) ; Allen S. O., Christensen B., Conrad J., Grimmer N., Pratt J., « Market Definition in the Digital Economy. Considerations for How to Properly Identify Relevant Markets », American Antitrust Institute, Online Symposium: Technology and Market Definition, 17 juin 2020, p. 7-8.

¹⁵⁸ Department of Justice, Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19 août 2010, §§ 4.1.2 et 4.1.3.

substitution largement convergente d'indicateurs¹⁵⁹ (B - La prise en compte convergente des spécificités des marchés numériques par les autorités européenne et américaine).

A - La singulière remise en cause des critères classiques d'analyse de la dominance par l'économie numérique

La position dominante désigne, selon la formule constante de la Cour de Justice, la situation de puissance économique dans laquelle une entreprise dispose du pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché concerné, en lui permettant d'adopter, dans une mesure appréciable, des comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, en définitive, des consommateurs¹⁶⁰. Le concept excède le simple monopole, en ce qu'il traduit la capacité d'agir à sa guise sur le marché, notamment en fixant ou en maintenant ses prix à des niveaux supérieurs à ceux qui résulteraient d'une concurrence effective, en modifiant la qualité, l'innovation ou la variété des biens et services, ou en imposant ses conditions sans crainte d'une réaction significative de la concurrence¹⁶¹. Elle ne suppose ni l'exclusion de toute rivalité ni l'absence de contrepoids ponctuels de la part de certains clients importants¹⁶², ce qui la caractérise étant l'indépendance durable d'action et la faculté d'influencer l'évolution du marché, quand bien même l'entreprise demeurerait exposée à une pression résiduelle des autres opérateurs¹⁶³. La méthode d'identification requiert classiquement le croisement de plusieurs indices, analysés de manière cumulative, aucun critère n'étant décisif en soi¹⁶⁴. L'indice classique et généralement central est la part de marché, une part excédant cinquante pour cent faisant présumer l'existence d'une dominance sauf circonstances particulières atténuantes, tandis qu'une part inférieure à quarante pour cent ne conduit que rarement à l'établir, hors contexte exceptionnel¹⁶⁵. L'importance de cette part doit être

¹⁵⁹ Kaplow L., « On the Relevance of Market Power », Harvard Law Review, vol. 130, n° 5, mars 2017, p. 1303, 1305-1307.

¹⁶⁰ CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche c/ Commission, ECLI:EU:C:1979:36, pts 38 et 39 ; CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, United Brands c/ Commission, ECLI:EU:C:1978:22, pt 65 ; CJCE, 5 octobre 1988, aff. 247/86, Alsatel c/ Novasam, ECLI:EU:C:1988:469, pt 12 ; TPICE, 23 octobre 2003, aff. T-65/98, Van den Bergh Foods c/ Commission, ECLI:EU:T:2003:281, pt 154.

¹⁶¹ Commission européenne, communication, orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45 du 24 février 2009, p. 7, pt 11.

¹⁶² CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, United Brands c/ Commission, ECLI:EU:C:1978:22, pt 113

¹⁶³ CJCE, 15 décembre 1994, aff. C-250/92, Gøttrup-Klim, ECLI:EU:C:1994:413, pt 47 ; Trib. UE, 25 juin 2010, aff. T-66/01, Imperial Chemical Industries c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:255, pt 255.

¹⁶⁴ CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, United Brands c/ Commission, ECLI:EU:C:1978:22, pt 66.

¹⁶⁵ CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, AKZO Chemie c/ Commission, ECLI:EU:C:1991:286, pts 59 et 60 ; Trib. UE, 25 juin 2010, aff. T-66/01, Imperial Chemical Industries c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:255, pt 256 ; Commission européenne, communication, orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45

relativisée par la structure concurrentielle, l'évolution dans le temps, la segmentation du marché et la différenciation des produits, un poids substantiel maintenu sur une période prolongée accroissant l'indice sans jamais le déterminer à lui seul¹⁶⁶. Sont ensuite examinées les barrières à l'entrée et à l'expansion, qu'elles soient juridiques (notamment les brevets), économiques ou technologiques, ainsi que l'accès privilégié aux ressources et aux réseaux de distribution¹⁶⁷, puis la force de négociation des clients, qui n'atténue véritablement la puissance de l'opérateur que lorsqu'elle s'applique à l'ensemble du marché et non à un segment restreint¹⁶⁸. La qualification relève en définitive d'une analyse globale, circonstanciée et dynamique¹⁶⁹.

Le contrôle des concentrations reprend cette architecture en l'assortissant de seuils quantitatifs propres. En Droit européen, les opérations horizontales bénéficient d'une présomption de compatibilité lorsque la part de marché des entreprises concernées n'excède pas 25%¹⁷⁰ et le niveau de concentration est mesuré au moyen de l'indice de Herfindahl-Hirschman. Le Droit américain retient une architecture identique dans son principe et plus sévère dans ses seuils, les lignes directrices de 2023 ayant abandonné ceux de 2010 pour revenir à ceux de 1982. Ainsi, un marché est tenu pour fortement concentré au-delà d'un indice de mille huit cents et l'accroissement pour significatif au-delà de cent points, une présomption d'illicéité s'attachant en outre à toute opération portant la part de l'entité issue au-delà de trente pour cent lorsqu'elle s'accompagne du même accroissement¹⁷¹. Il importe de relever d'emblée que ces deux appareils réservent l'un et l'autre l'hypothèse du concurrent en devenir. Les lignes directrices horizontales européennes exceptent expressément le cas où l'opération implique un entrant potentiel ou un entrant récent doté d'une faible part de marché, ou encore une partie constituant un innovateur important¹⁷². Les lignes directrices américaines de 2023 consacrent

du 24 février 2009, p. 7, pt 14.

¹⁶⁶ Gam L., « La mesure de la dominance sur les marchés numériques. Quelles difficultés ? », in Claudel E. (dir.), *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. *Pensée contemporaine*, 2026, p. 35, 37.

¹⁶⁷ Commission européenne, communication, orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45 du 24 février 2009, p. 7, pts 16 et 17.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 7, pt 18.

¹⁶⁹ Trib. UE, 11 décembre 2013, aff. T-79/12, *Cisco Systems et Messagenet c/ Commission*, ECLI:EU:T:2013:635, pt 69 ; Gam L., « La mesure de la dominance sur les marchés numériques. Quelles difficultés ? », in Claudel E. (dir.), *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. *Pensée contemporaine*, 2026, p. 35, 37.

¹⁷⁰ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, cons. 32.

¹⁷¹ Department of Justice, Federal Trade Commission, *Merger Guidelines*, 18 décembre 2023, p. 5-6.

¹⁷² Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31 du 5 février 2004, p. 5, pt 20.

pour leur part une orientation entière à l'élimination d'un entrant potentiel sur un marché concentré¹⁷³. Ces réserves symétriques constituent le seul point d'accroche des acquisitions prédatrices dans l'appareil quantitatif traditionnel.

Or, le secteur numérique désorganise cet appareil de trois manières distinctes.

En premier lieu, le dynamisme structurel de ces marchés, marqué par un rythme d'innovation rapide, par la naissance continue de nouveaux segments et par la volatilité des positions établies, prive la part de marché de sa valeur d'indice¹⁷⁴. La détermination, la délimitation de cette part dépend de la définition préalable du marché, dont la difficulté vient d'être montré dans le domaine du numérique. La Commission l'a elle-même admis, jugeant dans l'affaire Microsoft/Skype que les parts de marché présentaient une valeur explicative réduite dès lors que le marché était naissant et que les évolutions y étaient rapides¹⁷⁵.

En deuxième lieu, la gratuité apparente des services offerts prive le critère de sa substance même. La dominance a en effet été historiquement comprise dans les paramètres étroits de la puissance économique, entendue comme l'aptitude à fixer ses prix indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs¹⁷⁶. Dans un marché à prix nul l'analyse est désuète. Certains ont proposé de lui substituer le degré d'enfermement, ou lock-in, que ces plateformes produisent lorsque la vie numérique de leurs utilisateurs se trouve enchâssée, d'une certaine manière, dans un écosystème déterminé¹⁷⁷. Le calcul du chiffre d'affaires, qui sert d'assiette ordinaire au calcul des parts, se révèle du reste inapte à rendre compte du pouvoir réel détenu sur des marchés de plateformes multifaces et de services gratuits¹⁷⁸.

En troisième lieu, les caractéristiques structurelles propres au numérique déplacent le siège même de la puissance. La multifacialité impose d'analyser chacune des composantes de

¹⁷³ Department of Justice, Federal Trade Commission, Merger Guidelines, 18 décembre 2023, p. 10-11 et notes 21 et 23.

¹⁷⁴ Gam L., « La mesure de la dominance sur les marchés numériques. Quelles difficultés ? », in Claudel E. (dir.), *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 2026, p. 35, 38.

¹⁷⁵ Comm. UE, décis. du 7 octobre 2011, aff. M.6281, Microsoft/Skype, pts 78 à 80), puis dans l'affaire Facebook/WhatsApp (Comm. UE, décis. du 3 octobre 2014, aff. M.7217, Facebook/WhatsApp, pt 99.

¹⁷⁶ CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche c/ Commission, ECLI:EU:C:1979:36.

¹⁷⁷ Ong B., Toh D. J., « Digital Dominance and Social Media Platforms. Are Competition Authorities Up to the Task ? », IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol. 54, 2023, p. 527, 556 ; Shapiro C., Varian H. R., *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston, Harvard Business School Press, 1999, 352 p., chap. 5 et 6.

¹⁷⁸ Gam L., « La mesure de la dominance sur les marchés numériques. Quelles difficultés ? », in Claudel E. (dir.), *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 2026, p. 35, 43.

la plateforme, l'intermédiation entre groupes distincts d'utilisateurs générant des externalités croisées importantes¹⁷⁹. Les effets de réseau, en ce que la valeur du service croît avec le nombre d'utilisateurs, renforcent l'attractivité de la plateforme et accentuent la concentration jusqu'à produire des *tipped markets*, où un acteur devient pratiquement incontestable¹⁸⁰. Ces effets présentent au surplus, dans le secteur des réseaux sociaux, une intensité que ne connaissent ni les places de marché ni les moteurs de recherche, dès lors que l'utilité du service dépend de la présence, sur la même face, des relations de l'utilisateur lui-même, nul ne souhaitant se trouver seul sur son propre réseau, quand l'utilisateur d'un moteur de recherche demeure indifférent au nombre de ceux qui l'accompagnent de son côté de la plateforme.

La collecte et la valorisation de vastes ensembles de données, qui permettent la personnalisation et le ciblage, constituent une rupture majeure avec les marchés traditionnels et peuvent elles-mêmes ériger une barrière à l'entrée¹⁸¹. L'organisation en écosystèmes intégrés, où un même opérateur associe système d'exploitation, magasin d'applications, réseau social et plateforme de commerce électronique, produit le même effet de fermeture¹⁸². Conséquemment les méthodes classiques d'évaluation de la dominance, axées sur la part de marché ou sur la stricte capacité à fixer le prix, deviennent obsolètes. La difficulté n'épargne pas le Droit américain, où elle prend un tour probatoire plutôt que conceptuel, la section 2 du Sherman Act exigeant la démonstration d'un *monopoly power* dont la part de marché demeure le vecteur privilégié. Ainsi, la juridiction du district de Columbia a rejeté, le 28 juin 2021, les plaintes parallèles de la FTC et de plusieurs autorités étatiques contre Facebook, au motif que ladite autorité n'avait pas allégué de faits suffisants pour établir de manière plausible un élément nécessaire de l'ensemble de ses demandes, faute d'avoir exposé selon quelle méthode elle était parvenue à son marché des services de réseau social personnel ni quelle métrique lui permettait d'y situer la part de la défenderesse¹⁸³. La difficulté est également reconnue du côté européen, le rapport d'experts remis à la Commission relevant qu'il n'apparaît pas clairement comment un

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 35, 38 ; Comm. UE, décis. du 27 juin 2017, aff. AT.39740, Google Search (Shopping), pt 159.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 35, 38 ; Comm. UE, décis. du 27 juin 2017, aff. AT.39740, Google Search (Shopping), pts 292 à 296 ; Comm. UE, décis. du 20 mars 2019, aff. AT.40411, Google AdSense, pts 293 à 296 ; Shapiro C., Varian H. R., *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston, Harvard Business School Press, 1999, 352 p., chap. 7.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 35, 38-39 ; Comm. UE, décis. du 17 décembre 2020, aff. M.9660, Google/Fitbit, pts 450, 454 et 457 à 461.

¹⁸² *Ibid.*, p. 35, 39.

¹⁸³ FTC v. Facebook, Inc., No. 20-cv-03590 (JEB), 2021 WL 2643627 (D.D.C. June 28, 2021) ; State of New York v. Facebook, Inc., No. 20-cv-03689 (JEB), 2021 WL 2643724 (D.D.C. June 28, 2021) ; Ong B., Toh D. J., « Digital Dominance and Social Media Platforms. Are Competition Authorities Up to the Task ? », IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol. 54, 2023, p. 527, notes 13 et 97.

test fondé sur la dégradation de la qualité pourrait être rendu opérationnel sans une mesure précise de celle-ci ni un moyen de quantifier l'incidence de cette dégradation sur les recettes de l'entreprise¹⁸⁴. Les substituts proposés n'emportent pas davantage la conviction. La doctrine allemande a suggéré de réinterpréter la dominance en mettant l'accent sur le pouvoir d'intermédiation de la plateforme, c'est-à-dire de tenir ce pouvoir pour un indicateur ipso facto de puissance. La démarche se borne à remplacer la difficulté de la définition du marché par la question, plus incertaine encore, du seuil à partir duquel un pouvoir d'intermédiation devient suffisant pour caractériser une position dominante¹⁸⁵. Une seconde voie consiste à déplacer l'analyse au niveau de l'écosystème, la concurrence s'exerçant non entre services mais entre ensembles intégrés se disputant le temps et l'attention finis de l'utilisateur. Cette proposition n'apporte toutefois aucun critère de mesure.

La remise en cause est donc singulière en ce qu'elle n'atteint pas la notion de dominance mais ses seuls instruments de mesure¹⁸⁶. C'est très précisément cette réorientation des indicateurs qu'ont opérée, par des voies différentes, les autorités européenne et américaine.

B - La prise en compte convergente des spécificités des marchés numériques par les autorités européenne et américaine

Les décisions de la Commission européenne laissent apparaître un certain changement s'agissant des méthodes d'estimation des parts de marché. En effet, constatant que la gratuité de nombreux services complique les évaluations traditionnelles, la Commission privilégie fréquemment des critères alternatifs, tels que le nombre d'utilisateurs actifs, la fréquence ou l'intensité d'utilisation, démarche qu'elle a explicitement retenue dans l'affaire Facebook/WhatsApp¹⁸⁷ puis dans des affaires analogues¹⁸⁸. Ces indicateurs ne sauraient

¹⁸⁴ Crémer J., de Montjoye Y.-A., Schweitzer H., Competition Policy for the Digital Era, rapport pour la Commission européenne, Office des publications de l'Union européenne, 2019, p. 45-46 ; Mandrescu D., « The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies. Considerations for Online Platforms », European Competition and Regulatory Law Review, vol. 2, n° 4, 2018, p. 244, 252 ; Ong B., Toh D. J., « Digital Dominance and Social Media Platforms. Are Competition Authorities Up to the Task ? », IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol. 54, 2023, p. 527, notes 118 à 120.

¹⁸⁵ Ong B., Toh D. J., « Digital Dominance and Social Media Platforms. Are Competition Authorities Up to the Task ? », IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol. 54, 2023, p. 527, 555.

¹⁸⁶ Kaplow L., « On the Relevance of Market Power », Harvard Law Review, vol. 130, n° 5, mars 2017, p. 1329.

¹⁸⁷ Comm. UE, décis. du 3 octobre 2014, aff. M.7217, Facebook/WhatsApp, pts 96 à 99, 105 à 115 et 128 à 130.

¹⁸⁸ Gam L., « La mesure de la dominance sur les marchés numériques. Quelles difficultés ? », in Claudel E. (dir.), Le droit de la concurrence à la croisée des chemins, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 2026, p. 35, 39 ; Comm. UE, décis. du 19 octobre 2018, aff. M.8994, Microsoft/GitHub, pts 85 à 87 ; Comm. UE, décis. du 20 décembre 2022, aff. AT.40703, Amazon Marketplace/Buy Box, pts 86 et 95.

toutefois suffire à eux seuls à démontrer la dominance lorsque la contestabilité du marché et la mobilité des utilisateurs sont a priori élevées¹⁸⁹. La Commission mobilise ensuite les effets de réseau tant pour établir la dominance que pour qualifier les barrières à l'entrée. Dans l'affaire Microsoft, elle a considéré que la valeur de la plateforme Windows augmentait à mesure que de nouveaux utilisateurs l'adoptaient, élevant d'autant les barrières à l'entrée¹⁹⁰. Ce raisonnement a été confirmé par le Tribunal, qui a expressément reconnu que d'importants effets de réseau directs pouvaient engendrer des obstacles à l'entrée particulièrement élevés¹⁹¹. Dans l'affaire Google AdSense, la position dominante s'est trouvée confortée par ces mêmes effets, l'accroissement du nombre d'éditeurs et d'annonceurs présents sur la plateforme rendant celle-ci plus attractive et compliquant l'émergence d'alternatives crédibles¹⁹². Dans l'affaire Microsoft/LinkedIn, les effets de réseau ont été inclus dans les facteurs déterminants, l'accumulation continue d'utilisateurs professionnels renforçant l'avantage concurrentiel du leader et justifiant l'adoption d'engagements comportementaux destinés à limiter le risque d'éviction¹⁹³.

Les données ont similairement quitté le « rang » des éléments accessoires pour devenir un critère autonome de la puissance de marché. Dans l'affaire Amazon Marketplace/Buy Box, la Commission a établi que l'accès aux données non publiques générées par les vendeurs tiers permettait à l'opérateur de structurer et de verrouiller son écosystème¹⁹⁴, et dans l'affaire Meta/Kustomer que la faculté de combiner et d'exploiter différents flux de données conférerait un avantage informationnel difficilement accessible aux autres acteurs¹⁹⁵. L'appréciation reste néanmoins circonstanciée, la Commission ayant écarté toute préoccupation dans les affaires Google/DoubleClick et Microsoft/LinkedIn au motif que les concurrents disposaient d'autres voies d'accès à des données équivalentes¹⁹⁶, avant de retenir la solution inverse dans l'affaire Google/Fitbit, où la combinaison des ensembles de données devait permettre à l'acquéreur d'offrir des produits relativement meilleurs et de marginaliser davantage encore ses concurrents limités sur le marché de la publicité liée aux recherches en ligne¹⁹⁷.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 35, 39.

¹⁹⁰ Comm. CE, décis. du 24 mai 2004, aff. COMP/C-3/37.792, Microsoft, pts 448 à 459 et 515 à 540.

¹⁹¹ TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft c/ Commission, ECLI:EU:T:2007:289, pt 558.

¹⁹² Comm. UE, décis. du 20 mars 2019, aff. AT.40411, Google AdSense, pts 293 à 296.

¹⁹³ Comm. UE, décis. du 6 décembre 2016, aff. M.8124, Microsoft/LinkedIn, pts 341 à 345.

¹⁹⁴ Comm. UE, décis. du 20 décembre 2022, aff. AT.40703, Amazon Marketplace/Buy Box, pts 3 à 5 et 91 à 95.

¹⁹⁵ Comm. UE, décis. du 27 janvier 2022, aff. M.10262, Meta/Kustomer, pts 350 à 362 ; Gam L., « La mesure de la dominance sur les marchés numériques. Quelles difficultés ? », in Claudel E. (dir.), *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 2026, p. 35, 41.

¹⁹⁶ Comm. CE, décis. du 11 mars 2008, aff. M.4731, Google/DoubleClick, pts 364 et 365 ; Comm. UE, décis. du 6 décembre 2016, aff. M.8124, Microsoft/LinkedIn, pts 179 et 180.

¹⁹⁷ Comm. UE, décis. du 17 décembre 2020, aff. M.9660, Google/Fitbit, pts 402, 418, 427, 444 et 445.

L'écosystème constitue enfin le dernier étage de cette actualisation. Dans l'affaire Google Android, la Commission a estimé que la position dominante procédait en grande partie d'un écosystème complet associant le système d'exploitation, les applications propriétaires et de nombreux accords techniques ou contractuels conclus avec les fabricants et les opérateurs, cette structuration transversale constituant l'élément déterminant de la persistance de la dominance et rendant toute entrée autonome nettement plus difficile, voire impossible¹⁹⁸. L'analyse moderne de la dominance témoigne ainsi d'un renversement du paradigme classique, le pouvoir de marché s'appréciant désormais à l'aune de la dynamique de l'écosystème, du contrôle des données et des effets de réseau, tout en intégrant la réalité du multi-hébergement et de la contestabilité¹⁹⁹.

Le mouvement gagne enfin le contrôle des concentrations puisque la consultation ouverte en mai 2025 et achevée le 3 septembre 2025 invitait expressément à repenser l'évaluation de la puissance de marché afin de mieux prendre en compte les caractéristiques propres aux marchés numériques, et à enrichir l'analyse par de nouveaux indicateurs structurels tels que les parts de capacité, les marges bénéficiaires, les ratios de diversion et la dynamique des écosystèmes²⁰⁰. Le projet du 30 avril 2026 traduit ce changement. La puissance de marché y est définie comme l'aptitude à maintenir durablement des prix supraconcurrentiels ou à dégrader la qualité, l'innovation ou la protection de la vie privée²⁰¹, et s'apprécie par un faisceau dont aucun facteur n'est décisif²⁰². Les parts de marché n'y sont qu'un premier indicateur, expressément relativisé dans les marchés naissants ou à cycles d'innovation courts²⁰³. Surtout, une puissance de marché peut exister malgré des marges faibles, lorsque celles-ci procèdent d'une tarification stratégique de conquête d'échelle ou que les profits proviennent de produits complémentaires ou d'une monétisation indirecte, comme il en va des plateformes multifaces²⁰⁴, ce qui répond frontalement à l'objection tirée de la gratuité. Effets de réseau, limites à l'interopérabilité et au multi-hébergement, détention de données de clientèle et

¹⁹⁸ Comm. UE, décis. du 18 juillet 2018, aff. AT.40099, Google Android, pts 1001 à 1004 et 1345.

¹⁹⁹ Gam L., « La mesure de la dominance sur les marchés numériques. Quelles difficultés ? », in Claudel E. (dir.), *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 2026, p. 35, 42.

²⁰⁰ Commission européenne, Topic B. Assessing Market Power Using Structural Features and Other Market Indicators, consultation publique sur la révision des lignes directrices concentrations, 2025.

²⁰¹ Commission européenne, projet de communication, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations au regard du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 30 avril 2026, pt 55, texte soumis à consultation jusqu'au 26 juin 2026.

²⁰² *Ibid.*, pt 57.

²⁰³ *Ibid.*, pts 61 à 64.

²⁰⁴ *Ibid.*, pt 74.

écosystèmes complémentaires sont rangés parmi les facteurs d'enfermement et les barrières à l'entrée²⁰⁵. Enfin, le potentiel concurrentiel dynamique commande de considérer l'accès à un intrant significatif tel que les données ou le trafic d'utilisateurs, les effets de réseau entre produits et l'existence d'un écosystème plus large, la valorisation de la cible rapportée à son chiffre d'affaires pouvant en indiquer l'importance²⁰⁶. Cette dernière précision constitue la réponse la plus directe aux acquisitions prédatrices, en ce qu'elle fait du prix payé un indice de la puissance que la part de marché ne révèle pas.

Le Droit américain a suivi une trajectoire analogue. La juridiction du district de Columbia, saisie d'une plainte modifiée, l'a admise le 11 janvier 2022 en retenant que, de septembre 2016 à décembre 2020, la part de l'opérateur dans les utilisateurs actifs quotidiens des applications fournissant des services de réseautage social personnel aux États-Unis s'était élevée en moyenne à 80% sur téléphone mobile, à 90% sur tablette et à 98% sur ordinateur, sans jamais descendre sous 70% sur aucun type d'appareil²⁰⁷. La juridiction a de surcroît admis que des éléments suffisants établissaient l'érection intentionnelle de barrières à l'entrée, au nombre desquelles figuraient d'importants effets de réseau et des coûts de transfert élevés, et qu'il n'était pas seulement spéculatif de soutenir que l'opérateur avait maintenu son pouvoir de monopole au moyen des acquisitions d'Instagram et de WhatsApp.

La convergence s'est en réalité accomplie par voie de lignes directrices que la convergence entre les États-Unis et l'UE. Les lignes directrices américaines de 2023 consacrent une orientation entière aux plateformes multifaces, dont elles retiennent une définition qui recoupe celle de la doctrine européenne, à savoir la réunion par un opérateur de groupes de participants distincts dont chacun contribue à la valeur du service pour les autres, les effets de réseau y étant qualifiés de directs lorsqu'ils opèrent au sein d'une même face et d'indirects lorsqu'ils opèrent entre faces, et étant expressément tenus pour une cause de tendance à la concentration propre à ces industries²⁰⁸. Elles y ajoutent le conflit d'intérêts propre à l'opérateur qui participe lui-même à sa plateforme et rappellent que l'atteinte peut être appréhendée sur le marché d'un seul produit offert à un seul groupe de participants, écartant ainsi la réunion des faces en un marché unique hors du cas particulier de la plateforme de transaction, auquel la

²⁰⁵ *Ibid.*, pts 76 et 79.

²⁰⁶ *Ibid.*, pts 58 et 80 à 83.

²⁰⁷ FTC v. Facebook, Inc., No. 20-cv-03590 (JEB), 2022 WL 103308 (D.D.C. Jan. 11, 2022).

²⁰⁸ Department of Justice, Federal Trade Commission, Merger Guidelines, 18 décembre 2023, p. 23-24.

jurisprudence American Express se trouve expressément cantonnée²⁰⁹. L'orientation neuvième énonce surtout que l'entrée et la croissance de plateformes concurrentes de moindre taille sont particulièrement difficiles en raison des effets de réseau, que la spécialisation constitue leur stratégie ordinaire, et que les plateformes dominantes peuvent dès lors amoindrir la concurrence et enraciner leur position en acquérant systématiquement, dès leur enfance, les entreprises qui concurrencent l'une ou l'autre de leurs faces, les autorités entendant enrayer de telles tendances dès leur naissance²¹⁰. Elles consacrent enfin une rubrique entière à l'élimination d'une menace concurrentielle naissante, entendue de l'entreprise susceptible de croître jusqu'à devenir un rival significatif, de favoriser la croissance d'autres rivaux ou de réduire autrement la puissance de l'acquéreur, et relève que de telles menaces procèdent le plus souvent d'opérateurs qui évitent d'abord l'affrontement direct pour servir un segment étroit ou offrir des services partiellement chevauchants, avant de s'étendre, et qu'elles émergent avec une intensité particulière lors des transitions technologiques, lesquelles privent temporairement les barrières existantes de leur pertinence²¹¹. L'orientation huitième complète le dispositif en permettant d'apprécier ensemble une série d'acquisitions procédant d'une même stratégie, quand bien même aucune ne serait isolément illicite²¹². Il est difficile de trouver, dans les deux ordres juridiques, description plus exacte du mécanisme stratégique que constitue l'acquisition prédatrice numérique. Par ailleurs, les lignes directrices américaines admettent que la part de marché soit calculée au moyen d'indicateurs non tarifaires, tels que le nombre d'utilisateurs ou la fréquence d'utilisation, sur les marchés où le prix ne constitue qu'une part réduite ou nulle de l'échange de valeur, ce qui est la transposition exacte de la substitution opérée par la Commission dans les affaires Facebook/WhatsApp et Microsoft/GitHub²¹³. Elles généralisent de même le test du monopoleur hypothétique en substituant à l'augmentation de prix une dégradation des conditions, entendue de toute dimension de la concurrence, qu'il s'agisse de la qualité, du service, de l'investissement en capacité, de la variété ou de l'effort d'innovation, ce qui recoupe le test dit SSNDQ retenu par la Commission²¹⁴. Elles admettent encore la définition d'un marché autour de produits qui n'existent pas encore et qui résulteraient de l'innovation dont l'opération compromet l'incitation²¹⁵. Elles prescrivent enfin, lorsque la dominance est en cause, de retenir comme référence les conditions qui prévaudraient sur un marché plus

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 24.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 25.

²¹¹ *Ibid.*, p. 20.

²¹² *Ibid.*, p. 23.

²¹³ *Ibid.*, p. 50.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 42.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 48.

concurrentiel plutôt que les conditions existantes, afin d'échapper au sophisme de la cellophane²¹⁶.

S'il est vrai que le numérique éprouve les méthodes d'analyse de marché, la chose l'est d'autant plus s'agissant de l'évaluation du risque d'entrave significative à la concurrence.

Chapitre 3 - L'évaluation du risque d'entrave significative à la concurrence à l'épreuve du numérique

Désormais, il convient de déterminer selon quel standard l'opération notifiée sera déclarée compatible ou incompatible, ce qui suscite une divergence entre les deux systèmes. Là où les étapes précédentes du raisonnement ont montré deux ordres juridiques qui, par des voies distinctes, parvenaient à des résultats analogues, l'appréciation du risque concurrentiel révèle une dissymétrie que le numérique ne fait qu'accentuer. Il convient d'examiner, dans un premier temps, la manière dont les différentes méthodes générales d'appréciation captent les phénomènes propres à l'économie numérique (Section I - La dissymétrie de captation des phénomènes numériques entre les méthodes générales européenne et américaine), avant d'observer, dans un second temps, que le traitement des scénarios anticoncurrentiels selon la nature des effets redoutés accentue encore cette divergence (Section II - La dissymétrie grandissante des traitements européen et américain des scénarios anticoncurrentiels selon les effets).

Section 1 - La dissymétrie de captation des phénomènes numériques entre les méthodes générales européenne et américaine

Le Droit européen et le Droit américain de la concurrence retiennent l'un et l'autre un critère unique d'appréciation, l'entrave significative à une concurrence effective pour le premier, la réduction substantielle de la concurrence pour le second. La proximité des formules dissimule cependant d'importantes différences sous-jacentes. Le critère européen, refondu en 2004, se révèle conceptuellement apte à saisir l'acquisition d'une cible dépourvue de position sur le marché, mais se heurte à des exigences probatoires que l'incertitude propre aux marchés numériques rend difficilement satisfaisables (A - Le test SIEC en droit européen et les

²¹⁶ *Ibid.*, p. 42.

difficultés liées à l'incertitude pour les killer acquisitions). Le critère américain souffre pour sa part d'une difficulté d'une autre nature, tenant moins à la preuve qu'à la construction même du standard, difficulté à laquelle un second fondement textuel, largement délaissé, pourrait pourtant remédier (B - L'angle mort du SLC test potentiellement capté par le second volet de la Section 7 du Clayton Act).

A - Le test SIEC en droit européen et les difficultés liées à l'incertitude pour les killer acquisitions

L'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004 dispose que doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante²¹⁷. La Cour de Justice a jugé qu'aucune présomption générale de compatibilité ou d'incompatibilité ne saurait être déduite du règlement²¹⁸. S'agissant des éléments constitutifs du critère, la condition tenant au marché commun ou à une partie substantielle de celui-ci, dont le contenu se déduit des articles 52 du traité sur l'Union européenne et 355 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ne présente aucune difficulté dans la mesure où la jurisprudence et la pratique décisionnelle admettant qu'un seul État membre²¹⁹ et jusqu'à un port unique²²⁰ puissent constituer une telle partie. Le seuil est donc, en pratique, dépourvu de portée sélective. L'exigence d'une entrave à une concurrence effective pourrait pour sa part laisser croire que le contrôle ne protège la concurrence que dans une certaine forme (sous une certaine lecture économique), ce qu'il faut écarter, l'adjectif traduisant seulement l'idée qu'au-delà d'un certain degré de puissance de marché la concurrence cesse d'être effective, degré qui s'apprécie au cas par cas et ne saurait être fixé abstraitement. C'est le caractère significatif de l'entrave qui constitue le véritable siège de la difficulté. Initialement, le règlement de 1989 était bâti sur un test de dominance, qui subordonnait l'interdiction à la création ou au renforcement d'une position dominante ayant pour conséquence une entrave significative à la concurrence

²¹⁷ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 2, § 3.

²¹⁸ CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-413/06 P, Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala, ECLI:EU:C:2008:392, pts 48 et 49.

²¹⁹ Comm. CE, décis. aff. M.1453, AXA/GRE.

²²⁰ CJCE, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, Mercati convenzionali porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli, ECLI:EU:C:1991:464.

effective²²¹. Ce critère laissait subsister un angle mort, en ce qu'il ne permettait pas d'appréhender les opérations qui, sans conduire à une dominance individuelle ou collective, produisaient des effets non coordonnés sur des marchés oligopolistiques. Avec l'introduction du test SIEC (Significantly Impedient to Effective Competition), la refonte de 2004 a comblé cette lacune en plaçant l'entrave significative à la concurrence effective au centre du raisonnement et en reléguant la dominance au rang de simple hypothèse exemplaire, ainsi que l'indique l'emploi de l'adverbe « notamment » et que le confirment les considérants 25 et 26 du règlement²²². La Commission en a fait application immédiate en rejetant, dans l'affaire TomTom/Tele Atlas, l'argumentation des parties qui prétendaient lui imposer d'établir que l'une d'elles détiendrait à l'issue de l'opération une position dominante²²³. L'apport pour les killer acquisitions est considérable. En effet, les acquisitions prédatrices portant par hypothèse sur des entreprises naissantes dépourvues de parts de marché significatives, un critère qui aurait exigé la démonstration d'une dominance les aurait purement et simplement soustraites au contrôle. Le Droit européen dispose donc, depuis 2004, d'un critère substantiellement adéquat.

L'adéquation du critère ne préjuge cependant en rien de la facilité de sa mise en œuvre. Les lignes directrices énoncent que le contrôle a pour objet de prévenir les opérations susceptibles de priver les clients des avantages de la concurrence en accroissant de manière significative la puissance de marché des entreprises, cet accroissement s'entendant de l'aptitude à augmenter les prix de manière profitable, à réduire la production, le choix ou la qualité des biens et services, à amoindrir l'innovation ou à influencer autrement les paramètres de la concurrence²²⁴. Il s'en déduit que les effets anticoncurrentiels ne justifient une interdiction qu'à la condition d'altérer la concurrence dans une mesure comparable à celle qu'emporterait la création ou le renforcement d'une position dominante, ce qui suppose un élargissement notable de la marge d'action des parties à l'issue de l'opération. Le standard est donc élevé, et l'est plus encore sur le terrain de la preuve. Il appartient en effet à la Commission, qu'elle entende autoriser ou interdire, d'établir que l'opération est plus probablement que le contraire de nature à entraver significativement la concurrence effective, la charge de la démonstration lui

²²¹ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE L 395 du 30 décembre 1989, p. 1, art. 2.

²²² Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, cons. 25 et 26.

²²³ Comm. CE, décis. aff. M.4854, TomTom/Tele Atlas, pt 196.

²²⁴ Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31 du 5 février 2004, p. 5, pt 8 ; Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 265 du 18 octobre 2008, p. 6, pt 10.

incombant en toute hypothèse²²⁵. Cette démonstration doit reposer sur des preuves convaincantes, c'est-à-dire suffisamment solides, cohérentes et concordantes²²⁶. La Cour de Justice a souligné que le contrôle n'implique pas l'examen d'événements passés, à propos desquels les éléments de preuve abondent souvent, mais la prévision d'événements dont la survenance est plus ou moins probable, et que les chaînes de cause à effet y sont mal discernables, incertaines et difficiles à établir²²⁷. Le Tribunal a néanmoins tempéré cette exigence en jugeant qu'il n'incombe pas à la Commission d'établir au-delà de tout doute raisonnable l'absence de préoccupation concurrentielle²²⁸, et la Cour de Justice a écarté l'exigence d'une probabilité forte que le Tribunal avait cru pouvoir dégager²²⁹, pour lui substituer le standard de la balance des probabilités²³⁰. L'allègement est toutefois très relatif, la Cour ayant pris soin de distinguer la mesure de la probabilité de l'exigence, distincte, d'un faisceau d'indices suffisamment convaincant et cohérent, sans jamais préciser à quelles conditions ce faisceau est constitué²³¹. Cette exigence se répercute mécaniquement sur la construction du contrefactuel, qui requiert de la Commission de comparer les conditions de concurrence résultant de l'opération notifiée à celles qui prévaudraient en son absence²³². L'appréciation se fonde en principe sur les conditions existant à la date de l'opération, la Commission pouvant toutefois tenir compte des évolutions futures qui peuvent être raisonnablement prévues, telles que l'entrée ou la sortie annoncée d'un opérateur²³³. L'horizon temporel de cette projection varie selon le dynamisme du marché considéré, et c'est ici que la contrainte devient paradoxale, le Tribunal ayant jugé qu'une période de trois ans est

²²⁵ TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Airtours c/ Commission*, ECLI:EU:T:2002:146, pt 59 ; CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-413/06 P, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, ECLI:EU:C:2008:392, pt 52.

²²⁶ Trib. UE, aff. T-214/06, *Imperial Chemical Industries c/ Commission*, pt 53 ; Trib. UE, 11 décembre 2013, aff. T-79/12, *Cisco Systems et Messagenet c/ Commission*, ECLI:EU:T:2013:635, pt 62.

²²⁷ CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03 P, *Commission c/ Tetra Laval*, ECLI:EU:C:2005:87, pts 42 et 44.

²²⁸ Trib. UE, 11 décembre 2013, aff. T-79/12, *Cisco Systems et Messagenet c/ Commission*, ECLI:EU:T:2013:635, pt 47.

²²⁹ Trib. UE, 28 mai 2020, aff. T-399/16, *CK Telecoms UK Investments c/ Commission*, ECLI:EU:T:2020:217, pt 118.

²³⁰ CJUE, 13 juillet 2023, aff. C-376/20 P, *Commission c/ CK Telecoms UK Investments*, ECLI:EU:C:2023:561, pt 188.

²³¹ CJUE, 13 juillet 2023, aff. C-376/20 P, *Commission c/ CK Telecoms UK Investments*, ECLI:EU:C:2023:561, pts 77 et 87.

²³² Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31 du 5 février 2004, p. 5, pt 9 ; Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 265 du 18 octobre 2008, p. 6, pt 20.

²³³ Comm. UE, décis. aff. M.7062, *ChemChina/Syngenta*, pt 15 ; Comm. UE, décis. aff. M.6360, *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, pt 310.

particulièrement longue s'agissant d'un secteur caractérisé par des cycles d'innovation courts²³⁴. Plus la Commission porte son regard loin dans le temps, plus l'incertitude croît et moins la norme de preuve se trouve susceptible d'être satisfaite. Or, l'acquisition prédatrice réunit toutes les caractéristiques que ce dispositif appréhende le plus mal. Les caractéristiques des start-up contraignent la Commission à se projeter dans un avenir lointain, et cette incertitude se double d'une asymétrie informationnelle structurelle au profit de l'acquéreur. Les grands opérateurs numériques disposent en effet de volumes de données qui leur permettent d'identifier très en amont les menaces pesant sur leur écosystème, information dont les différentes autorités de concurrence sont ordinairement dépourvues. L'acquisition de WhatsApp par Facebook en offre l'illustration la plus nette, la commission parlementaire britannique ayant établi en 2018 que Facebook exploitait l'application Onavo pour mesurer, à l'échelle mondiale et à l'insu des intéressés, non seulement le nombre de téléchargements des applications concurrentes mais également l'intensité de leur usage, et qu'il en tirait les éléments déterminant les entreprises à acquérir et celles à traiter comme des menaces²³⁵. Une telle asymétrie engendre un déséquilibre de pouvoir entre les parties à l'échange²³⁶, et l'ancienne Vice-Présidente exécutive de la Commission européenne et commissaire à la Concurrence a elle-même rappelé que l'efficacité du contrôle repose tout entière sur l'exactitude des informations communiquées par les entreprises notifiantes²³⁷. La sanction de l'inexactitude ne restitue cependant pas à la Commission l'information dont elle a été privée au moment où elle devait décider, et les instruments dont elle dispose pour revenir sur une autorisation obtenue par dissimulation ne sont pas très praticables sur les marchés numériques, ce qui sera traité dans le Chapitre 3 de la Partie II.

L'acquisition d'Instagram par Facebook en 2012 illustre ces difficultés. À la date de l'opération, Instagram ne réalisait aucun chiffre d'affaires, n'employait qu'une poignée de salariés et comptait moins de trente millions d'utilisateurs. De fait, l'appréciation de son succès futur en qualité d'opérateur indépendant relevait, selon certains commentateurs, de la

²³⁴ Trib. UE, 11 décembre 2013, aff. T-79/12, Cisco Systems et Messagenet c/ Commission, ECLI:EU:T:2013:635, pt 121.

²³⁵ Collins D., Note by the Chair of the DCMS Committee. Summary of key issues from the Six4Three files, UK Parliament, 8 juin 2018.

²³⁶ Stiglitz J. E., « Information and the Change in the Paradigm in Economics », *American Economic Review*, vol. 92, n° 3, 2002, p. 460, 465.

²³⁷ Commission européenne, communiqué de presse du 3 mai 2021, amende de 7,15 millions d'euros infligée à Sigma-Aldrich pour communication d'informations trompeuses.

spéculation. Facebook a néanmoins consenti un prix représentant le double de la valorisation retenue par les investisseurs extérieurs, ce qui donne à penser qu'il avait perçu la valeur de la cible avant quiconque, y compris peut-être avant les fondateurs de celle-ci, et cette valorisation s'est révélée dérisoire au regard de ce que l'application représenterait aujourd'hui si elle était demeurée indépendante. Les deux plateformes ont depuis prospéré, la première ayant approché les trois milliards d'utilisateurs actifs mensuels et la seconde ayant atteint le milliard d'abonnés en six années²³⁸. L'opération semble donc, considérée sans biais de rétrospection, n'avoir pas porté atteinte à la concurrence. Il est toutefois impossible d'établir si la cible n'aurait pas connu un succès égal ou supérieur en demeurant autonome, ni si sa présence indépendante n'aurait pas incité Facebook à améliorer son propre service, à le moderniser plus rapidement ou à en développer un nouveau. Si l'exercice demeure indéterminable a posteriori, la difficulté qu'il présente au moment de la notification, et sans les informations détenues par les parties l'est d'autant plus.

Il en résulte que la difficulté n'est pas de savoir si l'incertitude doit être admise, puisqu'elle est consubstantielle à un contrôle par nature prospectif, mais jusqu'où la Commission et les juridictions de l'Union acceptent de porter leur regard et, partant, quelle mesure d'incertitude elles consentent à assumer pour protéger une concurrence seulement potentielle. La question ainsi posée est celle de la répartition du risque d'erreur entre deux hypothèses également coûteuses. La première est celle de l'interdiction d'une opération qui se serait révélée inoffensive, voire bénéfique, hypothèse dont le coût est immédiat, identifiable et supporté par des parties déterminées. Il s'agit des erreurs de type I (l'interdiction d'une opération pro-concurrentielle) dans l'analyse cout-erreur développé par Isaac Ehrlich, Frank Easterbrook et Richard Posner²³⁹. La seconde est celle de l'autorisation d'une opération qui élimine une contrainte concurrentielle appelée à se déployer, hypothèse dont le coût est différé, diffus et supporté par le marché tout entier. Il s'agit des erreurs de type II (l'autorisation d'une opération anti-concurrentielle) dans l'analyse cout-erreur développé par Isaac Ehrlich et Richard Posner. La norme de preuve actuelle fait peser sur la seule autorité la charge d'une démonstration prospective dont la difficulté croît à proportion de l'éloignement de l'horizon considéré, alors que la structure des marchés numériques rend précisément la seconde erreur plus probable et

²³⁸ Carman A., « Instagram now has 1 billion users worldwide », The Verge, 20 juin 2018.

²³⁹ Ehrlich I., Posner R. A., « An Economic Analysis of Legal Rulemaking », The Journal of Legal Studies, vol. 3, n° 1, 1974, p. 257-286 ; Easterbrook F. H., « The Limits of Antitrust », Texas Law Review, vol. 63, n° 1, 1984, p. 1-40.

plus difficilement réversible que la première. En effet, l'analyse coût-erreur de Posner privilégie les erreurs de type II, moins coûteuses socialement puisque le marché se corrige lui-même par l'entrée de nouveaux concurrents. Pour autant, s'agissant du numérique, il est préférable d'adopter une approche précautionneuse. En effet, dans ces marchés, la prémisse de ladite analyse s'effondre face aux acquisitions prédatrices qui éliminent les entrants censés corriger les erreurs de type II. Conséquemment, le marché ne peut pas se réajuster. S'il est vrai que les études statistiques sur le phénomène indiquent une certaine marginalité, dont notamment le travail de De Melo e Lemos et Resende publié en 2023²⁴⁰ (désignant 5,46% de 476 acquisitions des GAFAM entre 2009 et 2018 comme des acquisitions pertinentes), il y a priori une sous-estimation du phénomène dans la mesure où le critère retenu est la discontinuation du produit après acquisition, excluant les cas de maintien du produit avec neutralisation du positionnement concurrentiel de celui-ci. Sans tenir compte de cette sous-estimation du phénomène, la fréquence statistique n'enlève rien à la gravité des effets anticoncurrentielles de la pratique. En effet, même dans l'hypothèse où les GAFAM ne commettraient que peu d'acquisitions prédatrices, celles-ci viseraient systématiquement les start-up les plus menaçantes d'un point de vue concurrentiel, empêchant donc un réajustement du marché et une correction des erreurs de type II. D'ailleurs, il est manifestement moins coûteux pour les entreprises de chercher à neutraliser de potentiels concurrents que d'investir en R&D. Privilégier les erreurs de type II sur le marché numérique revient donc à inciter les entreprises à minimiser leurs efforts en innovation. De fait, la seule solution viable, la moins coûteuse socialement, est de privilégier les erreurs de type I spécifiquement sur le marché numérique. Pour ce faire, il convient donc d'abaisser le standard pour la Commission.

Le Droit européen se trouve ainsi dans une situation singulière, disposant d'un critère substantiellement adapté qu'une exigence probatoire élevée prive d'une part de son effectivité. Le Droit américain connaît une difficulté inverse, sa norme d'appréciation souffrant d'une faiblesse conceptuelle que la pratique n'a jamais entièrement surmontée.

B - L'angle mort du SLC test potentiellement capté par le second volet de la Section 7 du Clayton Act

²⁴⁰ de Melo e Lemos T., Mendes Resende G., « Nascent Competition and Killer Acquisitions in Digital Markets. A Decade of Acquisitions by Big Tech », *Journal of Antitrust Enforcement*, 2025, art. n° jnaf025, DOI 10.1093/jaenfo/jnaf025.

La section 7 du Clayton Act a visé, pour la première fois de manière directe et explicite, les opérations qui auraient pour effet « substantially to lessen competition or to restrain trade between the corporations, or tend to create a monopoly » comme pouvant être prohibées²⁴¹. Le texte originel ne portait toutefois que sur l'acquisition de titres et comportait un troisième volet, celui de la restriction du commerce, qui n'a pas survécu à la refonte de 1950²⁴². Le Celler-Kefauver Act du 29 décembre 1950 a comblé la lacune la plus flagrante et la plus importante en étendant la prohibition à l'acquisition de tout ou partie des actifs d'une autre société, a expressément soumis au texte les opérations non horizontales et a supprimé le volet relatif à la restriction du commerce, tout en préservant intacts les deux autres²⁴³. Il pourrait sembler que les méthodes européennes et américaines sont proches. Le contrôle communautaire tend à prévenir les opérations susceptibles d'entraver de manière significative la concurrence effective, quand le contrôle américain vise à empêcher celles dont l'effet pourrait être de réduire substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole. Ces buts, sémantiquement comparables, rapprochent les deux systèmes, mais les mécanismes de mise en œuvre des critères d'appréciation substantiels les replacent aux antipodes²⁴⁴. L'écart majeur ne réside pas dans la rédaction du premier volet de la section 7 du Clayton Act, dont la structure est proche de celle du critère européen, mais dans l'existence d'un second volet que le Droit communautaire ignore et que le Droit américain n'a, en réalité, jamais mis en œuvre.

Le premier volet traite les restrictions potentielles « in their incipency », c'est à dire dès leur apparition, dès leur naissance. Il y a donc ce qui pourrait être qualifié de logique de l'« incipency ». Le rapport parlementaire accompagnant le projet de 1914 énonçait que la loi avait pour objet d'arrêter la création des trusts, des ententes et des monopoles dans leur état naissant et avant leur consommation²⁴⁵. Le projet initial faisait de l'acquisition une infraction pénale

²⁴¹ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 159.

²⁴² Clayton Act, ch. 323, § 7, 38 Stat. 730, 731-732 (1914) ; Lande R. H., Newman J. M., Slaughter R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », Texas Law Review, vol. 103, 2025, p. 785, 793.

²⁴³ Celler-Kefauver Anti-Merger Act, Pub. L. No. 81-899, 64 Stat. 1125 (1950) ; Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 159, note 821 ; Lande R. H., Newman J. M., Slaughter R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », Texas Law Review, vol. 103, 2025, p. 785, 793.

²⁴⁴ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 381.

²⁴⁵ Steuer R. M., « Incipency », Loyola Consumer Law Review, vol. 31, n° 2, 2019, p. 155, 160 ; S. Rep. No. 698, 63d Cong., 2d Sess., at 1 (1914).

lorsque l'effet en était d'éliminer ou de réduire substantiellement la concurrence, le Sénat écarta ultérieurement l'approche pénale et abaissa corrélativement le seuil de l'indicatif présent au potentiel²⁴⁶. Le législateur américain a réitéré cette intention lors de la refonte de 1950. Le rapport du Sénat indiquait que le texte n'entendait viser que la probabilité raisonnable de l'effet prohibé, et non sa simple possibilité tandis que le rapport de la Chambre soulignait que les acquisitions produisent un effet cumulatif justifiant une intervention lorsque l'opération peut emporter une réduction significative de la concurrence sur le marché (en anglaise “substantially lessen competition” ou SLC test), quand bien même cet effet ne serait pas assez étendu pour constituer une restriction du commerce ou créer un monopole²⁴⁷. La Cour suprême a fait application de cette conception dans l'arrêt *Brown Shoe*²⁴⁸, puis dans l'arrêt *Philadelphia National Bank*, dans lequel les juges n'ont pas seulement requis l'appréciation de l'incidence immédiate de l'opération mais également une prédiction de son incidence sur les conditions de concurrence futures²⁴⁹. Le dernier arrêt de la Cour suprême statuant au fond sur une concentration remonte à 1974 avec l'arrêt *General Dynamics* dans lequel la Cour a estimé que, lorsque les parts de marché actuelles ne rendent pas compte de la dynamique concurrentielle future, une appréciation réaliste des conditions à venir doit prévaloir sur une appréciation statique des conditions existantes²⁵⁰. La doctrine de l'état naissant n'a depuis lors été ni abrogée par le Congrès ni abandonnée par la Cour suprême²⁵¹. Il en est résulté un standard de preuve considérablement indéterminé. Les juges ont ainsi pu retenir dans certaines décisions une appréciation raisonnable des effets de l'opération²⁵², d'autres un danger appréciable de conséquences futures²⁵³, d'autres encore un dommage simplement probable²⁵⁴. L'affaire AT&T a d'autant plus permis de souligner cette incertitude attaché au standard de preuve. Le juge du district de Columbia y a qualifié la définition gouvernementale de l'état naissant de cible mouvante, oscillant entre l'exigence d'un dommage vraisemblable et celle d'une probabilité raisonnable ou d'un danger appréciable, avant de juger qu'il n'apercevait aucune différence

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 155, 160-161 ; Floyd H. C., Adoption of Conference Report on the Clayton Antitrust Bill, 8 octobre 1914, in *Antitrust Legislation. Speeches in the U.S. Senate and House of Representatives*, 63d Congress, p. 118.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 155, 164 ; S. Rep. No. 1775, 81st Cong., 2d Sess., at 5 (1950) ; H.R. Rep. No. 1191, 81st Cong., 2d Sess., at 12-13 (1950).

²⁴⁸ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 323 (1962).

²⁴⁹ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 362 (1963).

²⁵⁰ *United States v. General Dynamics Corp.*, 414 U.S. 486 (1974).

²⁵¹ Steuer R. M., « Incipency », *Loyola Consumer Law Review*, vol. 31, n° 2, 2019, p. 155, 169.

²⁵² *United States v. Bazaarvoice, Inc.*, No. 13-cv-00133 (WHO), 2014 U.S. Dist. LEXIS 3284 (N.D. Cal. Jan. 8, 2014).

²⁵³ *United States v. Oracle Corp.*, 331 F. Supp. 2d 1098, 1109 (N.D. Cal. 2004).

²⁵⁴ *United States v. Baker Hughes Inc.*, 908 F.2d 981, 991 (D.C. Cir. 1990) ; *FTC v. Sysco Corp.*, 113 F. Supp. 3d 1, 52 (D.D.C. 2015) ; *United States v. H&R Block, Inc.*, 833 F. Supp. 2d 36, 49 (D.D.C. 2011) ; Steuer R. M., « Incipency », *Loyola Consumer Law Review*, vol. 31, n° 2, 2019, p. 155, 167 et n. 52.

réelle entre ces formulations, chacune tendant selon lui à préciser que la section 7 n'exige pas un dommage certain mais autorise le juge à user d'un jugement prospectif pour arrêter les tendances anticoncurrentielles à leur naissance²⁵⁵. Il a néanmoins jugé que la réduction substantielle de la concurrence devait être suffisamment probable et imminente pour justifier une mesure, et que la théorie et la spéculation ne sauraient l'emporter sur les faits²⁵⁶ puis a conclu son raisonnement en renvoyant à quatre décisions suggérant que le standard exact serait celui d'un dommage vraisemblable²⁵⁷. La cour d'appel du circuit du district de Columbia a confirmé cette appréciation en constatant l'incertitude relative à la mesure de la preuve et en refusant de se prononcer sur les standards juridiques applicables, faute pour les parties de les avoir contestés, tout en énonçant que la FTC devait établir, par une démonstration circonstanciée, que l'opération projetée était vraisemblablement anticoncurrentielle²⁵⁸. Les juges ont ainsi substitué un critère de probabilité modérée, tempéré pour un critère de vraisemblance.

Or, ce glissement produit sur la captation des acquisitions prédatrices numériques un effet foncièrement négatif.

En premier lieu, l'exigence d'imminence procède d'un certain contresens. La formule de l'imminence suffisante trouve son origine dans l'arrêt *Continental Can*, où elle désignait non le dommage mais la concurrence protégée, la Cour ayant précisé que la concurrence dont traite la section 7 comprend non seulement la concurrence existante mais celle qui est suffisamment probable et imminente²⁵⁹. Dans des décisions récentes, les juges ont retourné la proposition en exigeant que ce soit l'atteinte à la concurrence qui présente ce caractère imminent²⁶⁰. Dès lors, la formule originelle était précisément celle qui permettait d'appréhender le concurrent naissant or sa réinterprétation aboutit à exclure du champ du contrôle l'entreprise dont la contrainte

²⁵⁵ *United States v. AT&T Inc.*, 310 F. Supp. 3d 161, 189 n.16 (D.D.C. 2018), citant *United States v. Penn-Olin Chemical Co.*, 378 U.S. 158, 171 (1964) et *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 362 (1963).

²⁵⁶ *United States v. AT&T Inc.*, 310 F. Supp. 3d 161, 190, 221 (D.D.C. 2018).

²⁵⁷ *United States v. Baker Hughes Inc.*, 908 F.2d 981 (D.C. Cir. 1990) ; *United States v. Anthem, Inc.*, 236 F. Supp. 3d 171, 215 (D.D.C. 2017) ; *United States v. Aetna, Inc.*, 240 F. Supp. 3d 1, 9 (D.D.C. 2017) ; *FTC v. Staples, Inc.*, 190 F. Supp. 3d 100, 110 (D.D.C. 2016) ; Steuer R. M., « Incipency », *Loyola Consumer Law Review*, vol. 31, n° 2, 2019, p. 155, 168 et n. 59.

²⁵⁸ *United States v. AT&T, Inc.*, 916 F.3d 1029, 1032, 1037 (D.C. Cir. 2019).

²⁵⁹ *United States v. Continental Can Co.*, 378 U.S. 441, 458 (1964) ; *United States v. Marine Bancorporation*, 418 U.S. 602, 623 n.22 (1974).

²⁶⁰ *FTC v. Arch Coal, Inc.*, 329 F. Supp. 2d 109, 115 (D.D.C. 2004) ; *United States v. AT&T Inc.*, 310 F. Supp. 3d 161, 189 (D.D.C. 2018) ; Steuer R. M., « Incipency », *Loyola Consumer Law Review*, vol. 31, n° 2, 2019, p. 155, 172 et n. 70.

concurrentielle ne se déploiera que sur le long terme, c'est-à-dire l'objet même de l'acquisition prédatrice.

En deuxième lieu, la réserve formulée dans l'arrêt *Philadelphia National Bank* réduit l'allègement probatoire aux seules opérations dont la taille les rend intrinsèquement suspectes²⁶¹. Cette condition, entendue de la dimension de l'opération rapportée à la structure du marché, ne saurait par construction être satisfaite par le rachat d'une entreprise dépourvue de recettes et de part de marché, quand bien même la valeur de transaction serait considérable. La doctrine de l'état naissant se trouve de facto cantonnée aux opérations dont le dommage est déjà mesurable.

Il reste que le Droit américain dispose, pour remédier à cette contraction, de la seconde partie de la section 7, qui ne connaît pas d'équivalent européen. La section 7 prohibe en effet, aux termes de sa rédaction actuelle, les acquisitions dont l'effet pourrait être de réduire substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole²⁶². La conjonction disjonctive institue deux prohibitions distinctes, la Cour suprême ayant jugé, à propos de la même conjonction figurant à la section 4 du même texte, que les termes reliés par une disjonctive doivent recevoir des sens distincts sauf indication contraire du contexte, et qu'il appartient au juge de donner effet à chaque mot employé par le Congrès²⁶³. Ce second volet est pourtant resté non-utilisé, lettre morte d'une certaine manière. Une recension exhaustive des actions engagées par les autorités fédérales et menées à leur terme entre 2010 et 2020 fait apparaître vingt-six décisions fondées sur le premier volet et aucune sur le second²⁶⁴. Dans certaines décisions, les juges ont même cité le texte de manière sélective de façon à en omettre le second volet jusque dans l'énoncé du droit applicable²⁶⁵. Pourtant, le potentiel de ce second volet est considérable pour l'économie numérique. Le verbe modal, commun aux deux volets, ne se laisse ramener ni à la certitude ni au critère de la vraisemblance prépondérante. Ainsi, qu'une probabilité modérée mais raisonnable suffit²⁶⁶. Le verbe qui suit la disjonctive désigne pour sa part tout mouvement en direction du monopole, sans qu'aucun quantum ne soit requis

²⁶¹ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 363 (1963).

²⁶² Clayton Act § 7, 15 U.S.C. § 18 (2018).

²⁶³ *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 337-339 (1979) ; *Hibbs v. Winn*, 542 U.S. 88, 101 (2004) ; Lande R. H., Newman J. M., Slaughter R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », *Texas Law Review*, vol. 103, 2025, p. 785, 799-800.

²⁶⁴ Lande R. H., Newman J. M., Slaughter R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », *Texas Law Review*, vol. 103, 2025, p. 785, 788 n. 9 et 795 n. 71.

²⁶⁵ *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708, 713 (D.C. Cir. 2001) ; *FTC v. Advocate Health Care Network*, 841 F.3d 460, 467 (7th Cir. 2016) ; Lande R. H., Newman J. M., Slaughter R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », *Texas Law Review*, vol. 103, 2025, p. 785, 794-795.

²⁶⁶ Lande R. H., Newman J. M., Slaughter R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », *Texas Law Review*, vol. 103, 2025, p. 785, 800-803.

et sans que l'opération ne doive présenter la probabilité qu'exige la tentative de monopolisation au titre de la section 2 du Sherman Act²⁶⁷. La Cour suprême a retenu, à propos de la formule identique figurant à la section 3, qu'il est indifférent que « la tendance progresse au pas plutôt qu'au galop », la loi n'attendant pas l'arrivée au but, au résultat pour condamner la direction du mouvement²⁶⁸. Elle a surtout estimé, dans une des rares décisions touchant audit second volet, que la section 7 est destinée à arrêter à l'état naissant non seulement la réduction substantielle de la concurrence mais également les monopoles qui, avec une probabilité raisonnable, apparaissent susceptibles de résulter de l'opération, tout mouvement rendant l'acquéreur mesurablement plus proche du monopole suffisant à la qualification²⁶⁹. Il n'est enfin requis ni la preuve d'une intention de monopoliser (*United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 589, 607 (1957)) ni celle d'une atteinte effective à la concurrence, laquelle ne constitue pas un élément de la violation du second volet. L'absence de l'exigence de substantialité emporte les conséquences les plus importantes s'agissant des acquisitions prédatrices dans le secteur du numérique. La FTC a ainsi retenu une violation du second volet dans une affaire où l'acquéreur détenait 45% du marché national de la laine d'acier ménagère et la cible 0,3%, en jugeant qu'il n'était pas déterminant que la part de la cible soit une fraction de pour cent, dès lors que le texte appréhende également les acquisitions minimales qui tendent au monopole²⁷⁰. Elle a réitéré cette analyse en relevant que, lorsque l'aggravation des conditions non concurrentielles du marché peut sembler relativement faible et que le recours au premier volet soulève des difficultés conceptuelles, il peut être fait appel en toute propriété à la clause de tendance au monopole²⁷¹. Une juridiction fédérale avait de même jugé que la tendance à créer un monopole comprend manifestement l'aggravation d'une situation oligopolistique préexistante²⁷². L'objection tirée de ce que la cible détiendrait déjà une position monopolistique ne convainc d'ailleurs pas les juges, la Cour suprême ayant jugé que le texte est violé indépendamment de la survenance effective de restrictions ou de monopoles²⁷³. Ainsi, le premier volet retient un seuil peu exigeant quant à la puissance de l'entité issue de l'opération

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 785, 804-805 ; *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375, 396 (1905).

²⁶⁸ *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 396 (1947).

²⁶⁹ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 589, 592, 597 (1957) ; Lande R. H., Newman J. M., Slaughter R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », *Texas Law Review*, vol. 103, 2025, p. 785, 808-812.

²⁷⁰ Lande R. H., Newman J. M., Slaughter R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », *Texas Law Review*, vol. 103, 2025, p. 785, 818-819 ; *Brillo Manufacturing Co.*, 56 F.T.C. 1672, 1678-1679 (1960).

²⁷¹ *Ibid.*, p. 785, 819 ; *Procter & Gamble Co.*, 63 F.T.C. 1465, 1577 (1963).

²⁷² *United States v. Bethlehem Steel Corp.*, 168 F. Supp. 576, 607 (S.D.N.Y. 1958).

²⁷³ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 589 (1957).

mais assortit l'effet d'un qualificatif de substantialité, tandis que le second volet exige une puissance plus élevée, le monopole opérant comme principe limitatif, mais se satisfait de toute tendance appréciable. Les deux volets sont donc complémentaires. La section 7, considéré comme un tout, se révèle d'une pertinence singulière pour les acquisitions, et en particulier prédatrices dans le secteur du numérique.

Toutefois, encore-faut il que ce second volet soit mobilisé par la FTC ou le DOJ. Une commissaire de la FTC avait exploré cette possibilité dès 2022²⁷⁴, le DOJ s'en est prévalu la même année dans l'affaire UnitedHealth²⁷⁵, et deux plaintes récentes en font état conjointement avec la section 2 du Sherman Act²⁷⁶. Les lignes directrices du 18 décembre 2023 mentionnent ce second volet à trente-deux reprises²⁷⁷. Les juridictions américaines n'ont toutefois pas suivi, les juges, dans la décision UnitedHealth, ayant purement et simplement omis, ou écarté, le fondement invoqué. Le second volet de la section 7 du Clayton Act constitue donc, en l'état, un instrument dont l'aptitude à compenser le resserrement du premier demeure purement virtuelle. Il n'exige ni la mesure d'un effet substantiel, ni la démonstration d'une atteinte à la concurrence, ni l'imminence du dommage, et se satisfait d'une probabilité modérée que l'opération rapproche appréciablement l'acquéreur du monopole. De fait, ce second volet appréhende ce que le premier volet ne parvient plus à saisir.

Cette dissymétrie des méthodes générales d'appréciation n'est pas sans incidence sur le traitement des scénarios anticoncurrentiels envisagés selon la nature des effets.

Section 2 - La dissymétrie grandissante des traitements européen et américain des scénarios anticoncurrentiels selon les effets

Le Droit européen comme le Droit états-unien ont l'un et l'autre construit leur appréciation substantielle sur une taxinomie des effets, distinguant les opérations selon que les

²⁷⁴ Slaughter R. K., Storming the Concentration Castle. Antitrust Lessons from the Princess Bride, Greg Lastowka Memorial Lecture, 31 mars 2022, p. 9 ; Lande R. H., Newman J. M., Slaughter R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », Texas Law Review, vol. 103, 2025, p. 785, 789.

²⁷⁵ Department of Justice, Proposed Findings of Fact and Conclusions of Law, United States v. UnitedHealth Group Inc., No. 1:22-cv-0481 (CJN) (D.D.C. 2022), p. 182.

²⁷⁶ Federal Trade Commission, Complaint, In the Matter of Sanofi, No. 9422, 11 décembre 2023, p. 5 ; Federal Trade Commission, Complaint, FTC v. U.S. Anesthesia Partners, Inc., No. 4:23-cv-03560 (S.D. Tex. 2023), p. 95-96.

²⁷⁷ Department of Justice, Federal Trade Commission, Merger Guidelines, 18 décembre 2023, orientations 1 et 3.3.

parties se trouvent sur un même marché, à des stades différents d'une même chaîne, ou sur des marchés seulement voisins, et attachant à chacune de ces configurations un degré présumé de nocivité. Cette taxinomie ne procède d'aucun texte, ni le règlement n° 139/2004 ni la section 7 du Clayton Act ne l'énonçant, mais des seules lignes directrices, ce qui en explique la malléabilité. Il convient dès lors d'examiner ce que devient la distinction elle-même, dont l'utilité s'est réduite à mesure que les autorités en ont éprouvé les limites sans encore l'abandonner tout à fait (A - La pertinence résiduelle de l'analyse selon la dimension horizontale ou non horizontale de l'opération numérique), avant de rechercher si le cadre européen des effets congloméraux, refondu par le projet de lignes directrices du 30 avril 2026, offre à l'écosystème numérique un instrument que le Droit américain possède sans le mobiliser (B - L'aptitude conditionnelle des scénarios congloméraux européens face aux écosystèmes numériques et l'abstention américaine).

A - La pertinence résiduelle de l'analyse selon la dimension horizontale ou non horizontale de l'opération numérique

L'appréciation européenne commence classiquement par la qualification de l'opération. Les lignes directrices horizontales visent les entreprises opérant sur le même marché de produits et le même marché géographique, qu'elles soient concurrentes actuelles ou potentielles, et tiennent ces opérations pour hautement nocives dès lors qu'elles emportent par nature une réduction de la rivalité, laquelle se traduit par des prix plus élevés, une qualité moindre, un choix restreint et une innovation amoindrie. Les lignes directrices non horizontales visent au contraire les entreprises opérant sur des marchés distincts, qu'elles soient verticalement liées ou seulement voisines, l'opération conglomérale réunissant des parties qui ne sont ni des concurrentes horizontales ni des opérateurs fonctionnellement liés le long d'une chaîne d'approvisionnement, et se rencontrant en pratique lorsque les marchés en cause sont étroitement apparentés²⁷⁸. Ces dernières sont regardées comme moins susceptibles d'entraver la concurrence, et fréquemment comme génératrices d'efficacités, en ce qu'elles n'emportent aucune addition de parts de marché et n'affectent directement la rivalité entre opérateurs présents sur un même marché en cause, l'intégration d'activités complémentaires diminuant au surplus les coûts de transaction et de stockage, permettant une meilleure coordination des

²⁷⁸ Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 265 du 18 octobre 2008, p. 6, pts 3 à 5.

investissements et ouvrant au consommateur le bénéfice d'un approvisionnement unifié²⁷⁹. Cette distinction commande à la fois l'intensité de l'examen et le seuil quantitatif de déclenchement, les opérations non horizontales bénéficiant d'une présomption de compatibilité à moins de trente pour cent de part de marché et d'un indice de Herfindahl-Hirschman (le HHI) de deux mille²⁸⁰.

Or l'acquisition prédatrice numérique ne sont généralement pas facilement classifiables. Les opérateurs en place acquièrent en règle générale des start-ups sur des marchés autres que les leurs. Ces opérations ne sauraient donc être qualifiées d'horizontales au sens strict, sans qu'il faille pour autant les tenir pour jamais horizontales, leur nature ambiguë et l'insuffisance des éléments relatifs à une relation concurrentielle future au moment de l'opération rendant la qualification elle-même incertaine. La qualification non horizontale emporte alors un risque de sous-estimation du dommage²⁸¹. En effet, l'opérateur numérique dispose de plusieurs marchés de cœur servant de points d'appui à son expansion. Dans ces conditions, l'acquisition d'une entreprise naissante renforce sa position et supprime une source d'incertitude (relative à la capacité potentielle des entreprises numériques à lancer une activité sur un nouveau marché numérique, distinct de leur marché initial) quand bien même aucun chevauchement horizontal n'existerait à la date de l'opération. La conception traditionnelle de la concurrence, qui fait de la rivalité la source principale de l'incertitude et donc de l'incitation à innover²⁸², n'est pas transposable à des marchés où la concurrence s'exerce pour le marché et non dans le marché, et où les effets de remplacement peuvent excéder le marché de cœur de l'acquéreur²⁸³. L'élimination d'un agent d'incertitude dont le développement est indéterminé peut ainsi se révéler aussi dommageable que la réduction d'une rivalité au sens classique. La Commission l'a implicitement reconnu dans l'affaire Booking/eTraveli, où elle a pour la première fois appliqué le cadre horizontal à une opération non horizontale, l'absence de relation horizontale à la date de l'opération n'ayant pas fait obstacle au constat que la disparition d'une concurrence future renforçait la position dominante de l'acquéreur et élevait les barrières à l'entrée et à

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 6, pts 11, 12 et 14.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 6, pts 20 et 23.

²⁸¹ Bryan K. A., Hovenkamp E., « Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy », *University of Chicago Law Review*, vol. 87, 2020, p. 331 ; Crémer J., de Montjoye Y.-A., Schweitzer H., *Competition Policy for the Digital Era*, rapport pour la Commission européenne, Office des publications de l'Union européenne, 2019, p. 112 et s.

²⁸² Comm. UE, décis. du 21 mars 2018, aff. M.8084, Bayer/Monsanto, pt 1059.

²⁸³ Cunningham C., Ederer F., Ma S., « Killer Acquisitions », *Journal of Political Economy*, vol. 129, n° 3, 2021, p. 649-702).

l'expansion²⁸⁴. Les autorités appliquent essentiellement des scénarios non horizontaux, dans lesquels effets verticaux et congloméraux coexistent ou se chevauchent, la distinction entre produits substituables, verticalement liés et complémentaires étant le plus souvent brouillée sur les marchés numériques²⁸⁵. Sur soixante-neuf opérations numériques et technologiques examinées par des autorités de l'Union et par le Royaume-Uni, trente affaires portaient exclusivement sur des effets horizontaux et vingt-six affaires combinaient effets horizontaux et effets verticaux ou congloméraux²⁸⁶. La segmentation selon la classification traditionnelle ne rend pas fidèlement compte de la situation lorsque plusieurs scénarios sont pertinents dans une même affaire et fortement interdépendants, ce dont l'affaire Google/Fitbit offre l'illustration, l'appréciation y ayant associé un scénario horizontal tiré de la combinaison des ensembles de données, des scénarios non horizontaux de dégradation de l'interopérabilité et d'éviction de l'accès, pour aboutir à la confirmation de préoccupations sur trois marchés au moins et à leur rejet sur huit autres²⁸⁷. Il ne s'ensuit pas que la dimension horizontale ait complètement perdu sa pertinence dans les marchés numériques. En effet, elle conserve deux utilités résiduelles. La première tient à la perte de concurrence réelle, que les autorités ont continué d'apprécier selon la classification classique lorsque le chevauchement était insignifiant ou que le marché demeurerait suffisamment fourni, ainsi qu'il en a été jugé pour les services de communication grand public dans l'affaire Microsoft/Skype²⁸⁸, et selon des paramètres renouvelés lorsque la dynamique concurrentielle était moins nette. La seconde tient à la perte de concurrence potentielle, dont les lignes directrices horizontales font une hypothèse à part entière en exigeant que le rival potentiel exerce une influence significative ou soit très vraisemblablement appelé à devenir une force concurrentielle effective, et qu'aucun autre entrant potentiel ne soit susceptible de maintenir une pression suffisante²⁸⁹. Les seuils probatoires restent élevés, comme l'illustrent les affaires Essilor/Luxottica²⁹⁰, et Posten

²⁸⁴ Commission européenne, communiqué de presse du 25 septembre 2023, IP/23/4573 ; McNelis N., MLex, 25 septembre 2023.

²⁸⁵ OCDE, Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023, pts 53 et 85.

²⁸⁶ Robertson V., *Merger Review in Digital and Technology Markets. Insights from National Case Law*, 2022.

²⁸⁷ Comm. UE, décis. du 17 décembre 2020, aff. M.9660, Google/Fitbit ; OCDE, Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023, encadré 3.7.

²⁸⁸ Comm. UE, décis. du 7 octobre 2011, aff. M.6281, Microsoft/Skype ; OCDE, Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023, pts 35 et 36.

²⁸⁹ Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31 du 5 février 2004, p. 5, pt 60 ; Comm. CE, décis. aff. M.3340, ENI/EDP/GDP, pt 344 ; Comm. CE, décis. aff. M.5096, RCA/MAV Cargo, pt 75 ; TPICE, 25 octobre 2002, aff. T-5/02, Tetra Laval c/ Commission, ECLI:EU:T:2002:264, pts 321 et s. ; Rosenthal M., Thomas S., *European Merger Control*, C. H. Beck, 2010, p. 144, n° 218.

²⁹⁰ Comm. UE, décis. du 1er mars 2018, aff. M.8394, Essilor/Luxottica, pts 218 à 310.

AB/Post Danmark (Comm. CE, décis. aff. M.5152, Posten AB/Post Danmark A/S, pt 38). Cette seconde utilité est celle qui intéresse directement l'acquisition prédatrice, et c'est aussi celle qui se révèle la plus fragile. L'Office of Fair Trading a écarté la qualité de concurrent potentiel d'Instagram, alors que la cible n'employait que treize salariés et ne réalisait aucun chiffre d'affaires, au motif que d'autres opérateurs collectant des données démographiques ou comportementales exerçaient déjà la contrainte principale sur l'acquéreur²⁹¹. La configuration inverse, dans laquelle la contrainte potentielle procède de l'acquéreur et non de la cible, n'a pas mieux marché. En effet, la FTC a soutenu sans succès que Meta constituait un entrant potentiel sur le marché des applications de mise en forme en réalité virtuelle et que la seule menace de son entrée influençait la concurrence, avant que la juridiction du district nord de Californie ne rejette sa demande d'injonction préliminaire et qu'elle ne se désiste au fond²⁹². La seule affaire dans laquelle une autorité a expressément avancé un scénario d'acquisition prédatrice au sens strict est l'acquisition de Plaid par Visa qui s'est éteinte par l'abandon de l'opération²⁹³. Conséquemment, ce scénario, central pour notre objet, n'a été que très rarement examiné²⁹⁴, plusieurs auteurs estimant que l'acquisition prédatrice inversée, dans laquelle l'opérateur en place renonce à son propre effort d'innovation pour acquérir une capacité déjà développée, est plus fréquente que l'acquisition prédatrice proprement dite²⁹⁵, et une étude de cent soixante-quinze opérations numériques conclues entre 2015 et 2017 établissant que l'arrêt des produits acquis répondait le plus souvent à une logique d'appropriation d'actifs et de recherche destinée à améliorer l'offre existante de l'acquéreur²⁹⁶.

Le projet de lignes directrices publié le 30 avril 2026 par la Commission abandonne la distinction, en fusionnant les lignes directrices horizontales de 2004 et non horizontales de 2008 en un texte unique organisé non par type d'opération mais par scénario anticoncurrentiel,

²⁹¹ Office of Fair Trading, Facebook/Instagram, ME/5525/12, 2012 ; OCDE, Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023, pts 40 et 41.

²⁹² Federal Trade Commission, In the Matter of Meta Platforms Inc., Mark Zuckerberg, and Within Unlimited, Inc., dossier n° 221-0040.

²⁹³ OCDE, Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023, pt 50 ; Department of Justice, communiqué, Visa and Plaid Abandon Merger after Antitrust Division's Suit to Block, 12 janvier 2021.

²⁹⁴ *Ibid.*, pt 52 ; Robertson V., Merger Review in Digital and Technology Markets. Insights from National Case Law, 2022.

²⁹⁵ Caffarra C., Crawford G., Valletti T., How Tech Rolls. Potential Competition and « Reverse » Killer Acquisitions, 2020.

²⁹⁶ Gautier A., Lamesh J., « Mergers in the Digital Economy », CESifo Working Papers, n° 8056, 2020 ; Autorité de la concurrence, Contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, février 2020 ; Bourreau M., de Streel A., Big Tech Acquisitions. Competition and Innovation Effects and EU Merger Control, CERRE, 2020.

le répertoire retenu associant la perte de concurrence directe, la perte de concurrence en matière d'investissement et d'expansion, la perte de concurrence en matière d'innovation, la perte de concurrence potentielle, l'éviction, l'enracinement d'une position dominante, la coordination, ainsi que les autres effets anticoncurrentiels que sont l'accès aux informations commercialement sensibles et les effets de portefeuille²⁹⁷. Le texte prévoit d'ailleurs expressément que les opérations n'emportant aucune perte de concurrence directe entre les parties peuvent néanmoins produire une entrave significative, notamment par éviction ou par enracinement, lorsque des entreprises disposant d'une puissance de marché significative sont en cause²⁹⁸. Le Droit américain avait engagé le même mouvement, les lignes directrices du 18 décembre 2023 ayant consolidé et remplacé l'ensemble des versions antérieures, y compris les lignes directrices verticales de 2020 que la FTC avait retirées en septembre 2021²⁹⁹ et substitué à la distinction par type d'opération une série d'orientations³⁰⁰.

Il y a donc une dissymétrie de mutation entre les systèmes européens et américains. Cette différence s'accroît s'agissant de la mise en place d'une qualification, d'un scénario appelé à saisir l'écosystème lui-même.

B - L'aptitude conditionnelle des scénarios congloméraux européens face aux écosystèmes numériques et l'abstention américaine

L'opération conglomérale constitue, dans les lignes directrices non horizontales, l'hypothèse la plus favorablement traitée. La Commission ne l'examine que lorsque le produit ou le service de la cible est complémentaire de ceux de l'acquéreur et qu'il en résulte des effets de gamme, la préoccupation principale tenant à la faculté d'associer des produits relevant de marchés apparentés pour transférer une position de force d'un marché vers un autre, notamment par la vente liée, entendue tant contractuelle que technique, ou par la vente groupée³⁰¹. La

²⁹⁷ Commission européenne, projet de communication, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations au regard du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 30 avril 2026, section II.B.

²⁹⁸ *Ibid.*, pt 17.

²⁹⁹ OCDE, Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023, pt 130.

³⁰⁰ Department of Justice, Federal Trade Commission, Merger Guidelines, 18 décembre 2023, orientations 6, 8 et 9.

³⁰¹ Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 265 du 18 octobre 2008, p. 6, pts 91 et 97 ; Boyce J., Lyle-Smythe A., « Merger Control », in Bailey D., John L. E. (dir.), Bellamy & Child. European Union Law of Competition, 8e éd., Oxford University Press, 2018, n° 8.250.

qualification suppose la démonstration cumulative d'une capacité d'éviction, laquelle exige une puissance de marché significative sur l'un au moins des marchés considérés, appréciée à l'aune de l'importance que la clientèle attache au produit et de l'absence d'offres alternatives suffisantes³⁰², d'une incitation à l'éviction, laquelle suppose que la stratégie soit profitable pour l'entité issue de l'opération, et d'une appréciation d'ensemble des effets sur la concurrence effective, le désavantage subi par tel ou tel concurrent pris isolément étant indifférent, seul important l'affaiblissement de la compétitivité et des incitations concurrentielles des rivaux considérés dans leur ensemble³⁰³. Il s'agit là de la théorie du préjudice dite capacité-incitation-impact, déjà retenue pour les opérations verticales³⁰⁴. Son dernier temps se révèle d'emblée défavorable aux préoccupations d'écosystème, en ce que la clientèle éclatée des services numériques à prix nul ne saurait par construction opposer le contre-pouvoir d'achat qui a emporté la conviction de la Commission dans les affaires Essilor/Luxottica et Bayer/Monsanto³⁰⁵.

Le constat d'une éviction conglomérale est en pratique rare et assorti d'exigences probatoires élevées, ce que le nombre des décisions écartant la capacité d'éviction par ventes liées ou groupées démontre aisément³⁰⁶, de même que celles écartant la dégradation de l'interopérabilité faute de preuves suffisantes³⁰⁷. Cette rareté est le résultat d'une exigence de preuve que la Cour de Justice a élevée pour ce seul type d'opération. En effet, dans l'arrêt Tetra Laval, elle a jugé que l'analyse d'une opération de type conglomérat constitue une analyse prospective dans laquelle la prise en compte d'un laps de temps étendu dans l'avenir et l'effet de levier nécessaire à la caractérisation d'une entrave significative impliquent que les enchaînements de cause à effet sont mal discernables, incertains et difficiles à établir. Ainsi, la qualité des éléments de preuve produits par la Commission revêt une importance particulière, ceux-ci devant conforter ses appréciations et rendre plausible le scénario d'évolution

³⁰² *Ibid.*, p. 6, pt 99 ; Comm. CE, décis. aff. M.3732, Procter & Gamble/Gillette, pt 110.

³⁰³ *Ibid.*, p. 6, pts 93 et s. et 111.

³⁰⁴ Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2358, p. 1498.

³⁰⁵ *Ibid.*, n° 2371 et 2372, p. 1504-1505 ; Comm. UE, décis. du 1er mars 2018, aff. M.8394, Essilor/Luxottica ; Comm. UE, décis. du 21 mars 2018, aff. M.8084, Bayer/Monsanto.

³⁰⁶ Comm. CE, décis. aff. M.3304, GE/Amersham ; Comm. CE, décis. aff. M.4731, Google/DoubleClick, pts 257 et s. ; Comm. UE, décis. aff. M.5932, NewsCorp/BSkyB, pts 296 et s. ; Comm. CE, décis. aff. M.6104, Safran/SNPE Matériaux Énergétiques/Regulus, pts 101 et s. ; Comm. UE, décis. aff. M.6560, Cisco Systems/NDS Group, pts 97 à 103 ; Comm. UE, décis. aff. M.7637, Liberty Global/BASE Belgium, pts 355 à 416.

³⁰⁷ Comm. CE, décis. aff. M.3978, Oracle/Siebel ; Comm. UE, décis. aff. M.5669, Cisco/Tandberg ; Comm. UE, décis. du 7 octobre 2011, aff. M.6281, Microsoft/Skype, pts 133 et s.

économique sur lequel elle se fonde³⁰⁸. À cette exigence s'ajoute une contrainte temporelle, le Tribunal ayant jugé dans l'affaire Microsoft/Skype que l'entrave significative doit être la conséquence directe et immédiate de la concentration. Le constat rejoint celui qui a été dressé à propos du test SIEC, la norme de preuve, et non le critère substantiel, constituant le siège de la difficulté. Encore convient-il de ne pas en déduire que l'application ex post de l'article 102 TFUE pourrait suppléer le contrôle ex ante, la Cour ayant écarté dans la même affaire tout raisonnement tiré de l'effet dissuasif de poursuites ultérieures fondées sur la prohibition des abus de position dominante, question sur laquelle nous reviendrons. De telles décisions d'incompatibilité ou d'autorisation sous conditions sont rares. Dans l'affaire Intel/McAfee du 26 janvier 2011, la Commission avait caractérisé la puissance sur le marché des unités centrales et des jeux de composants ainsi que l'incitation à lier techniquement les produits et à dégrader l'interopérabilité avec les solutions concurrentes de sécurité des terminaux³⁰⁹, tandis que dans l'affaire Microsoft/LinkedIn, la Commission avait retenu que l'acquéreur pourrait exiger la préinstallation du service de la cible sur les ordinateurs équipés de son système d'exploitation, l'intégrer à sa suite bureautique, et restreindre l'accès de ses concurrents à ses interfaces de programmation comme aux données stockées sur son informatique en nuage, l'inertie de l'utilisateur final devant au surplus dissuader celui-ci de télécharger une seconde application de réseau social professionnel³¹⁰. L'affaire Qualcomm/NXP Semiconductors en offre une seconde illustration, plus significative encore, la Commission y ayant retenu un préjudice excédant celui de la vente liée, l'intégration des droits de propriété intellectuelle de la cible devant permettre à l'acquéreur de regrouper les brevets NFC des deux parties et de renforcer de manière disproportionnée son pouvoir de négociation dans l'octroi de licences³¹¹. La théorie conglomérale se révèle ainsi apte à saisir l'agrégation d'actifs immatériels et non le seul assemblage de produits.

L'approche conglomérale présente en effet, à l'égard de l'écosystème numérique, une aptitude que ne possède aucune autre. Elle est la seule à raisonner sur des marchés qui ne sont ni identiques ni verticalement liés, et partant la seule à pouvoir accueillir la dimension

³⁰⁸ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2357, p. 1497 ; CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03 P, Commission c/ Tetra Laval, ECLI:EU:C:2005:87, pts 44 et 46.

³⁰⁹ Comm. UE, décis. du 26 janvier 2011, aff. M.5984, Intel/McAfee.

³¹⁰ Comm. UE, décis. du 6 décembre 2016, aff. M.8124, Microsoft/LinkedIn ; OCDE, *Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques*. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023, pt 67 ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2366, p. 1502.

³¹¹ Comm. UE, décis. du 18 janvier 2018, aff. M.8306, Qualcomm/NXP Semiconductors.

d'ensemble de l'acquisition prédatrice numérique, à savoir l'accumulation de compléments périphériques dont aucun n'entretient de rapport de substituabilité avec le marché de cœur de l'acquéreur. Encore convient-il de ne pas exagérer la proposition. L'acquisition prédatrice n'échappe nullement aux autres grilles, la perte de concurrence potentielle relevant par nature de l'analyse horizontale ainsi qu'il a été montré. Simplement, celles-ci ne captent que la cible prise isolément, quand le cadre congloméral seul permet de saisir l'ensemble auquel elle est appelée à s'intégrer. Un scénario classique est l'enveloppement, c'est-à-dire l'entrée d'une plateforme sur un marché voisin par la combinaison de sa propre fonctionnalité avec celle de la cible au sein d'une offre groupée exploitant des relations d'utilisateurs partagées, illustré par le lancement du lecteur multimédia de Microsoft en 1998 dont l'intégration a permis à l'opérateur de tirer parti d'économies de gamme et de synergies de consommation jusqu'à dépasser le premier lecteur du marché³¹². Le renouvellement des théories du préjudice congloméral procède directement de cette configuration, les recherches récentes portant sur l'enveloppement à travers des écosystèmes de marchés connexes et sur l'utilisation des données, là où l'école de Chicago tenait de longue date pour improbable l'apparition d'effets anticoncurrentiels entre compléments stricts. L'Organisation de coopération et de développement économiques juge toutefois ces analyses complexes et relève que les efforts à déployer pour satisfaire la norme de preuve y sont élevés pour un résultat incertain.

Le rapport sur la « Competition policy for the digital era » estime que l'opérateur en place acquiert fréquemment des entreprises naissantes pour les intégrer à son écosystème, ce qui lui permet d'attirer et de retenir des consommateurs qui, en l'absence de l'opération, auraient pu recourir aux services de ses rivaux, la combinaison des effets de réseau de l'acquéreur et de ceux de la cible élargissant son périmètre et supprimant le risque que la cible lui soustraie des utilisateurs³¹³. Les auteurs du rapport en déduisent l'existence d'une lacune dans les scénarios admis et proposent, lorsque l'opérateur d'un écosystème dominant sur un marché acquiert une entreprise active sur un marché séparé mais lié susceptible de devenir une menace au-delà de ce marché, que les autorités recherchent d'abord si les parties opèrent dans le même espace technologique ou dans le même espace d'utilisateurs, puis apprécient l'opération selon la

³¹² Eisenmann T., Parker G., Van Alstyne M., « Platform Envelopment », *Strategic Management Journal*, vol. 32, 2011, p. 1270-1285, 1271 ; Lécuyer T., « Digital Conglomerates and Killer Acquisitions. A Discussion of the Competitive Effects of Start-Up Acquisitions by Digital Platforms », *Concurrences*, n° 1-2020, art. n° 92965, p. 42-50.

³¹³ Crémer J., de Montjoye Y.-A., Schweitzer H., *Competition Policy for the Digital Era*, rapport pour la Commission européenne, Office des publications de l'Union européenne, 2019, p. 122.

logique d'une opération horizontale, en se demandant si la cible constitue une contrainte concurrentielle actuelle ou potentielle à l'intérieur de cet espace, si son élimination accroît le pouvoir de marché à l'intérieur de celui-ci, et, dans l'affirmative, si des efficiences la justifient, la charge de la preuve incombant alors aux parties notifiantes³¹⁴. Cette proposition emporte deux conséquences qu'il convient d'explicitier. La première tient à la reformulation du dommage. En effet, les plateformes multiproduits constituées en écosystèmes jouent précisément sur la complémentarité des produits et sur les économies de gamme, ce qui a pour incidence que, quand bien même elles ne se livreraient pas à des acquisitions prédatrices dirigées contre des menaces pesant sur le cœur de leurs services, elles peuvent accumuler l'acquisition systématique de jeunes pousses, lesquelles renforcent leurs effets de réseau et alimentent leur écosystème. Ce n'est donc plus un risque de verrouillage qu'il convient de rechercher, mais une spirale d'acquisitions dont la valeur réside dans la base d'utilisateurs en croissance continue des cibles successives³¹⁵. La seconde conséquence tient à l'aménagement de la charge de la preuve. Il est en effet proposé de décharger la Commission de la démonstration des effets anticoncurrentiels et de faire peser sur les entreprises constituées en écosystème, dotées d'effets de réseau et de fortes économies de gamme, la preuve que la cible n'aurait pu se développer seule ou aurait pu être acquise par un autre opérateur, cette théorie du préjudice se justifiant par le haut risque d'erreurs de faux négatifs³¹⁶. Il s'agit très exactement de la solution qu'appelle l'analyse coût-erreur pour les marchés numériques, l'inversion probatoire constituant le moyen technique par lequel la préférence pour les erreurs de type I peut être mise en œuvre sans qu'il soit nécessaire de toucher au critère substantiel lui-même.

Néanmoins, les scénarios fondés sur la construction et le renforcement de l'écosystème numérique ont été jugés largement absents des arrêts rendus par les juges européens. L'affaire Apple/Shazam démontre qu'un examen isolé des stratégies d'éviction peut conduire à écarter toute incidence, là où un examen de leur combinaison et de leur potentiel de renforcement de l'écosystème considéré dans son ensemble aurait pu conduire à la solution inverse³¹⁷. La décision procède en effet par fractionnement, chaque stratégie y ayant été appréciée séparément et écartée pour son insuffisance propre, sans que leur combinaison soit jamais examinée,

³¹⁴ *Ibid.*, p. 116, 117, 122 et 123.

³¹⁵ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2362, p. 1498-1499 ; Bourreau M., de Streel A., « Digital Conglomerates and EU Competition Policy », SSRN Working Paper, 26 février 2019, p. 33.

³¹⁶ *Ibid.*, n° 2362, p. 1499

³¹⁷ Robertson V., *Merger Review in Digital and Technology Markets. Insights from National Case Law*, 2022 ; Comm. UE, décis. du 6 septembre 2018, aff. M.8788, Apple/Shazam ; OCDE, *Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques*. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023, pt 94.

méthode que l'on retrouve dans l'affaire Microsoft/GitHub³¹⁸. L'affaire Facebook/WhatsApp en offre l'antécédent le plus significatif, la Commission y ayant écarté le scénario congloméral fondé sur l'exploitation publicitaire des données de la cible, notamment au vu de documents internes de l'acquéreur faisant apparaître l'absence de pertinence d'une telle stratégie, et autorisé l'opération en phase 1 sans engagement³¹⁹.

Une voie voisine consiste à raisonner sur les données. L'acquisition de données spécifiques et non substituables soulève les préoccupations ordinaires d'éviction verticale, comme l'avait estimé la Commission dans l'affaire Microsoft/LinkedIn où elle a écarté le scénario au motif qu'aucun élément n'établissait un projet de licence de l'intégralité de la base, que des obstacles réglementaires et tirés du respect de la vie privée subsistaient, et que les données en cause n'étaient ni essentielles ni uniques³²⁰. Mais l'acquisition de données omniprésentes et non rivales peut elle-même soulever une préoccupation lorsque l'acquéreur est dominant sur un marché dépendant des données massives, l'avantage procédant non de l'exclusivité des données nouvellement acquises mais de la faculté de les combiner à ses bases existantes et d'en extraire des informations de valeur, ce qui requiert de traiter d'un scénario d'éviction relative excédant les seuls marchés ciblés par l'opération et d'emprunter le cadre des effets de portefeuille, lequel reflète déjà l'avantage tiré d'une présence sur de multiples marchés complémentaires excédant la puissance détenue sur chacun d'eux pris isolément. C'est très exactement le raisonnement retenu par la Commission dans l'affaire Google/Fitbit où elle a établi que la combinaison des ensembles de données permettrait à l'acquéreur d'offrir des produits relativement meilleurs et de marginaliser davantage encore ses concurrents limités sur le marché de la publicité liée aux recherches en ligne³²¹. Six années séparent cette solution de celle retenue dans l'affaire Facebook/WhatsApp, sans que le cadre juridique ait varié, ce qui confirme que l'obstacle réside dans l'état des instruments d'analyse et non dans la lettre des lignes directrices. L'affaire Booking/eTraveli est la seule interdiction d'une concentration entre plateformes numériques. Les deux entreprises y étaient actives en qualité d'agences de voyages en ligne sur des marchés distincts mais complémentaires, l'acquéreur proposant des services d'hébergement et la cible des services de voyage aérien, et la Commission a retenu que

³¹⁸ Comm. UE, décis. du 19 octobre 2018, aff. M.8994, Microsoft/GitHub.

³¹⁹ Comm. UE, décis. du 3 octobre 2014, aff. M.7217, Facebook/WhatsApp ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2370, p. 1504.

³²⁰ Comm. UE, décis. du 6 décembre 2016, aff. M.8124, Microsoft/LinkedIn ; OCDE, *Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques*. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023, pts 70 et 71.

³²¹ Comm. UE, décis. du 17 décembre 2020, aff. M.9660, Google/Fitbit, pts 402, 418, 427 et 444.

l'opération devait permettre à l'acquéreur d'étendre son écosystème et de renforcer une position dominante déjà bien établie, la pratique de ventes croisées rendant la contestation de sa position plus difficile encore et entraînant des coûts plus élevés pour les hôtels comme pour les consommateurs³²². Or, tout en affirmant appréhender de manière nouvelle une extension d'écosystème, la Commission a choisi de fonder sa décision sur le fondement très classique du renforcement d'une position dominante, ce qui constitue un singulier retour aux origines du contrôle des concentrations³²³. Le scénario d'écosystème n'a donc jamais été déployé de manière autonome, y compris dans l'unique affaire où il a été revendiqué.

Le projet de lignes directrices publié le 30 avril 2026 consacre cela. Le texte pose d'abord, au stade de la méthode, que l'appréciation se conduit en principe marché par marché, mais que dans certains secteurs les marchés individuels sont étroitement liés par des relations de demande ou d'offre, telles les produits complémentaires, les réseaux, les technologies partagées, les ventes groupées, les plateformes multifaces, les écosystèmes de services liés ou les capacités dynamiques d'extension d'un opérateur, et que de tels liens peuvent produire des effets pro ou anticoncurrentiels plus larges dont la Commission tient compte en évaluant l'incidence globale de l'opération sur la concurrence à l'intérieur des marchés et entre eux³²⁴. Le projet range ensuite les écosystèmes et les effets de portefeuille parmi les barrières à l'entrée et à l'expansion³²⁵ et retient au titre de l'enfermement de la clientèle les marchés à effets de réseau où l'interopérabilité et le multi-hébergement sont limités ainsi que les écosystèmes de produits complémentaires dont le client peine à s'extraire³²⁶. L'enracinement d'une position dominante y devient enfin un scénario anticoncurrentiel autonome, applicable aux opérations qui créent ou renforcent des barrières structurelles à l'entrée sur un marché de cœur ou sur des marchés étroitement liés, y compris en l'absence de toute éviction au sens classique³²⁷, tandis que les effets de portefeuille et l'accès à des informations commercialement sensibles constituent des scénarios distincts³²⁸. La perte de concurrence en matière d'innovation y protège les efforts situés en amont du développement, longtemps avant toute commercialisation³²⁹, un

³²² Comm. UE, décis. du 25 septembre 2023, aff. M.10615, Booking Holdings/eTraveli Group.

³²³ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2368, p. 1503.

³²⁴ Commission européenne, projet de communication, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations au regard du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 30 avril 2026, pt 54.

³²⁵ *Ibid.*, pt 79, c).

³²⁶ *Ibid.*, pt 76, c).

³²⁷ *Ibid.*, section II.B.7.

³²⁸ *Ibid.*, sections II.B.9.1 et II.B.9.2.

³²⁹ *Ibid.*, section II.B.4.

bouclier d'innovation réservant la qualification d'acquisition prédatrice à l'hypothèse dans laquelle une entreprise dominante acquiert un concurrent émergent susceptible d'exercer une pression concurrentielle significative, les acquisitions de jeunes pousses étant au demeurant présumées inoffensives³³⁰. Cette dernière réserve appelle cependant une objection. En effet, une présomption d'innocuité attachée aux acquisitions de jeunes pousses reconduit, au stade de l'appréciation substantielle, la préférence pour les erreurs de type II dont il a été montré que la prémisse est défailante en économie numérique, et prive de portée pratique l'inversion probatoire que le rapport de 2019 appelait de ses vœux. L'apport du projet demeure donc réel mais circonscrit, en ce qu'il dote la Commission d'un répertoire de scénarios ajusté à l'écosystème sans lever l'obstacle probatoire qui en a jusqu'ici empêché la mobilisation. Le renforcement porte sur la qualification et non sur la preuve, quand c'est la preuve qui fait défaut.

Le Droit américain dispose des mêmes instruments et ne les emploie pas. Les lignes directrices de 2023 consacrent une orientation entière à l'enracinement ou à l'extension d'une position dominante, en rangeant parmi les moyens d'élever les barrières à l'entrée l'accroissement des coûts de transfert, l'entrave au recours simultané à plusieurs fournisseurs et la privation des concurrents des économies d'échelle et des effets de réseau, et une orientation entière aux plateformes multifaces, dont elles relèvent que les opérateurs dominants peuvent amoindrir la concurrence et enraciner leur position en acquérant systématiquement, dès leurs débuts, les entreprises concurrençant l'une ou l'autre de leurs faces³³¹. La divergence apparaît avec le plus de netteté dans l'affaire Illumina/Grail, où la Commission a combiné préoccupations d'innovation et protection de la concurrence future dans un cadre vertical pour interdire l'opération, quand le juge administratif en chef de la FTC l'a autorisée le 1er septembre 2022 en retenant qu'aucune entreprise n'était proche de commercialiser son produit³³². L'écart tient en réalité à l'horizon temporel retenu de part et d'autre, l'appréciation américaine s'en étant tenue au traitement traditionnel des opérations verticales à l'exclusion de toute considération de concurrence future lointaine. Les rares scénarios d'écosystème avancés aux États-Unis l'ont été à l'initiative de tiers plutôt que de l'autorité elle-même, ainsi qu'il en a été de la préoccupation de prix prédateurs développée devant la FTC dans l'affaire Amazon/iRobot.

³³⁰ *Ibid.*, pt 16 et section II.B.4.3.

³³¹ Department of Justice, Federal Trade Commission, Merger Guidelines, 18 décembre 2023, orientations 6 et 9.

³³² Federal Trade Commission, Complaint Counsel's Notice of Appeal, In the Matter of Illumina, Inc. and Grail, Inc., 2 septembre 2022.

Conséquemment, au terme de cette première partie, les notions de sujet de Droit de la concurrence et de concentration captent, de part et d'autre de l'Atlantique, l'acteur comme l'opération numériques, le concept fonctionnel d'entreprise et le concept formel de « person » y parvenant par des voies opposées mais avec la même complétude, seules les techniques contractuelles d'évitement, au premier rang desquelles l'acquisition inversée de talents, laissant subsister une zone d'ombre qui relèvent plus de la mobilisation des instruments par les autorités de concurrence. En deuxième lieu, l'analyse de marché a connu une remise en cause profonde de ses instruments par la multifacialité des plateformes et par la gratuité apparente des services, mais les deux systèmes y ont répondu par une substitution largement convergente d'indicateurs, la qualité, l'innovation, le nombre d'utilisateurs et la valorisation de la cible venant relayer le prix et la part de marché. En troisième lieu, l'évaluation du risque d'entrave significative révèle une dissymétrie que le numérique accentue, le Droit européen disposant d'un critère substantiellement adéquat qu'une exigence probatoire élevée prive d'une part de son effectivité, le Droit américain d'une doctrine de l'état naissant qui a été vidée de sa substance par les juges, et d'un second volet de la section 7 du Clayton Act inutilisé.

La difficulté du Droit européen substantiel comme du Droit américain substantiel n'est véritablement pas conceptuelle. Les notions sont assez larges, les instruments de mesure ont été renouvelés, les scénarios anticoncurrentiels ont été réécrits ou sont en voie de l'être. Ce qui fait défaut se situe ailleurs, dans le niveau et la charge de la preuve, dans l'horizon temporel utilisé et accepté, et dans la décision de mobiliser ou non les fondements dont ils disposent. La convergence des droits substantiels est donc réelle, mais elle est une convergence dans l'impuissance autant que dans l'adéquation.

Or, l'ensemble de ce raisonnement repose sur une condition qui n'a pas encore été interrogée, celle que l'opération parvienne jusqu'à l'autorité. Rien ne l'assure s'agissant des acquisitions numériques, et c'est en ce point précis que la convergence observée jusqu'ici cède devant une divergence des Droits de la mise en œuvre.

Partie II - Des droits de la mise en oeuvre divergents dans le secteur du numérique

Les règles substantielles du contrôle des concentrations qui viennent d’être analysées visent à être mises en oeuvre par les autorités de concurrence, que cela soit dans l’Union ou aux États-Unis, lors de la procédure de contrôle. Les règles régissant la mise en oeuvre du contrôle des concentrations sont véritablement décisive face au secteur du numérique. Si les méthodes classiques de compétence se révèlent inadéquates pour les acquisitions numériques (Chapitre 1 — L’inadéquation des méthodes de compétence des autorités de contrôle face aux acquisitions numériques), le contrôle ex post se positionne, relativement, comme un mécanisme correctif subsidiaire dans les régimes américain et européen (Chapitre 2 - Le contrôle ex post comme mécanisme correctif subsidiaire commun aux deux régimes). En dernier lieu, il conviendra de traiter de l’archaïsme des procédures européenne et américaine pour les réalités numériques (Chapitre 3 - Des procédures européenne et américaine déconnectées des réalités numériques).

Chapitre 1 - L’inadéquation des méthodes de compétence des autorités de contrôle face aux acquisitions numériques

L’UE comme les États-Unis constituent chacun des entités supraétatiques, l’un tendant vers une forme de fédéralisme tandis que l’autre est purement et simplement fédéraliste. L’implication pour le Droit de la concurrence d’une part et d’autre de l’Atlantique est un partage de la compétence avec le niveau juridique subsidiaire, qu’il s’agisse des États Membres pour l’UE ou des États fédérés pour les États-Unis. En effet, ces États possèdent leur propres législations en matière de contrôle des concentrations, qui diffèrent des politiques appliquées au niveau fédéral ou communautaire. La première utilité des méthodes de compétence des autorités de contrôle est donc la répartition de compétence entre chacun des deux ordres concernés. La seconde est de minimiser les erreurs de type I et les erreurs de type II selon l’analyse coût-erreur de Posner, détaillée ci-dessus. Dans le cas du numérique, il est préférable de privilégier les erreurs de type I puisque, comme expliqué précédemment, privilégier les erreurs de type II sur le marché numérique revient à inciter les entreprises à minimiser leurs efforts en innovation³³³. Ainsi, pour maximiser leur efficacité face au numérique, les méthodes

³³³ Baker J. B., *The Antitrust Paradigm. Restoring a Competitive Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 2019.

de compétence des autorités de concurrence en matière de contrôle des concentrations doivent pencher vers ces erreurs de type I, c'est-à-dire être autant que possible interventionniste. Néanmoins, déterminer si une méthode de compétence est appropriée, efficace dans le cadre des marchés numériques, est loin d'être aisé. La tâche est d'autant plus difficile au regard de la divergence d'approche entre le système européen et le système américain, le premier se fondant sur le chiffre d'affaires des entreprises parties à l'opération et qui peine à saisir une partie des acquisitions numériques (Section 1 — Des seuils européens de déclenchement du contrôle ex ante en quête d'adaptation), le second se fondant sur la taille de la transaction parfois cumulée à un critère de tailles des entreprises qui donnent illusoirement l'impression de largeur face au digital (Section 2 — Des seuils américains de déclenchement du contrôle ex ante illusoirement larges).

Section 1 - Des seuils européens de déclenchement du contrôle ex ante en quête d'adaptation

La compétence de la Commission européenne procède de trois séries de considérations, tenant respectivement à des données quantitatives, à des données géographiques et à des données institutionnelles³³⁴. C'est la première qui commande, la dimension européenne d'une opération se déterminant par le seul chiffre d'affaires des parties. Il importe donc d'exposer, dans un premier temps, l'économie de cette méthode et les raisons pour lesquelles elle se trouve prise en défaut par les acquisitions d'entreprises innovantes (A - La méthode européenne des seuils en chiffre d'affaires), avant de rechercher, dans un second temps, dans quelle mesure l'articulation de la compétence de la Commission avec celles des autorités nationales permet de rattraper les opérations que cette méthode laisse échapper (B - L'articulation de la compétence de la Commission avec celles des autorités nationales comme extension relative de la captation des transactions numériques).

A - La méthode européenne des seuils en chiffre d'affaires

La méthode européenne repose tout entière sur un indicateur unique, dont la vertu est la prévisibilité et le vice l'indifférence à la valeur concurrentielle réelle des parties. Il convient d'en exposer d'abord le mécanisme, tant du point de vue de la détermination des seuils que de

³³⁴ Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2384, p. 1517.

celui de leur calcul (1 - Les seuils du règlement n° 139/2004), avant d'établir que le postulat sur lequel elle repose se trouve démenti par les caractéristiques mêmes des entreprises que les acquéreurs numériques visent (2 - La remise en question de la méthode du chiffre d'affaires par les acquisitions d'entreprises innovantes).

1 - Les seuils du règlement n° 139/2004

Le règlement n° 139/2004 vise à saisir d'une manière objective la dimension d'une opération, de telle sorte que ne relèvent de la compétence de la Commission que les opérations de grande taille ou, à tout le moins, celles qui sont susceptibles *prima facie* d'affecter significativement le commerce européen³³⁵. Il aurait été économiquement pertinent de recourir à la part de marché, indice principal du pouvoir de marché, mais cela aurait inscrit le contrôle dans un cadre incertain, la détermination d'une part de marché supposant celle du marché lui-même, dont la difficulté a été suffisamment démontrée s'agissant du secteur numérique. Un critère plus sûr a donc été retenu, celui du chiffre d'affaires. La Commission en revendique le caractère délibérément fruste, indiquant que les seuils sont purement quantitatifs en ce qu'ils sont fondés sur le seul calcul du chiffre d'affaires et non sur les parts de marché ou sur d'autres critères, et qu'ils ont pour objet de fournir aux entreprises un mécanisme simple et objectif leur permettant de déterminer aisément si leur opération est de dimension européenne et, partant, soumise à notification³³⁶. En définissant la compétence en relation avec le chiffre d'affaires des parties, le règlement a défini une clé de répartition très objective et neutre entre le contrôle européen et le contrôle national des États Membres, ce qui était de bonne méthode dès lors que le contrôle des concentrations touche à des questions sensibles de stratégie industrielle et de souveraineté nationale, la méthode comptable retenue mettant la Commission à l'abri des pressions politiques³³⁷.

Une première série de seuils, cumulatifs, exige que le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées excède 5 milliards d'euros et que celui réalisé individuellement dans l'Union par au moins deux d'entre elles excède 250 millions d'euros, à moins que chacune ne réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires européen

³³⁵ *Ibid.*, n° 2385, p. 1517.

³³⁶ *Ibid.*, n° 2385, p. 1517 ; Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, rectific. JOUE C 95 du 16 avril 2008.

³³⁷ *Ibid.*, n° 2386, p. 1518.

dans un seul et même État membre³³⁸. Le premier seuil permet de s'assurer de l'importance quantitative globale de l'opération, tandis que le second réserve la compétence européenne aux situations dans lesquelles des enjeux européens significatifs peuvent être présumés du fait de l'importance de l'activité des parties sur le territoire de l'Union³³⁹. Une seconde série de seuils, alternative, permet de saisir les opérations d'importance significative dans trois États membres au moins, lesquelles déboucheraient autrement sur des notifications multiples au niveau national³⁴⁰. Selon cette seconde série de seuils est ainsi requis pour qualifier une concentration de dimension européenne que:

- « a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ;*
- b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;*
- c) dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et*
- d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros. À moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. »*

Le calcul de ces seuils, qui est décisif, soulève deux difficultés distinctes, la première tenant à la détermination des entités à retenir, la seconde à l'identification du chiffre d'affaires pertinent. S'agissant de la première, le règlement ancre le calcul, *ratione personae*, dans la notion originale d'entreprises concernées, laquelle mobilise le concept d'entreprise dans un sens étroit, celui de l'entité juridique partie à la transaction, quand bien même ses liens avec d'autres entités seront pris en compte pour établir le chiffre d'affaires pertinent³⁴¹. Dans l'hypothèse d'une prise de contrôle exclusif, qui est la plus simple et qui correspond à la configuration ordinaire des acquisitions numériques, les entreprises concernées sont l'acquéreur et sa cible,

³³⁸ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 1, § 2

³³⁹ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2387, p. 1518.

³⁴⁰ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 1, § 3.

³⁴¹ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2390 et 2391, p. 1519 et 1520.

le cédant n'ayant pas à être considéré dès lors qu'il sort du jeu³⁴². Le chiffre d'affaires ainsi retenu n'est toutefois pas celui de la seule entreprise concernée, l'article 5, paragraphe 4, du règlement commandant d'y ajouter celui des entreprises qu'elle contrôle, de celles qui la contrôlent et de celles que ces dernières contrôlent, de manière à appréhender le groupe tout entier. S'agissant de la seconde difficulté, le chiffre d'affaires total comprend les 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 des autres impôts directement liés au chiffre d'affaires³⁴³. L'adjectif « total » ne renvoie pas à l'addition des chiffres d'affaires des différentes parties mais à l'ensemble des ventes et prestations opérées par l'entreprise concernée au cours du dernier exercice, de sorte qu'en cas d'acquisition partielle seul le chiffre d'affaires se rapportant à l'activité de la cible précisément identifiée est pertinent³⁴⁴. Le règlement neutralise enfin le fractionnement, deux ou plusieurs opérations intervenues au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises devant être considérées comme une seule concentration intervenant à la date de la dernière opération, sous la réserve que ces opérations soient interdépendantes les unes des autres³⁴⁵.

Ainsi, L'ensemble présente les qualités que l'on attend d'une règle de compétence, à savoir l'objectivité, la vérifiabilité et la prévisibilité. C'est très précisément ce qui en fait la faiblesse à l'endroit des marchés numériques³⁴⁶.

2 - La remise en question de la méthode du chiffre d'affaires par les acquisitions d'entreprises innovantes

Bien que la méthode de définition de la compétence européenne autour de seuils en chiffre d'affaires s'appuie sur un critère à la fois objectif et prévisible pour les entreprises, elle

³⁴² Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, pt 138.

³⁴³ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2393, p. 1522 ; Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 5, § 1.

³⁴⁴ *Ibid.*, n° 2394, p. 1523.

³⁴⁵ *Ibid.*, n° 2394, p. 1523 et 1524 ; Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 5, § 2, al. 2 ; TPICE, 23 février 2006, aff. T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie c/ Commission*, ECLI:EU:T:2006:64, pts 115 à 120.

³⁴⁶ Kaplow L., « On the Design of Legal Rules. Balancing Versus Structured Decision Procedures », *Harvard Law Review*, vol. 132, n° 3, janvier 2019, p. 992-1065, 995-1000.

a révélé ses limites dans le secteur digital, la plupart des entreprises majeures du numérique ayant bâti une partie de leur modèle de développement à partir d'acquisitions d'entreprises innovantes³⁴⁷.

En premier lieu, les cibles visées sont souvent des « jeunes pousses » qui ne sont que des promesses d'un chiffre d'affaires futur. La stratégie de l'acquéreur consiste à s'approprier l'innovation dont elles sont porteuses afin d'exploiter lui-même le concept considéré, ce qui constitue l'acquisition dite « consolidante », ou à annihiler la concurrence potentielle qu'elles représentent, ce qui constitue l'acquisition dite prédatrice. Ces transactions interviennent de manière précoce dans le développement de la cible et ne peuvent être appréhendées par le contrôle des concentrations, faute pour celle-ci d'avoir encore développé un chiffre d'affaires suffisant³⁴⁸. Le secteur numérique n'est d'ailleurs pas le seul concerné, l'étude à l'origine de la qualification ayant porté sur le secteur pharmaceutique³⁴⁹.

En second lieu, et indépendamment de la précocité de l'opération, une concentration numérique peut susciter des préoccupations de concurrence alors même que la cible, quoique occupant une position stratégique, ne développe aucun chiffre d'affaires. Tel est le cas lorsque celle-ci propose des services gratuits et a constitué un large portefeuille de données d'utilisateurs qu'elle entend monétiser ultérieurement, le critère du chiffre d'affaires se trouvant alors pris en défaut. L'économie numérique étant une économie de la donnée, l'agrégation des données d'utilisateurs entre les entreprises concernées peut se révéler bien plus décisive, en termes d'accroissement du pouvoir de marché des parties, que la simple considération du chiffre d'affaires de la cible³⁵⁰. La difficulté rejoint ici celle qui a été exposée à propos du produit à prix nul, la gratuité privant l'instrument quantitatif de son assiette au stade de l'analyse de marché comme elle en prive le critère de compétence au stade du déclenchement du contrôle.

L'affaire Facebook/WhatsApp illustre ces difficultés. Facebook réunissait alors 1,3 milliard d'utilisateurs dans le monde, fournissait une application de communication grand public utilisée par 300 millions d'entre eux ainsi qu'une plateforme de partage de photographies, et proposait des espaces publicitaires en collectant les données de ses utilisateurs afin de réaliser des publicités ciblées, quand WhatsApp fournissait une application de messagerie

³⁴⁷ *Ibid.*, n° 2396, p. 1524.

³⁴⁸ *Ibid.*, n° 2396, p. 1525.

³⁴⁹ Cunningham C., Ederer F., Ma S., « Killer Acquisitions », *Journal of Political Economy*, vol. 129, n° 3, mars 2021, p. 649-702.

³⁵⁰ Ezrachi A., Stucke M. E., *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, 368 p.

instantanée comptant 600 millions d'utilisateurs dans le monde³⁵¹. Au regard d'un tel rayonnement, la compétence de la Commission semblait acquise. Tel ne fut pourtant pas le cas, l'opération ne dépassant pas les seuils en chiffres d'affaires, l'explication tenant au chiffre d'affaires limité de WhatsApp du fait de sa mise à disposition gratuite et de l'absence de toute publicité, alors que le montant du rachat était supérieur à 10 milliards de dollars. Ce sont finalement les parties elles-mêmes qui ont demandé que la Commission connaisse de l'affaire par la voie d'un renvoi, mécanisme dont il sera traité plus loin, et il est clair qu'à défaut de ce renvoi l'opération n'aurait donné lieu à aucun contrôle³⁵². L'opération Google/Waze comme l'acquisition d'Instagram par Facebook sont pareillement passées entre les mailles du filet européen, et il en est allé de même de l'opération Amazon/Whole Foods, quoique pour un motif distinct tenant non à l'absence de recettes de la cible mais à l'absence de rattachement suffisant au territoire de l'Union³⁵³.

C'est à raison de ces défaillances que, à la fin des années deux mille dix, de nombreuses voix se sont élevées pour appeler à une réforme du Droit des concentrations destinée à remédier à cette lacune du régime européen³⁵⁴. L'initiative est d'abord venue des législateurs nationaux, plusieurs États ayant adapté leur arsenal pour saisir les concentrations intervenues dans les secteurs innovants. Tel est en particulier le cas de l'Allemagne, dont le neuvième amendement à la loi contre les restrictions de concurrence a introduit en 2017 un seuil alternatif fondé non sur les recettes de la cible mais sur la valeur de la transaction, fixé à 400 millions d'euros et assorti d'une exigence d'activité significative sur le territoire national, l'Autriche ayant retenu une solution analogue³⁵⁵. Le critère de la valeur de transaction présente l'avantage de saisir précisément ce que le chiffre d'affaires ignore, à savoir l'appréciation que l'acquéreur porte lui-même sur le potentiel de la cible. La Commission devrait probablement s'en inspirer pour soumettre une réforme de ladite méthode à la procédure législative ordinaire, définie à l'article 294 du TFUE.

³⁵¹ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2397, p. 1525 et 1526.

³⁵² *Ibid.*, n° 2397, p. 1526; Comm. UE, décis. du 3 octobre 2014, aff. M.7217, Facebook/WhatsApp.

³⁵³ *Ibid.*, n° 2397, p. 1526.

³⁵⁴ Crémer J., de Montjoye Y.-A., Schweitzer H., *Competition Policy for the Digital Era*, rapport pour la Commission européenne, Office des publications de l'Union européenne, 2019 ; Furman J. e.a., *Unlocking Digital Competition*. Report of the Digital Competition Expert Panel, mars 2019.

³⁵⁵ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2398, p. 1526 ; Nicolas-Vullierme L., « Le 9e amendement de la loi allemande contre les restrictions de concurrence. Une réforme à imiter ? », *Contrats, concurrence, consommation*, n° 1, janvier 2018, étude 1 ; Kartellgesetz, § 9, al. 4.

Il en résulte que l'inadéquation des seuils européens n'emporte pas nécessairement l'impunité des opérations qu'ils laissent échapper, celles-ci demeurant susceptibles d'être appréhendées par les autorités nationales et, par leur intermédiaire, ramenées devant la Commission.

B - L'articulation de la compétence de la Commission avec celles des autorités nationales comme extension relative de la captation des transactions numériques

Le règlement n° 139/2004 ne se borne pas à tracer une frontière entre la compétence européenne et les compétences nationales, il l'assortit de mécanismes correcteurs permettant de rattacher une opération à l'échelon jugé le mieux placé. C'est à ce niveau qu'il convient de chercher l'instrument susceptible de rattraper, de capter les acquisitions numériques que la méthode comptable laisse échapper. Il convient donc d'exposer la logique du guichet unique et des renvois assortis (1 - La logique du guichet unique et les mécanismes de renvoi ascendants), avant d'établir que la voie par laquelle la Commission avait entrepris de saisir les acquisitions d'entreprises naissantes lui a été fermée par la Cour de Justice (2 - La proscription de l'article 22 comme instrument d'extension du domaine du contrôle par la Cour de Justice dans l'arrêt *Illumina/Grail*).

1 - La logique du guichet unique et les mécanismes de renvoi ascendants

Dès lors que les seuils sont franchis, le règlement de base ouvre sur une compétence exclusive de la Commission³⁵⁶. Cette exclusivité, que le règlement rattache expressément au principe du guichet unique³⁵⁷, emporte que la Commission est seule en charge du dossier et qu'elle n'est aucunement liée par les positions qu'auraient pu prendre les autorités nationales au sujet de l'opération concernée³⁵⁸. Cela conduit à une administration unifiée, prévenant l'incohérence dans le traitement d'une même affaire et réduisant les coûts supportés par les entreprises³⁵⁹.

³⁵⁶ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 21, § 3.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 1.

³⁵⁸ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2412, p. 1536 ; CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-202/06 P, *Cementbouw Handel & Industrie c/ Commission*, ECLI:EU:C:2007:814, pt 56.

³⁵⁹ *Ibid.*, n° 2412, p. 1536 ; Commission européenne, communication sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, JOUE C 56 du 5 mars 2005, p. 2.

Les renvois descendants, qu'ils procèdent de la demande des parties ou de celle d'un État membre, n'appellent ici à aucun développement, l'acquisition numérique se caractérisant par hypothèse par l'absence de dimension européenne³⁶⁰. Seuls les renvois ascendants intéressent notre objet, en ce qu'ils permettent à la Commission de connaître d'une opération dépourvue de dimension européenne.

Le premier est celui de l'article 4, paragraphe 5, du règlement, introduit en 2004, qui offre aux parties dont l'opération n'atteint pas les seuils européens mais excède les dimensions d'un seul État membre d'en soumettre l'examen à la Commission³⁶¹. Les conditions en sont au nombre de deux seulement, à savoir que l'opération constitue une concentration au sens de l'article 3 et qu'elle soit susceptible d'être examinée en vertu du Droit national de la concurrence de trois États membres au moins, aucune notification ne devant au surplus être déjà intervenue afin de ne pas faire de la Commission l'autorité d'appel d'un organe national de concurrence d'un État Membre³⁶². Les auteurs de la notification saisissent la Commission d'un mémoire motivé établi selon le formulaire dit « RS », lequel est transmis sans délai à tous les États membres, l'opposition d'un seul État compétent suffisant, dans le délai de quinze jours ouvrables, à faire échec au renvoi³⁶³. À défaut d'opposition, la concentration est réputée avoir une dimension européenne et le renvoi produit un effet erga omnes, aucun État membre n'appliquant plus son droit national à l'opération³⁶⁴. La Commission ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire pour refuser le contrôle si les conditions sont réunies³⁶⁵, et sept demandes seulement ont été rejetées sur les trois cent quatre-vingt-treize formées depuis 2004. C'est par cette voie que la Commission a pu connaître de l'acquisition de WhatsApp par Facebook. Sa

³⁶⁰ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 4, § 4 et art. 9 ; TPICE, 3 avril 2003, aff. T-119/02, Royal Philips Electronics c/ Commission, ECLI:EU:T:2003:101.

³⁶¹ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2418 et 2419, p. 1540 ; Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 446.

³⁶² *Ibid.*, n° 2420, p. 1540 ; CJCE, 25 septembre 2003, aff. C-170/02 P, Schlüsseler Verlag J. S. Moser e.a. c/ Commission, ECLI:EU:C:2003:501, Rec. p. I-9889 ; Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 446.

³⁶³ *Ibid.*, n° 2421, p. 1541.

³⁶⁴ *Ibid.*, n° 2421, p. 1541.

³⁶⁵ Comm. UE, décis. du 30 juillet 2014, aff. M.7230, Bekaert/Pirelli Steel Tyre Cord Business ; Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 446.

portée demeure cependant doublement limitée, l'initiative appartenant aux seules parties, qui n'y consentent que pour éviter la multiplication des examens nationaux, et le renvoi supposant la compétence de trois États membres, condition que ne remplit précisément pas l'acquisition d'une cible dépourvue de recettes.

Le second est celui de l'article 22, aux termes duquel un ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration, telle que définie à l'article 3, qui n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1er, mais qui affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande³⁶⁶. Les deux conditions de fond en sont donc l'affectation du commerce entre États membres qui s'entend ici de ce que l'opération est susceptible d'avoir une influence perceptible sur les courants d'échange et qui est tenue pour remplie lorsque la taille du marché est au moins européenne³⁶⁷, et la menace d'une atteinte significative à la concurrence sur le territoire concerné. Les États requérants sont tenus de démontrer que, selon une analyse préliminaire, il existe un risque réel que l'opération ait des effets néfastes significatifs sur la concurrence et qu'elle mérite un examen approfondi, de premiers éléments de preuve suffisant à cet égard sans préjuger de l'issue de l'examen³⁶⁸. La demande doit être présentée dans les quinze jours ouvrables de la notification de la concentration ou, si aucune notification n'est requise, de sa communication à l'État membre intéressé, les autres États membres disposant du même délai pour s'y joindre et la Commission de dix jours ouvrables pour statuer, son silence valant acceptation³⁶⁹. La faiblesse structurelle du mécanisme réside toutefois dans sa portée, la Commission agissant pour et seulement pour le compte des États membres qui l'ont saisie, ceux-ci cessant seuls d'appliquer leur droit national et l'examen devant se concentrer sur les effets produits sur leur territoire³⁷⁰. Il en résulte un risque de décisions divergentes³⁷¹. L'usage en est du reste resté marginal, seules

³⁶⁶ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2430, p. 1547.

³⁶⁷ Commission européenne, communication sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, JOUE C 56 du 5 mars 2005, p. 2, pt 43 ; Comm. UE, décis. du 8 janvier 2019, aff. M.9162, Fincantieri/Chantiers de l'Atlantique.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 2, pt 44.

³⁶⁹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 22, §§ 1 à 3.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 1, art. 22, § 3 ; Commission européenne, communication sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, JOUE C 56 du 5 mars 2005, p. 2, pt 45.

³⁷¹ Commission européenne, livre blanc Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE, COM(2014) 449 final, 9 juillet 2014.

quarante-trois demandes ayant été traitées depuis l'entrée en application du mécanisme en 1990, dont quatre ont été refusées³⁷².

Ainsi présenté, l'article 22 n'est qu'un correctif d'appoint. C'est pourtant lui que la Commission a entrepris, au tournant des années 2020, de constituer en instrument d'extension du domaine même du contrôle européen.

2 - La proscription de l'article 22 comme instrument d'extension du domaine du contrôle par la Cour de Justice dans l'arrêt Illumina/Grail

L'article 22 a connu, depuis 1989, trois visages successifs, à savoir celui d'un palliatif aux lacunes des régimes nationaux, la disposition ayant été portée par la délégation néerlandaise à une époque où trois États membres seulement disposaient d'un contrôle national des concentrations, d'où l'expression de « clause néerlandaise », celui d'un instrument de dépassement des règles de répartition des compétences lorsque l'autorité nationale saisie n'apparaissait pas la mieux placée, ainsi qu'il en fut dans l'affaire Apple/Shazam pour laquelle l'Autriche saisit la Commission et plusieurs États membres se joignirent à sa demande, et enfin celui d'un outil d'extension du domaine du contrôle européen³⁷³.

Ce troisième visage est celui qui intéresse directement les acquisitions numériques. Au début des années 2020, la Commission initia une nouvelle lecture de l'article 22 dans l'hypothèse, jusqu'alors exclue, où l'État membre demandeur ne disposait pas lui-même de la compétence pour connaître de l'opération, sa pratique antérieure ayant constamment refusé le renvoi en pareil cas afin de préserver la sécurité juridique des entreprises. L'annonce en fut faite par l'ancienne Vice-Présidente exécutive de la Commission européenne et commissaire à la Concurrence³⁷⁴, puis formalisée par des orientations aux termes desquelles il ressortirait clairement du libellé, de la genèse et de la finalité de l'article 22 que celui-ci est applicable à toutes les concentrations, et pas seulement à celles qui remplissent les critères de compétence respectifs des États membres requérants³⁷⁵. La Commission y présentait cette réévaluation

³⁷² Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 447.

³⁷³ *Ibid.*, p. 447, note 2141 ; Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2422, 2424 et 2426, p. 1542 et 1543 ; Comm. UE, décis. du 6 février 2018, aff. M.8788, Apple/Shazam.

³⁷⁴ Vestager M., « The Future of EU Merger Control », International Bar Association, 24th Annual Competition Conference, 11 septembre 2020.

³⁷⁵ Commission européenne, communication, orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi établi

comme nécessaire au traitement des concentrations, spécialement dans le secteur numérique, qui ne sont pas contrôlables en l'état des seuils du règlement³⁷⁶. Ladite autorité se réservait la faculté d'inviter les États membres potentiellement concernés à introduire une demande³⁷⁷, admettant que celle-ci demeure possible alors que l'opération a déjà été clôturée tout en tenant généralement le renvoi pour inopportun au-delà de six mois³⁷⁸ et visait en priorité les opérations dont la cible est une start-ups ou un nouvel entrant disposant d'un potentiel concurrentiel substantiel et à laquelle il reste encore à développer un modèle d'entreprise générateur de recettes importantes, un innovateur important, une force concurrentielle actuelle ou potentielle, ou encore la titulaire d'actifs importants du point de vue de la concurrence tels que des données ou des droits de propriété intellectuelle³⁷⁹. La réévaluation répondait donc très exactement aux défaillances de la méthode du chiffre d'affaires exposées plus haut.

L'affaire Illumina/Grail constitua le premier terrain d'application de cette nouvelle utilisation de l'article 22. Illumina, entreprise américaine possédant 90% du marché mondial du séquençage de l'ADN, entendait acquérir pour 7,1 milliards de dollars la société Grail, dont le test Galleri permet le dépistage précoce d'une cinquantaine de cancers et se trouve en concurrence avec plusieurs autres entreprises pour la commercialisation de cette technologie³⁸⁰. Aucun seuil n'étant franchi, ni au niveau européen ni au niveau national, la Commission informa les États membres de l'opération et les invita à lui adresser une demande de renvoi, à laquelle l'Autorité de la concurrence française répondit le 9 mars 2021 avant que les autorités belge, néerlandaise et grecque, ainsi que les autorités norvégienne et islandaise au titre de l'accord sur l'Espace économique européen, ne s'y joignent, le renvoi étant accepté le 19 avril 2021³⁸¹. Pour la première fois, un renvoi fondé sur l'article 22 conduisait à l'ouverture d'une procédure devant la Commission alors même que l'État membre demandeur n'avait pas compétence. Saisi d'un recours en annulation dirigé contre la décision d'acceptation, le Tribunal rejeta l'ensemble des moyens en s'appuyant sur quatre interprétations distinctes de l'article 22,

à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, JOUE C 113 du 31 mars 2021, p. 1, pt 6.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 1, pt 11.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 1, pt 26.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 1, pt 21.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 1, pts 15 et 19 ; Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2431, p. 1548.

³⁸⁰ Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2428, p. 1544.

³⁸¹ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 449 et 450.

littérale, historique, contextuelle et téléologique, dont il déduisit que le renvoi n'est nullement subordonné à la compétence de l'État demandeur au titre de son droit national, le mécanisme devant être tenu pour un correctif des rigidités du règlement lui conférant la flexibilité nécessaire à la réalisation de ses objectifs³⁸². La Cour de Justice a écarté cette construction point par point³⁸³. L'interprétation historique est d'abord contredite, la Cour rappelant que le mécanisme institué à l'article 22, paragraphe 3, du règlement n° 4064/89 faisait suite au souhait du Royaume des Pays-Bas, qui ne disposait pas alors d'une réglementation nationale en matière de contrôle des concentrations, de faire examiner par la Commission des concentrations ayant des effets négatifs sur son territoire, aucun document historique n'accréditant l'idée d'un mécanisme correcteur³⁸⁴. L'interprétation contextuelle est ensuite écartée, l'article 22 ne permettant le renvoi que si la concentration affecte la concurrence sur le territoire des États membres demandeurs³⁸⁵. L'interprétation téléologique l'est également, la lecture amplificatrice retenue par le Tribunal étant susceptible de rompre l'équilibre entre les différents objectifs poursuivis par le règlement, lequel tend en particulier à l'efficacité, à la prévisibilité et à la sécurité juridique qui doivent être garanties aux parties, les seuils visant à instaurer tout à la fois une claire répartition des compétences entre la Commission et les autorités nationales et un système efficace et prévisible de contrôle préalable³⁸⁶. Les conséquences de l'arrêt ont été immédiates. La Commission a retiré, en novembre 2024, les orientations de 2021, l'arrêt les ayant privées de leur objet en invalidant les renvois formés par des États membres dépourvus de compétence nationale pour examiner l'opération. Sept États membres avaient dès le 18 septembre 2024, soit quinze jours après le prononcé de l'arrêt, retiré les demandes de renvoi qu'ils avaient formées dans l'opération Microsoft/Inflection. Demeurent en revanche intactes la faculté pour la Commission d'inviter un État membre à lui renvoyer une affaire d'intérêt européen, que le règlement de base prévoit expressément³⁸⁷, et l'utilité des critères énoncés au

³⁸² Trib. UE, 13 juillet 2022, aff. T-227/21, *Illumina et Grail c/ Commission*, ECLI:EU:T:2022:447, pts 89 à 146.

³⁸³ CJUE, gr. ch., 3 septembre 2024, aff. jtes C-611/22 P et C-625/22 P, *Illumina et Grail c/ Commission*, ECLI:EU:C:2024:677, à lire à la lumière des conclusions de l'avocat général N. Emiliou du 21 mars 2024 ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2429, p. 1545 et 1546.

³⁸⁴ *Ibid.*, pt 147.

³⁸⁵ *Ibid.*, pt 183.

³⁸⁶ *Ibid.*, pts 205, 207 et 208.

³⁸⁷ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2433, p. 1549 ; Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 22, § 5.

paragraphe 19 des orientations retirées, non plus pour fonder la compétence mais pour apprécier la pertinence du renvoi, dès lors que certaines autorités nationales demeurent compétentes pour connaître d'acquisitions d'entreprises naissantes, et notamment celles dont la compétence est définie par référence à la valeur de transaction comme en Allemagne³⁸⁸.

C'est précisément cette réserve qui a nourri la réaction des États membres. Les autorités nationales de concurrence se sont en effet massivement dotées d'un pouvoir dit de « call-in », c'est-à-dire la faculté d'enjoindre la notification d'une opération située sous les seuils nationaux, assortie du pouvoir d'imposer des conditions, une interdiction ou un effet suspensif. Trois États en disposaient de longue date, à savoir la Lituanie, la Norvège et la Suède, quand près de la moitié des États membres l'ont adopté au cours des quatre dernières années, quatre d'entre eux, à savoir l'Irlande, l'Italie, la Lituanie et la Norvège, pouvant l'exercer sans avoir à établir le moindre chiffre d'affaires ni la moindre présence de la cible sur leur territoire³⁸⁹. Or, dès lors que l'autorité nationale est compétente pour contraindre à la notification, la voie de l'article 22 se rouvre à elle. L'autorité italienne en a fait la démonstration en octobre 2024, en usant de son pouvoir de call-in pour saisir la Commission de l'acquisition de Run:ai par Nvidia³⁹⁰. Les critères retenus par l'autorité italienne pour exercer ce pouvoir reproduisent d'ailleurs presque littéralement ceux du paragraphe 19 des orientations retirées, à savoir la start-up ou le nouvel entrant doté d'un potentiel concurrentiel significatif, l'innovateur important, la force concurrentielle actuelle ou potentielle et la détention d'actifs particulièrement précieux du point de vue de la concurrence, l'autorité se réservant en outre d'apprécier le rattachement au marché italien lorsque aucune des parties n'y réalise de chiffre d'affaires³⁹¹. La doctrine que la Cour a proscrite au niveau européen s'est donc reconstituée au niveau national, l'article 22 redevenant le vecteur d'une extension du contrôle dont la source n'est plus la Commission mais l'État membre.

La reconstitution de cette doctrine par la voie nationale ne remédie cependant pas à la lacune que l'arrêt a ouverte, l'article 22 ne rouvrant à la Commission que les opérations qu'un État membre est compétent pour appeler à lui. Plusieurs États membres encore dépourvus d'un pouvoir de call-in, au premier rang desquels la France et les Pays-Bas, se sont engagés dans la

³⁸⁸ *Ibid.*, n° 2431, p. 1548.

³⁸⁹ Connolly D. e.a., « Predictably Uncertain. Managing Merger Control Call-in Risk at Local Level in the EU », *Kluwer Competition Law Blog*, 1er avril 2025.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.* ; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Comunicazione relative à l'exercice du pouvoir de call-in, révisée en février 2024.

voie de la réforme³⁹². La correction s'opère ainsi par le bas, autorité par autorité, et non par la révision du règlement.

Le renvoi ascendant ne prolonge donc la captation des transactions numériques que de manière dérivée, la compétence de la Commission étant désormais tributaire de celle d'un État member. Ainsi, l'aptitude du système à saisir l'acquisition d'une jeune pousse dépourvue de recettes se réduit à celle des seuls États qui se sont dotés d'un seuil en valeur de transaction ou d'un pouvoir de call-in. La Cour a proscrit la lecture extensive de l'article 22 au nom de l'efficacité, de la prévisibilité et de la sécurité juridique dues aux parties, et ce proscription a, ironiquement, pour résultat un paysage plus fragmenté encore. En privant la Commission de la faculté de définir elle-même l'étendue de sa compétence, la Cour a inscrit la règle de compétence dans la préférence pour les erreurs de type II, alors même que la structure des marchés numériques rend cette erreur moins réversible que les erreurs de type I. La correction ne peut désormais procéder que du législateur de l'Union ou des États membres eux-mêmes.

Les seuils américains de déclenchement du contrôle ex ante sont eux aussi, à leur manière, mal ajustés face au numérique.

Section 2 - Des seuils américains de déclenchement du contrôle ex ante illusoirement larges

Le Droit américain ne définit pas la compétence de ses autorités par le chiffre d'affaires des parties mais par la valeur de l'opération, c'est-à-dire par le critère même dont la doctrine européenne fait le correctif des insuffisances qui viennent d'être exposées et que l'Allemagne n'a introduit dans son arsenal qu'en 2017. Le Hart-Scott-Rodino Act l'applique quant à lui depuis 1976. La comparaison permet donc d'observer, sur un demi-siècle de pratique, ce que produit effectivement le remède que l'on propose au régime européen. Le résultat déçoit, la méthode américaine paraissant plus large qu'elle ne l'est en réalité et laissant échapper précisément les opérations qu'elle devrait saisir. Il convient d'en exposer d'abord le mécanisme et d'établir la raison structurelle de sa défaillance (A - La méthode américaine des seuils en valeur de transaction), avant de rechercher si l'architecture institutionnelle américaine offre, à l'instar des renvois ascendants européens, une voie de rattrapage des opérations que le seuil ne

³⁹² *Ibid.*

retient pas (B - L'inaptitude des voies administratives d'extension du domaine de la notification obligatoire).

A - La méthode américaine des seuils en valeur de transaction

La méthode américaine repose sur un indicateur que le Droit européen ignore et qui présente sur le chiffre d'affaires un avantage théorique considérable, celui de mesurer non l'activité passée de la cible mais le prix que l'acquéreur consent à payer pour l'obtenir, et partant l'appréciation que celui-ci porte lui-même sur son potentiel. Il convient d'en exposer la logique (1 — Les tests du Hart-Scott-Rodino Act de 1976), avant d'en établir l'inaptitude face aux numériques (2 — L'inaptitude de la méthode des seuils en valeur face aux acquisitions d'entreprises innovantes).

1 - Les tests du Hart-Scott-Rodino Act de 1976

La première condition d'application du Hart-Scott-Rodino Act (HSR Act) tient à la territorialité, l'obligation de notification supposant que l'acquéreur ou la personne acquise soit engagé dans le commerce ou dans toute activité affectant le commerce américain³⁹³. Cette condition satisfaite, la notification obéit à un système de seuils construit principalement sur la taille de la transaction, le « size-of-transaction test », auquel s'adjoint dans certaines configurations un seuil complémentaire tenant à la taille des personnes parties à l'opération, le « size-of-person test »³⁹⁴. Le texte dispose ainsi qu'aucune « person » ne saurait acquérir, directement ou indirectement, les titres avec droit de vote ou les actifs d'une autre « person » sans que les deux aient déposé la notification prévue et que le délai d'attente ait expiré, dès lors que l'acquéreur détiendrait à l'issue de l'opération un montant total de titres et d'actifs excédant les montants énoncés au paragraphe (a)(2)³⁹⁵. La détermination de la taille de la transaction repose sur examen de ce qui est effectivement acquis, la valeur retenue n'étant pas nécessairement le prix d'achat mais celle des éléments transférés, c'est-à-dire l'ensemble des « voting securities », des « assets » et des « non-corporate interests » détenus in fine par l'acquéreur, augmentés le cas échéant de ceux qu'il détient déjà dans la société ou dans le

³⁹³ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 404 ; 15 U.S.C. § 18a (2018).

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 404.

³⁹⁵ 15 U.S.C. § 18a(a)(1) et (2) (2018).

groupe³⁹⁶. Les titres avec droit de vote s'entendent de ceux qui confèrent, immédiatement ou par conversion, le droit d'élire les administrateurs de l'émetteur, à l'exclusion des titres sans droit de vote et des titres convertibles, dont la notification n'intervient qu'au moment de la conversion³⁹⁷. La notion d'actif reçoit, ainsi qu'il a été montré s'agissant de l'acquisition inversée de talents, l'acception la plus large, la jurisprudence fédérale admettant que le terme puisse désigner « anything of value » selon le contexte factuel³⁹⁸. Ainsi, les biens de propriété intellectuelle en relèvent, qu'il s'agisse des brevets³⁹⁹ ou des marques⁴⁰⁰. La FTC a elle-même précisé que l'actif peut être à peu près n'importe quoi à l'exception des liquidités, et que l'acquisition d'une licence exclusive portant sur un droit de propriété intellectuelle est potentiellement notifiable⁴⁰¹. Les intérêts non incorporés, définis comme le droit aux profits ou, en cas de dissolution, aux actifs d'une entité dépourvue de personnalité morale, ne sont pour leur part notifiables que lorsqu'ils confèrent le contrôle, entendu au sens quantitatif de 50%⁴⁰². L'évaluation de ces éléments est régie par des règles propres⁴⁰³. S'agissant des titres cotés en bourse, il convient de prendre en compte le prix le plus élevé entre le prix d'acquisition et du prix de marché, ce dernier correspondant à la cotation la plus basse au cours des quarante-cinq jours civils précédant l'achat ou, lorsque l'opération se poursuit par contrat ou lettre d'intention, au cours de la période de quarante-cinq jours commençant un jour avant leur exécution⁴⁰⁴. S'agissant des titres non cotés et des intérêts non incorporés, la valeur est celle du prix d'acquisition ou, à défaut de détermination, la juste valeur marchande. S'agissant enfin des actifs, la valeur est celle de la juste valeur marchande, sauf prix d'acquisition supérieur, cette valeur devant être déterminée de bonne foi par le conseil d'administration de l'acquéreur ou par son représentant dans les soixante jours civils précédant le dépôt de la notification⁴⁰⁵. Le critère américain confie ainsi à l'organe de direction de l'acquéreur le soin d'établir lui-même la donnée

³⁹⁶ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 405 et 406.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 406 ; *United States v. Celanese Corp. of America*, 91 F. Supp. 14 (S.D.N.Y. 1950).

³⁹⁸ *United States v. Columbia Pictures Corp.*, 189 F. Supp. 153, 182 (S.D.N.Y. 1960).

³⁹⁹ *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d 1195, 1205 (2d Cir. 1981).

⁴⁰⁰ *United States v. Beatrice Foods Co.*, 344 F. Supp. 104, 114 (D. Minn. 1972) ; American Bar Association, *Mergers and Acquisitions. Understanding the Antitrust Issues*, 4e éd., ABA Publishing, 2015, p. 314.

⁴⁰¹ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 406, note 1960; Berg K., HSR. Back to Basics Workshop, FTC Conference Center, 23 octobre 2008, transcription éditée.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 406 ; 16 C.F.R. § 801.1(f)(1)(ii) et (b).

⁴⁰³ 16 C.F.R. § 801.10.

⁴⁰⁴ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 406 et 407.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 407.

dont dépend l'obligation de le notifier, ce qui n'a d'équivalent dans aucune branche du critère européen. La réglementation neutralise le fractionnement par des règles d'agrégation d'une terrible complexité, variables selon qu'il s'agit d'actifs, de titres avec droit de vote ou de participations antérieurement acquises⁴⁰⁶.

Le second test n'intervient qu'à titre subsidiaire. Lorsque la valeur de l'opération excède le seuil supérieur, la notification s'impose sans considération de la taille des parties, sauf exemption. Lorsqu'elle se situe entre les deux seuils, il faut identifier les « ultimate parent entities », c'est-à-dire les entités que nulle autre ne contrôle⁴⁰⁷. Le contrôle s'appuie sur le critère quantitatif de 50% au moins des titres avec droit de vote ou, pour les entités non constituées en société par actions, de 50% au moins des profits ou des actifs en cas de dissolution, et emportant le pouvoir de désigner directement ou indirectement la moitié au moins des administrateurs. Sont alors calculées séparément les ventes annuelles nettes de toutes les sociétés contrôlées par chacune des entités mères et l'addition de leurs actifs⁴⁰⁸.

Les montants font l'objet d'une révision annuelle indexée sur le produit national brut de l'année précédente⁴⁰⁹. Pour l'exercice en cours, les seuils publiés au Federal Register le 20 janvier 2026 et entrés en vigueur le 17 février portent notamment le seuil de transaction initial de 50 millions de dollars à 133,9 millions de dollars et celui de 200 millions de dollars à 535,5 millions de dollars. Les autres seuils sont également révisés, notamment ceux de 26,8 millions et de 267,8 millions de dollars⁴¹⁰. La FTC précise que le seuil applicable pour déterminer si une opération est soumise à notification est celui en vigueur à la date de clôture, et non à la date du dépôt. Les droits de dépôt, dont le montant est déterminé en fonction de la valeur de la transaction depuis le Consolidated Appropriations Act de 2023, sont eux aussi revalorisés. À compter du 17 février 2026, ils s'échelonnent de 35 000 dollars à 2,46 millions de dollars⁴¹¹. Enfin, les seuils applicables aux acquisitions ultérieures sont eux aussi ajustés annuellement. Après le dépôt d'une notification, l'acquéreur dispose d'un délai d'un an à compter de l'expiration ou de la cessation du délai d'attente pour franchir le seuil déclaré. Une fois ce délai franchi, il peut, pendant cinq ans, acquérir des titres supplémentaires jusqu'au seuil de

⁴⁰⁶ 16 C.F.R. §§ 801.12 à 801.15.

⁴⁰⁷ 16 C.F.R. § 801.1(a)(3).

⁴⁰⁸ 16 C.F.R. § 801.1(j) ; 16 C.F.R. § 801.11(a) ; Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 408.

⁴⁰⁹ 15 U.S.C. § 18a(a)(2) (2018)

⁴¹⁰ Federal Trade Commission, New HSR Thresholds and Filing Fees for 2026, 20 janvier 2026.

⁴¹¹ Federal Trade Commission, New HSR Thresholds and Filing Fees for 2026, 20 janvier 2026, règle 2.

notification suivant sans avoir à effectuer une nouvelle notification. Ce seuil suivant est toutefois apprécié en fonction de sa valeur révisée chaque année⁴¹².

2 - L'inaptitude de la méthode des seuils en valeur face aux acquisitions d'entreprises innovantes

La logique du seuil est de réserver le contrôle préalable aux opérations d'une certaine ampleur, le législateur ayant estimé, lors de la révision de l'an 2000 portant le seuil de 15 à 50 millions de dollars, que les transactions inférieures étaient improbablement porteuses de préoccupations de concurrence et que leur notification ferait peser sur les entreprises comme sur les autorités une charge excédant le bénéfice social de leur examen⁴¹³. Cette révision fut considérable, le nombre des notifications ayant chuté de 79% dans les trois années qui l'ont suivie⁴¹⁴. Du reste, le régime ne capte qu'une fraction de l'activité, les opérations notifiables représentant, selon les analyses de la FTC, 15 à 20% des rapprochements réalisés aux États-Unis⁴¹⁵. Les travaux du Professeur Wollmann établissent que la décennie suivant le relèvement du seuil a connu jusqu'à 324 concentrations horizontales supplémentaires par an, portant sur des cibles représentant ensemble 53 milliards de dollars de recettes annuelles, et que les opérations nouvellement exemptées de notification préalable sont significativement moins susceptibles de faire l'objet d'une enquête postérieure à leur réalisation⁴¹⁶.

Le vice propre du critère américain réside ailleurs, en ce que la valeur de transaction, à la différence du chiffre d'affaires, n'est pas un fait comptable constaté mais un prix négocié que les parties déterminent au moment même où elles s'interrogent sur leur obligation de notifier. Le critère est donc remis entre les mains de ceux qu'il est censé assujettir, et l'analyse empirique établit qu'ils en usent, les opérations s'agglutinant immédiatement en deçà du seuil dans une proportion que rien n'explique sinon la volonté de s'y soustraire, et ce d'autant plus nettement que l'opération est horizontale⁴¹⁷. Les techniques en sont d'ailleurs connues et procèdent toutes

⁴¹² 16 C.F.R. § 802.21 ; Federal Trade Commission, New HSR Thresholds and Filing Fees for 2026, 20 janvier 2026, règle 3.

⁴¹³ Kepler J., Naiker V., Stewart C. R., « Stealth Acquisitions and Product Market Competition », SSRN Working Paper n° 3733994, 3 juin 2023, p. 9 et 10.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 10 ; Department of Justice, 2004 ; Federal Trade Commission, 2004.

⁴¹⁵ Congressional Research Service, Recent Developments in Hart-Scott-Rodino Merger Review, LSB11418, 15 avril 2026, p. 2.

⁴¹⁶ Wollmann T. G., « Stealth Consolidation. Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act », American Economic Review: Insights, vol. 1, n° 1, juin 2019, p. 77-94.

⁴¹⁷ Kepler J., Naiker V., Stewart C. R., « Stealth Acquisitions and Product Market Competition », SSRN Working Paper n° 3733994, 3 juin 2023, p. 18 à 22 et 30 à 32.

du Droit des contrats. Elles consistent à rémunérer le cédant autrement que par le prix et ainsi la valeur transférée n'apparaît pas dans le calcul du seuil. L'acquéreur prend ainsi en charge l'assurance des dirigeants de la cible, ou leur consent un contrat d'emploi postérieur à l'opération. Il peut également stipuler un complément de prix conditionnel, ou « earnout », dont l'effet est plus radical encore, puisque son existence oblige à substituer au prix affiché une juste valeur estimée que le conseil d'administration de l'acquéreur détermine lui-même. Chacune de ces stipulations suffit, seule ou combinée, à faire passer l'opération sous le seuil⁴¹⁸. Un échappement pur et simple des acquisitions de concurrents naissants s'ensuit, en particulier dans le domaine du numérique. L'American Antitrust Institute a recensé 723 opérations conduites par les Big Tech entre 1987 et 2019, dont la concentration temporelle entre 2010 et 2016 est manifeste et dont Google et Microsoft représentent respectivement 32% et 31%, Apple 15%, Amazon et Facebook 11% respectivement⁴¹⁹. Le rapport Stigler de 2019 constate que les seuils fondés sur la valeur et sur la taille des personnes n'ont pas permis de cerner, avant leur réalisation, les petites acquisitions des secteurs technologiques et biotechnologiques, ces seuils n'ayant au demeurant cessé de croître depuis 1976⁴²⁰. La FTC l'a implicitement reconnu en ordonnant, le 11 février 2020 et sur le fondement de la section 6, b, du Federal Trade Commission Act, une étude portant sur l'ensemble des acquisitions non notifiables réalisées depuis 2010 par Google, Amazon, Apple, Microsoft et Facebook, afin de déterminer si les grandes entreprises technologiques procédaient à des acquisitions potentiellement anticoncurrentielles de concurrents naissants ou potentiels situées sous les seuils du HSR Act⁴²¹. Sur la période, Facebook a réalisé plus de 80 acquisitions dont plusieurs dizaines non notifiables...

Ainsi, le Droit américain applique depuis 1976 le critère que l'Allemagne n'a adopté qu'en 2017 et dont la doctrine européenne fait le remède aux insuffisances du chiffre d'affaires, or ce critère conduit à un défaut de captation. Dans un secteur, le numérique, où il convient de privilégier les erreurs de type I, c'est à dire l'interventionnisme, la carence est d'autant plus coûteuse socialement.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 25 à 29 et 32 à 35.

⁴¹⁹ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 409.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 410.

⁴²¹ Federal Trade Commission, communiqué du 11 février 2020, FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies ; Kepler J., Naiker V., Stewart C. R., « Stealth Acquisitions and Product Market Competition », SSRN Working Paper n° 3733994, 3 juin 2023, p. 11.

La solution à ladite carence réside probablement dans le fait d'abaisser les seuils, qu'ils soient fondés sur la taille de la transaction ou sur le chiffre d'affaire. Une autre solution est de se reposer sur les voies institutionnelles d'élargissement du domaine de la notification.

B - La superposition des compétences fédérales et étatiques comme duplication du contrôle

Il convient de se demander si le Droit américain connaît un correctif équivalent aux mécanismes de renvoi ascendant que présente le Droit européen, la multiplication des autorités compétentes constituant, à première vue, la voie la plus prometteuse. En effet, la compétence est partagée à deux étages. Au niveau fédéral, la FTC et le DOJ sont concurremment compétentes pour apprécier la compatibilité d'une opération et en requérir le cas échéant la suspension auprès du juge⁴²². Le partage résulte d'accords informels conclus en 1948, révisés en 1963 puis refondus en 1993 et 1995. La procédure dite de « clearance » veut que, après vérification de la conformité externe de la notification par le Premerger Notification Office, les deux autorités procèdent séparément à un examen préliminaire au fond fondé sur les seules pièces transmises et sur les documents publics, sans pouvoir à ce stade contacter les parties ni les tiers, puis que l'autorité qui souhaite instruire le dossier en avise l'autre par son officier de liaison, l'objection devant être formée dans les cinq jours ouvrables ou dans les trois jours en cas d'offre publique en numéraire ou de procédure collective⁴²³. Les critères de partage tiennent à l'expertise sectorielle selon l'accord de partage de 1993⁴²⁴. En cas de désaccord persistant, l'arbitrage remonte aux directeurs de l'application civile et du Bureau of Competition, puis au président de la FTC et à l'Assistant Attorney General du DOJ, lesquels peuvent recourir au tirage au sort⁴²⁵. Le coût de cette architecture est documenté, le nombre annuel moyen des conflits de compétence étant passé de dix entre 1982 et 1989 à quatre-vingt-trois entre 1990 et 2001, et le délai moyen de résolution s'établissant à trois semaines et demie sur les cent trente-six affaires litigieuses recensées depuis l'exercice 2000⁴²⁶. Or, cette procédure opère une répartition purement horizontale entre deux autorités fédérales. Elle ne modifie ni le seuil, ni

⁴²² Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 424 à 426 ; 15 U.S.C. § 18a(d) (2018).

⁴²³ *Ibid.*, p. 427 et 428 ; American Bar Association, FTC Practice and Procedure Manual, 2e éd., ABA Publishing, 2014, p. 257.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 428.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 429.

⁴²⁶ Muris T. J., Comments on the FTC-DOJ Clearance Process Before the Antitrust Modernization Commission, 3 novembre 2005, p. 5 et 6 ; Federal Trade Commission, communiqué du 5 mars 2002.

le périmètre des opérations notifiables, ni la date à laquelle l'autorité prend connaissance de l'opération. Elle est un mécanisme d'attribution et non de renvoi, ce qui suffit à la distinguer radicalement des articles 4, paragraphe 5, 9 et 22 du règlement n° 139/2004.

Au niveau étatique, la conclusion est identique quoique pour des raisons différentes. Le Congrès aurait pu, en vertu de la clause de suprématie, réserver aux seules autorités fédérales la mise en œuvre de la section 7 du Clayton Act, mais il a suivi une logique de désignation sans exclusion correlative. La Cour suprême a d'ailleurs jugé que la matière relève traditionnellement de la réglementation des États et que les lois antitrust fédérales ont vocation à compléter et non à supplanter les remèdes étatiques⁴²⁷. Les États disposent en conséquence de réglementations propres de contrôle a priori appliquées simultanément à la loi fédérale, et leurs procureurs généraux peuvent agir sur le fondement des sections 4 et 16 du Clayton Act ainsi qu'au titre de la doctrine du *parens patriae*, consacrée pour la défense de leurs intérêts quasi souverains⁴²⁸ puis étendue par le titre III du HSR Act à la réparation du préjudice subi par leurs ressortissants, à la suite d'un arrêt invitant expressément le Congrès à légiférer⁴²⁹. Cette compétence, considérable en apparence, se heurte à un obstacle informationnel. La section 7A, h, interdisant que les pièces de la notification préalable soient rendues publiques, les juridictions ont jugé que la limitation qu'elle édicte fait obstacle à leur communication confidentielle aux autorités étatiques⁴³⁰. Ni la FTC ni le DOJ ne peuvent donc partager le dossier avec les États sans le consentement des parties. Les palliatifs développés, à savoir les injonctions de produire et les demandes d'investigation civile fondées sur le droit local, la constitution de groupes de travail interétatiques, la coordination assurée par la National Association of Attorneys General et par sa Multistate Antitrust Task Force créée en 1983, le protocole de coordination de 1998 et le pacte de divulgation volontaire, reposent tous, en dernière analyse, sur la signature par les parties d'une renonciation à la confidentialité. L'accès de l'État à l'information dépend donc de la volonté de celui-là même qui a véritablement structuré l'opération sous le seuil.

Il en résulte que la multiplication des autorités n'élargit en rien l'ensemble des opérations captées. Aucun mécanisme ne permet de faire remonter au niveau fédéral une opération que le seuil du HSR Act n'a pas retenue, les États voyant moins que les agences fédérales et non

⁴²⁷ *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989).

⁴²⁸ *Georgia v. Pennsylvania R. Co.*, 324 U.S. 439 (1945) ; *Hawaii v. Standard Oil Co. of Cal.*, 405 U.S. 251 (1972).

⁴²⁹ *California v. Frito-Lay, Inc.*, 474 F.2d 774 (9th Cir. 1973) ; 15 U.S.C. §§ 15c et 15f (2018).

⁴³⁰ Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 435 et 436 ; *Lieberman v. FTC*, 771 F.2d 32, 37 (2d Cir. 1985).

d'avantage, et leurs moyens étant sans commune mesure avec l'objet, le budget consacré par la Californie au Droit de la concurrence s'étant élevé à 3,488 millions dollars pour l'exercice 2019-2020, quand le Bundeskartellamt disposait de 49,208 millions dollars. Ce qui s'ajoute au niveau fédéral, ce n'est donc pas un supplément de captation mais une redondance d'enquêtes, une divergence d'appréciations et une protection inégale de la confidentialité selon les règles locales de production forcée⁴³¹, au point que le juge Posner appelait la suppression pure et simple de la compétence des procureurs généraux pour la mise en œuvre du Droit fédéral de la concurrence⁴³².

Le Droit américain se trouve ainsi privé de toute voie administrative d'élargissement de son domaine de contrôle. La correction ne peut dès lors procéder que du législateur ou, à défaut, d'un contrôle ex post.

Chapitre 2 - Le contrôle ex post comme mécanisme correctif subsidiaire commun aux deux régimes

Il convient de déterminer si le défaut du contrôle ex ante peut être corrigé ex post. Les deux ordres juridiques recourent à ce contrôle ex post, mais par des voies dont la nature diffère radicalement. Le Droit de l'Union mobilise un fondement substantiel, celui du Droit primaire de la concurrence, dont l'applicabilité directe survit à l'adoption du règlement sur les concentrations (Section I - Le recours européen au Droit primaire de la concurrence). Le Droit américain mobilise au contraire un fondement procédural, celui de l'absence de forclusion de l'action fondée sur la section 7 du Clayton Act (Section II - Le recours américain à l'absence partielle de forclusion).

Section 1 - Le recours européen au Droit primaire de la concurrence

L'article 102 TFUE a connu, avec l'arrêt *Towercast*, une revitalisation dont la première application concrète en révèle toute l'étendue (A - La résurgence de la jurisprudence *Continental Can* dans l'arrêt *Towercast* pour l'application de l'article 102 TFUE aux

⁴³¹ *Ibid.*, p. 425 et 432.

⁴³² Posner R. A., « Antitrust in the New Economy », *Antitrust Law Journal*, vol. 68, 2001, p. 925 ; Posner R. A., « Federalism and the Enforcement of Antitrust Laws by State Attorneys General », *Georgetown Law Journal*, vol. 2, 2004, p. 5.

concentrations), tandis que l'article 101 TFUE, en dépit de standards d'application en apparence plus accueillants, n'offre qu'un correctif marginal (B - La possibilité marginale d'application de l'article 101 TFUE aux concentrations sous les seuils).

A - La résurgence de la jurisprudence Continental Can dans l'arrêt Towercast pour l'application de l'article 102 TFUE aux concentrations

Dans l'Union européenne, la question de l'application du Droit des abus aux opérations structurelles remonte aux origines mêmes du Droit antitrust. Dans l'affaire Continental Can, la Cour de Justice avait en effet appliqué la qualification d'abus de position dominante à une opération de concentration par laquelle l'acquéreur consolidait sa position sur le marché, jugeant qu'est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante, et que l'ancien article 86 vise également les pratiques qui causent aux consommateurs un préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective⁴³³. Il s'agissait alors, sans doute, de pallier l'absence dans le traité de Rome de toute disposition relative au contrôle des concentrations. Or, l'adoption du règlement n° 4064/89 en 1989 paraissait précisément avoir privé cette construction de son objet, les opérations structurelles semblant devoir être exclusivement soumises à la procédure spécifique que ce texte instituait⁴³⁴. Telle était la question dont la cour d'appel de Paris a saisi la Cour de Justice dans l'affaire Towercast, l'Autorité de la concurrence ayant considéré que l'institution d'un système de contrôle préalable avait rendu sans objet l'application de l'article 102 TFUE à une opération de concentration, en l'absence d'un comportement distinct de l'entreprise en cause à la suite de cette opération⁴³⁵. L'affaire concernait le rachat d'Itas par TDF, opérateur dominant de la diffusion de la télévision numérique terrestre, opération qui ne dépassait pas les seuils français de contrôle des concentrations. La Cour de Justice a jugé que l'on ne saurait concevoir d'écarter l'applicabilité directe d'une disposition du Droit primaire en raison de l'adoption d'un acte de Droit dérivé

⁴³³ Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 1500, p. 898 ; CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission, ECLI:EU:C:1973:22, pt 26.

⁴³⁴ *Ibid.*, n° 1500, p. 899.

⁴³⁵ *Ibid.*, n° 1501, p. 899 ; Aut. conc., décis. 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.

visant certains comportements d'entreprises sur le marché⁴³⁶, que le règlement exclut certes toute application du règlement n° 1/2003 dans son domaine mais ne prend pas position sur le sort des opérations réalisées sous les seuils, sans qu'il puisse en être déduit que le législateur a entendu rendre sans objet le contrôle opéré au niveau national au regard de l'article 102 TFUE⁴³⁷, et que ce règlement, s'inscrivant dans un ensemble législatif visant à mettre en œuvre les articles 101 et 102 du traité, met en place un contrôle ex ante des opérations de dimension communautaire sans exclure pour autant un contrôle ex post des opérations n'atteignant pas ce seuil⁴³⁸. Ainsi, le règlement n° 139/2004 ne saurait s'opposer à ce qu'une opération de concentration de dimension non communautaire puisse faire l'objet d'un contrôle par les autorités nationales de concurrence et par les juridictions nationales au titre de l'effet direct de l'article 102 TFUE en recourant à leurs propres règles procédurales⁴³⁹. La Cour a expressément confirmé cette solution dans l'arrêt *Illumina/Grail*, en indiquant que l'article 21, paragraphe 1, ne s'oppose pas à ce qu'une concentration dépourvue de dimension européenne et située en dessous des seuils nationaux soit analysée par une autorité nationale comme constitutive, par exemple, d'un abus de position dominante prohibé par l'article 102 TFUE au regard de la structure de la concurrence sur un marché de dimension nationale⁴⁴⁰. Il en résulte que les acquisitions réalisées sous les seuils n'évoluent pas dans une zone hors du champ du contrôle, la temporalité seule du contrôle étant différente, un contrôle a posteriori au titre des règles générales antitrust succédant au contrôle a priori que le règlement spécifique n'a pu opérer.

La Cour a également précisé les éléments du test applicable. Il appartient à l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché, le seul constat du renforcement de la position d'une entreprise ne suffisant pas à retenir la qualification d'abus dès lors qu'il faut établir que le degré de domination ainsi atteint ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante⁴⁴¹.

⁴³⁶ CJUE, 16 mars 2023, aff. C-449/21, *Towercast SASU c/ Autorité de la concurrence*, ECLI:EU:C:2023:207, pt 42.

⁴³⁷ *Ibid.*, pt 37.

⁴³⁸ *Ibid.*, pt 41.

⁴³⁹ *Ibid.*, pt 50 ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 1501, p. 900.

⁴⁴⁰ CJUE, gr. ch., 3 septembre 2024, aff. jtes C-611/22 P et C-625/22 P, *Illumina et Grail c/ Commission*, ECLI:EU:C:2024:677, pt 214 ; Bosco D., « Du contrôle des concentrations numériques "sous les seuils" au titre de l'article 101 TFUE », in Claudel E. (dir.), *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. *Pensée contemporaine*, 2026, p. 77, 78 et 79.

⁴⁴¹ CJUE, 16 mars 2023, aff. C-449/21, *Towercast SASU c/ Autorité de la concurrence*, ECLI:EU:C:2023:207, pt

Par une décision du 6 novembre 2025, l'Autorité de la concurrence a fait application de la jurisprudence *Towercast* pour sanctionner, sur le fondement des articles 102 TFUE et L. 420-2 du Code de commerce, l'acquisition par Doctolib de son principal concurrent MonDocteur, opération située sous les seuils nationaux de notification et n'ayant à ce titre fait l'objet d'aucun examen *ex ante*⁴⁴². Les marchés en cause présentent toutes les caractéristiques du numérique dont il a été traité dans la première partie. L'Autorité les qualifie de bifaces, en ce qu'ils mettent en relation deux groupes d'agents qui ont des gains potentiels à interagir, le service étant payant pour les professionnels de santé et gratuit pour les patients, et relève que l'interaction entre les deux faces engendre des externalités indirectes. Conséquemment, l'équilibre économique sur un marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur l'autre⁴⁴³. Elle écarte la tentative de Doctolib de nier l'existence de ces effets de réseau croisés en se fondant sur les documents internes de celle-ci, dont il ressort que son président tenait ce marché pour un marché du type « winner takes it all » doté de forts effets de réseau et de barrières à l'entrée⁴⁴⁴, et relève que la stratégie tarifaire au forfait est caractéristique des plateformes d'intermédiation en ligne. La véritable problématique consistait dans l'acquisition, le 10 juillet 2018, de l'intégralité du capital social et des droits de vote de MonDocteur, société fondée en 2013 qui comptait alors environ 8200 professionnels de santé clients, 2,7 millions comptes patients et des contrats avec au moins 100 établissements de santé⁴⁴⁵. Les documents internes saisis lors des opérations de visite et saisie de mai 2021 établissent que la cible était désignée comme le « concurrent n° 1 », que l'acquéreur entendait « tuer le produit » et que, selon ses propres termes, la création de valeur ne résidait pas dans l'addition de la cible mais dans sa disparition en tant que concurrent, un document commandé par l'acquéreur indiquant qu'à l'issue de l'opération celui-ci opérerait sans aucune concurrence

52, renvoyant à CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, ECLI:EU:C:1973:22, pt 26, et à CJCE, 16 mars 2000, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports e.a. c/ Commission*, ECLI:EU:C:2000:132, pt 113 ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 1502, p. 900.

⁴⁴² Aut. conc., décis. n° 25-D-06 du 6 novembre 2025 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la prise de rendez-vous médicaux en ligne et des solutions de téléconsultation médicale ; Zacharie N., Chakoub M., « Tying. The French Competition Authority Sanctions a Digital Healthcare Platform for Abusing its Dominant Position in the Online Medical Appointment Booking and Teleconsultation Solutions Sector (Doctolib) », *chronique Pratiques unilatérales, Concurrences*, n° 4-2026 ; Djamdjji C., Nielson N., « First Sanction Under Article 102 TFEU for Predatory Acquisitions by the French Competition Authority », *Kluwer Competition Law Blog*, 21 novembre 2025.

⁴⁴³ *Ibid.*, pts 287 à 293, 291.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, pt 311.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, pts 75 et 76.

en France (Aut. conc., communiqué du 6 novembre 2025, reproduit in e-Competitions News Issue, novembre 2025, art. n° 129545). L'opération a apporté 10 000 nouveaux professionnels de santé et la plateforme de la cible a disparu au profit d'une migration de sa clientèle. Les mêmes documents révèlent que l'acquéreur y voyait un moyen de réduire la pression tarifaire et un levier d'augmentation de ses prix de 10% à 20%, augmentation qui est effectivement intervenue à plusieurs reprises sans perte de clientèle ni ralentissement de la croissance, quand bien même les plateformes concurrentes pratiquaient des tarifs inférieurs. C'est sur le second élément du test, celui de l'entrave substantielle, que la décision présente l'apport le plus considérable. Doctolib soutenait que l'exigence tenant à la subsistance d'entreprises dépendantes dans leur comportement supposait l'existence de liens entre l'acquéreur et ses concurrents, seuls susceptibles de caractériser une telle dépendance. L'Autorité a écarté cette lecture en jugeant que l'absence de relations contractuelles ou commerciales entre l'acquéreur et ses concurrents n'empêche nullement d'analyser l'opération par laquelle il a acquis son principal concurrent et ainsi renforcé son pouvoir de marché au titre de l'article 102 TFUE, ni d'en apprécier les effets au regard de la structure de la concurrence sur le marché⁴⁴⁶. La notion de dépendance se trouve ainsi ramenée à ce qu'elle signifiait dans l'arrêt *Continental Can*, à savoir l'atteinte d'une puissance dominante telle que toute chance sérieuse de concurrence serait substantiellement écartée⁴⁴⁷, la Cour ayant alors jugé que l'élimination pratique de toute concurrence entre nécessairement dans ce cadre sans en constituer la seule hypothèse⁴⁴⁸ et ayant exigé la démonstration de ce que la concurrence était si substantiellement affectée que les compétiteurs résiduels n'étaient pas susceptibles de constituer un contrepoids suffisant. La dépendance correspond donc à l'absence de contrepoids concurrentiel sur ledit marché.

Ainsi entendu, le critère se rapproche singulièrement de celui du contrôle des concentrations, dès lors que c'est en définitive l'analyse de la structure du marché à l'issue de l'opération qui commande la solution, seule demeurant écartée l'hypothèse dans laquelle l'atteinte serait déduite de la seule création ou du seul renforcement d'une position dominante⁴⁴⁹. Le standard est donc plus élevé qu'en matière de concentration. Il subsiste en revanche une différence tenant à ce que l'analyse intervient après la réalisation de l'opération

⁴⁴⁶ *Ibid.*, pt 664.

⁴⁴⁷ CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission*, ECLI:EU:C:1973:22, pt 25.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, pt 29.

⁴⁴⁹ Zacharie N., Chakoub M., « Tying. The French Competition Authority Sanctions a Digital Healthcare Platform for Abusing its Dominant Position in the Online Medical Appointment Booking and Teleconsultation Solutions Sector (Doctolib) », chronique *Pratiques unilatérales, Concurrences*, n° 4-2026.

et peut donc s'appuyer sur l'évolution réellement constatée du marché, la cour d'appel de Paris ayant jugé dans l'affaire Towercast qu'il est nécessaire d'établir que la pratique avait la capacité effective et concrète, lorsqu'elle a été mise en œuvre, de produire un effet d'éviction, et que l'évolution réelle du marché peut revêtir une importance particulière lorsqu'un laps de temps significatif s'est écoulé depuis la pratique, cette évolution étant susceptible de corroborer ou non l'existence d'une infraction⁴⁵⁰. Dans le cadre de l'affaire Doctolib, l'Autorité a retenu que l'opération ne se réduisait pas à la seule disparition d'un concurrent mais avait affecté profondément la structure du marché, tout en permettant à l'acquéreur de consolider sa base de clientèle et ainsi son pouvoir de marché sur un marché biface où les effets de réseau croisés sont importants, et ce sans qu'aucun concurrent ait pu le contester⁴⁵¹. Elle a constaté la disparition de la concurrence⁴⁵², la réduction de la diversité de l'offre offerte aux professionnels de santé, et l'augmentation des tarifs⁴⁵³. D'ailleurs, la théorie du préjudice expressément mobilisée est celle de l'acquisition prédatrice⁴⁵⁴.

Il convient d'effectuer deux observations quand à cette décision.

D'une part, l'opération constitue bien une acquisition prédatrice à savoir l'acquisition d'une entreprise dans l'objectif d'écarter du marché un concurrent plutôt que d'exploiter le produit acquis, seuls les moyens de la prédation changeant, et l'Autorité a expressément retenu cette théorie du préjudice⁴⁵⁵. Pour autant, la cible n'était ni une start-up dépourvue de recettes ni un concurrent seulement potentiel situé sur un marché voisin, mais le principal concurrent actuel de l'acquéreur sur le marché même où celui-ci était dominant depuis 2017. De fait, la condition d'identité de marché posée au point 52 de l'arrêt Towercast se trouvait satisfaite.

D'autre part, le critère de l'entrave substantielle est un critère de structure, qui ne requiert pas de savoir si les produits de la cible ont disparu. Ainsi, le seul constat de l'insuffisance du contrepoids résiduel suffisait à fonder la sanction. Il s'ensuit que l'article 102 TFUE ne saisit l'acquisition prédatrice que lorsque la cible pesait déjà assez pour que sa disparition prive le marché de tout contrepoids. Lorsqu'elle est dépourvue de position acquise, les compétiteurs résiduels demeurent parfaitement susceptibles d'exercer ce contrepoids, auquel cas les conditions des arrêts Continental Can et Towercast ne sont pas remplies⁴⁵⁶. Le

⁴⁵⁰ CA Paris, 27 juin 2024, n° 20/04300, pt 66.

⁴⁵¹ Aut. conc., décis. n° 25-D-06 du 6 novembre 2025, pt 699.

⁴⁵² *Ibid.*, pt 723.

⁴⁵³ *Ibid.*, pts 713 à 736.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, pt 823.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, pt 823.

⁴⁵⁶ Zacharie N., Chakoub M., « Tying. The French Competition Authority Sanctions a Digital Healthcare Platform

problème est donc que ledit fondement échoue là où échoue précisément le contrôle ex ante, qu'il vise à corriger.

Il en résulte que l'article 102 TFUE constitue un correctif réel mais étroit, dans la mesure où il exige une dominance préalable là où le marché n'est pas nécessairement figé et donc délimité, une identité de marché là où l'acquisition peut porter sur un marché voisin, et une insuffisance du contrepoids résiduel là où la cible peut ne pas encore peser. Il ne restitue au surplus pas à l'autorité la faculté d'interdire préventivement, il lui permet seulement de sanctionner une fois les effets produits et la structure modifiée. Or, en reportant l'intervention au moment où l'entrave est consommée et en subordonnant celle-ci à un standard plus exigeant que celui du règlement, le contrôle ex post consacre une préférence pour les erreurs de type II, alors que la structure des marchés numériques commande la solution inverse, c'est à dire les erreurs de type I.

L'étroitesse du fondement tiré de l'article 102 TFUE conduit naturellement à s'interroger sur le secours que pourrait apporter l'article 101 TFUE, dont les standards d'application paraissent plus accueillants.

B - La possibilité marginale d'application de l'article 101 TFUE aux concentrations sous les seuils

Compte tenu des incertitudes et des difficultés d'application de l'article 102 TFUE aux concentrations numériques, l'article 101 TFUE présente l'attrait apparent d'exigences plus modestes, en ce qu'il n'appelle que la démonstration d'un concours de volontés et d'une restriction de concurrence, sans qu'aucune position dominante ni aucune entrave substantielle n'aient à être établies⁴⁵⁷.

En Belgique, l'Autorité Belge de la Concurrence (ABC) a ouvert une instruction d'office sur le fondement de l'article IV.39, 2°, du Code de droit économique à la suite de l'annonce par Dossche Mills du rachat des activités commerciales artisanales de Ceres dans le secteur de la

for Abusing its Dominant Position in the Online Medical Appointment Booking and Teleconsultation Solutions Sector (Doctolib) », chronique Pratiques unilatérales, Concurrences, n° 4-2026.

⁴⁵⁷ Bosco D., « Du contrôle des concentrations numériques "sous les seuils" au titre de l'article 101 TFUE », in Claudel E. (dir.), Le droit de la concurrence à la croisée des chemins, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 2026, p. 77, 80.

farine. Cette opération échappait au contrôle national faute d'atteindre les seuils de chiffre d'affaires. L'ABC a en effet estimé sur la base d'éléments préliminaires qu'elle pourrait entraîner une restriction significative de la concurrence effective, les deux entreprises étant les principaux fournisseurs de farine pour la boulangerie artisanale en Belgique⁴⁵⁸. Les parties ont finalement renoncé à l'opération, ce qui démontre qu'une telle instruction suffit à produire un effet dissuasif indépendant de toute décision au fond.

En France, l'Autorité de la concurrence est allée dans le même sens dans une affaire relative au secteur de l'équarrissage. Les groupes Akiolis, Saria et Verdannet avaient conclu en 2015 plusieurs accords de cession d'actifs constituant cinq opérations de concentration ne franchissant pas les seuils de l'article L. 430-1 du Code de commerce, que l'Autorité a analysées a posteriori, à la lumière de l'arrêt Towercast, pour déterminer si elles pouvaient constituer en elles-mêmes une entente prohibée au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. Elle a estimé que les discussions entre les parties relevaient de simples échanges préparatoires, qu'aucun projet concerté de répartition de marché ne pouvait être établi, et que l'analyse du contenu, des objectifs et du contexte juridique des accords ne révélait aucun objet anticoncurrentiel⁴⁵⁹.

S'agissant du secteur numérique, dans son avis relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'IA générative, l'Autorité de la concurrence a observé que les grandes entreprises du numérique multiplient les prises de participation minoritaires et les partenariats stratégiques avec des start-ups innovantes, comme le partenariat conclu entre Microsoft et OpenAI. Tout en reconnaissant que de telles opérations peuvent favoriser l'innovation et la diffusion de technologies, elle a identifié plusieurs risques concurrentiels, à savoir la réduction de l'intensité concurrentielle entre l'investisseur et la cible lorsque leurs intérêts financiers deviennent interdépendants, les effets de verrouillage verticaux lorsque l'investisseur est aussi fournisseur, notamment de services d'informatique en nuage, l'accès à des informations sensibles facilité par les droits attachés à la participation, et les effets coordonnés lorsque plusieurs entreprises puissantes investissent dans une même cible ou qu'un même acteur détient des participations dans des concurrents. S'appuyant sur les arrêts Philip Morris et Towercast, l'Autorité

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 77, 80 ; Autorité belge de la concurrence, 17 janvier 2025, Dossche Mills, CP3/2025, CONC-RPR-25/0005.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 77, 80. ; Aut. conc., décis. n° 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage.

envisageait l'application de l'article 101 TFUE aux opérations de rapprochement dans le secteur⁴⁶⁰. Cependant, les notions d'entente et de concentration sont antithétiques. En effet, alors que l'entente est constituée par un concours de volontés d'entreprises indépendantes, la concentration opère à l'inverse une sorte de fusion de ces volontés, une entente pouvant être définie comme un accord entre entreprises restant autonomes en vue d'un comportement déterminé sur le marché, quand il y a concentration lorsque plusieurs entreprises sont regroupées sous une direction économique unique en abandonnant leur autonomie économique⁴⁶¹. La qualification d'entente pointe la coordination volontaire du comportement d'entreprises qui devraient rester libres de leur action sur le marché, quand la qualification de concentration saisit au contraire la situation d'entreprises dont l'une au moins renonce à son autonomie. Il en résulte que le concept d'entente s'épuise dans le fait même de la concentration. La Cour de Justice exige en effet que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée⁴⁶², or la concentration annule le potentiel concurrentiel de l'une des parties, soit qu'il y ait fusion entre des entreprises antérieurement indépendantes, soit qu'il y ait prise de contrôle⁴⁶³.

Conséquemment, l'objet de l'application de l'article 101 TFUE en matière de concentrations est strictement circonscrit. L'article 101 TFUE ne saurait tenir lieu de quasi-contrôle des concentrations, ex post, qui serait l'occasion pour les autorités de faire et défaire ce que le libre jeu du marché a composé⁴⁶⁴. Appliquée au numérique, le seul fait de l'acquisition par une grande entreprise d'une start-up innovante n'est pas justiciable de l'article 101 TFUE, le seul changement dans la propriété de l'actif ne constituant pas un cas d'application dudit texte, et il faudra que l'autorité démontre un fait distinct du changement de titularité, par exemple que l'acquisition s'inscrit dans une stratégie élaborée avec le cédant afin d'opérer une répartition de marché⁴⁶⁵. Le texte n'est donc pas un remède miracle pour redresser une situation pathogène dans le secteur du numérique. L'article 101 TFUE se révèle ainsi doublement inapte

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 77, 81 ; Aut. conc., avis n° 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle generative.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 77, 82 ; Communauté économique européenne, Le problème de la concentration dans le marché commun, série concurrence n° 3, Bruxelles, 1966.

⁴⁶² CJCE, 15 juillet 1970, aff. 41/69, ACF Chemiefarma c/ Commission, ECLI:EU:C:1970:71, pt 112.

⁴⁶³ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 3, § 1 ; Code de commerce, art. L. 430-1, I, 1° et 2°.

⁴⁶⁴ Bosco D., « Du contrôle des concentrations numériques "sous les seuils" au titre de l'article 101 TFUE », in Claudel E. (dir.), Le droit de la concurrence à la croisée des chemins, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 2026, p. 77, 83.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 77, 84.

à combler la lacune du contrôle ex ante, en ce qu'il ne saisit pas l'opération et en ce que le fait détachable qu'il exige, s'il était établi, relèverait de toute manière du Droit des ententes indépendamment de toute considération de seuil.

Il faut toutefois constater l'utilité résiduelle mais réelle dudit fondement. Si l'article 101 TFUE ne saisit pas la concentration, c'est parce que celle-ci fait disparaître l'une des deux volontés autonomes. Il s'ensuit, a contrario, que le texte retrouve toute sa prise dans les configurations où les deux volontés se prolongent ensemble sur le marché, ce qui est le cas de l'entreprise commune, ou joint venture, constituée par des entreprises qui demeurent séparées à l'issue de l'opération, hypothèse dans laquelle les concepts d'entente et de concentration se confrontent et peuvent être appliqués concurremment⁴⁶⁶. Or, comme précisé précédemment, les principaux mécanismes de contournement de la notion de concentration, à savoir le reverse acquihiring et la prise de participation minoritaire, se caractérisent précisément par le maintien de l'indépendance juridique et économique des deux entreprises, l'acquéreur se bornant à conclure une licence et à embaucher les salariés de la cible sans qu'aucune prise de contrôle n'intervienne. Si l'article 101 TFUE ne peut être présenté comme un mécanisme correctif de premier plan du contrôle ex ante, il peut saisir dans les montage visant à éviter le contrôle des concentrations, et deviant ainsi très pertinent pour le numérique.

Le Droit primaire de la concurrence offre donc à l'Union un correctif relatif. L'article 102 TFUE saisit l'opération elle-même mais à des conditions d'identité de marché, de dominance préalable et d'insuffisance du contrepoids résiduel que seule une partie des acquisitions numériques remplissent. L'article 101 TFUE ne saisit jamais l'opération mais retrouve sa prise sur les montages qui l'évitent. La correction est donc réelle mais résiduelle, et elle ne remédie en rien à la préférence pour les erreurs de type II, inadaptée à l'économie numérique.

Le Droit américain connaît une difficulté de même nature mais y répond par un tout autre moyen, celui de l'imprescriptibilité relative de l'action fondée sur la section 7 du Clayton Act.

Section 2 - Le recours américain à l'absence partielle de forclusion

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 77, 82 et 83.

Le Droit américain n'a pas eu à se doter, comme le Droit de l'Union, d'un fondement substantiel de substitution, puisque son dispositif de contrôle des concentrations ne cesse pas d'être applicable après la réalisation de l'opération. La quasi-totalité du contrôle américain s'est d'ailleurs exercée ex post jusqu'au vote du titre II de l'Antitrust Improvements Act de 1976, l'un des objets de cette loi ayant précisément été de remédier à la difficulté qu'il y a à « unscrambling the eggs », c'est-à-dire à défaire une opération déjà consommée⁴⁶⁷. L'institution d'une notification préalable n'a pourtant pas absorbé la section 7 du Clayton Act, laquelle demeure applicable à l'acquisition de tout ou partie, « any part » selon les termes du texte, des titres ou des actifs d'une autre entreprise, que l'opération soit ou non notifiable au titre du HSR Act et qu'elle soit consommée depuis plusieurs années⁴⁶⁸. Il convient de distinguer selon la qualité de celui qui agit, la faculté de contester sans limite temporelle appartenant uniquement aux autorités fédérales (A - Le raffermissement de l'imprescriptibilité du Clayton Act par la Time of Suit Doctrine), les États fédérés et les personnes privées se heurtant pour leur part à des limites temporelles dont l'incidence sur les acquisitions numériques est décisive (B - La doctrine of laches comme limite à l'absence de délai à la contestation d'une concentration numérique pour les personnes privées).

A - Le raffermissement de l'imprescriptibilité du Clayton Act par la Time of Suit Doctrine

Ainsi que les représentants des États-Unis l'ont rappelé devant l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), les agences fédérales « n'autorisent » ni « n'approuvent » les opérations qu'elles examinent. En effet, la contestation n'est portée devant les juridictions judiciaires ou administratives que si l'opération a ou pourrait avoir des conséquences anticoncurrentielles⁴⁶⁹. Conséquemment, l'expiration du délai d'attente n'est pas une décision administrative créatrice de droits, ce que le législateur a pris soin de réitérer à la section 7A, i, 1, du HSR Act, aux termes de laquelle toute action des autorités fédérales, comme toute abstention de leur part, ne fait obstacle à aucune procédure engagée à tout moment sur le fondement d'une autre disposition⁴⁷⁰. Néanmoins, la référence à une « autre » disposition ne

⁴⁶⁷ Elzinga K., « The Antimerger Law. Pyrrhic Victories ? », *Journal of Law & Economics*, vol. 12, 1969, p. 43 ; Calvani T., Hedge J., « Review of Consummated Mergers. Are Changes in Store ? », *Antitrust*, vol. 34, n° 3, été 2020, p. 28.

⁴⁶⁸ Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 411 ; 15 U.S.C. § 18 (2018).

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 412 ; OCDE, *Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers (United States)*, Working Party n° 3 on Co-operation and Enforcement, 5 février 2014.

⁴⁷⁰ 15 U.S.C. § 18a(i)(1) (2018).

peut avoir d'autre objet que de réserver la section 2 du Sherman Act⁴⁷¹, limitant considérablement la chose.

De fait, les autorités fédérales exercent une veille sur les transactions situées sous les seuils et conduisent des politiques de surveillance sectorielle, notamment dans le domaine numérique et technologique⁴⁷². Les montants en cause peuvent être dérisoires, la FTC ayant contesté devant son propre tribunal administratif des opérations de 3 millions⁴⁷³, de 4 millions⁴⁷⁴ et de 5 millions de dollars⁴⁷⁵ ayant fait l'objet d'un examen postérieur, de même que des opérations allant jusqu'à 20 millions de dollars⁴⁷⁶. Le DOJ a de son côté obtenu en 2014 la cession de Power Reviews, acquise deux ans plus tôt par Bazaarvoice, le tribunal ayant retenu une part de marché de 56% à 68% sur le marché des plateformes d'évaluation ainsi que des éléments établissant que les parties se tenaient elles-mêmes pour un duopole⁴⁷⁷. Le contrôle ex post est loin d'être négligeable, les enquêtes portant sur des opérations non notifiables ayant représenté 20% des affaires instruites de 2009 à 2013⁴⁷⁸. Le remède est en revanche problématique dans la mesure où l'acquéreur se voit contraint de se défaire d'actifs et de bénéfices déjà intégrés, l'autorité pouvant au surplus exiger la constitution d'un ensemble propre à restituer un environnement concurrentiel pérenne⁴⁷⁹. Cependant, l'autorité se contente, logiquement, de remèdes comportementaux lorsque l'écoulement du temps place l'acquéreur dans l'impossibilité de se séparer des actifs acquis⁴⁸⁰.

La contestation d'une opération préalablement notifiée soulève une difficulté plus importante. Elle se conçoit sans réserve lorsque les parties ont omis des informations

⁴⁷¹ Calvani T., Hedge J., « Review of Consummated Mergers. Are Changes in Store ? », *Antitrust*, vol. 34, n° 3, été 2020, p. 28, 29.

⁴⁷² Federal Trade Commission, communiqué du 11 février 2020, *FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies* ; Ferrington R. H., Rosenthal D. J., Putz N. P., « Navigating Icebergs. A Brief Survey of Non-Reportable Transaction Enforcement Around the World », *The Antitrust Source*, août 2020, p. 1-15.

⁴⁷³ *United States v. George's Foods, LLC*, No. 5:11-cv-00043 (W.D. Va. May 10, 2011).

⁴⁷⁴ Federal Trade Commission, *In the Matter of Renown Health*, dossier n° 111-0101.

⁴⁷⁵ *United States v. Election Systems & Software, Inc.*, No. 1:10-cv-00380 (D.D.C. Mar. 8, 2010).

⁴⁷⁶ Federal Trade Commission, *In the Matter of Magnesium Elektron North America, Inc.*, dossier n° 091-0094, docket C-4381, 12 octobre 2012 ; Federal Trade Commission, *In the Matter of Charlotte Pipe and Foundry Company e.a.*, dossier n° 111-0034.

⁴⁷⁷ *United States v. Bazaarvoice, Inc.*, No. 13-cv-00133 (WHO) (N.D. Cal. Jan. 8, 2014) ; Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 413.

⁴⁷⁸ Overton L. C., *Non-Reportable Transactions and Antitrust Enforcement*, 14th Annual Loyola Antitrust Colloquium, 25 avril 2014, p. 2.

⁴⁷⁹ Federal Trade Commission, *Administrative Complaint, Part III, In the Matter of Axon Enterprise and Safariland*, D9389, 3 janvier 2020

⁴⁸⁰ Shencopp E. L., « Non-Reportable Transaction. Antitrust Risk », *Lexis Practice Advisor*, 19 octobre 2018.

obligatoires, tels les documents de planification stratégique, l'examen initial se trouvant alors privé d'objet⁴⁸¹. Elle est plus discutable lorsque aucun élément disponible au moment de l'examen ne permettait de déceler les effets futurs. Ce fut par exemple le cas s'agissant de l'enquête ouverte en 2018 par le DOJ sur l'acquisition de Clarcor par Parker-Hannifin laquelle s'est dénouée par un *consent decree* emportant cession d'actifs⁴⁸². Il y a là l'introduction d'un régime de responsabilité sans faute, étranger au Droit américain⁴⁸³. Les autorités fédérales récusent pour leur part la qualification de sanction et présentent leur intervention comme le rétablissement des conditions de marché antérieures.

S'agissant de l'absence de délai, en pratique les recours interviennent rapidement après la clôture, les tiers intéressés faisant preuve d'une importante célérité pour faire état des effets à mesure qu'ils deviennent visibles pour les acteurs du marché⁴⁸⁴. L'unique précédent d'une contestation tardive est l'arrêt du Pont, par lequel la Cour suprême a confirmé la demande de cession formée par le DOJ à propos d'une participation de 23% acquise dans General Motors entre 1917 et 1919, l'action ayant été introduite en 1949 et la décision étant intervenue en 1957 avec une majorité de quatre juges sur les six ayant siégé⁴⁸⁵. C'est de cet arrêt qu'est née la *Time of Suit Doctrine*, selon laquelle la légalité d'une acquisition peut être appréciée à tout moment où celle-ci menace de produire l'effet prohibé⁴⁸⁶. Le raffermissement de la doctrine n'est cependant qu'apparent. En effet, l'arrêt est antérieur de vingt ans à l'institution de la notification préalable et n'a jamais été confirmé, comme tel, dans le système ainsi renouvelé, sans qu'il ait pour autant été renversé⁴⁸⁷. D'autre part, et surtout, la lecture qui en est majoritairement retenue en circonscrit la portée aux acquisitions de titres non contrôlantes et aux acquisitions temporaires d'actifs, seules hypothèses dans lesquelles la légalité s'apprécie au jour du procès,

⁴⁸¹ Calvani T., Hedge J., « Review of Consummated Mergers. Are Changes in Store ? », *Antitrust*, vol. 34, n° 3, été 2020, p. 28, 30, à propos de *FTC v. Hearst Trust*, No. 01-cv-00734 (D.D.C. Apr. 5, 2001).

⁴⁸² Department of Justice, Antitrust Division, *United States v. Parker-Hannifin Corp. and CLARCOR Inc.*, plainte du 26 septembre 2017, *Competitive Impact Statement* du 18 décembre 2017, *Modified Final Judgment* du 30 avril 2018.

⁴⁸³ Turner D. F., « Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act », *Harvard Law Review*, vol. 78, 1965, p. 1313, 1347, note 53 ; Areeda P. E., Hovenkamp H., *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Wolters Kluwer, vol. IIA, 4e éd., p. 267 et s. ; Sher S. A., « Closed but Not Forgotten. Government Review of Consummated Mergers under Section 7 of the Clayton Act », *Santa Clara Law Review*, vol. 45, n° 1, p. 41-97.

⁴⁸⁴ American Bar Association, Antitrust Law Section, *Analyzing the Scope of Enforcement Actions against Consummated Mergers in a Time of Heightened Scrutiny*, avril 2020, p. 5 et s.

⁴⁸⁵ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586 (1957).

⁴⁸⁶ American Bar Association, Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, vol. 1, 8e éd., ABA Publishing, 2017, p. 355 ; Shinder J. I., « Merger Hindsight. Time-of-Suit Doctrine Is Making a Comeback », *Los Angeles Daily Journal*, 28 novembre 2001, p. 7.

⁴⁸⁷ Calvani T., Hedge J., « Review of Consummated Mergers. Are Changes in Store ? », *Antitrust*, vol. 34, n° 3, été 2020, p. 28, 29 et 30.

les concentrations proprement dites étant appréciées au regard des circonstances existant à la date de l'acquisition. La solution s'explique par le fait que du Pont et General Motors étaient restées distinctes à l'issue de l'opération et conséquemment l'éviction des concurrents de du Pont des ventes à General Motors pouvait être regardée comme une violation continue⁴⁸⁸. Cependant, les juges américains n'ont jamais tranché la question du moment de l'appréciation⁴⁸⁹.

Or, si la légalité s'apprécie à la date de l'acquisition, le contrôle ex post reconduit intégralement l'exercice prospectif dont il a été montré qu'il échoue devant l'incertitude propre aux marchés numériques. Si la chose s'apprécie postérieurement à l'acquisition, le contrôle devient effectif, l'effet ayant eu le temps de se déployer et le contrefactuel étant partiellement observable, mais au prix d'une responsabilité sans faute que le Droit américain recuse formellement. Mais encore faudrait-il, pour que l'appréciation soit praticable, que l'effet soit mesurable. Or l'instrument qui devrait y pourvoir n'a jamais été calibré pour le numérique. Le Bureau of Economics de la FTC conduit depuis plus de trente-cinq ans un programme d'analyses rétrospectives, dont l'objet est de déterminer ex post comment une opération déterminée a affecté l'équilibre d'un ou de plusieurs marchés⁴⁹⁰ et dont le premier objectif assumé est précisément d'éprouver si le seuil d'intervention de l'autorité s'est révélé trop permissif. Ce programme a démontré son utilité dans le secteur hospitalier, où il a permis d'engager la reprise de l'action publique après une période d'abstention. La FTC reconnaît toutefois elle-même que la majorité de ces travaux portent sur des opérations horizontales et sur des variations de prix de court terme, à l'exclusion des paramètres hors prix, de l'innovation, de la productivité et de la production, dont les évolutions sont plus lentes mais dont l'incidence sur le marché est déterminante⁴⁹¹.

Les difficultés liées à la Time of Suit Doctrine et à l'imprescriptibilité du Clayton Act se trouvent aggravées par la doctrine of laches, touchant aux personnes privées.

⁴⁸⁸ Muris T. J., Nuechterlein J. E., « First Principles for Review of Long-Consummated Mergers », *The Criterion Journal on Innovation*, vol. 5, 2020, p. 29-48, 43.

⁴⁸⁹ Muris T. J., Nuechterlein J. E., « First Principles for Review of Long-Consummated Mergers », *The Criterion Journal on Innovation*, vol. 5, 2020, p. 29-48, 44 ; Calvani T., Hedge J., « Review of Consummated Mergers. Are Changes in Store ? », *Antitrust*, vol. 34, n° 3, été 2020, p. 28, 30.

⁴⁹⁰ Farrell J., Pautler P., Vita M., « Economics at the FTC. Retrospective Merger Analysis with a Focus on Hospitals », *Review of Industrial Organization*, vol. 35, 2009, p. 369-385.

⁴⁹¹ Mariuzzo F., Ormosi P., « Post-Merger Price Dynamics Matters, So Why Do Merger Retrospectives Ignore It ? », *Review of Industrial Organization*, vol. 55, 2019, p. 403-429.

B - La doctrine of laches comme limite à l'absence de délai à la contestation d'une concentration numérique pour les personnes privées

L'absence de forclusion n'est que partielle, en ce qu'elle ne bénéficie qu'aux dépositaires de l'action publique fédérale. La Time of Suit Doctrine elle-même a été circonscrite par la jurisprudence postérieure aux seules actions gouvernementales, la Cour suprême ayant expressément visé « the Government » dans son dispositif⁴⁹². Les personnes privées, dont l'action constitue pourtant l'essentiel de la mise en œuvre du Droit américain de la concurrence à travers le private enforcement, ne peuvent donc s'en prévaloir. De surcroît, elles sont enfermées dans un délai. En effet, aux termes du titre 15 du Code des États-Unis, toute action fondée sur les sections 4, 4A ou 4C du Clayton Act est définitivement prescrite si elle n'est pas introduite dans les quatre années suivant la naissance du droit d'agir⁴⁹³. Or les juges américains fixent ce point de départ au moment de l'acquisition initiale des titres ou des actifs, et non à celui où le dommage concurrentiel se révèle⁴⁹⁴. De la sorte, le demandeur sera généralement forclos au moment précis où son préjudice devient démontrable.

En outre, les personnes privées et les États peuvent solliciter, au titre de la section 16 du Clayton Act, des mesures d'injonction préliminaires ou permanentes, lesquelles peuvent en principe emporter cession d'actifs ou d'actions⁴⁹⁵. L'octroi de telles mesures est cependant subordonné à une quadruple démonstration, tenant à un préjudice irréparable, à l'insuffisance des remèdes disponibles en Droit, à la balance des intérêts entre les parties et à l'absence d'atteinte à l'intérêt public⁴⁹⁶. L'exigence est telle qu'aucune demande de cession formée par une personne privée n'avait abouti avant l'arrêt *Steves & Sons*, dans lequel une cour d'appel fédérale a pour la première fois fait droit à une telle demande au terme d'une procédure de contestation postérieure à la réalisation de l'opération⁴⁹⁷.

⁴⁹² American Bar Association, Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, vol. 1, 8e éd., ABA Publishing, 2017, p. 355 ; Calvani T., Hedge J., « Review of Consummated Mergers. Are Changes in Store ? », *Antitrust*, vol. 34, n° 3, été 2020, p. 28, 30, note 17.

⁴⁹³ 15 U.S.C. § 15b (2018).

⁴⁹⁴ *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039, 1050-1051 (8th Cir. 2000) ; *Midwestern Machinery Co. v. Northwest Airlines*, No. 97-1438 (DWF/AJB) (D. Minn. Feb. 5, 2003) ; Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 417 et 418.

⁴⁹⁵ 15 U.S.C. § 26 (2018).

⁴⁹⁶ *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*, 547 U.S. 388, 391 (2006).

⁴⁹⁷ *Steves & Sons, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 988 F.3d 690 (4th Cir. Feb. 18, 2021) ; Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 418.

C'est à ce stade qu'intervient la doctrine of laches, qui ferme tout recours à celui qui a « dormi sur ses droits » et dont l'invocation suppose la démonstration d'un retard déraisonnable du demandeur ainsi que d'un préjudice pour le défendeur. La juridiction du district de Columbia en a fait application le 28 juin 2021 en déclarant irrecevable la requête collective des quarante-huit États dirigée contre Facebook, au motif que les requérants étaient restés inactifs durant les huit années écoulées depuis l'acquisition litigieuse sans justifier de leur inertie⁴⁹⁸. La même juridiction, saisie de la plainte de la FTC, l'a admise le 11 janvier 2022 en retenant qu'il n'était pas seulement spéculatif de soutenir que l'opérateur avait maintenu son pouvoir de monopole au moyen des acquisitions d'Instagram et de WhatsApp⁴⁹⁹. Deux actions dirigées contre les mêmes opérations, portées devant la même juridiction et au même moment, ont ainsi reçu des sorts opposés en raison de la seule qualité de leur auteur. Il en résulte que la correction des acquisitions prédatrices numériques repose intégralement sur l'initiative de deux autorités, la FTC et le DOJ, dont l'abstention a déjà été constatée à propos de l'acquisition inversée de talents. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'instrument mobilisé contre Facebook a été la section 2 du Sherman Act plutôt que la section 7 du Clayton Act, l'acquéreur et sa cible ne formant plus, une fois l'opération réalisée, qu'une seule et même « person » au sens des lois antitrust⁵⁰⁰.

Conséquemment, le contrôle ex post américain est fondamentalement maigre, et ne permet pas de rattraper les erreurs de type II commises lors du contrôle ex ante américain.

Au-delà du contrôle ex post, la procédure du contrôle ex ante des concentrations, de part et d'autre de l'Atlantique, est-elle aussi frappée par les spécificités des marchés numériques.

Chapitre 3 - Des procédures européenne et américaine déconnectées des réalités numériques

La déconnection des procédures européenne et américaine des réalités numériques procède tant de l'archaïsme du déroulement des procédures de contrôle (Section I - L'archaïsme du déroulement des procédures de contrôle) que de la mise en oeuvre de mesures correctives pertinentes (Section II - La difficile mise en oeuvre de mesures correctives pertinentes).

⁴⁹⁸ State of New York v. Facebook, Inc., No. 20-cv-03689 (JEB), 2021 WL 2643724 (D.D.C. June 28, 2021).

⁴⁹⁹ FTC v. Facebook, Inc., No. 20-cv-03590 (JEB), 2022 WL 103308 (D.D.C. Jan. 11, 2022).

⁵⁰⁰ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 771 (1984).

Section 1 - L'archaïsme du déroulement des procédures de contrôle

L'économie numérique, de par ses spécificités, chamboule les piliers, les fondements des procédures du contrôle des concentrations. Il convient dès lors d'examiner, dans un premier temps, l'inadaptation des obligations de suspension et des sanctions qui les assortissent (A - Le paradoxe de la permissivité induite par des obligations de suspension et des sanctions du gun jumping désuètes), puis, dans un second temps, l'incompatibilité de la temporalité administrative avec celle du secteur (B - Des phases administratives de contrôle incompatibles avec la célérité de l'économie numérique).

A - Le paradoxe de la permissivité induite par des obligations de suspension et des sanctions du gun jumping désuètes

L'obligation de suspension revêt, en Droit communautaire, un caractère statutaire et suspensif. L'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004 dispose en effet qu'une concentration de dimension européenne ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée ni avant d'avoir été déclarée compatible avec le marché commun. L'notification comme l'autorisation constituent ainsi des préalables à la clôture de l'opération⁵⁰¹. L'obligation est en outre perpétuelle, en ce qu'elle couvre indifféremment la phase I de vingt-cinq jours ouvrables et la phase II de quatre-vingt-dix jours ouvrables, et elle est surtout indifférente à la forme, la notion de réalisation ayant été délibérément conçue de manière large et embrassant aussi bien les actes contractuels que les actes opérationnels ou technologiques⁵⁰². Sa méconnaissance est sanctionnée, au titre de l'article 14, paragraphe 2, du règlement, par une amende pouvant atteindre 10% du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées, à quoi s'ajoutent les astreintes de l'article 15, paragraphe 1, à hauteur de 5% du chiffre d'affaires journalier. L'infraction est autonome de celle tirée du défaut de notification, la Cour de Justice ayant jugé que l'article 4, paragraphe 1, prévoit une obligation de faire quand l'article 7, paragraphe 1, prévoit une obligation de ne pas faire⁵⁰³. L'obligation n'est cependant pas absolue. En effet,

⁵⁰¹ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 471 et 472.

⁵⁰² Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, pts 34 à 38.

⁵⁰³ CJUE, 4 mars 2020, aff. C-10/18 P, Mowi ASA c/ Commission, ECLI:EU:C:2020:149, pt 104. ; Idot L., «

l'article 7, paragraphe 2, exonère de plein droit les offres publiques d'achat ou d'échange et les séries de transactions sur titres réalisées auprès de plusieurs vendeurs, sous la double réserve d'une notification sans délai et d'une abstention dans l'exercice des droits de vote, sauf à sauvegarder la pleine valeur de l'investissement, et l'article 7, paragraphe 3, ouvre une dérogation générale sur demande motivée⁵⁰⁴. La frontière est d'un maniement délicat, ainsi qu'en témoigne le contraste entre l'affaire Veolia/Suez, dans laquelle la Commission a étendu le bénéfice du paragraphe 2 à la première étape d'une concentration unique quand bien même l'acquisition de 29,9% auprès d'un vendeur unique ne constituait ni une offre publique ni une série de transactions⁵⁰⁵, et l'affaire Marine Harvest, dans laquelle l'acquisition de 48,5% auprès d'un vendeur unique a été regardée comme emportant dès la première étape un contrôle de fait et, partant, un *gun jumping*⁵⁰⁶. Le Tribunal avait également admis, dans l'affaire Aer Lingus, que l'acquisition d'une participation ne conférant pas en elle-même le contrôle puisse relever du champ de l'article 7⁵⁰⁷.

Le Droit américain ne connaît pas d'obligation de suspension à proprement parler. Le HSR Act se borne à instituer une obligation de notification préalable au-delà des seuils et une période d'attente de trente jours, réduite à quinze jours pour les offres publiques en numéraire et pour les procédures collectives, les parties pouvant clôturer avant son terme sous la condition non négligeable de l'accord exprès de la FTC ou du DOJ⁵⁰⁸. Il en résulte deux divergences. La première tient à la durée, la période européenne étant ouverte quand la période américaine est définie et finie. La seconde, plus décisive, tient à ce que la méconnaissance de la période d'attente constitue techniquement une violation civile dont la mise en œuvre intervient le plus souvent après la clôture et repose sur la cession plutôt que sur la prévention *ex ante*. Qui plus est, le fondement est dédoublé puisque le *gun jumping* procédural relève de la section 7A du Clayton Act et de sanctions civiles plafonnées à 43792 dollars par jour de violation continue⁵⁰⁹, quand le *gun jumping* substantiel relève de la section 1 du Sherman Act et de la section 5 du

Droit de l'Union européenne », chronique, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 3, 2020, p. 759 ; Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 489 et 496.

⁵⁰⁴ Comm. UE, décis. du 11 février 2011, aff. M.5969, SC Johnson/Sara Lee, refus de dérogation.

⁵⁰⁵ Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 474 et 475 ; Comm. UE, décis. du 17 décembre 2020, aff. M.9969, Veolia/Suez.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 476 ; Comm. UE, décis. du 23 juillet 2014, aff. M.7184, Marine Harvest/Morpol.

⁵⁰⁷ Trib. UE, 6 juillet 2010, aff. T-411/07, Aer Lingus Group c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:281, pt 83.

⁵⁰⁸ 15 U.S.C. § 18a(a)(1) et (b)(1) (2018) ; 16 C.F.R. § 803.11(c).

⁵⁰⁹ 15 U.S.C. § 18a(g)(1) (2018) ; 16 C.F.R. § 1.98.

FTC Act et suppose alors une appréciation des effets anticoncurrentiels du comportement⁵¹⁰. Il convient de relever que le critère américain de la réalisation est en apparence plus accueillant que le critère européen. La réglementation entend en effet la détention comme la *beneficial ownership*, laquelle recouvre le droit de bénéficier de toute augmentation de valeur, le risque de perte, le droit de vote et le pouvoir de disposition, et les autorités en déduisent tout indice de transfert du contrôle opérationnel ou décisionnel de la cible avant l'expiration du délai⁵¹¹. Ont ainsi été retenus la combinaison des pouvoirs de décision en matière de contrats, de clients et de prix⁵¹², l'installation d'un salarié de l'acquéreur approuvant les contrats de la cible⁵¹³, l'octroi de titres professionnels et de cartes de visite⁵¹⁴, les stipulations d'un accord de fusion soumettant à l'accord de l'acquéreur la conclusion de contrats et les cessions de propriété intellectuelle⁵¹⁵, la gestion des actifs de la cible pour le compte de l'acquéreur⁵¹⁶ et le contrôle de sa production par une convention de tolling⁵¹⁷. Le critère américain saisit donc en théorie ce que le critère européen, concentré sur le changement durable de contrôle, laisse échapper.

La Cour de Justice a circonscrit la notion de réalisation en jugeant que celle-ci a lieu dès que les parties mettent en œuvre des opérations contribuant à changer durablement le contrôle sur l'entreprise cible, et que les opérations qui ne sont pas utiles pour parvenir à ce changement, quand bien même elles seraient accessoires ou préparatoires et produiraient des effets sur le marché, ne relèvent pas de l'article 7 faute de présenter un lien fonctionnel direct avec la réalisation de la concentration⁵¹⁸. Le critère est ainsi parfaitement ajusté à l'opération industrielle, en ce qu'il trace une frontière lisible entre les actes préparatoires, permis, et les actes emportant maîtrise, prohibés. Il perd toute prise sur l'opération numérique, et ce pour trois raisons qu'il convient de distinguer. D'abord, l'intégration des données n'emporte aucun

⁵¹⁰ *Insilco Corp.*, 125 F.T.C. 293 (1998) ; Federal Trade Commission, *In the Matter of Bosley, Inc. and Aderans America Holdings*, dossier n° 121-0184, 2013 ; *United States v. Flakeboard America Ltd.*, No. 3:14-cv-4949 (N.D. Cal. 2014).

⁵¹¹ (16 C.F.R. § 801.1(c) ; Statement of Basis and Purpose, 43 Fed. Reg. 33449, 33458 (31 juillet 1978) ; Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 486).

⁵¹² *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.*, No. 03-cv-00198 (D.D.C. 2003).

⁵¹³ *United States v. Computer Associates International, Inc.* (D.D.C. 2002).

⁵¹⁴ *United States v. Input/Output, Inc.*, No. 1:99-cv-00912 (D.D.C. 1999).

⁵¹⁵ *United States v. Qualcomm, Inc. and Flarion Technologies* (D.D.C. 2006).

⁵¹⁶ *United States v. Atlantic Richfield Co.* (D.D.C. 1991).

⁵¹⁷ *United States v. Duke Energy Corp.* (D.D.C. 2017).

⁵¹⁸ CJUE, 31 mai 2018, aff. C-633/16, *Ernst & Young P/S*, ECLI:EU:C:2018:371, pts 46 et 49 ; Kerimol A.-T., *L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 464 et p. 493.

changement de contrôle juridique, la propriété des titres de la cible demeurant entre les mains du cédant quand bien même les flux de données auraient été détournés, fusionnés et absorbés dans les systèmes de l'acquéreur. Ensuite, l'algorithme constitue le véritable siège du pouvoir sur une plateforme, l'accès aux modèles de la cible permettant à l'acquéreur d'infléchir sa tarification, son interface, son expérience utilisateur et son effort de développement sans qu'aucune nomination ni aucune décision d'organe social n'intervienne. Enfin, les effets de réseau produisent un verrouillage pratique, la séparation des deux plateformes une fois leurs utilisateurs réunis au sein d'une interface unifiée devenant préjudiciable aux utilisateurs eux-mêmes. Il s'agit là du problème des œufs brouillés, les « scrambled eggs ». Une fois les ensembles de données réunis et les modèles d'apprentissage réentraînés sur la base combinée, la séparation n'est pas seulement coûteuse, elle est parfois techniquement impossible, les modèles ne pouvant être désentraînés et les données ne pouvant être désassemblées⁵¹⁹. Le constat mérite d'être rapproché de l'origine même du contrôle préalable américain, dont l'un des objets, lors du vote du titre II de l'Antitrust Improvements Act de 1976, était précisément de remédier à la difficulté qu'il y a à « débrouiller les oeufs »⁵²⁰. La métaphore qui avait justifié l'institution du contrôle ex ante resurgit ainsi à l'intérieur de la procédure ex ante elle-même s'agissant du numérique, l'irréversibilité s'étant déplacée de l'aval du contrôle vers son cours même.

La difficulté se double d'un obstacle probatoire. Le gun jumping classique procède d'actes visibles, à savoir le dépôt de documents de transfert, l'annonce publique d'une intégration opérationnelle ou le déplacement d'équipements. L'intégration numérique peut s'accomplir au moyen de données, or aucune autorité ne disposant du pouvoir de procéder à des audits inopinés des flux de données au cours de la période d'examen. Les instruments existent pourtant, qu'il s'agisse des demandes de renseignements de l'article 11, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004 ou des inspections de l'article 13, mais ils sont mobilisés en phase II et non à titre systématique, et leur déclenchement résulte d'un signal extérieur. Par exemple, l'affaire Altice avait été initiée par des articles de presse mentionnant des visites de dirigeants au siège de la cible⁵²¹ et l'affaire Illumina n'ayant été décelée que parce que l'acquéreur avait publiquement annoncé la clôture.

⁵¹⁹ OCDE, *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun-Jumping*, 2018 ; Shapiro C., Varian H. R., *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston, Harvard Business School Press, 1999, 352 p., chap. 5 et 6.

⁵²⁰ Elzinga K., « The Antimerger Law. Pyrrhic Victories ? », *Journal of Law & Economics*, vol. 12, 1969, p. 43 ; Calvani T., Hedge J., « Review of Consummated Mergers. Are Changes in Store ? », *Antitrust*, vol. 34, n° 3, été 2020, p. 28

⁵²¹ Comm. UE, aff. M.7993, *Altice/PT Portugal*, rapport final du conseiller-auditeur ; Kerimol A.-T., *L'efficacité*

La Commission a considérablement durci sa pratique, les amendes étant passées de 33000 euros dans l'affaire Samsung/AST en 1998 et de 219000 dans l'affaire A.P. Møller à vingt millions d'euros dans les affaires Electrabel⁵²² et Marine Harvest, puis à 28 millions d'euros dans l'affaire Canon/Toshiba⁵²³, à 124,5 millions euros dans l'affaire Altice, ramenés de 10% par le Tribunal⁵²⁴, et enfin à 432 millions d'euros dans l'affaire Illumina⁵²⁵. Dans cette dernière affaire, la Commission a établi que l'acquéreur avait sciemment et délibérément méconnu l'obligation de suspension et qu'il avait stratégiquement mis en balance le risque d'une amende de 432 millions d'euros. L'amende prononcée correspondait au plafond de 10% et la Commission a également infligé une amende symbolique de 1000 euros à la cible, sanctionnant pour la première fois l'entreprise acquise. Le maximum légal a donc été intégré par l'acquéreur comme un simple coût de transaction.

Le Droit américain s'abstient complètement en la matière. L'amende la plus élevée jamais prononcée pour une violation de la procédure HSR s'élève à 11 millions de dollars⁵²⁶. Les autres poursuites portant sur des montants dérisoires au regard des enjeux, à l'image des 637950 dollars réclamés à un dirigeant en 2021⁵²⁷. Les autorités traitent au demeurant les primo-notifiants avec une tolérance certaine, s'abstenant en principe de requérir des sanctions lorsque l'omission a été commise par inadvertance et que les parties se conforment rapidement⁵²⁸. Les lignes directrices du 18 décembre 2023 n'introduisent aucun mécanisme procédural destiné à prévenir l'intégration préalable à la clôture et se bornent à renforcer les exigences substantielles.

L'obligation de suspension, conçue comme la simple garantie du contrôle ex ante, devient dans le secteur numérique l'unique moment utile de l'intervention, dès lors que la

du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 494 et 495.

⁵²² Comm. UE, aff. M.4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône ; Trib. UE, 12 décembre 2012, aff. T-332/09, Electrabel c/ Commission, ECLI:EU:T:2012:672 ; CJUE, 3 juillet 2014, aff. C-84/13 P, Electrabel c/ Commission.

⁵²³ Comm. UE, décis. du 27 juin 2019, aff. M.8179, Canon/Toshiba Medical Systems.

⁵²⁴ Comm. UE, décis. du 24 avril 2018, aff. M.7993, Altice/PT Portugal ; Trib. UE, 22 septembre 2021, aff. T-425/18, Altice Europe c/ Commission, ECLI:EU:T:2021:607.

⁵²⁵ Comm. UE, décis. du 12 juillet 2023, aff. M.10483, Illumina/Grail.

⁵²⁶ United States v. VA Partners I LLC, No. 16-cv-01672 (N.D. Cal. 2016).

⁵²⁷ United States v. Richard D. Fairbank, No. 1:21-cv-02325 (D.D.C. 2021).

⁵²⁸ Federal Trade Commission, Department of Justice, Hart-Scott-Rodino Annual Report for Fiscal Year 2019, p. 8.

cession, remède ordinaire du contrôle ex post, y est matériellement impraticable. Sa violation ne constitue donc plus un manquement procédural mais un contournement du régime tout entier. Or c'est très précisément sur ce point que les deux systèmes se révèlent les plus faibles.

B - Des phases administratives de contrôle incompatibles avec la célérité de l'économie numérique

Le contrôle européen s'ouvre sur une phase de prénotification qui n'est enserrée dans aucun délai et au cours de laquelle les parties adressent aux services de la Direction Générale de la concurrence un mémorandum sur l'opération projetée, sont orientées vers la forme de notification adéquate et peuvent solliciter des dispenses d'informations⁵²⁹. Sa durée moyenne a été évaluée par la Commission à dix-huit ou dix-neuf jours ouvrables entre 2014 et 2019 pour les opérations relevant de la procédure simplifiée, quand un praticien l'a estimée à cent douze jours en 2016 pour les procédures normales, en rapprochant la date d'annonce publique de la transaction de celle de la publication du formulaire CO⁵³⁰. Vient ensuite la phase I, d'une durée de vingt-cinq jours ouvrables portés à trente-cinq en cas d'engagements ou de demande de renvoi, au cours de laquelle des réunions d'état des lieux sont organisées dans les vingt jours ouvrables suivant la notification⁵³¹. La phase II ouvre enfin un délai de quatre-vingt-dix jours ouvrables, augmenté de quinze jours en cas d'engagements et de vingt jours sur demande des parties ou de leur agrément, soit cent vingt-cinq jours ouvrables, au cours desquels interviennent la communication des griefs, à laquelle les parties disposent de dix jours ouvrables pour répondre, l'accès au dossier, l'audition formelle et la consultation du comité consultatif⁵³². Sur les trois cent soixante-dix-neuf notifications reçues en 2022, deux cent quatre-vingt-onze, soit 76,78%, ont été déclarées compatibles au terme de la phase I, et la Commission n'a ouvert une phase II que dans environ 3,4% des cas, trente-trois opérations sur huit mille neuf cent quatre vingt-dix ayant été interdites entre 1990 et 2023⁵³³.

⁵²⁹ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 455 et 456.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 456.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 511 et 514 ; Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 10, § 1.

⁵³² Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, art. 10, §§ 3 et 4, art. 18, §§ 1 à 3, et art. 19, § 3.

⁵³³ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 511, 512 et 518.

Par ailleurs, le contrôle américain n'est pas plus rapide. La période d'examen initiale de trente jours, ou de quinze jours pour les procédures accélérées, est amputée de la procédure de clearance entre les deux autorités fédérales, laquelle occupe selon l'American Bar Association sept à neuf jours ouvrables et trois jours dans les procédures accélérées, puis des quelques jours ouvrables nécessaires à la préparation et à la validation hiérarchique d'une seconde demande⁵³⁴. Ces contraintes ont engendré des détournements, consistant à déclencher une seconde demande pour des opérations qui ne l'auraient pas requis afin de se ménager le temps de l'examen, ou au contraire à solliciter des parties le retrait puis la réintroduction de la notification. La seconde demande ouvre pour sa part un nouveau délai de trente jours, ou de dix jours en cas d'offre publique, qui ne commence à courir qu'à compter d'une « conformation » dont les autorités sont juges⁵³⁵. Le coût médian de cette conformation a été évalué à 4,3 millions dollars par partie, dans une fourchette allant de 2 à 9 millions⁵³⁶.

Le secteur numérique évolue selon une temporalité sans commune mesure avec celle desdites procédures. Les services numériques se déploient à l'échelle de plusieurs marchés géographiques et de plusieurs catégories d'utilisateurs pour un coût et un temps marginaux. L'intégration de deux plateformes relève d'un simple déploiement logiciel qui n'excède pas quelques jours, quand l'examen administratif se compte en mois, durée disproportionnée au regard du cycle technologique. Les juridictions de l'Union l'avaient elles-mêmes admis, le Tribunal ayant jugé qu'une période de trois ans est particulièrement longue s'agissant d'un secteur caractérisé par des cycles d'innovation courts⁵³⁷, et la Commission ayant relevé, dans les affaires Microsoft/Skype et Facebook/WhatsApp, que les parts de marché présentaient une valeur explicative réduite dès lors que le marché était naissant et que les évolutions y étaient rapides⁵³⁸. L'incompatibilité a pour résultat que le contrefactuel construit au stade de la notification, qui commande la comparaison entre les conditions de concurrence résultant de l'opération et celles qui prévaudraient en son absence, est fatalement périmé au jour de la décision.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 512 et 513 ; American Bar Association, *FTC Practice and Procedure Manual*, 2e éd., ABA Publishing, 2014, p. 257 ; Wait A. L., Eklund A. W., « Nothing to See Here ! Clearing the Deal in the Initial HSR Waiting Period », *The Antitrust Source*, février 2019, p. 6.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 519 et 520 ; 15 U.S.C. § 18a(e)(1) et (2) (2018).

⁵³⁶ Boberg P., Dick A., « Findings from the Second Request Compliance Burden Survey », *The Threshold*, 2014, p. 3 et 26 ; Bailey M. S., « The Hart-Scott-Rodino Act. Needing a Second Opinion About Second Requests », *Ohio State Law Journal*, vol. 67, p. 433.

⁵³⁷ Trib. UE, 11 décembre 2013, aff. T 79/12, *Cisco Systems et Messagenet c/ Commission*, ECLI:EU:T:2013:635, pt 121.

⁵³⁸ Comm. UE, décis. du 7 octobre 2011, aff. M.6281, *Microsoft/Skype*, pts 78 à 80 ; Comm. UE, décis. du 3 octobre 2014, aff. M.7217, *Facebook/WhatsApp*, pt 99.

L'archaïsme procédural se prolonge naturellement au stade des mesures correctives.

Section 2 - La difficile mise en œuvre de mesures correctives pertinentes

Le contrôle des concentrations n'a pas de vocation répressive, la déclaration d'incompatibilité avec le marché intérieur constituant une solution extrême et rare. La correction spontanément proposée par les parties est ainsi largement préférée à l'interdiction, aux États-Unis comme en Europe. Cependant, le secteur numérique éprouve l'efficacité de la correction, en ce qu'une partie du panel dont disposent les deux autorités s'y révèle inopérante (A - La défaillance d'une partie du panel de remèdes européens et américains face au secteur numérique), ce qui requiert une mobilisation plus ambitieuse des seules mesures qui y conservent une portée réelle (B - La nécessité commune d'une utilisation plus ambitieuse des mesures correctives liées à la cession et à l'accès).

A - La défaillance d'une partie du panel de remèdes européens et américains face au secteur numérique

Les deux systèmes retiennent une taxinomie identique, les parties pouvant s'engager soit par la conclusion de remèdes comportementaux, soit par des remèdes structurels, soit encore par des composants hybrides des deux formes précédentes⁵³⁹. Les mesures structurelles consistent en des engagements portant sur l'agencement et la composition des entreprises ou en des cessions par lesquelles celles-ci vendent une partie de leurs actifs à un ou plusieurs tiers, tandis que les mesures comportementales visent à réglementer le comportement futur de l'entité issue de l'opération par des obligations de faire ou de ne pas faire allant à l'encontre de ses intérêts économiques, ce dont il résulte qu'elles doivent faire l'objet d'un contrôle à long terme⁵⁴⁰. Qui plus est, il existe une catégorie intermédiaire, celle des remèdes d'accès, ou remèdes quasi structurels, qui présentent la nature d'engagements comportementaux tout en produisant des effets analogues à ceux d'une cession, en ce qu'ils garantissent aux concurrents

⁵³⁹ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 524 ; United States et al. v. Ticketmaster Entertainment, Inc. et al., No. 1:10-cv-00139 (D.D.C. 2010) ; Comm. UE, décis. du 8 septembre 2015, aff. M.7278, General Electric/Alstom.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 524 et 525 ; Bure F., Bary L., « Disruptive Innovation and Merger Remedies. How to Predict the Unpredictable ? », Concurrences, n° 3-2017 ; rappr. Hovenkamp H., *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, 368 p., chap. 8.

un accès à des conditions appropriées à un actif nécessaire pour les concurrencer, qu'il s'agisse d'une infrastructure clé ou d'un droit de propriété intellectuelle, par la voie d'un transfert ou, plus fréquemment, d'une licence ou d'un bail laissant la propriété inchangée⁵⁴¹.

La préférence pour le remède structurel est commune aux deux ordres. En effet, ce type de remède est presque “instantané”, efficace et ne demande aucune surveillance de la part de l'autorité⁵⁴², soit, en termes économiques, à ce qu'il est typiquement irréversible et dispense de tout contrôle continu, ce dont il résulte qu'il peut être regardé comme une mesure ponctuelle⁵⁴³. La communication de 2008 énonce ainsi que la cession offre la meilleure réponse aux risques de concurrence résultant de chevauchements horizontaux, de même que pour les risques d'ordre vertical ou ceux liés à un conglomérat, quand les mesures comportementales y sont reléguées au dernier plan et présentées de manière lapidaire, la Commission insistant sur les difficultés de suivi et considérant qu'elles ne peuvent être qu'exceptionnelles⁵⁴⁴. Le Droit américain retient la même hiérarchie, le DOJ fondant sa prédilection sur le caractère net et certain de la cession et sur le souci d'éviter l'enchevêtrement durable de l'autorité publique dans le fonctionnement du marché⁵⁴⁵. Ainsi, 71 % des remèdes acceptés par la Commission entre 2011 et 2016 sont des remèdes de cession, dont 36 % de cessions simples portant sur des activités autonomes préexistantes et 35 % de cessions complexes⁵⁴⁶.

Cette défiance à l'égard des engagements comportementaux découle du rachat de McDonnell Douglas par Boeing, opération que la Commission avait finalement autorisée sous conditions en cédant aux pressions américaines, alors que les engagements consentis étaient purement comportementaux et consistaient dans le maintien pendant dix ans du statut d'entité juridique distincte de la branche d'aviation de la cible, dans la renonciation aux clauses

⁵⁴¹ Maier-Rigaud F. P., Loertscher B., « Structural vs. Behavioural Remedies », CPI Antitrust Chronicle, 2020, p. 1-9, 3 et 6 ; Motta M., Polo M., Vasconcelos H., « Merger Remedies in the European Union. An Overview », Antitrust Bulletin, vol. 52, n° 3-4, 2007, p. 603-631, 619.

⁵⁴² Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 524 et 525.

⁵⁴³ Davies S. W., Lyons B., Mergers and Merger Remedies in the EU, Edward Elgar, p. 41.

⁵⁴⁴ Commission européenne, communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 et au règlement (CE) n° 802/2004, JOUE C 267 du 22 octobre 2008, p. 1, pts 17 et 69 ; Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2547 et 2549, p. 1642 et 1643

⁵⁴⁵ United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, 331 (1961) ; California v. American Stores Co., 495 U.S. 271, 280-281 (1990) ; Federal Trade Commission, Merger Remedies, 2012, p. 5.

⁵⁴⁶ Zhou S., Merger Control Remedies in Digital Era, Beijing International Economy Law Society, 2021, p. 5 et 6.

d'exclusivité, dans l'octroi de licences non exclusives de brevets contre une redevance équitable et dans l'engagement de ne pas instrumentaliser ses fournisseurs⁵⁴⁷. Cependant, dans l'arrêt Gencor le juge de l'Union a estimé que de simples vœux pieux de ne pas abuser d'une position dominante ne sauraient être acceptés au regard de l'objectif de contrôler la structure des marchés, mais il a jugé dans le même temps que des engagements de type comportemental ne sauraient être exclus a priori, à l'instar de la non-utilisation d'une marque pendant une certaine période, de la mise à disposition de tiers concurrents d'une partie de la capacité de production ou de l'accès à une infrastructure essentielle dans des conditions non discriminatoires⁵⁴⁸. La Cour de Justice a pris position plus fermement encore dans l'affaire Tetra Laval, en relevant la sous-estimation par la Commission des engagements proposés et en reprochant à celle-ci de les avoir écartés par principe dans ses motifs⁵⁴⁹, et le Tribunal a estimé, en réponse à l'argument tiré de la faiblesse d'engagements en raison de leur nature comportementale, que de tels engagements ne sont pas par nature insuffisants pour prévenir la création ou le renforcement d'une position dominante et doivent être appréciés au cas par cas de la même manière que les engagements structurels⁵⁵⁰.

S'agissant de l'économie digitale, dès lors que les concentrations numériques présentent majoritairement une dimension non horizontale, les autorités ont infléchi leur préférence des remèdes de cession vers les remèdes hors cession, l'objectif étant de recréer un concurrent pour remplacer celui que l'opération a supprimé perdant son objet lorsque les parties ne sont pas des concurrentes directes⁵⁵¹. Ainsi, le rachat de LinkedIn par Microsoft n'a pu être autorisé qu'au moyen d'une panoplie d'engagements comportementaux destinés à garantir aux utilisateurs européens un choix entre différents réseaux sociaux professionnels, Microsoft s'étant engagé à ce que les fabricants et distributeurs d'ordinateurs soient libres de ne pas installer l'application sous Windows et à permettre aux utilisateurs de la désinstaller, à permettre aux prestataires concurrents de maintenir les niveaux d'interopérabilité existants avec sa suite bureautique grâce au complément d'Office et aux interfaces de programmation d'applications, et à leur accorder

⁵⁴⁷ Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2540, p. 1636.

⁵⁴⁸ TPICE, 25 mars 1999, aff. T-102/96, Gencor c/ Commission, ECLI:EU:T:1999:65, pts 317 et 319.

⁵⁴⁹ CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03 P, Commission c/ Tetra Laval, ECLI:EU:C:2005:87, pts 80 à 85 ; TPICE, 25 octobre 2002, aff. T-5/02, Tetra Laval c/ Commission, ECLI:EU:T:2002:264, pts 429 à 43.

⁵⁵⁰ TPICE, 4 juillet 2006, aff. T-177/04, easyJet c/ Commission, ECLI:EU:T:2006:187, pt 182 ; TPICE, 3 avril 2003, aff. T-114/02, BaByliss c/ Commission, ECLI:EU:T:2003:100.

⁵⁵¹ Zhou S., *Merger Control Remedies in Digital Era*, Beijing International Economy Law Society, 2021, p. 5 et 6.

l'accès à Microsoft Graph, ces engagements ayant été pris pour cinq ans⁵⁵². S'agissant de l'affaire Qualcomm/NXP, l'acquéreur s'est engagé à préserver l'interopérabilité des produits des tiers avec ses chipsets et les puces NFC et SE de la cible, à maintenir les licences MIFARE, dont il aurait été incité à relever les redevances ou à les interrompre, et à renoncer au pouvoir de négociation disproportionné né du regroupement des brevets NFC des deux parties, en s'abstenant d'acquérir les brevets essentiels de norme de la cible comme d'agir sur leur fondement⁵⁵³. Or, un simple engagement consistant à adopter certains comportements commerciaux ne peut suffire dans le numérique, de tels engagements ne pouvant être envisagés qu'à titre exceptionnel dans des problèmes de type conglomérat⁵⁵⁴. La difficulté est exacerbée s'agissant des acquisitions prédatrices, puisque le remède le plus efficace serait la cession, mais son efficacité devrait être établie au cas par cas et se heurte à la difficulté pour les autorités de concurrence d'estimer, au moment de la transaction, les effets de l'acquisition sur la concurrence à long terme. Quant aux remèdes comportementaux et d'accès, il est peu probable qu'ils suffisent à éliminer entièrement les préoccupations et qu'ils puissent être mis en œuvre à bref délai sans requérir de mesures de suivi à moyen ou long terme. Une acquisition permet à l'opérateur en place de renforcer sa position à long terme et emporte la perte d'une innovation future potentielle. Si le renforcement de la position à long terme peut être écarté par un engagement de licence ou de garantie d'interopérabilité permettant aux tiers d'accéder à la technologie, la perte d'une innovation future ne saurait guère l'être. Elle pourrait certes être traitée en exigeant des parties qu'elles maintiennent en vie le projet d'innovation considéré, mais l'effectivité d'un tel engagement supposerait un suivi à moyen ou long terme. En réalité, le remède le plus adapté au numérique est ainsi celui dont la révisabilité est la plus grande.

S'agissant du Droit américain, la contrainte du Tunney Act, qui soumet le consentement à une homologation judiciaire précédée d'une période de commentaires publics de soixante jours et de la production d'un Competitive Impact Statement, a incité le DOJ à recourir à une pratique plus souple, celle du fix-it-first, par laquelle les parties sont invitées à restructurer leur transaction lorsque des problèmes de concurrence ont été soulevés, la

⁵⁵² Comm. UE, décis. du 6 décembre 2016, aff. M.8124, Microsoft/LinkedIn ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2576, p. 1658.

⁵⁵³ Comm. UE, décis. du 18 janvier 2018, aff. M.8306, Qualcomm/NXP Semiconductors.

⁵⁵⁴ Commission européenne, communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 et au règlement (CE) n° 802/2004, JOUE C 267 du 22 octobre 2008, p. 1, pts 61 et 69 ; Bosco D., Prieto C., *Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations*, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2549, p. 1643.

transaction n'ayant pas été conclue et aucune demande de consentement préalable n'ayant dès lors à être déposée devant le juge⁵⁵⁵. Le fix-it-first ne peut consister qu'en des mesures correctives structurelles et doit éliminer entièrement la menace du dommage concurrentiel⁵⁵⁶. Il souffre cependant de deux faiblesses. La première tient à l'asymétrie d'information, les parties pouvant être tentées, selon l'expression de l'ancien commissaire Thomas Rosch, de « céder les manches de leur gilet », c'est-à-dire des actifs ou des licences représentant une part non significative de leur patrimoine au regard de la concentration projetée⁵⁵⁷. La seconde tient à ce que la pratique dépend d'abord de l'initiative des parties et n'a pas été formalisée par la FTC⁵⁵⁸. La FTC a de son côté développé un instrument assez intéressant pour le numérique, la clause d'approbation préalable. Les opérations réglées par un consentement préalable peuvent comporter une clause de prior approval, qui oblige les parties à obtenir l'autorisation de l'autorité avant toute acquisition ultérieure sur les marchés pertinents où l'atteinte a été alléguée, indépendamment des seuils de notification et, selon les circonstances, sur des marchés plus vastes. L'obligation court pendant dix ans au moins⁵⁵⁹. Les premières applications en ont été faites dans le secteur des cliniques de dialyse, l'entreprise DaVita s'étant vu imposer un agrément préalable avant toute nouvelle acquisition sur l'entier territoire de l'Utah pour une durée de dix ans, puis dans celui des soins vétérinaires, le fonds JAB Consumer Partners ayant été soumis à l'approbation préalable de toute nouvelle acquisition dans la santé animale, quelle que soit sa taille, sa portée ou sa localisation⁵⁶⁰. Ainsi, la FTC exerce à moindres frais un contrôle contraignant sur les entreprises dans le cadre des consent orders. L'instrument paraît ainsi taillé pour l'acquisition sérielle de start-ups numérique, puisqu'il s'affranchit précisément des seuils du HSR Act. Il souffre pourtant d'une limite, puisqu'il suppose un consentement préalable, c'est-à-dire une opération antérieure qui a été notifiée, instruite et négociée. Or c'est très exactement ce que

⁵⁵⁵ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 528 ; Department of Justice, communiqué, Justice Department Requires Divestitures in Order for BB&T and SunTrust to Proceed with Merger, 8 novembre 2019.

⁵⁵⁶ Department of Justice, Merger Remedies Manual, septembre 2020, p. 17.

⁵⁵⁷ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 528 et 529.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 529.

⁵⁵⁹ Federal Trade Commission, Statement of the Commission on Use of Prior Approval Provisions in Merger Orders, 25 octobre 2021 ; Khan L. M., Remarks Regarding the Proposed Rescission of the 1995 Policy Statement on Prior Approval and Prior Notice Provisions, Federal Trade Commission, 21 juillet 2021.

⁵⁶⁰ Federal Trade Commission, In the Matter of DaVita Inc. and Total Renal Care, Inc., dossier n° 211-0013, 10 novembre 2021 ; Federal Trade Commission, In the Matter of JAB Consumer Partners/VIPW/Ethos Veterinary Health, 29 juin 2022.

l'acquisition prédatrice numérique contourne. La clause d'approbation préalable ne corrige donc la permissivité américaine qu'à l'égard des opérateurs déjà saisis par le contrôle.

B - La nécessité commune d'une utilisation plus ambitieuse des mesures correctives liées à la cession et à l'accès

Le panel des mesures correctives n'est pas en soi inadapté, les conditions de recevabilité de la cession d'une activité viable et compétitive constituant même celle de tout le dispositif qui se prête le mieux aux caractéristiques du numérique, à la condition d'être appliquée avec rigueur. La communication de 2008 exige en effet que la cession porte sur une activité et non sur des éléments isolés. Ainsi, il n'est pas possible de céder un droit de propriété intellectuelle et il convient d'englober tous les éléments qui concourent à ce que l'activité soit opérationnelle, tel le personnel et notamment les agents qui assurent la recherche et le développement ou les services informatiques⁵⁶¹. Cela permet d'appréhender les spécificités de l'acquisition numérique, à savoir que la valeur de la cible ne réside ni dans le brevet, ni dans le code, ni dans l'ensemble de données considérés isolément, mais dans leur assemblage, leur mise en relation avec les équipes qui les entretiennent. L'affaire Siemens/Alstom en fournit la démonstration par le contre-exemple. Sur le marché du matériel roulant, la première proposition portait sur le transfert du droit de développer, de fabriquer et de commercialiser la plateforme Velaro avec transfert de technologie, mais n'incluait aucun actif de production, de fabrication, de recherche et de développement, la licence comportant en outre des restrictions telles qu'un repreneur n'aurait pu exercer une pression concurrentielle significative, tandis que la seconde, relative à la plateforme Pendolino, était limitée en substance, soumise à des accords de tiers et assortie d'une clause de rétrocession. Sur les marchés de la signalisation, l'accès offert à la technologie OBU ETCS était consenti pour une durée déterminée et laissait le repreneur dépendant de la nouvelle entité pour la fourniture de la technologie d'interface, l'ensemble excluant de surcroît les sites de fabrication et de recherche et développement de même que le personnel⁵⁶². Le raisonnement est transposable au numérique, dès lors que la licence consentie sur un modèle ou sur une base de données, détachée des équipes qui l'entraînent et la maintiennent, ne crée pas davantage un concurrent que la licence Velaro Novo ne créait un constructeur ferroviaire.

⁵⁶¹ Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2548, p. 1643 ; Commission européenne, communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 et au règlement (CE) n° 802/2004, JOUE C 267 du 22 octobre 2008, p. 1

⁵⁶² *Ibid.*, n° 2564, p. 1651 ; Comm. UE, décis. du 6 février 2019, aff. M.8677, Siemens/Alstom.

Ce que toute proposition corrective doit poursuivre est en définitive l'émergence d'un opérateur capable d'animer un processus concurrentiel dynamique⁵⁶³, objectif que l'acquisition prédatrice a précisément pour objet de contrarier.

Il en résulte, en premier lieu, que les mesures d'accès ne devraient être admises dans le secteur numérique qu'à la condition de recevoir la qualification structurelle que la Commission réserve aux autorisations d'accès aux infrastructures, aux réseaux et aux technologies clés comme à certains droits de propriété intellectuelle ou à des intrants indispensables, laquelle suppose que ces autorisations soient véritablement non discriminatoires et exemptes de tout problème d'interopérabilité⁵⁶⁴. Les rares remèdes numériques qui satisfont cette exigence sont ceux qui adossent l'accès à une obligation de maintien de la qualité et de l'effort de développement. Dans l'affaire Cisco/Tandberg, l'engagement a associé la cession des droits de propriété intellectuelle sur le protocole d'interopérabilité, la publication d'une bibliothèque de code source sous licence libre et l'implémentation de ce protocole sur une gamme de produits⁵⁶⁵. Dans l'affaire Google/ITA, la licence obligatoire portait sur le système exploité et sur le produit en développement de ITA et a été assortie d'une clause de qualité des conditions, d'engagements de maintenance et de recherche et développement, d'obligations d'accès aux intrants et de clauses de cloisonnement interne⁵⁶⁶. Dans l'affaire Google/Fitbit enfin, la Commission a exigé tant le maintien de l'accès des concurrents aux données par l'interface applicative que la séparation technique de ces données d'avec l'activité publicitaire de l'acquéreur⁵⁶⁷. Il s'en déduit que l'engagement d'accès n'est efficace que s'il est prémuni contre la dégradation déguisée, laquelle constitue le mode d'inexécution propre au numérique. De fait, il convient d'exiger un niveau d'interopérabilité au moins équivalent à celui qui prévalait avant l'opération et à celui dont bénéficient les produits de l'acquéreur.

Il en résulte, en second lieu, que le repreneur des actifs cédés devrait être identifié avant que la concentration notifiée ne soit réalisée. Deux techniques y pourvoient, celle de l'acquéreur initial, par laquelle les parties s'engagent à ne pas clôturer leur propre opération avant d'avoir conclu, pour l'activité cédée, un accord contraignant avec un repreneur approuvé par la Commission, et celle du règlement préalable, par laquelle elles identifient ce repreneur en

⁵⁶³ *Ibid.*, n° 2558, p. 1648.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, n° 2549, p. 1643 ; Commission européenne, communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 et au règlement (CE) n° 802/2004, JOUE C 267 du 22 octobre 2008, p. 1, pt 62.

⁵⁶⁵ Comm. UE, aff. COMP/M.5669, Cisco/Tandberg.

⁵⁶⁶ *United States v. Google Inc. and ITA Software Inc.*, Federal Register, vol. 76, n° 72, 2011.

⁵⁶⁷ Comm. UE, décis. du 17 décembre 2020, aff. M.9660, Google/Fitbit.

amont et concluent avec lui un accord décrivant les éléments essentiels de la cession⁵⁶⁸. La seconde ne doit pas être confondue avec le fix-it-first américain, dans lequel la cession est effectuée parallèlement à la procédure de contrôle, le règlement préalable européen se rapprochant davantage de l'acquéreur initial américain en ce que la cession n'intervient qu'après la décision d'autorisation⁵⁶⁹. La Commission se dit favorable au règlement préalable lorsque l'identité du repreneur est essentielle à l'efficacité de la mesure corrective, et le tient pour idoine lorsque seul un nombre très restreint de repreneurs peuvent être jugés appropriés, eu égard notamment au fait que l'activité cédée n'est pas viable en tant que telle mais ne pourra l'être que grâce à certains actifs de celui qui la reprend⁵⁷⁰, description qui correspond exactement à la cession d'une activité numérique naissante. C'est dans l'affaire Bosch/Rexroth que la Commission a imposé que l'acquéreur soit un concurrent sérieux, l'enquête ayant montré qu'il ne suffisait pas de vendre à n'importe quel acquéreur pour restaurer une concurrence effective⁵⁷¹. L'origine de cette technique se trouve dans la pratique américaine, la FTC recourant à l'acquéreur initial dans la majorité des cas⁵⁷². Le retard est donc, ici, européen. Ces techniques ne représentaient, sur les années 2016 et 2017, que 45 % des engagements structurels, le reste étant des cessions ordinaires permettant aux parties de clôturer dès l'obtention de la décision⁵⁷³. Cette proportion devrait être inversée dans le numérique, où le risque de ne pas trouver preneur est maximal. Le même motif commande de systématiser la clause dite des joyaux de la couronne, qui adjoint à l'engagement initial la cession subsidiaire d'actifs aussi attractifs et viables⁵⁷⁴. La FTC en fait un usage différent, en vendant ces actifs

⁵⁶⁸ Commission européenne, communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 et au règlement (CE) n° 802/2004, JOUE C 267 du 22 octobre 2008, p. 1, pts 53 et 56.

⁵⁶⁹ (Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 535.

⁵⁷⁰ Commission européenne, communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 et au règlement (CE) n° 802/2004, JOUE C 267 du 22 octobre 2008, p. 1, pt 57.

⁵⁷¹ Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2550, p. 1644 ; Comm. CE, déc. du 13 décembre 2000, aff. COMP/M.2337, Bosch/Rexroth.

⁵⁷² Federal Trade Commission, The FTC's Merger Remedies 2006-2012. A Report of the Bureaus of Competition and Economics, janvier 2017.

⁵⁷³ Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 535.

⁵⁷⁴ Commission européenne, communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 et au règlement (CE) n° 802/2004, JOUE C 267 du 22 octobre 2008, p. 1, pts 44 à 46.

lorsque les délais du consentement sont dépassés, non pour punir mais pour garantir l'attractivité de la cession, quand le DOJ n'en fait plus mention⁵⁷⁵.

L'efficacité de l'ensemble dépend enfin du mandataire⁵⁷⁶. Le mandataire européen doit maintenir la viabilité de l'activité avant sa vente, superviser la cession et rendre compte à la Commission de l'aptitude du repreneur proposé, quand son homologue américain se substitue aux parties pour vendre dès qu'un dépassement des délais est constaté⁵⁷⁷. Or apprécier la viabilité d'une activité numérique ne relève ni de l'expertise financière ni de l'expertise juridique. Il faut déterminer si un ensemble composé de code, de données, de modèles entraînés et d'équipes conserve, une fois détaché de l'acquéreur et rattaché à une autre entreprise, l'aptitude d'être développé et utilisé. La substitution du mandataire aux parties devient dès lors problématique, à moins de créer un système spécifique de mandataires pour les cessions numériques dans le cadre du contrôle des concentrations.

Conclusion

Au terme de cette étude, il apparaît que les Droits européen et américain du contrôle des concentrations ne sont ni globalement adaptés ni globalement inadaptés au secteur numérique, et qu'il convient de distinguer trois ensembles d'instruments.

Le premier est celui de l'adéquation. Les notions de sujet du Droit de la concurrence appréhendent intégralement l'opérateur numérique, le concept fonctionnel d'entreprise et le concept formel de « person » y parvenant par des voies opposées mais avec la même complétude. Les notions de concentration captent l'opération, le rachat total ou quasi total de la cible caractérisant un changement durable de contrôle et la section 7 du Clayton Act se satisfaisant de tout transfert de titres ou d'actifs. Le critère de l'entrave significative à une concurrence effective, refondu en 2004, saisit l'acquisition d'une cible dépourvue de position sur le marché. Les instruments d'analyse de marché ont été renouvelés de manière convergente, le nombre d'utilisateurs, la dégradation de la qualité et la valorisation de la cible relayant le prix

⁵⁷⁵ Federal Trade Commission, Merger Remedies, 2012, p. 20 ; Department of Justice, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, octobre 2004, p. 36 et 37 ; Kerimol A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre, p. 531.

⁵⁷⁶ Bosco D., Prieto C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p., n° 2542 et 2543, p. 1638.

⁵⁷⁷ Commission européenne, communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 et au règlement (CE) n° 802/2004, JOUE C 267 du 22 octobre 2008, p. 1, pts 102, 111 et 112.

et la part de marché. Le répertoire des scénarios anticoncurrentiels a été réécrit de part et d'autre. La cession d'une activité viable et compétitive, enfin, exige le transfert des équipes de recherche et de développement avec les actifs, ce qui correspond exactement à la structure de valeur d'une entreprise numérique. Aucune refondation conceptuelle n'était requise et aucune n'a été opérée.

Le deuxième ensemble est celui des instruments applicables mais dont les conditions de mise en œuvre sont rarement réunies. L'article 102 du TFUE, revitalisé par l'arrêt *Towercast*, exige une dominance préalable, une identité de marché et l'insuffisance du contrepoids résiduel, et défaille donc lorsque la cible ne pesait pas encore. Le renvoi de l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004, après l'arrêt *Illumina et Grail*, ne rouvre à la Commission que les opérations qu'un État membre est lui-même compétent pour appeler à lui. Le cadre congloméral, seul apte à saisir la logique d'écosystème, se heurte à l'exigence probatoire renforcée de l'arrêt *Tetra Laval*. Le second volet de la section 7 du Clayton Act, qui n'exige ni la mesure d'un effet substantiel ni l'imminence du dommage, demeure lettre morte. L'obstacle tient ici au niveau, à la norme de la preuve et à la décision de mobiliser l'instrument, non à sa conception.

Le troisième ensemble est celui de l'inadéquation véritable. Les seuils de déclenchement du contrôle échouent dans les deux systèmes, le chiffre d'affaires étant tenu en échec par l'absence de recettes et par la gratuité, la valeur de transaction par la circonstance qu'elle est un prix que les parties déterminent au moment même où elles s'interrogent sur leur obligation de notifier. La notion de concentration cède devant l'acquisition inversée de talents. Le contrôle a posteriori américain est fermé aux personnes privées par la prescription quadriennale et par la doctrine of laches. L'obligation de suspension perd toute prise sur une intégration qui procède de la réunion des données et de l'accès aux modèles. La cession, enfin, perd son objet une fois les modèles réentraînés sur la base combinée et les équipes dispersées.

De ces trois ensembles, il ressort que le contrôle des concentrations ne manque pas de concepts pour saisir l'acquisition numérique, mais que sa défaillance réside dans les seuils, dans la norme de preuve pour l'évaluation des risques concurrentiels et dans l'abstention des autorités devant des fondements dont elles disposent sans en user. La correction des régimes européens et américains n'apparaît donc pas inatteignable, il suffit simplement aux autorités de concurrence et aux législateurs, d'une part et d'autre de l'Atlantique, d'accepter de faire porter le risque sur les erreurs de type I plutôt que les erreurs de type II, c'est-à-dire privilégier l'interventionnisme à la permissivité.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

Manuels et traités

- AREEDA P. E., HOVENKAMP H., Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Wolters Kluwer, vol. IIA, 4e éd.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, FTC Practice and Procedure Manual, 2e éd., ABA Publishing, 2014.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, Mergers and Acquisitions. Understanding the Antitrust Issues, 4e éd., ABA Publishing, 2015.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, vol. 1, 8e éd., ABA Publishing, 2017.
- BOSCO D., PRIETO C., Traité de droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, concentrations, Bruylant, coll. « Traités – Droit de l'Union européenne », 2025, 1712 p.
- DAVIES S. W., LYONS B., Mergers and Merger Remedies in the EU, Edward Elgar.
- ROSENTHAL M., THOMAS S., European Merger Control, C. H. Beck, 2010.

Monographies

- BAKER J. B., The Antitrust Paradigm. Restoring a Competitive Economy, Cambridge, Harvard University Press, 2019.
- EVANS D. S., SCHMALENSSEE R., Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms, Boston, Harvard Business Review Press, 2016, 272 p.
- EZRACHI A., STUCKE M. E., Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, Cambridge, Harvard University Press, 2016, 368 p.
- HOVENKAMP H., The Antitrust Enterprise. Principle and Execution, Cambridge, Harvard University Press, 2005, 368 p.
- ROBERTSON V., Merger Review in Digital and Technology Markets. Insights from National Case Law, 2022.
- SHAPIRO C., VARIAN H. R., Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy, Boston, Harvard Business School Press, 1999, 352 p.

Thèses

- KERIMOL A.-T., L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, dir. J.-M. Thouvenin, 21 décembre 2023, 657 p., soutenue à Nanterre.

Contributions à ouvrages collectifs

- BOSCO D., « Du contrôle des concentrations numériques "sous les seuils" au titre de l'article 101 TFUE », in CLAUDEL E. (dir.), Le droit de la concurrence à la croisée des chemins, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 2026, p. 77.
- BOYCE J., LYLE-SMYTHE A., « Merger Control », in BAILEY D., JOHN L. E. (dir.), Bellamy & Child. European Union Law of Competition, 8e éd., Oxford University Press, 2018.
- COLLINS L., SILVESTRI M., « USA », in Merger Control Laws and Regulations 2026, ICLG, 22e éd., 10 décembre 2025, p. 342-352.
- GAM L., « La mesure de la dominance sur les marchés numériques. Quelles difficultés ? », in CLAUDEL E. (dir.), Le droit de la concurrence à la croisée des chemins, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Pensée contemporaine, 2026, p. 35.
- GERNONE F., TEECE D. J., « Competing in the Age of AI. Firm Capabilities and Antitrust Considerations », in ABBOTT A., SCHREPEL T. (dir.), A.I. & Competition Policy, Concurrences, 2024, p. 29.
- SCOTT MORTON F. (prés.), Market Structure and Antitrust Subcommittee Report, in Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019, p. 23-138.
- ZHOU S., Merger Control Remedies in Digital Era, Beijing International Economy Law Society, 2021.

ARTICLES

Langue française

- BURE F., BARY L., « Disruptive Innovation and Merger Remedies. How to Predict the Unpredictable ? », *Concurrences*, n° 3-2017.
- IDOT L., « Droit de l'Union européenne », chronique, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 3, 2020, p. 759.
- LÉCUYER T., « Digital Conglomerates and Killer Acquisitions. A Discussion of the Competitive Effects of Start-Up Acquisitions by Digital Platforms », *Concurrences*, n° 1-2020, art. n° 92965, p. 42-50.
- NICOLAS-VULLIERME L., « Le 9e amendement de la loi allemande contre les restrictions de concurrence. Une réforme à imiter ? », *Contrats, concurrence, consommation*, n° 1, janvier 2018, étude 1.
- ZACHARIE N., CHAKOUB M., « Tying. The French Competition Authority Sanctions a Digital Healthcare Platform for Abusing its Dominant Position in the Online Medical Appointment Booking and Teleconsultation Solutions Sector (Doctolib) », chronique *Pratiques unilatérales*, *Concurrences*, n° 4-2026.

Langue anglaise

- ALLEN S. O., CHRISTENSEN B., CONRAD J., GRIMMER N., PRATT J., « Market Definition in the Digital Economy. Considerations for How to Properly Identify Relevant Markets », *American Antitrust Institute, Online Symposium: Technology and Market Definition*, 17 juin 2020.
- BAILEY M. S., « The Hart-Scott-Rodino Act. Needing a Second Opinion About Second Requests », *Ohio State Law Journal*, vol. 67, p. 433.
- BERGQVIST C., BOSCO D., DNES S., HEIDEN B., HELFAT C., JENNY F., KLEIN P., PETIT N., SOETE L., TEECE D., « Designing EU merger policy for competitiveness and growth », *Concurrences*, n° 11-2025, Insights.
- BOBERG P., DICK A., « Findings from the Second Request Compliance Burden Survey », *The Threshold*, 2014.
- BOURREAU M., DE STREEL A., « Digital Conglomerates and EU Competition Policy », *SSRN Working Paper*, 26 février 2019.
- BOURREAU M., DE STREEL A., *Big Tech Acquisitions. Competition and Innovation Effects and EU Merger Control*, CERRE, 2020.
- BRAUN R. J., WILLIAMS M. A., « Predatory Hiring as Exclusionary Conduct. A New Perspective », *Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, vol. 7, n° 1, 2013.
- BROUGHMAN B. J., WANSLEY M. T., WEINSTEIN S. N., « No Exit », *New York University Law Review*, vol. 100, n° 5, 2025, p. 1481-1560.
- BRYAN K. A., HOVENKAMP E., « Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy », *University of Chicago Law Review*, vol. 87, 2020, p. 331.
- CAFFARRA C., CRAWFORD G., VALLETTI T., *How Tech Rolls. Potential Competition and « Reverse » Killer Acquisitions*, 2020.
- CALVANI T., HEDGE J., « Review of Consummated Mergers. Are Changes in Store ? », *Antitrust*, vol. 34, n° 3, été 2020, p. 28.
- COYLE J. F., POLSKY G. D., « Acqui-hiring », *Duke Law Journal*, vol. 63, n° 2, 2013, p. 281-346.
- CUNNINGHAM C., EDERER F., MA S., « Killer Acquisitions », *Journal of Political Economy*, vol. 129, n° 3, 2021, p. 649-702.
- DE MELO E LEMOS T., MENDES RESENDE G., « Nascent Competition and Killer Acquisitions in Digital Markets. A Decade of Acquisitions by Big Tech », *Journal of Antitrust Enforcement*, 2025, art. n° jnaf025, DOI 10.1093/jaenfo/jnaf025.
- EASTERBROOK F. H., « The Limits of Antitrust », *Texas Law Review*, vol. 63, n° 1, 1984, p. 1-40.
- EBEN M., ROBERTSON V. H. S. E., « Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil. Past, Present, and Future », *SSRN Working Paper* n° 3762447.
- EHRlich I., POSNER R. A., « An Economic Analysis of Legal Rulemaking », *The Journal of Legal Studies*, vol. 3, n° 1, 1974, p. 257-286.
- EISENMANN T., PARKER G., VAN ALSTYNE M., « Platform Envelopment », *Strategic Management Journal*, vol. 32, 2011, p. 1270-1285.
- ELZINGA K., « The Antimerger Law. Pyrrhic Victories ? », *Journal of Law & Economics*, vol. 12, 1969, p. 43.
- EVANS D. S., SCHMALENSSEE R., « Antitrust Analysis of Platform Markets. Why the Supreme Court Got It Right in American Express », *Competition Policy International*, 2019.

- FARRELL J., PAUTLER P., VITA M., « Economics at the FTC. Retrospective Merger Analysis with a Focus on Hospitals », *Review of Industrial Organization*, vol. 35, 2009, p. 369-385.
- FELDMAN R. C., LEMLEY M. A., « Atomistic Antitrust », *William & Mary Law Review*, vol. 63, 2022, p. 1899.
- FERRINGTON R. H., ROSENTHAL D. J., PUTZ N. P., « Navigating Icebergs. A Brief Survey of Non-Reportable Transaction Enforcement Around the World », *The Antitrust Source*, août 2020, p. 1-15.
- FILISTRUCCHI L., GERADIN D., VAN DAMME E., AFFELDT P., « Market Definition in Two-Sided Markets. Theory and Practice », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 10, n° 2, 2014, p. 293.
- GAUTIER A., LAMESH J., « Mergers in the Digital Economy », *CESifo Working Papers*, n° 8056, 2020.
- GEORGIEV G. S., « The Human Capital Management Movement in U.S. Corporate Law », *Tulane Law Review*, vol. 95, n° 4, 2021, p. 644.
- HOVENKAMP H., « Monopolizing Digital Commerce », *William & Mary Law Review*, vol. 64, n° 6, 2023, p. 1677-1755.
- HOVENKAMP H., « Platforms and the Rule of Reason. The American Express Case », *Columbia Business Law Review*, vol. 2019, n° 1, 2019, p. 34-92.
- HOVENKAMP H., « The Power of Antitrust Personhood », *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 25, n° 4, 2023.
- KAPLOW L., « Why (Ever) Define Markets? », *Harvard Law Review*, vol. 124, n° 2, décembre 2010, p. 437-517.
- KAPLOW L., « On the Relevance of Market Power », *Harvard Law Review*, vol. 130, n° 5, mars 2017, p. 1303.
- KAPLOW L., « On the Design of Legal Rules. Balancing Versus Structured Decision Procedures », *Harvard Law Review*, vol. 132, n° 3, janvier 2019, p. 992-1065.
- KAZIMIROV A., « Mergers & Cooptive Acquisitions », *Mercer Law Review*, vol. 77, 2026, p. 890.
- KEPLER J., NAIKER V., STEWART C. R., « Stealth Acquisitions and Product Market Competition », *SSRN Working Paper* n° 3733994, 3 juin 2023.
- KIM J.-H., « Employee Poaching. Why It Can Be Predatory », *Managerial and Decision Economics*, vol. 35, n° 4, 2014, p. 309.
- LANDE R. H., NEWMAN J. M., SLAUGHTER R. K., « The Forgotten Anti-Monopoly Law. The Second Half of Clayton Act Section 7 », *Texas Law Review*, vol. 103, 2025, p. 785.
- MAIER-RIGAUD F. P., LOERTSCHER B., « Structural vs. Behavioural Remedies », *CPI Antitrust Chronicle*, 2020, p. 1-9.
- MANDRESCU D., « The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies. Considerations for Online Platforms », *European Competition and Regulatory Law Review*, vol. 2, n° 4, 2018, p. 244.
- MARIUZZO F., ORMOSI P., « Post-Merger Price Dynamics Matters, So Why Do Merger Retrospectives Ignore It ? », *Review of Industrial Organization*, vol. 55, 2019, p. 403-429.
- MOTTA M., POLO M., VASCONCELOS H., « Merger Remedies in the European Union. An Overview », *Antitrust Bulletin*, vol. 52, n° 3-4, 2007, p. 603-631.
- MURIS T. J., NUECHTERLEIN J. E., « First Principles for Review of Long-Consummated Mergers », *The Criterion Journal on Innovation*, vol. 5, 2020, p. 29-48.
- NEWMAN J. M., « Antitrust in Zero-Price Markets. Foundations », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2015, p. 149.
- ONG B., TOH D. J., « Digital Dominance and Social Media Platforms. Are Competition Authorities Up to the Task ? », *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 54, 2023, p. 527.
- PATEL R., PHILLIPS R., « Are employee acquisitions a gap in European merger control? », *Competition Law International*, vol. 20, n° 1, juillet 2024, p. 86-92.
- POSNER R. A., « Antitrust in the New Economy », *Antitrust Law Journal*, vol. 68, 2001, p. 925.
- POSNER R. A., « Federalism and the Enforcement of Antitrust Laws by State Attorneys General », *Georgetown Law Journal*, vol. 2, 2004, p. 5.
- SHER S. A., « Closed but Not Forgotten. Government Review of Consummated Mergers under Section 7 of the Clayton Act », *Santa Clara Law Review*, vol. 45, n° 1, p. 41-97.
- SMITH R. L., DUKE A., « Digital Platforms. One Market or More? Lessons from Compare the Market », *Journal of Competition Law & Economics*, 2026, art. n° nhag012, 24 p.
- STEUER R. M., « Incipency », *Loyola Consumer Law Review*, vol. 31, n° 2, 2019, p. 155.
- STIGLITZ J. E., « Information and the Change in the Paradigm in Economics », *American Economic Review*, vol. 92, n° 3, 2002, p. 460.
- SULLIVAN C. A., « Poaching », *American University Law Review*, vol. 71, n° 2, 2021, p. 651.

- TURNER D. F., « Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act », Harvard Law Review, vol. 78, 1965, p. 1313.
- WAIT A. L., EKLUND A. W., « Nothing to See Here ! Clearing the Deal in the Initial HSR Waiting Period », The Antitrust Source, février 2019.
- WOLLMANN T. G., « Stealth Consolidation. Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act », American Economic Review: Insights, vol. 1, n° 1, juin 2019, p. 77-94.
- WONG D. T., « An Acquisition by Another Name. Reverse Acquihires Under the Clayton Act », Yale Law Journal, vol. 135, n° 8, 2026, p. 3175-3204.
- WU T., « Blind Spot. The Attention Economy and the Law », Antitrust Law Journal, vol. 82, 2019, p. 771.

TEXTES

Union européenne

- Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE L 395 du 30 décembre 1989, p. 1.
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 24 du 29 janvier 2004, p. 1.
- Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828, JOUE L 265 du 12 octobre 2022, p. 1.
- Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, JOUE L 330 du 23 décembre 2022, p. 1.
- Quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, JOCE L 222 du 14 août 1978, p. 11.
- Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, JOUE L 169 du 30 juin 2017, p. 46.
- Directive (UE) 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, JOUE L 11 du 14 janvier 2019, p. 3.

France

- Code de commerce, art. L. 430-1.

Allemagne

- Kartellgesetz, § 9.

États-Unis

Lois et codifications

- Sherman Act § 1, 15 U.S.C. § 1 (2018).
- Clayton Act, ch. 323, § 7, 38 Stat. 730 (1914).
- Clayton Act § 1, 15 U.S.C. § 12 (2018).
- Clayton Act § 2, 15 U.S.C. § 13 (2018).
- Clayton Act § 3, 15 U.S.C. § 14 (2018).
- Clayton Act § 6, 15 U.S.C. § 17 (2018).
- Clayton Act § 7, 15 U.S.C. § 18 (2018).
- Celler-Kefauver Anti-Merger Act, Pub. L. No. 81-899, 64 Stat. 1125 (1950).
- 15 U.S.C. § 15b (2018).
- 15 U.S.C. §§ 15c et 15f (2018).
- 15 U.S.C. § 18a (2018).
- 15 U.S.C. § 26 (2018).

Réglementation

- 16 C.F.R. § 1.98.
- 16 C.F.R. § 801.1 et s.
- 16 C.F.R. §§ 801.10 à 801.15.
- 16 C.F.R. § 801.50.

- 16 C.F.R. § 802 et s.
- 16 C.F.R. § 802.21.
- 16 C.F.R. § 802.64.
- 16 C.F.R. § 803.11.

Travaux préparatoires

- S. Rep. No. 698, 63d Cong., 2d Sess. (1914).
- S. Rep. No. 1775, 81st Cong., 2d Sess. (1950).
- H.R. Rep. No. 1191, 81st Cong., 2d Sess. (1950).
- FLOYD H. C., Adoption of Conference Report on the Clayton Antitrust Bill, 8 octobre 1914, in Antitrust Legislation. Speeches in the U.S. Senate and House of Representatives, 63d Congress.

RECHERCHES INSTITUTIONNELS

Union européenne

- Commission européenne, communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOUE C 372 du 9 décembre 1997, p. 5.
- Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31 du 5 février 2004, p. 5.
- Commission européenne, communication sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, JOUE C 56 du 5 mars 2005, p. 2.
- Commission européenne, communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 et au règlement (CE) n° 802/2004, JOUE C 267 du 22 octobre 2008, p. 1.
- Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 265 du 18 octobre 2008, p. 6.
- Commission européenne, communication, orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE C 45 du 24 février 2009, p. 7.
- Commission européenne, communication juridictionnelle codifiée concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 43 du 21 février 2009, p. 10, rectific. JOUE C 95 du 16 avril 2008.
- Commission européenne, communication, orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, JOUE C 113 du 31 mars 2021, p. 1.
- Commission européenne, projet de communication, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations au regard du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 30 avril 2026, texte soumis à consultation jusqu'au 26 juin 2026.
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Comunicazione relative à l'exercice du pouvoir de call-in, révisée en février 2024.

États-Unis

- Department of Justice, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, octobre 2004.
- Department of Justice, Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19 août 2010.
- Department of Justice, Merger Remedies Manual, septembre 2020.
- Department of Justice, Federal Trade Commission, Merger Guidelines, 18 décembre 2023, 51 p.
- Federal Trade Commission, Public Statement. The Evolution of U.S. Merger Law, 13 août 1996.
- Federal Trade Commission, Merger Remedies, 2012.
- Federal Trade Commission, Statement of the Commission on Use of Prior Approval Provisions in Merger Orders, 25 octobre 2021.
- Federal Trade Commission, New HSR Thresholds and Filing Fees for 2026, 20 janvier 2026.

RAPPORTS OFFICIELS

Union européenne

- Communauté économique européenne, Le problème de la concentration dans le marché commun, série concurrence n° 3, Bruxelles, 1966.
- Commission européenne, livre blanc Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE, COM(2014) 449 final, 9 juillet 2014.
- Commission européenne, Topic B. Assessing Market Power Using Structural Features and Other Market Indicators, consultation publique sur la révision des lignes directrices concentrations, 2025.
- CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., Competition Policy for the Digital Era, rapport pour la Commission européenne, Office des publications de l'Union européenne, 2019.
- DRAGHI M., The Future of European Competitiveness, rapport à la Commission européenne, 9 septembre 2024, 73 p.

OCDE

- OCDE, The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, DAF/COMP(2013)17, 2013.
- OCDE, Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers (United States), Working Party n° 3 on Co-operation and Enforcement, 5 février 2014.
- OCDE, Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun-Jumping, 2018.
- OCDE, Scénarios anticoncurrentiels pour les fusions numériques. Note de référence, DAF/COMP(2023)6, 27 juin 2023.

France

- Autorité de la concurrence, Contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, février 2020.
- Aut. conc., avis n° 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative.

Royaume-Uni

- COLLINS D., Note by the Chair of the DCMS Committee. Summary of key issues from the Six4Three files, UK Parliament, 8 juin 2018.
- FURMAN J. E.A., Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel, mars 2019.

États-Unis

- Federal Trade Commission, In the Matter of Google Inc., dossier n° 111-0163, Staff Memorandum, 2012.
- Federal Trade Commission, The FTC's Merger Remedies 2006-2012. A Report of the Bureau of Competition and Economics, janvier 2017.
- Federal Trade Commission, Department of Justice, Hart-Scott-Rodino Annual Report for Fiscal Year 2019.
- Congressional Research Service, Recent Developments in Hart-Scott-Rodino Merger Review, LSB11418, 15 avril 2026.

AUTRES RESSOURCES

Discours et communiqués

- BERG K., HSR. Back to Basics Workshop, FTC Conference Center, 23 octobre 2008, transcription éditée.
- Commission européenne, communiqué de presse du 3 mai 2021, amende de 7,15 millions d'euros infligée à Sigma-Aldrich pour communication d'informations trompeuses.
- Commission européenne, communiqué de presse du 25 septembre 2023, IP/23/4573.
- Department of Justice, communiqué, Visa and Plaid Abandon Merger after Antitrust Division's Suit to Block, 12 janvier 2021.
- Department of Justice, communiqué, Justice Department Requires Divestitures in Order for BB&T and SunTrust to Proceed with Merger, 8 novembre 2019.
- Federal Trade Commission, communiqué du 5 mars 2002.
- Federal Trade Commission, communiqué du 11 février 2020, FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies.

- KHAN L. M., Remarks Regarding the Proposed Rescission of the 1995 Policy Statement on Prior Approval and Prior Notice Provisions, Federal Trade Commission, 21 juillet 2021.
- MEADOR M. R., commissaire à la Federal Trade Commission, allocution d'ouverture à la Tech Antitrust Conference, Concurrences, 15 janvier 2026, consulté en ligne, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/meador-concurrences-keynote.pdf.
- MURIS T. J., Comments on the FTC-DOJ Clearance Process Before the Antitrust Modernization Commission, 3 novembre 2005.
- OVERTON L. C., Non-Reportable Transactions and Antitrust Enforcement, 14th Annual Loyola Antitrust Colloquium, 25 avril 2014.
- SLAUGHTER R. K., Storming the Concentration Castle. Antitrust Lessons from the Princess Bride, Greg Lastowka Memorial Lecture, 31 mars 2022.
- VESTAGER M., « The Future of EU Merger Control », International Bar Association, 24th Annual Competition Conference, 11 septembre 2020.

Presse et sources en ligne

- BELLAN R., « Google Snags Team Behind AI Voice Startup Hume AI », TechCrunch, 22 janvier 2026, en ligne, <https://techcrunch.com/2026/01/22/google-reportedly-snags-up-team-behind-ai-voice-startup-hume-ai>.
- CARMAN A., « Instagram now has 1 billion users worldwide », The Verge, 20 juin 2018.
- CONNOLLY D. E.A., « Predictably Uncertain. Managing Merger Control Call-in Risk at Local Level in the EU », Kluwer Competition Law Blog, 1er avril 2025.
- DJAMDI C., NIELSON N., « First Sanction Under Article 102 TFEU for Predatory Acquisitions by the French Competition Authority », Kluwer Competition Law Blog, 21 novembre 2025.
- FABER D., « Nvidia Buying AI Chip Startup Groq's Assets for About \$20 Billion in Its Largest Deal on Record », CNBC, 24 décembre 2025, en ligne, <https://www.cnbc.com/2025/12/24/nvidia-buying-ai-chip-startup-groq-for-about-20-billion-biggest-deal.html>.
- GODOY J., « Meta's \$14.8 Billion Scale AI Deal Latest Test of AI Partnerships », Reuters, 16 juin 2025, consulté en ligne, <https://www.reuters.com/sustainability/boards-policy-regulation/metas-148-billion-scale-ai-deal-latest-test-ai-partnerships-2025-06-13>.
- GRIFFITH E., METZ C., « The New A.I. Deal. Buy Everything but the Company », The New York Times, 8 août 2024, consulté en ligne, <https://www.nytimes.com/2024/08/08/technology/ai-start-ups-google-microsoft-amazon.html>.
- HA A., « Amazon Hires the Founders of AI Robotics Startup Covariant », TechCrunch, 31 août 2024, consulté en ligne, <https://techcrunch.com/2024/08/31/amazon-hires-the-founders-of-robotics-ai-startup-covariant>.
- HU K., BENSINGER G., GODOY J., « Exclusive. FTC Seeking Details on Amazon Deal with AI Startup Adept, Source Says », Reuters, 16 juillet 2024, consulté en ligne, <https://www.reuters.com/technology/ftc-seeking-details-amazon-deal-with-ai-startup-adept-source-says-2024-07-16>.
- HU K., VARGHESE H. M., « Microsoft Pays Inflection \$650 Mln in Licensing Deal While Poaching Top Talents, Source Says », Reuters, 21 mars 2024, consulté en ligne, <https://www.reuters.com/technology/microsoft-agreed-pay-inflection-650-mln-while-hiring-its-staff-information-2024-03-21>.
- JIN B., BLUNT K., « Google to Pay \$2.4 Billion in Deal to License Tech of Coding Startup, Hire CEO », The Wall Street Journal, 11 juillet 2025, consulté en ligne, <https://www.wsj.com/tech/ai/google-to-pay-2-4-billion-in-deal-to-license-tech-of-coding-startup-hire-ceo-b9b94bbc>.
- KOLODNY L., NOVET J., LESWING K., « Nvidia Just Spent over \$900 Million to Hire Enfabrica CEO, License AI Startup's Technology », CNBC, 18 septembre 2025, consulté en ligne, <https://www.cnbc.com/2025/09/18/nvidia-spent-over-900-million-on-enfabrica-ceo-ai-startup-technology.html>.
- MATHEWS A., « Old Employees, New Dollars – Google's \$2.7 Billion Investment in Character.AI's Reverse Acquihiere for AI Innovation! », AIM Research, 4 octobre 2024, consulté en ligne, <https://aimresearch.co/market-industry/old-employees-new-dollars-googles-2-7-billion-investment-in-character-ais-reverse-acquihiere-for-ai-innovation>.
- McNELIS N., MLex, 25 septembre 2023.
- SHENCOPP E. L., « Non-Reportable Transaction. Antitrust Risk », Lexis Practice Advisor, 19 octobre 2018.
- SHINDER J. I., « Merger Hindsight. Time-of-Suit Doctrine Is Making a Comeback », Los Angeles Daily Journal, 28 novembre 2001.

-SOPER T., « Amazon Hires Founders from Well-Funded Enterprise AI Startup Adept to Boost Tech Giant's "AGI" Team », GeekWire, 28 juin 2024, consulté en ligne, <https://www.geekwire.com/2024/amazon-hires-founders-from-well-funded-enterprise-ai-startup-adept-to-boost-tech-giants-agi-team>.

JURISPRUDENCE ET DÉCISIONS

Union européenne

Cour de justice

- CJCE, 15 juillet 1970, aff. 41/69, ACF Chemiefarma c/ Commission, ECLI:EU:C:1970:71.
- CJCE, 25 novembre 1971, aff. 22/71, Béguelin Import, ECLI:EU:C:1971:113.
- CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industries c/ Commission, ECLI:EU:C:1972:70.
- CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission, ECLI:EU:C:1973:22.
- CJCE, 31 octobre 1974, aff. 15/74, Centrafarm, ECLI:EU:C:1974:114.
- CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, United Brands c/ Commission, ECLI:EU:C:1978:22.
- CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche c/ Commission, ECLI:EU:C:1979:36.
- CJCE, 30 janvier 1985, aff. 123/83, Bureau national interprofessionnel du cognac c/ Guy Clair, ECLI:EU:C:1985:33.
- CJCE, 5 octobre 1988, aff. 247/86, Alsatel c/ Novasam, ECLI:EU:C:1988:469.
- CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser c/ Macrotron, ECLI:EU:C:1991:161.
- CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, AKZO Chemie c/ Commission, ECLI:EU:C:1991:286.
- CJCE, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli, ECLI:EU:C:1991:464.
- CJCE, 17 février 1993, aff. jtes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre, ECLI:EU:C:1993:63.
- CJCE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol, ECLI:EU:C:1994:7.
- CJCE, 15 décembre 1994, aff. C-250/92, Gøttrup-Klim, ECLI:EU:C:1994:413.
- CJCE, 16 septembre 1999, aff. C-22/98, Becu e.a., ECLI:EU:C:1999:419.
- CJCE, 16 mars 2000, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports e.a. c/ Commission, ECLI:EU:C:2000:132.
- CJCE, 12 septembre 2000, aff. jtes C-180/98 à C-184/98, Pavlov e.a., ECLI:EU:C:2000:428.
- CJCE, 25 octobre 2001, aff. C-475/99, Ambulanz Glöckner, ECLI:EU:C:2001:577.
- CJCE, 24 octobre 2002, aff. C-82/01 P, Aéroports de Paris c/ Commission, ECLI:EU:C:2002:617.
- CJCE, 25 septembre 2003, aff. C-170/02 P, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a. c/ Commission, ECLI:EU:C:2003:501.
- CJCE, 16 mars 2004, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, AOK-Bundesverband e.a., ECLI:EU:C:2004:150.
- CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03 P, Commission c/ Tetra Laval, ECLI:EU:C:2005:87.
- CJCE, 10 janvier 2006, aff. C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze e.a., ECLI:EU:C:2006:8.
- CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie c/ Commission, ECLI:EU:C:2007:814.
- CJCE, 1er juillet 2008, aff. C-49/07, MOTOE, ECLI:EU:C:2008:376.
- CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-413/06 P, Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala, ECLI:EU:C:2008:392.
- CJUE, 28 février 2013, aff. C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127.
- CJUE, 3 juillet 2014, aff. C-84/13 P, Electrabel c/ Commission.
- CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires c/ Commission, ECLI:EU:C:2014:2204.
- CJUE, 27 avril 2017, aff. C-516/15 P, Akzo Nobel e.a. c/ Commission, ECLI:EU:C:2017:314.
- CJUE, 7 septembre 2017, aff. C-248/16, Austria Asphalt, ECLI:EU:C:2017:643.
- CJUE, 31 mai 2018, aff. C-633/16, Ernst & Young P/S, ECLI:EU:C:2018:371.
- CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, Skanska Industrial Solutions e.a., ECLI:EU:C:2019:204.
- CJUE, 4 mars 2020, aff. C-10/18 P, Mowi ASA c/ Commission, ECLI:EU:C:2020:149.
- CJUE, 2 avril 2020, aff. C-228/18, Budapest Bank e.a., ECLI:EU:C:2020:265.
- CJUE, 27 janvier 2021, aff. C-595/18 P, Goldman Sachs Group c/ Commission, ECLI:EU:C:2021:73.

- CJUE, 25 mars 2021, aff. C-152/19 P, Deutsche Telekom c/ Commission, ECLI:EU:C:2021:238.
- CJUE, 6 octobre 2021, aff. C-882/19, Sumal, ECLI:EU:C:2021:800.
- CJUE, 12 mai 2022, aff. C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale e.a., ECLI:EU:C:2022:379.
- CJUE, 16 mars 2023, aff. C-449/21, Towercast SASU c/ Autorité de la concurrence, ECLI:EU:C:2023:207.
- CJUE, 13 juillet 2023, aff. C-376/20 P, Commission c/ CK Telecoms UK Investments, ECLI:EU:C:2023:561.
- CJUE, gr. ch., 3 septembre 2024, aff. jtes C-611/22 P et C-625/22 P, Illumina et Grail c/ Commission, ECLI:EU:C:2024:677.
- Conclusions de l'avocat général N. Emiliou du 21 mars 2024, aff. jtes C-611/22 P et C-625/22 P, Illumina et Grail c/ Commission.

Tribunal

- TPICE, 22 octobre 1997, aff. T-213/95 et T-18/96, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf c/ Commission, ECLI:EU:T:1997:161.
- TPICE, 25 mars 1999, aff. T-102/96, Gencor c/ Commission, ECLI:EU:T:1999:65.
- TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99, Airtours c/ Commission, ECLI:EU:T:2002:146.
- TPICE, 25 octobre 2002, aff. T-5/02, Tetra Laval c/ Commission, ECLI:EU:T:2002:264.
- TPICE, 3 avril 2003, aff. T-114/02, BaByliss c/ Commission, ECLI:EU:T:2003:100.
- TPICE, 3 avril 2003, aff. T-119/02, Royal Philips Electronics c/ Commission, ECLI:EU:T:2003:101.
- TPICE, 23 octobre 2003, aff. T-65/98, Van den Bergh Foods c/ Commission, ECLI:EU:T:2003:281.
- TPICE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, Piau c/ Commission, ECLI:EU:T:2005:22 .
- TPICE, 23 février 2006, aff. T-282/02, Cementbouw Handel & Industrie c/ Commission, ECLI:EU:T:2006:64.
- TPICE, 4 juillet 2006, aff. T-177/04, easyJet c/ Commission, ECLI:EU:T:2006:187.
- TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft c/ Commission, ECLI:EU:T:2007:289.
- Trib. UE, 25 juin 2010, aff. T-66/01, Imperial Chemical Industries c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:255.
- Trib. UE, 6 juillet 2010, aff. T-411/07, Aer Lingus Group c/ Commission, ECLI:EU:T:2010:281.
- Trib. UE, aff. T-214/06, Imperial Chemical Industries c/ Commission.
- Trib. UE, 29 novembre 2012, aff. T-491/07, Groupement des cartes bancaires c/ Commission, ECLI:EU:T:2012:633.
- Trib. UE, 12 décembre 2012, aff. T-332/09, Electrabel c/ Commission, ECLI:EU:T:2012:672.
- Trib. UE, 11 décembre 2013, aff. T-79/12, Cisco Systems et Messagenet c/ Commission, ECLI:EU:T:2013:635.
- Trib. UE, 30 juin 2016, aff. T-491/07 RENV, Groupement des cartes bancaires c/ Commission, ECLI:EU:T:2016:379.
- Trib. UE, 26 octobre 2017, aff. T-704/14, Marine Harvest c/ Commission, ECLI:EU:T:2017:753.
- Trib. UE, 28 mai 2020, aff. T-399/16, CK Telecoms UK Investments c/ Commission, ECLI:EU:T:2020:217.
- Trib. UE, 22 septembre 2021, aff. T-425/18, Altice Europe c/ Commission, ECLI:EU:T:2021:607.
- Trib. UE, 13 juillet 2022, aff. T-227/21, Illumina et Grail c/ Commission, ECLI:EU:T:2022:447.
- Trib. UE, 14 septembre 2022, aff. T-604/18, Google et Alphabet c/ Commission, ECLI:EU:T:2022:541.

Commission (concentrations)

- Comm. CE, décis. du 20 septembre 1995, aff. IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol.
- Comm. CE, décis. du 13 décembre 2000, aff. COMP/M.2337, Bosch/Rexroth.
- Comm. CE, décis. du 23 décembre 2002, aff. M.2857, ECS/IEH.
- Comm. CE, décis. aff. M.1453, AXA/GRE.
- Comm. CE, décis. aff. M.3304, GE/Amersham.
- Comm. CE, décis. aff. M.3340, ENI/EDP/GDP.
- Comm. CE, décis. aff. M.3732, Procter & Gamble/Gillette.
- Comm. CE, décis. aff. M.3978, Oracle/Siebel.
- Comm. CE, décis. aff. M.4854, TomTom/Tele Atlas.
- Comm. CE, décis. aff. M.5096, RCA/MAV Cargo.
- Comm. CE, décis. aff. M.6104, Safran/SNPE Matériaux Énergétiques/Regulus.
- Comm. CE, décis. du 21 août 2007, aff. M.4523, Travelport/Worldspan.
- Comm. CE, décis. du 11 mars 2008, aff. M.4731, Google/DoubleClick.
- Comm. UE, aff. M.4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône.
- Comm. UE, décis. aff. M.5669, Cisco/Tandberg.

- Comm. UE, décis. aff. M.5932, NewsCorp/BSkyB.
- Comm. UE, décis. du 26 janvier 2011, aff. M.5984, Intel/McAfee.
- Comm. UE, décis. du 11 février 2011, aff. M.5969, SC Johnson/Sara Lee.
- Comm. UE, décis. du 7 octobre 2011, aff. M.6281, Microsoft/Skype.
- Comm. UE, décis. aff. M.6360, Nynas/Shell/Harburg Refinery.
- Comm. UE, décis. aff. M.6560, Cisco Systems/NDS Group.
- Comm. UE, décis. du 30 janvier 2013, aff. M.6570, UPS/TNT Express.
- Comm. UE, décis. aff. M.7062, ChemChina/Syngenta.
- Comm. UE, décis. du 23 juillet 2014, aff. M.7184, Marine Harvest/Morpol.
- Comm. UE, décis. du 3 octobre 2014, aff. M.7217, Facebook/WhatsApp.
- Comm. UE, décis. du 30 juillet 2014, aff. M.7230, Bekaert/Pirelli Steel Tyre Cord Business.
- Comm. UE, décis. du 8 septembre 2015, aff. M.7278, General Electric/Alstom.
- Comm. UE, décis. aff. M.7637, Liberty Global/BASE Belgium.
- Comm. UE, décis. du 24 avril 2018, aff. M.7993, Altice/PT Portugal, et rapport final du conseiller-auditeur.
- Comm. UE, décis. du 21 mars 2018, aff. M.8084, Bayer/Monsanto.
- Comm. UE, décis. du 6 décembre 2016, aff. M.8124, Microsoft/LinkedIn.
- Comm. UE, décis. du 27 juin 2019, aff. M.8179, Canon/Toshiba Medical Systems.
- Comm. UE, décis. du 18 janvier 2018, aff. M.8306, Qualcomm/NXP Semiconductors.
- Comm. UE, décis. du 1er mars 2018, aff. M.8394, Essilor/Luxottica.
- Comm. UE, décis. du 6 février 2019, aff. M.8677, Siemens/Alstom.
- Comm. UE, décis. du 6 février 2018, aff. M.8788, Apple/Shazam.
- Comm. UE, décis. du 6 septembre 2018, aff. M.8788, Apple/Shazam.
- Comm. UE, décis. du 19 octobre 2018, aff. M.8994, Microsoft/GitHub.
- Comm. UE, décis. du 8 janvier 2019, aff. M.9162, Fincantieri/Chantiers de l'Atlantique.
- Comm. UE, décis. du 17 décembre 2020, aff. M.9660, Google/Fitbit.
- Comm. UE, décis. du 17 décembre 2020, aff. M.9969, Veolia/Suez.
- Comm. UE, décis. du 27 janvier 2022, aff. M.10262, Meta/Kustomer.
- Comm. UE, décis. du 12 juillet 2023, aff. M.10483, Illumina/Grail.
- Comm. UE, décis. du 25 septembre 2023, aff. M.10615, Booking Holdings/eTraveli Group.

Commission (ententes et abus)

- Comm. CE, décis. du 24 mai 2004, aff. COMP/C-3/37.792, Microsoft.
- Comm. CE, décis. du 19 décembre 2007, aff. COMP/34.579, MasterCard.
- Comm. UE, décis. du 27 juin 2017, aff. AT.39740, Google Search (Shopping).
- Comm. UE, décis. du 18 juillet 2018, aff. AT.40099, Google Android.
- Comm. UE, décis. du 20 mars 2019, aff. AT.40411, Google AdSense.
- Comm. UE, décis. du 20 décembre 2022, aff. AT.40703, Amazon Marketplace/Buy Box.

France

- Aut. conc., décis. 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.
- Aut. conc., décis. n° 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage.
- Aut. conc., décis. n° 25-D-06 du 6 novembre 2025 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la prise de rendez-vous médicaux en ligne et des solutions de téléconsultation médicale.
- CA Paris, 27 juin 2024, n° 20/04300.

Belgique

- Autorité belge de la concurrence, 17 janvier 2025, Dossche Mills, CP3/2025, CONC-RPR-25/0005.

Royaume-Uni

- Office of Fair Trading, Facebook/Instagram, ME/5525/12, 2012.
- Competition and Markets Authority, décis. n° 50505, 19 novembre 2020.
- Competition and Markets Authority, Microsoft Corporation's Hiring of Certain Former Employees of Inflection and its Entry into Associated Arrangements with Inflection, décision, 24 octobre 2024.

- Société Coopérative de Production SeaFrance SA v. Competition and Markets Authority [2015] UKSC 75.
- BGL (Holdings) Ltd v. Competition and Markets Authority [2022] CAT 36.

États-Unis

Juridictions

- Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962).
- California Dental Association v. FTC, 526 U.S. 756 (1999).
- California v. American Stores Co., 495 U.S. 271 (1990).
- California v. ARC America Corp., 490 U.S. 93 (1989).
- California v. Frito-Lay, Inc., 474 F.2d 774 (9th Cir. 1973).
- City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co., 435 U.S. 389 (1978).
- Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000).
- Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).
- Duplex Printing Press Co. v. Deering, 254 U.S. 443 (1921).
- eBay Inc. v. MercExchange, LLC, 547 U.S. 388 (2006).
- Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 559 F. Supp. 3d 898 (N.D. Cal. 2021), *aff'd*, 67 F.4th 946 (9th Cir. 2023).
- FTC v. Advocate Health Care Network, 841 F.3d 460 (7th Cir. 2016).
- FTC v. Arch Coal, Inc., 329 F. Supp. 2d 109 (D.D.C. 2004).
- FTC v. Facebook, Inc., No. 20-cv-03590 (JEB), 2021 WL 2643627 (D.D.C. June 28, 2021).
- FTC v. Facebook, Inc., 581 F. Supp. 3d 34 (D.D.C. 2022) ; No. 20-cv-03590 (JEB), 2022 WL 103308 (D.D.C. Jan. 11, 2022).
- FTC v. H.J. Heinz Co., 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001).
- FTC v. Hearst Trust, No. 01-cv-00734 (D.D.C. Apr. 5, 2001).
- FTC v. Staples, Inc., 190 F. Supp. 3d 100 (D.D.C. 2016).
- FTC v. Sysco Corp., 113 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2015).
- Georgia v. Evans, 316 U.S. 159 (1942).
- Georgia v. Pennsylvania R. Co., 324 U.S. 439 (1945).
- Hawaii v. Standard Oil Co. of Cal., 405 U.S. 251 (1972).
- Hibbs v. Winn, 542 U.S. 88 (2004).
- International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392 (1947).
- Kinderstart.com LLC v. Google, Inc., No. C 06-2057 (JF) (RS) (N.D. Cal. Mar. 16, 2007).
- Lieberman v. FTC, 771 F.2d 32 (2d Cir. 1985).
- McWane, Inc. v. FTC, 783 F.3d 814 (11th Cir. 2015).
- Melrose Distillers, Inc. v. United States, 359 U.S. 271 (1959).
- Midwestern Machinery Co. v. Northwest Airlines, No. 97-1438 (DWF/AJB) (D. Minn. Feb. 5, 2003).
- Ohio v. American Express Co., 585 U.S. 529, 138 S. Ct. 2274 (2018).
- Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330 (1979).
- SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F.2d 1195 (2d Cir. 1981).
- State of New York v. Facebook, Inc., No. 20-cv-03689 (JEB), 2021 WL 2643724 (D.D.C. June 28, 2021).
- Steves & Sons, Inc. v. Jeld-Wen, Inc., 988 F.3d 690 (4th Cir. Feb. 18, 2021).
- Streamcast Networks, Inc. v. Skype Techs., S.A., 547 F. Supp. 2d 1086 (C.D. Cal. 2007).
- Swift & Co. v. United States, 196 U.S. 375 (1905).
- United Mine Workers of America v. Coronado Coal Co., 259 U.S. 344 (1922).
- United States Postal Service v. Flamingo Industries (USA) Ltd., 540 U.S. 736 (2004).
- United States v. Aetna, Inc., 240 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2017).
- United States v. Anthem, Inc., 236 F. Supp. 3d 171 (D.D.C. 2017).
- United States v. Archer-Daniels-Midland Co., 584 F. Supp. 1134 (S.D. Iowa 1984).
- United States v. AT&T Inc., 310 F. Supp. 3d 161 (D.D.C. 2018), *aff'd*, 916 F.3d 1029 (D.C. Cir. 2019).
- United States v. Atlantic Richfield Co. (D.D.C. 1991).
- United States v. Baker Hughes Inc., 908 F.2d 981 (D.C. Cir. 1990).
- United States v. Bazaarvoice, Inc., No. 13-cv-00133 (WHO), 2014 U.S. Dist. LEXIS 3284 (N.D. Cal. Jan. 8, 2014).
- United States v. Beatrice Foods Co., 344 F. Supp. 104 (D. Minn. 1972).
- United States v. Bethlehem Steel Corp., 168 F. Supp. 576 (S.D.N.Y. 1958).
- United States v. Celanese Corp. of America, 91 F. Supp. 14 (S.D.N.Y. 1950).
- United States v. Columbia Pictures Corp., 189 F. Supp. 153 (S.D.N.Y. 1960).

- United States v. Computer Associates International, Inc. (D.D.C. 2002).
- United States v. Continental Can Co., 378 U.S. 441 (1964).
- United States v. Duke Energy Corp. (D.D.C. 2017).
- United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956).
- United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 353 U.S. 586 (1957).
- United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316 (1961).
- United States v. Election Systems & Software, Inc., No. 1:10-cv-00380 (D.D.C. Mar. 8, 2010).
- United States v. Flakeboard America Ltd., No. 3:14-cv-4949 (N.D. Cal. 2014).
- United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc., No. 03-cv-00198 (D.D.C. 2003).
- United States v. General Dynamics Corp., 414 U.S. 486 (1974).
- United States v. George's Foods, LLC, No. 5:11-cv-00043 (W.D. Va. May 10, 2011).
- United States v. Google Inc. and ITA Software Inc., Federal Register, vol. 76, n° 72, 2011.
- United States v. H&R Block, Inc., 833 F. Supp. 2d 36 (D.D.C. 2011).
- United States v. Input/Output, Inc., No. 1:99-cv-00912 (D.D.C. 1999).
- United States v. Lever Bros. Co., 216 F. Supp. 887 (S.D.N.Y. 1963).
- United States v. Marine Bancorporation, 418 U.S. 602 (1974).
- United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).
- United States v. Oracle Corp., 331 F. Supp. 2d 1098 (N.D. Cal. 2004).
- United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 U.S. 158 (1964).
- United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963).
- United States v. Qualcomm, Inc. and Flarion Technologies (D.D.C. 2006).
- United States v. Richard D. Fairbank, No. 1:21-cv-02325 (D.D.C. Sept. 2, 2021).
- United States v. Sabre Corp., No. 19-1548 (LPS), 2020 WL 1855433 (D. Del. Apr. 7, 2020).
- United States et al. v. Ticketmaster Entertainment, Inc. et al., No. 1:10-cv-00139 (D.D.C. 2010).
- United States v. VA Partners I LLC, No. 16-cv-01672 (N.D. Cal. 2016).

FTC et DOJ

- Brillo Manufacturing Co., 56 F.T.C. 1672 (1960).
- Procter & Gamble Co., 63 F.T.C. 1465 (1963).
- Insilco Corp., 125 F.T.C. 293 (1998).
- Federal Trade Commission, In the Matter of Renown Health, dossier n° 111-0101.
- Federal Trade Commission, In the Matter of Charlotte Pipe and Foundry Company e.a., dossier n° 111-0034.
- Federal Trade Commission, In the Matter of Magnesium Elektron North America, Inc., dossier n° 091-0094, docket C-4381, 12 octobre 2012.
- Federal Trade Commission, In the Matter of Bosley, Inc. and Aderans America Holdings, dossier n° 121-0184, 2013.
- Federal Trade Commission, Administrative Complaint, Part III, In the Matter of Axon Enterprise and Safariland, D9389, 3 janvier 2020.
- Federal Trade Commission, In the Matter of Meta Platforms Inc., Mark Zuckerberg, and Within Unlimited, Inc., dossier n° 221-0040.
- Federal Trade Commission, In the Matter of DaVita Inc. and Total Renal Care, Inc., dossier n° 211-0013, 10 novembre 2021.
- Federal Trade Commission, In the Matter of JAB Consumer Partners/VIPW/Ethos Veterinary Health, 29 juin 2022.
- Federal Trade Commission, Complaint Counsel's Notice of Appeal, In the Matter of Illumina, Inc. and Grail, Inc., 2 septembre 2022.
- Federal Trade Commission, Complaint, In the Matter of Sanofi, No. 9422, 11 décembre 2023.
- Federal Trade Commission, Complaint, FTC v. U.S. Anesthesia Partners, Inc., No. 4:23-cv-03560 (S.D. Tex. 2023).
- Department of Justice, Proposed Findings of Fact and Conclusions of Law, United States v. UnitedHealth Group Inc., No. 1:22-cv-0481 (CJN) (D.D.C. 2022).
- Department of Justice, Antitrust Division, United States v. Parker-Hannifin Corp. and CLARCOR Inc., plainte du 26 septembre 2017, Competitive Impact Statement du 18 décembre 2017, Modified Final Judgment du 30 avril 2018.

Table des matières

Introduction.....	8
Partie I - Des droits substantiels du contrôle des concentrations relativement convergents dans le secteur numérique.....	12
Chapitre 1 - L'adéquation des notions des contrôles européens et américains des concentrations pour l'économie numérique.....	12
Section 1 - Les notions de sujets de droit de la concurrence sans difficultés pour capter les acteurs numériques.....	13
A - L'adéquation du concept européen d'entreprise.....	13
B - La largeur conséquente du concept américain de « person ».....	18
Section 2 - Les notions de concentration partiellement inadaptées aux transactions numériques.....	21
A - La captation appropriée des acquisitions prédatrices numériques par les notions européennes et américaines de concentration.....	22
B - L'existence relative de mécanismes de contournement de ces notions.....	28
Chapitre 2 - Le renouvellement convergent de l'analyse de marché pour l'économie numérique.....	34
Section 1 - La difficulté de détermination du marché pertinent.....	34
A - La délimitation du marché à l'épreuve des plateformes multifaces.....	35
B - Le test de substituabilité à l'épreuve des produits à prix nul.....	38
Section 2 - La mesure de la dominance sur les marchés numériques.....	41
A - La singulière remise en cause des critères classiques d'analyse de la dominance par l'économie numérique.....	42
B - La prise en compte convergente des spécificités des marchés numériques par les autorités européenne et américaine.....	46
Chapitre 3 - L'évaluation du risque d'entrave significative à la concurrence à l'épreuve du numérique.....	50
Section 1 - La dissymétrie de captation des phénomènes numériques entre les méthodes générales européenne et américaine.....	51

A - Le test SIEC en droit européen et les difficultés liées à l'incertitude pour les killer acquisitions.....	52
B - L'angle mort du SLC test potentiellement capté par le second volet de la Section 7 du Clayton Act.....	57
Section 2 - La dissymétrie grandissante des traitements européen et américain des scénarios anticoncurrentiels selon les effets.....	63
A - La pertinence résiduelle de l'analyse selon la dimension horizontale ou non horizontale de l'opération numérique.....	64
B - L'aptitude conditionnelle des scénarios congloméraux européens face aux écosystèmes numériques et l'abstention américaine.....	68
Partie II - Des droits de la mise en oeuvre divergents dans le secteur du numérique.....	77
Chapitre 1 - L'inadéquation des méthodes de compétence des autorités de contrôle face aux acquisitions numériques.....	77
Section 1 - Des seuils européens de déclenchement du contrôle ex ante en quête d'adaptation.....	78
A - La méthode européenne des seuils en chiffre d'affaires.....	78
1 - Les seuils du règlement n° 139/2004.....	79
2 - La remise en question de la méthode du chiffre d'affaires par les acquisitions d'entreprises innovantes.....	81
B - L'articulation de la compétence de la Commission avec celles des autorités nationales comme extension relative de la captation des transactions numériques....	84
1 - La logique du guichet unique et les mécanismes de renvoi ascendants....	84
2 - La proscription de l'article 22 comme instrument d'extension du domaine du contrôle par la Cour de Justice dans l'arrêt Illumina/Grail.....	87
Section 2 - Des seuils américains de déclenchement du contrôle ex ante illusoirement larges.....	91
A - La méthode américaine des seuils en valeur de transaction.....	92
1 - Les tests du Hart-Scott-Rodino Act de 1976.....	92
2 - L'inaptitude de la méthode des seuils en valeur face aux acquisitions d'entreprises innovantes.....	97

B - La superposition des compétences fédérales et étatiques comme duplication du contrôle.....	97
Chapitre 2 - Le contrôle ex post comme mécanisme correctif subsidiaire commun aux deux régimes.....	99
Section 1 - Le recours européen au Droit primaire de la concurrence.....	99
A - La résurgence de la jurisprudence Continental Can dans l'arrêt Towercast pour l'application de l'article 102 TFUE aux concentrations.....	100
B - La possibilité marginale d'application de l'article 101 TFUE aux concentrations sous les seuils.....	105
Section 2 - Le recours américain à l'absence partielle de forclusion.....	108
A - Le raffermissement de l'imprescriptibilité du Clayton Act par la Time of Suit Doctrine.....	109
B - La doctrine of laches comme limite à l'absence de délai à la contestation d'une concentration numérique pour les personnes privées.....	113
Chapitre 3 - Des procédures européenne et américaine déconnectées des réalités numériques.....	114
Section 1 - L'archaïsme du déroulement des procédures de contrôle.....	115
A - Le paradoxe de la permissivité induite par des obligations de suspension et des sanctions du gun jumping désuètes.....	115
B - Des phases administratives de contrôle incompatibles avec la célérité de l'économie numérique.....	120
Section 2 - La difficile mise en œuvre de mesures correctives pertinentes.....	122
A - La défaillance d'une partie du panel de remèdes européens et américains face au secteur numérique.....	122
B - La nécessité commune d'une utilisation plus ambitieuse des mesures correctives liées à la cession et à l'accès.....	127
Conclusion.....	130