

**Observations de l'AFEC sur la consultation de l'Autorité de la concurrence concernant son projet de révision des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations**

**Novembre 2019**

## **INTRODUCTION**

L'Association Française d'Étude de la Concurrence ("**AFEC**")<sup>1</sup> est une association indépendante, créée en 1952. Elle réunit des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la Concurrence, avocats, juristes d'entreprises, représentants de syndicats professionnels ou étudiants. L'AFEC est membre de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

L'AFEC formule, grâce à la diversité de ses adhérents et à travers la mise en commun de leurs efforts, des observations techniques sur les projets de loi et projets de textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence conformément à son objectif de défense, dans l'exercice des activités économiques, commerciales, industrielles et artisanales du principe de la libre concurrence nationale et internationale contre la concurrence déloyale, abusive ou illicite.

Lorsque l'Autorité de la concurrence ("**Autorité**") a annoncé le lancement d'une réflexion visant à moderniser et simplifier le droit des concentrations en initiant une consultation publique sur le sujet en octobre 2017, l'AFEC a réuni un groupe de travail et adressé à l'Autorité, le 30 novembre 2017, une contribution. Ces observations s'articulaient alors autour des trois grands thèmes de réflexion soumis à la consultation par l'Autorité, à savoir les seuils et l'opportunité de créer un nouveau cas de contrôle des concentrations, la simplification des procédures et le rôle des mandataires à l'exécution des engagements.

En juin 2018, l'Autorité s'est prononcée sur les évolutions législatives envisageables et a présenté des propositions de simplification et de modernisation du contrôle des concentrations. A cette occasion, l'Autorité a également engagé un travail de révision de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, visant notamment à mettre à jour celles-ci au regard des évolutions de la pratique décisionnelle de l'Autorité et la jurisprudence des juridictions françaises depuis 2013.

Le 16 septembre 2019, l'Autorité a rendu public un projet de refonte de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations et lancé une consultation publique portant sur ce dernier - le "**Projet**").

---

<sup>1</sup> Association inscrite au Registre des représentants d'intérêts de la Commission européenne : n° 90225872092-95. Siège social et Secrétariat : SELARL Fourgoux, 76 avenue de Wagram, 75017 Paris, Présidente : Muriel Chagny, Téléphone : 01 55 65 16 65 et Courriel : secretariat@afec.asso.fr.

Les présentes observations s'inscrivent dans le cadre de cette consultation publique. Elles sont le résultat d'échanges menés au sein d'un groupe de travail constitué d'un certain nombre de membres de l'AFEC<sup>2</sup>.

A titre liminaire, l'AFEC tient à saluer le travail de refonte des lignes directrices effectué par l'Autorité. Leur structure nouvelle est particulièrement lisible et le recours à de nombreux exemples issus de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle illustre de façon très utile les développements théoriques. L'accès aux références au moyen de liens hypertextes sera en outre très apprécié des praticiens.

Les observations de l'AFEC se concentreront sur les points suivants du Projet : la notion d'entreprise (1), la notion de contrôle (2), la notion d'entreprise commune de plein exercice (3), la notion de chiffre d'affaires (4), les sanctions prévues à l'article L.430-8 du code de commerce (5), les renvois de l'article 22 du règlement (UE) n°139/2004 (6), la procédure (7), les mesures correctives (8) et les opérations réalisées par les fonds d'investissements (9) et l'examen au fond des opérations de concentration (10).

## 1. LA NOTION D'ENTREPRISE

1. S'agissant de la notion d'entreprise, les observations de l'AFEC se concentreront sur les développements du Projet relatifs à la fusion de fait (points 25-30).
2. Comme le rappelle le point 26 du Projet, *"l'existence d'une gestion économique unique et durable est une condition nécessaire et suffisante pour déterminer si l'on est en présence d'une telle concentration"*. Une telle gestion se manifeste usuellement par la mise en place, entre les entités juridiques concernées par la fusion, de structures juridiques ou opérationnelles qui ont pour résultat d'unifier certaines prises de décision, telles que listes au point 27 du Projet.
3. L'Autorité va toutefois bien plus loin lorsqu'elle suggère que le fait, pour deux entités juridiques, de présenter des dirigeants communs ayant accès *"à des informations détaillées et stratégiques sur les activités de chaque entreprise"*, comme le souligne l'Autorité à propos de l'opération *Hopps Group/Colis Privé*<sup>3</sup>, suffit à établir l'existence d'une gestion économique unique et durable.
4. Il est constant que l'existence de dirigeants communs peut affecter le comportement des entités concernées en fonction de leur position sur le marché et de l'intérêt stratégique des informations auxquels ces dirigeants ont accès. Une telle circonstance relève toutefois davantage du droit des ententes que du droit des concentrations. En effet, dès lors qu'elle n'implique pas la mise en place d'un cadre adéquat garantissant, de façon durable, l'unicité de prise de décision, il est possible de se demander si elle modifie réellement la structure du marché.

**Il serait utile que le Projet expose plus clairement l'approche de l'Autorité vis-à-vis des entreprises ayant des dirigeants communs. Cette circonstance suffit-elle à conclure à l'existence d'une gestion économique unique et durable où d'autres éléments, tels que des structure juridiques ou opérationnelles communes doivent être réunis ?**

<sup>2</sup> Ont contribué aux travaux du groupe de travail : Michael Cousin et Marie Florent (Ashurst), Romain de Nijs (Extent Economics), Denis Redon et Vincent Lorieul (CMS Bureau Francis Lefebvre), Vincent Jaunet, Raimbaut Lacoeylle et Laura Reuther (Magenta), Maud Boukhris et Sarah Bouchon (Willkie Farr & Gallagher), Emmanuelle Flament-Mascaret (AFEP) et Thierry Boillot.

<sup>3</sup> Décision n°17-DCC-115 du 21 juillet 2017.

## 2. LA NOTION DE CONTROLE

### 2.1 Critères d'appréciation d'une influence déterminante

#### (a) Observations générales sur la structure de cette section

5. Le Projet distingue les droits conférés à l'actionnaire majoritaire et ceux conférés aux actionnaires minoritaires. Il est possible de s'interroger sur l'utilité de cette distinction car elle est source d'ambiguïtés.
6. En effet, le point 36 du Projet énumère certains types de décisions stratégiques typiques de l'exercice d'une influence déterminante sur la cible et le point 37 précise que "[c]e sont généralement les droits de vote conférés à l'actionnaire majoritaire pour plusieurs de ces décisions qui déterminent l'exercice du contrôle sur une entreprise".
7. Ce constat est ambigu à plus d'un titre. Tout d'abord, ce n'est pas le fait de pouvoir voter sur ces décisions qui est de nature à conférer une influence déterminante. C'est la capacité à prendre ces décisions seul (hypothèse d'un contrôle exclusif) ou conjointement avec d'autres actionnaires (hypothèse d'un contrôle conjoint) qui confère une telle influence.
8. Ensuite, la prise de décision sur les éléments de stratégie de l'entreprise, et l'influence déterminante qu'elle confère, n'est pas le propre des actionnaires majoritaires. Un actionnaire minoritaire peut également y prétendre via un droit de veto comme le relève l'Autorité au point 44 du Projet.
9. Enfin, si l'Autorité souligne à juste titre que pour détenir une influence déterminante, il convient de pouvoir voter sur "plusieurs" des éléments listés au point 36, cette affirmation ne devrait pas être réservée aux actionnaires majoritaires. L'Autorité devrait également indiquer, au premier tiret du point 44, que c'est un droit de veto portant sur plusieurs des éléments listés qui est de nature à conférer une influence déterminante.
10. Il semble que ces ambiguïtés pourraient facilement être levées si l'Autorité distinguait, dans la section a), les éléments de droit (issus de la gouvernance de l'entreprise ou de ses contrats) et les éléments de fait (relevant par exemple des liens économiques) dont la maîtrise (selon les modalités précisées à la section b)) est susceptible de conférer une influence déterminante. La détention d'une majorité du capital ne serait qu'une modalité d'exercice d'un contrôle de droit.

**L'AFEC propose à l'Autorité de revoir la structure de la section I. A. 1. 3. A) relative à la notion de contrôle, sans distinguer entre les droits des actionnaires majoritaires et ceux des actionnaires minoritaires.**

#### (b) Observations spécifiques à certains critères mentionnés au point 44

11. L'Autorité évoque "(...) la possibilité de bénéficier de droits particuliers conférant immédiatement ou dans le futur une part déterminante dans les décisions de l'entreprise". Il serait utile de préciser le type de droits dont il est question en fournissant au besoin des illustrations issues de la pratique décisionnelle.
12. L'Autorité fait également référence à la possibilité de monter ultérieurement au capital de la cible au moyen de titre convertibles en action ou d'options d'achat. Il pourrait être utile de renvoyer au précédent européen *Ford/Hertz* mentionné au point 67 de la communication juridictionnelle de la Commission européenne<sup>4</sup>, dans lequel la Commission a conclu à l'existence d'une influence déterminante du seul fait d'options d'achat dans la

<sup>4</sup> Affaire IV/M.397 — *Ford/Hertz* du 7 mars 1994.

mesure où celles-ci pouvaient être aisément et rapidement mises en œuvre par leur détenteur.

13. S'agissant de la possibilité d'obtenir des informations détaillées sur les activités de l'entreprise, il serait également utile d'obtenir plus de détails de la part de l'Autorité, au moyen d'exemples concrets, sur le type d'informations concernées. Il serait également pertinent d'indiquer la valeur d'un tel droit au regard de la caractérisation d'un contrôle. Au vu de la pratique décisionnelle, il est en effet possible de soutenir qu'un tel droit n'est pas de nature à conférer une influence déterminante à son détenteur s'il ne s'accompagne pas d'autres indices de contrôle.

(c) Hiérarchie des critères

14. L'AFEC est tout à fait consciente du fait que l'appréciation de l'influence déterminante se fait au cas par cas au vu de l'ensemble des indices de contrôle examinés dans leur contexte juridique et économique. Il n'en demeure pas moins qu'une plus grande hiérarchisation des critères listés dans le Projet présenterait une grande utilité pour les entreprises. Il pourrait être envisagé, par exemple, de distinguer les éléments qui sont, de façon probable, susceptibles de conférer un contrôle et ceux qui le sont de façon moins probable lorsqu'ils ne s'accompagnent pas d'autres éléments.
15. En particulier, il serait utile que l'Autorité souligne, comme le fait la Commission européenne dans sa communication juridictionnelle<sup>5</sup>, qu'un droit de veto portant sur le budget, le business plan ou la nomination de l'encadrement supérieur confère généralement une influence déterminante. De même, les lignes directrices pourraient détailler davantage les circonstances dans lesquelles les autres droits sont susceptibles de conférer une telle influence. A titre d'exemple, la pratique décisionnelle, ainsi que la communication juridictionnelle de la Commission, précisent que le caractère stratégique d'un veto sur les investissements dépend du niveau des investissements considérés et de leur importance sur le marché. Les lignes directrices pourraient préciser ce point.

**L'AFEC suggère à l'Autorité de hiérarchiser les critères du contrôle en fonction de leur degré de pertinence et préciser les circonstances dans lesquelles certains vetos sont susceptibles de conférer une influence déterminante à leur détenteur.**

3. **LA NOTION D'ENTREPRISE COMMUNE DE PLEIN EXERCICE**

16. Au point 73, l'Autorité mentionne, au titre des ressources dont doit disposer une entreprise commune pour pouvoir être qualifiée de plein exercice, la "*responsabilité commerciale*". Ce concept mériterait d'être précisé.

4. **LA NOTION DE CHIFFRE D'AFFAIRES**

17. Le point 123 du Projet prévoit l'inclusion des aides publiques dans le calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées "*dès l'instant où elles sont directement liées à la vente de produits et de services*". Il serait utile que l'Autorité développe ce point en l'illustrant par des exemples. Ceci permettra aux entreprises de se faire une idée du type d'aides sur lesquelles elles devraient exercer leur vigilance au titre du contrôle des concentrations.
18. Le paragraphe 129 utilise la notion de comptes vérifiés et son encadré celle de comptes certifiés pour désigner les comptes à prendre en compte aux fins du calcul du chiffre d'affaires. Il serait utile d'harmoniser les termes employés et de fournir quelques éléments sur ce qu'ils recouvrent exactement (comptes simplement audités ou approuvés par les organes délibérants de l'entreprise, sachant qu'un délai important peut séparer ces deux étapes).

---

<sup>5</sup> Points 67, 69 et 70.

19. Au point 136, le Projet expose la spécificité du chiffre d'affaires réalisé par certains intermédiaires qui, bien qu'ils facturent la totalité du montant de la vente au client final, ont un chiffre d'affaires qui repose uniquement sur le montant de la commission. Il serait utile que l'Autorité confirme que cette prise en compte de la commission s'envisage également lorsque, sur le plan comptable, le chiffre d'affaires de l'intermédiaire n'est pas constitué que des commissions.
20. A titre d'exemple, on notera que le chiffre d'affaires des commissionnaires à la vente, tel qu'il est inscrit dans leur comptabilité, intègre la totalité du montant des ventes réalisées pour le compte de leurs commettants. Pour autant, seul le montant de leurs commissions reflète adéquatement l'ampleur de leur activité économique. Il serait utile que l'Autorité puisse prendre position sur un tel cas de figure.

**Il serait utile que le projet précise (i) la notion d'aide publique liée à la vente, (ii) la notion de comptes vérifiés ou certifiés, ainsi que (iii) certaines situations dans lesquelles le chiffre d'affaires d'un intermédiaire ne recouvre pas que le montant de ses commissions.**

## 5. LES SANCTIONS PREVUES A L'ARTICLE L. 430-8 DU CODE DE COMMERCE

### 5.1 Le défaut de notification

21. Le Projet liste de façon bienvenue les critères pris en compte par l'Autorité pour fixer le montant de la sanction en cas de défaut de notification (point 171). Au nombre des circonstances atténuantes listées par l'Autorité figure "*le fait que l'entreprise a spontanément porté l'absence de notification à l'attention de l'Autorité*". S'il existe un mode opératoire particulier permettant de renseigner ainsi l'Autorité en vue de bénéficier d'une circonstance atténuante, les lignes directrices pourraient le préciser.

### 5.2 Le "gun jumping"

22. Le Projet intègre aux points 173 à 178 de nouveaux développements relatifs à la notion de "gun jumping". L'Autorité y expose sa grille d'analyse de cette notion, des indications quant aux comportements susceptibles de s'y rattacher et un court résumé de la décision *Altice*<sup>6</sup> aux termes de laquelle l'Autorité a pour la première fois sanctionné une entreprise pour la mise en œuvre de telles pratiques.
23. L'AFEC souhaite sur ce point faire les observations suivantes, sur la notion même de "gun jumping" et sur ses illustrations.
24. Concernant la notion même de "gun jumping", l'Autorité renvoie de façon fort logique à la notion de contrôle, laquelle se traduirait par l'exercice d'une influence déterminante. Elle pourrait toutefois utilement intégrer les derniers développements de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle européenne, en particulier l'arrêt *Ernst & Young* de la CJUE<sup>7</sup> et la décision de la Commission européenne *Canon/TMSC* du 27 juin 2019<sup>8</sup>.
25. En effet, alors que l'arrêt *Ernst & Young* a été largement commenté comme fournissant une illustration des comportements permis sous l'angle du "gun jumping", la Commission met l'accent dans sa décision précitée sur le fait que, du point de vue de la Cour, les transactions qui "*contribuent*" seulement "*en partie*" à un changement de contrôle, entrent dans la définition de mise en œuvre d'une concentration au sens du règlement

<sup>6</sup> Décision n°16-D-24 du 8 novembre 2016.

<sup>7</sup> CJUE, 31 mai 2018, *Ernst & Young P/S*, aff. C-633/16.

<sup>8</sup> COMP/M.8179.

n°139/2004<sup>9</sup>. Tel serait le cas lorsque les mesures en question présentent un lien "*direct et fonctionnel*" avec la prise de contrôle<sup>10</sup>.

26. Le Projet ne rend pas compte de ces nuances lorsqu'il se réfère de façon générale à la notion de contrôle. Il serait ainsi utile que l'Autorité précise son approche sur ce point. Il va sans dire que celui-ci représente en pratique un enjeu considérable pour les entreprises.
27. S'agissant du type de mesures susceptibles d'entrer dans la définition du "gun jumping", le Projet se réfère au précédent *Altice*<sup>11</sup>. Cette référence, bien qu'utile, a toutefois ses limites, tant le cas cumule les violations flagrantes de l'obligation de suspension. De même, le renvoi, en note de bas de page, à l'article publié par Madame la Présidente de l'Autorité sur le "gun jumping"<sup>12</sup> n'est pas totalement satisfaisant. Rappelons que celle-ci y expose que l'article ne se confond pas avec des lignes directrices et qu'il exprime les positions personnelles de son auteur, ce dont on peut déduire qu'il n'engage pas l'Autorité.
28. Comme l'a fait observer l'Avocat Général Wahl dans ses conclusions sous l'arrêt *Ernst & Young* précité<sup>13</sup>, il n'est sans doute pas efficace, pour les régulateurs comme pour les juridictions de contrôle, d'arrêter une liste générale et exhaustive de critères destinée à couvrir tous les comportements susceptibles de tomber sous le coup de l'obligation de suspension.
29. L'AFEC souscrit en revanche à l'approche préconisée par le même avocat général et consistant à définir les mesures qui ne relèveront pas de l'obligation de suspension. Cette approche est en effet la plus à même d'améliorer "*la sécurité juridique pour les entreprises concernées, tout en assurant la flexibilité nécessaire au contrôle effectif des concentrations*"<sup>14</sup>.
30. A cet égard, l'AFEC souhaite soumettre trois séries de réflexion à l'Autorité.
31. Premièrement, il aurait sans doute été très utile que l'Autorité se penche de façon plus concrète sur certaines pratiques usuelles en matière transactionnelle afin de donner du confort à ceux qui les mettent en œuvre.
32. En particulier, dans sa décision *Altice*<sup>15</sup>, l'Autorité exclut toute possibilité, pour les parties à une concentration, d'échanger des informations stratégiques. De tels échanges constitueraient en effet un "*contournement du caractère suspensif de la procédure de contrôle des concentrations*"<sup>16</sup>. Afin d'éviter ce risque, l'Autorité évoque la possibilité de recourir à des conseils externes (à l'exclusion des salariés de l'acquéreur) qui restitueront ces informations sous forme agrégée ou anonymisée "*pour ne pas révéler d'informations stratégiques*"<sup>17</sup>.
33. L'on sait pourtant qu'en pratique, les entreprises qui sont en négociation ne s'interdisent pas d'intégrer dans les clean teams certains de leurs employés pourvus que ces derniers

---

<sup>9</sup> Pts 92 et 93 de la décision.

<sup>10</sup> Pt 147 de la décision.

<sup>11</sup> Précitée, note n°6.

<sup>12</sup> Isabelle de Silva, *Gun jumping : quelles sont les pratiques à éviter ? Réflexions sur la mise en œuvre anticipée des opérations de concentration*, Concurrences n°3-2018, pp. 55-66.

<sup>13</sup> Conclusions de l'avocat général Nils Wahl, présentées le 18 janvier 2018, aff. C-633/16 précitée note n°13, pt 44.

<sup>14</sup> Point 45 des conclusions.

<sup>15</sup> Précité, note n°6

<sup>16</sup> Point 266 de la décision.

<sup>17</sup> Point 262 de la décision.

soient liés par des obligations de confidentialité et qu'ils ne soient pas en mesure, de par leur position dans l'entreprise, d'utiliser les informations acquises à des fins anti-concurrentielles<sup>18</sup>. Dans sa décision *Altice* du 24 avril 2018, la Commission évoque elle-même ce type de clean team, en précisant qu'elle peut inclure des salariés de l'acquéreur non engagés dans la conduite quotidienne des affaires de celui-ci, au titre des garanties pouvant accompagner les échanges d'informations entre vendeur et acheteur<sup>19</sup>.

34. Il est constant que l'article précité de Madame la Présidente de l'Autorité a apporté sur ce point certaines clarifications. Celles-ci n'engagent toutefois pas l'Autorité et il serait préférable que les lignes directrices précisent sa doctrine en la matière.
35. A cet égard, il n'est souvent pas envisageable pour l'acquéreur d'investir dans une entreprise sans avoir au préalable un accès direct, c'est-à-dire autrement que par l'intermédiaire de conseils externes, à certaines informations susceptibles d'être qualifiées de stratégiques concernant la cible. Un tel accès ne saurait d'ailleurs être limité aux juristes comme évoqué dans l'article précité<sup>20</sup>.
36. S'agissant du type d'informations susceptibles d'être considérées comme "sensibles", l'article précité de Madame la Présidente de l'Autorité se réfère au cadre prévu pour les ententes horizontales, lequel est considéré comme suffisant pour déterminer si l'échange contribue ou non à une prise de contrôle<sup>21</sup>. Il peut toutefois être souligné que l'accomplissement d'une *due diligence* offre un contexte très particulier à l'échange d'informations, justifiant des recommandations spécifiques. A titre d'exemple, la fréquence des échanges, qui est un élément-clé d'appréciation sur les marchés instables, fait nécessairement défaut dans un tel contexte et devrait permettre d'écarter toute préoccupation de concurrence dans de nombreux cas.
37. Au total, même si l'AFEC comprend le souhait de l'Autorité de ne pas figer une liste de comportements susceptibles de constituer ou non un "gun jumping", une reconnaissance des critères permettant d'intégrer certains salariés ou dirigeants de l'acquéreur aux clean teams s'avérerait particulièrement utile pour les entreprises. Il en serait de même d'indications fournies sur le type d'échanges admissibles dans un cadre de due diligence.
38. Deuxièmement, et de façon plus générale, les lignes directrices pourraient préciser que les mesures précédant la concentration et dissociables de celles menant à l'acquisition d'une influence déterminante, ne caractérisent pas un "gun jumping".
39. Cette notion couvrirait ainsi, à l'instar des faits ayant donné lieu à l'affaire *Ernst & Young*, certaines dispositions prises par une partie, en amont de la transaction, pour rendre possible celle-ci sur le plan juridique sans que ces dispositions se traduisent par l'acquisition, même partielle, d'une influence déterminante sur la cible.
40. Il est également possible d'envisager d'autres mesures purement préparatoires à une prise de contrôle ou à la création d'une entreprise commune de plein exercice dont la nature ne devrait pas soulever de difficultés: la création de la structure juridique destinée à accueillir l'activité cible, la recherche de locaux, la sélection de certains prestataires ou le lancement d'un processus de recrutement pour le personnel.
41. L'AFEC relève enfin que si le Projet précise les critères de détermination de la sanction pécuniaire appliquée au défaut de notification (I de l'article L. 430-8 du code de commerce), il ne le fait pas s'agissant du "gun jumping". Bien que la pratique

---

<sup>18</sup> D'autres garanties peuvent être prévues, telles que l'interdiction faite à l'entreprise de nommer le salarié concerné, pendant une certaine période suivant la négociation si celle-ci échoue, à un poste opérationnelle où il risquerait de faire un tel usage des informations concernées.

<sup>19</sup> Comm. UE, 24 avr. 2018, *Altice/PT Portugal*, aff. COMP/M.7993, pt. 53 et note de bas de page n°35.

<sup>20</sup> Points 88-89.

<sup>21</sup> Point 87.

décisionnelle soit peu développée sur ce point, les lignes directrices pourraient utilement préciser les principes retenus par l'Autorité pour fixer le montant des sanctions.

42. Troisièmement, les lignes directrices pourraient utilement examiner le cas de la création d'une entreprise commune de plein exercice. En effet, la référence à la notion d'influence déterminante a ses limites dans ce cas précis lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un "gun jumping". Il est possible de soutenir que les mesures tendant à instituer l'entreprise commune comme un nouvel offreur, consistant à la doter des moyens nécessaires à cette fin, comptent tout autant voire plus que celles qui tendent à mettre en place un contrôle conjoint entre ses actionnaires (et qui précèdent souvent de loin le démarrage effective de son activité).

**Les lignes directrices pourraient intégrer les derniers développements de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle européennes en matière de violation de l'obligation de suspension**

**L'AFEC est favorable à l'introduction dans le projet de Lignes Directrices de développements sur la mise en place et la composition des clean team.**

**Les lignes directrices pourraient utilement consacrer des développements aux mesures préparatoires non susceptibles d'entrer dans la définition du "gun jumping", ainsi qu'aux entreprises communes de plein exercice.**

### 5.3 Transaction

43. Le Projet ne contient aucune référence à la procédure de transaction. Or, bien que non prévue formellement par les textes en droit des concentrations, une procédure de ce type a été mise en œuvre dans l'affaire *Altice*<sup>22</sup>.
44. Il serait utile de préciser les conditions dans lesquelles une transaction peut avoir lieu en matière de concentrations, quitte à renvoyer au communiqué de procédure du 21 décembre 2018 qui n'en fait cependant pas mention. En effet, en l'état, mis à part le communiqué de presse publié par l'Autorité le 27 décembre 2018 à l'occasion de la publication de ce dernier communiqué de procédure, la pratique de la transaction en matière de concentrations ne semble faire l'objet d'aucune information publiée par l'ADLC.

**Les lignes directrices pourraient utilement consacrer des développements à la transaction appliquée aux infractions en matière de concentrations.**

## 6. LES RENVOIS DE L'ARTICLE 22 DU REGLEMENT 139/2004

45. Le Projet rappelle les principaux aspects de ces renvois en les développant davantage que dans la version actuelle, ce qui est bienvenu.
46. Le point 331 du Projet, qui fait référence à une possible mise en œuvre de l'article 22 pour des opérations "*notifiées*" en France ou dans d'autres Etats membres, peut s'interpréter comme signifiant que le renvoi n'est pas possible pour des opérations qui n'ont pas été notifiées car les seuils ne sont pas atteints. Une telle interprétation serait conforme à l'analyse de la Commission européenne<sup>23</sup>.
47. Une incertitude demeure toutefois, dans le Projet, sur la question de savoir si, du point de vue de l'Autorité, une demande de renvoi est envisageable alors même que l'opération concernée ne serait pas notifiable en France.

<sup>22</sup> Décision précitée de l'Autorité, note n°15.

<sup>23</sup> En 2014, la Commission a proposé de modifier la procédure de renvoi prévue à l'article 22 du Règlement Concentrations afin d'y ajouter cette précision (Livre Blanc de la Commission, Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE, 9 juillet 2014, COM(2014) 449 final, note de bas de page 45).



**Les lignes directrices pourraient clarifier le fait qu'une demande de renvoi au titre de l'article 22 du règlement n°139/2004 par l'Autorité ne se conçoit, du point de vue de l'Autorité, que pour les opérations notifiables en France.**

7. **LA PROCEDURE**

7.1 **Pré-notification, demandes d'informations et complétude**

48. En matière d'opérations de fusion – acquisition, la question des délais est sensible. Les membres de l'AFEC soulignent que dans la pratique, les équipes du service des concentrations font preuve d'une grande réactivité et veillent à prendre en compte, dans la mesure de leurs moyens, les impératifs de calendrier des entreprises. Il n'en demeure pas moins que certaines avancées pourraient être faites en matière de prévisibilité pour les entreprises.
49. Ainsi, le Projet ne fait aucune mention d'un délai après lequel les rapporteurs peuvent faire un premier retour aux parties notifiantes une fois le projet pré-notifié. Ceci tranche avec la pratique de la Commission européenne qui, conformément à ses *Best Practices* de 2004 (point 15), prévoit un délai de 5 jours ouvrés après lequel les parties notifiantes peuvent contacter le *case team* pour un premier retour sur le dossier (en pratique, les parties reçoivent très souvent une première demande d'informations à l'issue de ce délai).
50. Il serait ainsi souhaitable que le calendrier de la pré-notification soit plus clairement défini avec, en tout état de cause, un premier retour sur le dossier pré-notifié dans les cinq ou dix jours ouvrés du dépôt de ce dernier.
51. Par ailleurs, le Projet évoque rapidement la question des demandes d'informations et des questionnaires adressés aux entreprises aux différents stades de l'instruction (points 256 et 258). L'AFEC souhaite toutefois attirer l'attention de l'Autorité sur les difficultés parfois rencontrées par les entreprises pour traiter ces demandes et sur les ressources qu'elles mobilisent chez elles.
52. Il serait utile de mener une réflexion sur l'adéquation des informations demandées par rapport à la complexité d'une opération sur le plan concurrentiel. A titre d'exemple, le souhait de l'Autorité de maintenir ouverte la définition d'un marché conduit celle-ci à multiplier les hypothèses de marchés au cours de l'examen de l'opération, ce qui conduit les entreprises à devoir fournir des informations de parts de marché pour chacune de ces hypothèses, exercice parfois fastidieux au regard de l'enjeu qu'il représente. De même, certaines demandes d'informations très complexes visent parfois pour l'Autorité à s'assurer qu'une procédure peut être traitée de façon simplifiée, ce qui va à l'encontre de la simplification recherchée. En outre, une meilleure distinction pourrait être faite entre les informations absolument nécessaires à la complétude et les autres renseignements susceptibles d'être fournis pendant la période d'examen formel. L'élaboration de bonnes pratiques, éventuellement annexées aux lignes directrices, pourrait être envisagée par l'Autorité dans ce domaine.
53. Cette réflexion pourrait être élargie aux tests de marché. Les questionnaires adressés au marché sont parfois complexes et rédigés dans des termes inadaptés à la pratique. Il en découle des résultats parfois difficilement exploitables. L'Autorité pourrait réfléchir à impliquer la ou les parties notifiantes, à un degré à définir, dans l'élaboration de ces questionnaires. Cela offrira sans nul doute une meilleure garantie d'adaptation des questions posées à la réalité du marché.
54. Aux points 187 et 201, le Projet évoque le délai dans lequel l'Autorité adressera à la partie ou aux parties notifiantes un accusé de réception formalisant la complétude du dossier.
55. L'AFEC a tout à fait conscience de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'Autorité de fournir des indications très précises sur le délai d'envoi de cet accusé de réception, lequel

dépend évidemment de la capacité des entreprises de lui fournir les informations nécessaires à l'instruction. Elle tient toutefois à souligner que dans la pratique, il arrive que l'envoi de cet accusé de réception, lequel représente une étape très importante dans un processus d'acquisition, intervienne bien après la fourniture des dernières informations demandées par les rapporteurs. L'AFEC ne peut en conséquence qu'encourager l'Autorité à émettre cet accusé de réception le plus rapidement possible, quitte à ce que des précisions puissent être demandées par la suite aux entreprises (les lignes directrices pourraient préciser ce point).

## 7.2 Procédure simplifiée

56. L'AFEC salue l'application d'un délai raccourci pour les observations des tiers lorsque l'opération est éligible à la procédure simplifiée<sup>24</sup>. Ce point est important dès lors que, comme le prévoit toujours le Projet, la décision d'autorisation ne peut intervenir avant que le délai d'observations des tiers soit expiré. Il a pu arriver que le bénéfice de la procédure simplifiée soit neutralisé par cette contrainte.
57. Pour que cette évolution se traduise dans les faits, il faudra articuler efficacement les délais afférents aux mesures de publication et ceux qui s'appliquent à la décision relative à l'éligibilité ou non de l'opération à la procédure simplifiée. A cet égard, le fait que, sur ce dernier point, le Projet prévoit un délai maximum de 10 jours ouvrés pourrait s'avérer dans les faits problématiques.
58. On constatera que le délai d'examen de trois semaines prévu pour les procédures simplifiées est bien inscrit mais uniquement dans l'annexe relative à l'analyse des réseaux de distribution (point 804). Il pourrait utilement figurer dans le corps des lignes directrices (aux points 229-233) et/ou dans l'annexe A présentant le calendrier de la procédure de contrôle des concentrations.
59. Certains membres de l'AFEC ont plaidé pour que ce délai engage plus fortement l'Autorité même s'il est constaté qu'en pratique il est le plus souvent respecté.
60. En outre, les lignes directrices pourraient selon l'AFEC préciser que les services d'instruction peuvent convenir avec la ou les parties notifiantes d'une dispense de fournir certaines informations, particulièrement dans les cas les plus simples.

## 7.3 Procédure dématérialisée

61. L'AFEC accueille très favorablement l'introduction d'une procédure dématérialisée pour certaines opérations du secteur du commerce de détail et pour les opérations n'entraînant aucun chevauchement. Certaines interrogations émergent toutefois quant au fonctionnement pratique de cette procédure.
62. En effet, le Projet ne précise pas la façon dont ce type de notification peut être combiné avec une demande de dérogation à l'effet suspensif. La question est donc de savoir si la plateforme de notification en ligne permettra une telle demande où s'il faudra l'adresser à l'Autorité par des moyens plus classiques.
63. De même, le bénéfice de cette procédure peut être mis en question lorsque les définitions de marché ne sont pas suffisamment précisées dans la pratique décisionnelle, ou pas suffisamment récentes. L'AFEC s'interroge sur la forme que pourrait prendre un éventuel dialogue avec les services d'instruction dans ce cadre.
64. En outre, dans l'hypothèse où les services d'instruction concluraient au fait que l'opération n'était en réalité pas éligible à la notification en ligne, des questions se posent sur les conséquences pratiques d'un tel constat. L'AFEC comprend que le dossier regagnera un

---

<sup>24</sup> Point 206 du Projet.

circuit de traitement classique, simplifié ou non, sans que ce nouvel aiguillage impacte le délai d'instruction. Ce point pourrait être précisé.

**Les lignes directrices pourraient préciser l'articulation de la notification en ligne avec (i) une demande de dérogation à l'effet suspensif et (ii) des échanges avec les services d'instruction quant aux définitions de marché.**

**Il serait utile de préciser le scénario dans lequel une concentration notifiée en ligne n'était pas éligible à cette notification.**

## 8. LES MESURES CORRECTIVES

### 8.1 Nomination du mandataire et mandat-type

65. La nomination d'un mandataire chargé de suivre les opérations de désinvestissements et les autres mesures correctives doit intervenir dans un délai rapide. Les lignes directrices précisent dans leur point 423 que *"pour favoriser la réalisation rapide de la cession, ce ou ces mandataires doivent être nommés le plus rapidement possible"*.
66. Les mandataires sont proposés par les parties et il s'ensuit une procédure d'agrément par l'Autorité puisque celui-ci agit pour le compte de l'Autorité et doit lui rendre compte.
67. Le point 412 mentionne le fait que *"l'Autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation pour l'approbation du contrat de mandat proposé, sous réserve de toutes modifications qu'elle estime nécessaires pour l'accomplissement de ses obligations"*.
68. Il nous semble que la procédure serait à la fois simplifiée et accélérée si les lignes directrices présentaient en annexe un projet de mandat-type dans lequel serait déjà fixé le cadre de sa mission, la cadence de remise des rapports, etc, sur l'exemple du mandat-type européen, plutôt que de conserver un pouvoir d'appréciation sur les modèles que pourraient présenter les parties.

### 8.2 La durée des mesures comportementales

69. Les engagements comportementaux sont toujours prévus pour une durée déterminée.
70. Le projet de Lignes Directrices précise que *"sauf circonstances exceptionnelles, une durée minimale de cinq ans, éventuellement renouvelable à l'issue d'une nouvelle analyse concurrentielle, est généralement jugée nécessaire pour compenser les effets sur la structure des marchés d'une opération de concentration"*<sup>25</sup>.
71. L'AFEC regrette le maintien de cette durée minimale de 5 ans. Une telle durée pourrait en effet se révéler trop longue en considération de l'évolution de la structure concurrentielle des marchés, et aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante.
72. A cet égard, il est fait observer que la Commission européenne ne fixe pas de durée minimale pour les engagements comportementaux, estimant que leur durée dépend *"des circonstances particulières"* du cas d'espèce et *"ne peut être définie au préalable de manière générale"*<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Point 397.

<sup>26</sup> Communication de la Commission sur les mesures correctives, JOUE n°C 267/01 du 22 oct. 2008, point 70.

### 8.3 **L'encadrement de la procédure de réexamen avant le terme de l'exécution des mesures correctives**

73. Concernant la procédure de réexamen avant le terme de l'exécution des mesures correctives, le Projet prévoit qu' *"il appartient aux parties d'adresser un mémoire motivé afin de démontrer le bien-fondé de leur demande de réexamen"*, sans détailler davantage la procédure suivie par l'Autorité<sup>27</sup>.
74. La régularité des demandes de réexamen des mesures correctives et les délais dans lesquels elles sont traitées par l'Autorité, lesquels peuvent varier entre deux mois et quatre ans, appelle à un encadrement de la procédure suivie par l'Autorité afin de lui donner plus de transparence et de prévisibilité.
75. Il n'est pas proposé de figer la procédure de réexamen en mettant en place une nouvelle procédure de notification mais de renforcer la sécurité juridique des parties en fixant les grandes étapes et les délais d'un réexamen, ainsi que les modalités d'intervention des parties, du mandataire et des tiers.
76. Précisons qu'un tel encadrement ne profitera pas seulement aux entreprises concernées mais également aux tiers susceptibles d'être impactés par le réexamen des mesures correctives.

### 8.4 **La publication des décisions de réexamen**

77. Le Projet prévoit que *"les décisions de réexamen des mesures correctives sont publiées sur le site de l'Autorité, à l'exception des modifications mineures ou de celles qui ne modifient pas les mesures correctives sur le fond comme par exemple les décisions relatives à une demande de prolongation des délais de cession"*<sup>28</sup>.
78. Les modifications des mesures correctives, même mineures, ainsi que la prolongation des engagements structurels sont néanmoins susceptibles d'intéresser les tiers, notamment lorsqu'ils sont directement concernés par les engagements. La publication de ces informations permettra aux tiers d'être informés et de réagir le cas échéant.

#### **La publication, en annexe des lignes directrices, d'un mandat-type, serait utile.**

**L'AFEC propose à l'Autorité d'inclure dans ses lignes directrices des développements consacrés à l'encadrement de la procédure de réexamen des mesures correctives avant leur terme (principales étapes, délais, modalités d'intervention des parties, du mandataire et des tiers).**

**Elle propose également à l'Autorité de supprimer la référence à une durée minimale de cinq ans pour les mesures correctives comportementales.**

**L'AFEC invite en outre l'Autorité à inclure dans ses lignes directrices des développements consacrés à l'encadrement de la procédure de réexamen des mesures correctives avant leur terme (principales étapes, délais, modalités d'intervention des parties, du mandataire et des tiers).**

**La totalité des décisions de réexamen devraient enfin être publiées sur le site de l'Autorité de la concurrence.**

<sup>27</sup> Point 426.

<sup>28</sup> Point 436.

## 9. OPERATIONS REALISEES PAR LES FONDS D'INVESTISSEMENTS

9.1 Certains membres de l'AFEC ont fait observer que l'annexe consacrée aux opérations réalisées par des fonds d'investissements, présente dans la version actuelle des lignes directrices, méritait d'être maintenue. Il est constant que la pratique de l'Autorité vis-à-vis de ce type d'opérations est aujourd'hui bien établie. Il n'en demeure pas moins que l'annexe fournissait des indications très utiles compte tenu du caractère simplifié des décisions rendues la plupart du temps dans ce domaine.

## 10. L'EXAMEN AU FOND DES OPERATIONS DE CONCENTRATION

79. Le projet de lignes directrices comporte de nombreuses avancées sur le plan de l'analyse économique des opérations de concentration notamment en ce qui concerne :

- le rôle des données tant au niveau de l'appréciation du pouvoir de marché des parties que des effets d'une opération (points 582, 607, 612) ;
- l'importance de prendre en compte l'éventuel caractère biface d'un marché tant au niveau de la définition du/des marché(s) pertinent(s) (point 578) que des effets de l'opération (point 644) ;
- la grille d'analyse relative à l'éventuelle intégration des ventes en lignes dans le marché pertinent de magasins physiques (points 821-823) ;
- les clarifications relatives à l'analyse locale dans les concentrations dans le secteur du commerce de détail (points 805-820).

80. L'AFEC souhaite soumettre à l'Autorité d'autres pistes d'amélioration qui pourraient utilement être prises en compte dans les nouvelles lignes directrices.

### 10.1 Sur l'utilisation des sondages

81. Sur ce point, l'AFEC souhaite faire deux commentaires.

82. En premier lieu, le Projet fait à plusieurs reprises référence à l'utilisation de sondages pour recueillir des informations sur le marché et le comportement de ses acteurs. Par exemple, elles indiquent que les ratios de diversion peuvent être estimés *"directement au travers de sondages réalisés auprès des consommateurs ou des entreprises clientes. Une attention particulière doit être apportée à la formulation des questions posées, les résultats obtenus pouvant y être sensibles. Dans l'hypothèse où la partie notifiante envisagerait de recourir à un sondage, cette dernière est donc invitée à se rapprocher du rapporteur en charge du dossier afin d'échanger sur la méthodologie suivie"*<sup>29</sup>.

83. Du point de vue de l'analyse économique, les sondages sont effectivement susceptibles de fournir des indications fiables sur le fonctionnement économique d'un marché et en particulier sur sa demande. Néanmoins, leur utilisation paraît devoir être encadrée par des critères stricts afin d'en assurer la qualité et de donner la possibilité aux entreprises de mener de tels sondages en conformité avec les attentes de l'Autorité. A ce titre, il paraîtrait opportun que l'Autorité précise en annexe de ses lignes directrices les critères de recevabilité d'un sondage. Les critères qui nous paraissent importants sont les suivants :

- la transparence des objectifs du sondage ;
- la représentativité de l'échantillon d'analyse qui doit avoir la même structure que celle de la population cible d'intérêt ;

---

<sup>29</sup> Point 567 du Projet.

- la validité scientifique de la méthodologie de mise en œuvre du sondage et d'analyse de ses données ;
  - la mise à disposition du questionnaire du sondage, de sa méthodologie de mise en œuvre et des données collectées.
84. Au-delà de ces critères généraux, il conviendrait d'indiquer, lorsqu'un sondage est réalisé, les éléments suivants : la base du sondage, le plan de sondage, la taille de l'échantillon, les marges d'erreur et le taux de réponse.
85. En second lieu, il serait opportun que les principes d'élaboration d'un sondage applicables aux parties pour que celui-ci puisse être utilement présenté dans le cadre d'une opération de concentration, servent également de guide à la conduite des tests de marché menés par l'Autorité de la Concurrence lorsqu'elle procède par échantillonnage.
- 10.2 Sur l'analyse locale des opérations de concentration**
86. L'AFEC fera sur ce point quatre commentaires.
87. En premier lieu, il serait opportun que les lignes directrices indiquent de manière explicite les limites méthodologiques de l'utilisation des empreintes réelles pour délimiter les marchés pertinents d'un point de vue géographique. En effet, par définition, les empreintes réelles ne captent que la zone des clients effectifs d'un point de vente et pas nécessairement celle de ses clients potentiels. Or, la concurrence entre les points de vente s'exerce à travers tous les clients qui arbitrent entre ceux-ci. Cet ensemble de clients inclut donc non seulement les clients effectifs d'un point de vente mais également ses clients potentiels. Dans les zones densément couvertes par des points de vente concurrents, la méthode des empreintes réelles peut ainsi conduire à des zones de chalandise très petites pour chaque point de vente, alors que leur zone d'influence est potentiellement beaucoup plus grande.
88. En deuxième lieu, il serait utile que les lignes directrices précisent l'interprétation des parts de marché en nombre de points de vente qui peuvent être retenues dans l'analyse de certaines opérations. En effet, elles sont d'une nature très différente de celles plus classiquement estimées en chiffre d'affaires ou en volume dans la mesure où elles renvoient davantage à une part d'offre qu'à une part de demande. En particulier, il serait utile que les lignes directrices indiquent comment les seuils d'absence *a priori* d'atteinte à la concurrence (points 602-603) de parts de marché cumulées et d'incrément sont susceptibles d'être adaptés/appliqués en nombre de points de vente.
89. En troisième lieu, dans une opération de concentration dans le commerce de détail, lorsqu'au moins une des parties à l'opération pratique une politique de prix au niveau national, il conviendrait d'examiner les effets locaux de l'opération également dans les zones de chalandises des points de vente de cette partie qui ne sont pas des zones de chevauchement. En effet, quand bien même ces zones ne seraient pas directement impactées au niveau local par une augmentation du pouvoir de marché des parties, elles le sont de manière indirecte via la répercussion de l'éventuel changement du prix national induit par les variations de pouvoir de marché local dans les zones de chevauchement.
90. Dans ce type de situation, il conviendrait d'apprécier le poids que représente l'ensemble des zones locales de chevauchement de la partie qui a une politique nationale de prix par rapport à l'ensemble de ses zones de chalandise (avec et sans chevauchement). Si ce poids est faible, il y a alors très peu de chance que l'opération ait un impact négatif sur les prix, y compris dans les zones de chevauchement où les parts de marché et/ou l'incrément seraient élevés car c'est l'importance des autres zones locales sans chevauchement qui "l'emporte" dans la détermination du prix national. En revanche, si ce poids est important, le rôle "dilutif" des autres zones sans chevauchement est moins fort au point qu'elles peuvent elles-mêmes être finalement impactées indirectement.

91. La prise en compte des parts de marché locales dans les zones de chevauchement et de la part de marché nationale n'est pas suffisante pour mener une telle analyse. Il conviendrait d'ajouter comme critère d'appréciation la part du chiffre d'affaires réalisée par la partie ayant une politique nationale de prix dans les zones de chevauchement.
92. En quatrième lieu, l'Annexe D relative à la prise en compte des ventes en ligne pourrait être utilement complétée par des éléments méthodologiques sur la façon d'intégrer concrètement les ventes en ligne dans le calcul des parts de marché locales au sein d'une zone de chalandise. En particulier, il serait opportun que les lignes directrices précisent s'il est nécessaire de prendre en compte les éventuelles disparités de l'importance des ventes en ligne par zone locale, ou si, une approche plus simple mais plus approximative consistant à considérer la pression concurrentielle des *pure players* comme uniforme sur le territoire est acceptable.

### 10.3 **Autres commentaires**

93. Premièrement, l'AFEC partage la position du Projet selon laquelle "*l'appréciation des effets d'une concentration horizontale ne se limite pas au risque d'augmentation de prix*"<sup>30</sup> et qu'il convient d'examiner d'autres effets possibles. Pour aller dans cette direction, il serait utile que les lignes directrices précisent quels autres effets sont susceptibles d'être examinés et surtout sur la base de quels types de critères et d'analyses.
94. Par exemple, l'article de Jullien et Lefouilli (2018)<sup>31</sup> dresse un bilan des conclusions de la littérature académique en économie à propos des effets des concentrations horizontales sur l'innovation. Cet article vise notamment à identifier les conditions dans lesquelles les effets positifs d'une opération de concentration sur l'innovation sont davantage susceptibles de l'emporter sur ses effets négatifs. Ces conditions seraient les suivantes :
- l'innovation a pour effet d'augmenter la demande et non d'accroître la marge des entreprises à la fusion ;
  - l'innovation permet d'augmenter la différenciation entre les produits sur le marché ;
  - l'innovation est susceptible de générer des spillovers positifs pour l'ensemble des acteurs du marché ;
  - la fusion permet de générer des effets de complémentarité entre les actifs nécessaires à la R&D ou de mieux coordonner les activités de recherche.
95. Ces critères pourraient contribuer à clarifier la grille d'analyse des lignes directrices sur les effets des opérations de concentration horizontale ayant des implications importantes en termes d'innovation.
96. Deuxièmement, au même titre que les lignes directrices entendent prendre en compte les effets de bord en ce qui concerne la délimitation des marchés pertinents dans leur dimension géographique (points 522 et 525), il serait opportun qu'elles indiquent également la nécessité de prendre en compte ces effets de bord dans la dimension produit du marché pertinent. Cela se traduirait par exemple par l'estimation des parts de marché en incluant à titre d'analyse de robustesse le ou les produits dont l'appartenance ou non au marché pertinent ne peut pas être tranchée de manière claire sur la base des informations disponibles.
97. Troisièmement, il serait utile que les lignes directrices mentionnent l'existence de possibles effets congloméraux liés aux données qui pourraient se manifester à l'occasion

---

<sup>30</sup> Point 594.

<sup>31</sup> Bruno Jullien et Yassine Lefouilli, "Horizontal Mergers and Innovation", *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 14, n° 3, septembre 2018, p. 364-392.

d'un rapprochement entre entreprises (sans relation verticale) présentes sur des marchés distincts mais dont les données recueillies sur chacun des marchés peuvent être utiles pour la politique commerciale menée sur l'autre marché.

\* \* \*