

Altermind

REPONSE A LA CONSULTATION DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

« REFORME DU DROIT DES CONCENTRATIONS ET CONTROLE EX POST »

20 septembre 2018

Altermind est une société de conseil innovante mettant la puissance académique au soutien des dirigeants

www.altermind.fr

- **L'Autorité de la concurrence souhaite mettre en œuvre un contrôle ex post et préventif**

La proposition de l'Autorité de la concurrence consiste à créer un contrôle des opérations de concentration qui ne franchissent pas les seuils de l'article L.430-2 du code de commerce, qui interviendrait après la réalisation des opérations (ex post), mais dont l'objet serait d'anticiper leurs potentiels effets anticoncurrentiels (c'est un contrôle préventif).

- **L'Autorité de la concurrence détiendrait alors un pouvoir inédit, assis sur une compétence très large**

Les critères de contrôlabilité proposés par l'Autorité de la concurrence doivent être encore précisés, afin d'être établis sur des critères clairs et fondés sur une analyse structurelle des marchés (et non comportementale), pour assurer une garantie juridique forte aux entreprises. Ils conduiraient à lui conférer un pouvoir inédit, rassemblant entre ses 'mains' des outils d'intervention puissants, sans équivalent à l'étranger.

- **Ce contrôle alimenterait une logique de précaution plutôt que de liberté économique**

La littérature académique comme les expériences étrangères montrent que l'instauration d'un contrôle ex post présente quelques avantages pour la régulation mais également des inconvénients majeurs pour l'ensemble des acteurs. Dans leur ensemble, ces observations font ressortir que le développement de cette nouvelle compétence par l'Autorité de la concurrence contribuerait à généraliser une logique de précaution et de contrainte ex ante, plutôt qu'un esprit de liberté économique.

- **L'instauration d'un contrôle ex ante devrait être accompagné de garanties en faveur des parties**

Parce qu'il contraint le droit de propriété, le contrôle des concentrations ex post devrait être assorti de garanties fortes : notamment, être encadré par des délais brefs et accompagné d'une procédure de notification volontaire. En pratique, sa mise en œuvre contribuerait certainement à accroître la charge de travail des services d'instruction, ce qui ne semble pas correspondre au but recherché d'une surveillance plus fine, mais opportuniste, des marchés.

Dans le cadre de sa « réflexion visant à moderniser et simplifier le droit des concentrations », l'Autorité de la concurrence a sollicité sur son site, le 7 juin 2018, des contributions afin d'alimenter sa réflexion sur « l'introduction dans le droit français d'un nouveau contrôle « ex post », et ciblé sur les modèles pratiqués dans de nombreux pays (en Suède, au Royaume-Uni et aux États-Unis notamment) ».

LE CONTROLE EX POST ENVISAGE PAR L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

« L'Analyse des opérations de concentration qui ne dépassent pas les seuils en chiffre d'affaires

(...) L'Autorité de la concurrence met à l'étude la mise en place d'un système de contrôle ex post pour les opérations de concentrations n'entrant pas dans le champ de compétence de la Commission européenne et dont l'analyse laisserait apparaître des « préoccupations substantielles de concurrence » identifiées en France. Les opérations ainsi identifiées seraient évoquées par l'Autorité, puis soumises au contrôle des concentrations de droit commun.

Cette extension limitée du contrôle, qui vise à répondre de manière ciblée aux manques identifiés, nécessite, pour assurer la sécurité juridique des entreprises, que la notion de « préoccupations substantielles de concurrence » soit encadrée, par exemple par des lignes directrices, et que le délai dans lequel ce contrôle pourrait être mis en œuvre soit limité. À ce stade, l'Autorité envisage un délai, compris entre six mois et deux ans, au terme duquel l'intervention ex-post ne serait plus possible.

Il est également envisageable de limiter le champ d'application de la mesure aux opérations pour lesquelles le CA total HT mondial cumulé des entreprises dépasse un certain seuil (par exemple le seuil actuel de 150 millions d'euros).

De nombreux pays disposent d'un tel outil. En Europe, c'est le cas, sous des formes diverses, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lituanie, du Royaume-Uni et de la Suède. Dans le reste du monde, c'est le cas, par exemple, du Brésil, des États-Unis, du Canada ou encore du Japon. Parmi eux certains pays, comme les États-Unis, peuvent intervenir sans limitation de durée, et même parfois plusieurs années après que la fusion ait été réalisée ».

Communiqué de l'Autorité de la concurrence, 7 juin 2018

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/note_controle_expost.pdf

1. L'Autorité de la concurrence propose d'étendre ses missions de contrôle, en ajoutant à ses compétences un contrôle ex post supplémentaire

L'Autorité de la concurrence propose d'élargir le champ de ses compétences en matière de contrôle des concentrations en saisissant les opérations qui ne franchissent pas les seuils de l'article L.430-2 du code de commerce. Ce contrôle interviendrait dans des délais encadrés et relativement brefs, en l'absence de pratique abusive, afin de prévenir une atteinte à la concurrence.

Cette proposition doit être replacée dans le contexte des compétences déjà attribuées par la loi à l'Autorité de la concurrence, pour en comprendre l'intérêt et la portée.

1.1. Un contrôle des concentrations ex post existe déjà en France, conditionné à l'existence de pratiques anticoncurrentielles

- La France connaît un régime de contrôle administratif des concentrations qui relève de la compétence partagée de l'Autorité de la concurrence, du ministre de l'économie et de la Commission européenne. Ce contrôle s'exerce ex ante et de façon obligatoire dès lors que les opérations de concentration¹ franchissent les seuils définis par le législateur².

- Dans un régime qui privilégie le contrôle ex ante obligatoire, le contrôle ex post des opérations de concentration déjà réalisées peut, en théorie, prendre quatre formes³ :
 - Deux contrôles sont déclenchés par une motivation d'ordre procédural, dans les hypothèses :
 - D'un défaut de notification. Ce cas est saisi par l'article L.430-8-I du code de commerce ;
 - De « gun jumping ». Cette possibilité relève de l'article L.430-8-II du code de commerce ;
 - Deux contrôles sont motivés par un objectif d'évaluation d'une atteinte à la concurrence, laquelle peut être :
 - Réelle, pour une opération réalisée qui conduit à la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle. Ce contrôle, qui intervient ex post pour sanctionner une pratique interdite, est prévu par l'article L.430-9 du code de commerce⁴ – lequel vise les cas d'abus de position dominante et d'abus de dépendance économique ;

¹ Article L.430-1 du code de commerce

² Article L.430-2 du code de commerce

³ L'OCDE ajoute également le cas d'« une série d'opérations en lien les unes avec les autres quand, prises individuellement, elles ne sont pas soumises à l'obligation de notification mais qu'elles atteignent collectivement les seuils de notification obligatoire (les « acquisitions rampantes »)

⁴ Voir article L.430-9 du code de commerce. Les opérations de concentration qui conduisent à des pratiques abusives sont déjà soumises au régime de l'article L.430-9 du code de commerce qui prévoit que, lorsqu'elle constate un « cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique »,

- Potentielle, pour une opération inférieure aux seuils de contrôle ex ante. Le contrôle des concentrations intervient alors rapidement après la réalisation de l'opération par les parties (il est donc ex post), mais de façon préventive car il s'opère avant que l'opération n'ait réellement produit d'effet sur le marché (aucune pratique anticoncurrentielle n'a besoin d'être démontrée). Ce contrôle n'est pas prévu par le droit français. C'est ce contrôle qui semble être visé par le projet de l'Autorité de la concurrence.

OPERATION SUR LAQUELLE PORTE LE CONTROLE EX POST	BUT DU CONTROLE	REFERENCE EN DROIT FRANÇAIS
Opération réalisée et non notifiée, alors qu'elle aurait dû faire l'objet d'un contrôle obligatoire	Sanction d'un manquement procédural	Art. L.430-8-I
Opération en cours de contrôle, réalisée avant l'obtention de l'autorisation (gun jumping)	Sanction d'un manquement procédural	Art. L.430-8-II
Opération notifiée, autorisée, réalisée qui porte atteinte à la concurrence	Sanction d'une atteinte réelle à la concurrence	Art. L.430-9
Opération inférieure aux seuils de notification obligatoire	Prévention d'une atteinte potentielle à la concurrence	[inexistant, en discussion]

TABLEAU N°1 – Les cas de contrôle des concentrations ex post et leur régime en droit français

1.2. Le contrôle proposé par l'Autorité de la concurrence s'exercerait ex post sur des opérations ne franchissant pas les seuils, afin de prévenir une atteinte potentielle à la concurrence

L'Autorité de la concurrence envisage d'introduire un contrôle des concentrations ex post qui aurait trois caractéristiques principales :

- Il porterait sur les opérations qui ne franchissent pas les seuils de contrôle définis par le législateur à l'article L.430-2 du code de commerce et qui « n'entr[e]nt pas dans le champ de compétence de la Commission européenne » ;
- Il serait encadré par un délai « compris entre six mois et deux ans » ;
- Il viserait des opérations de concentration indépendamment de tout abus constaté, l'hypothèse d'un contrôlé lié à un abus étant déjà saisie par l'article L.430-9 du code

l'Autorité de la concurrence peut « enjoindre, par décision motivée » aux Parties à une opération de « modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique ». Cette intervention est possible « même si ces actes ont fait l'objet de la procédure » de concentration. Sur ce sujet, voir Décision n°02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence ; Cour d'appel de Paris, 18 février 2003 ; Cour de cassation, Com. 12 juillet 2004

de commerce (que les opérations franchissent ou non, d'ailleurs, les seuils de contrôlabilité et qu'elles aient ou non été déjà contrôlées). L'Autorité pourrait être tentée d'envisager un contrôle analysant les effets anticoncurrentiels concrets de l'opération, au-delà des seuls cas d'abus (augmentation des prix, etc.).

L'Autorité envisage deux critères présentés de façon alternative pour saisir ces opérations :

- Un critère de 'fond' : le contrôle porterait sur les opérations dont l'analyse susciterait des « préoccupations substantielles de concurrence », notion que l'Autorité de la concurrence souhaite définir ;
- Un seuil de chiffre d'affaires : le contrôle concernerait les « opérations pour lesquelles le CA total HT mondial cumulé des entreprises dépasse un certain seuil (par exemple le seuil actuel de 150 millions d'euros) ».

2. Les critères de compétences proposés par l'Autorité de la concurrence auraient pour effet de lui conférer un pouvoir inédit, faisant peser une charge élevée sur les entreprises

L'Autorité de la concurrence envisage deux critères alternatifs permettant de déterminer sa compétence pour exercer le nouveau contrôle ex post des concentrations : l'un repose sur un élément de 'fond' (des « préoccupations substantielles de concurrence »), l'autre est exprimé en seuil de chiffre d'affaires.

Cette nouvelle compétence aura pour effet de renforcer très sensiblement le pouvoir de contrôle de l'Autorité de la concurrence, en accroissant les charges qui pèsent sur les entreprises (et notamment les plus 'grosses' d'entre elles), sans qu'elles ne se soient pour autant engagées dans une pratique anticoncurrentielle.

2.1. Le critère des « préoccupations substantielles de concurrence », encore indéfini, devrait être précisé pour que son interprétation, assise sur une analyse structurelle des marchés, soit claire pour toutes les parties prenantes

- L'Autorité de la concurrence envisage que serait contrôlable toute opération « dont l'analyse laisserait apparaître des « préoccupations substantielles de concurrence » identifiées en France ».

Cette notion, qui reste indéfinie, conduit à introduire une notion proche, mais visiblement différente, de celle du « doute sérieux d'atteinte à la concurrence » présente dans le code de commerce (article L.430-5) et qui permet à l'Autorité de la concurrence d'ouvrir une phase d'examen approfondi (« phase II ») des opérations de concentration.

Pour éviter d'introduire une forme de confusion et afin d'assurer la lisibilité du droit et la sécurité juridique des opérateurs économiques comme de l'Autorité, elle devrait être précisée de façon approfondie.

• Cette proposition, qui conduit à utiliser comme critère de compétence une difficulté de concurrence présumée qui sera en réalité établie de façon précise par l'examen de l'opération, est utilisé dans quelques pays comme par exemple :

- La Suède : le Konjurrensverket fait référence à des « motifs particuliers »⁵, par exemple : « lorsqu'une entreprise déjà puissante sur un marché concentré acquiert une nouvelle entreprise⁶ qui pourrait potentiellement contester la position de l'acquéreur »⁷ ; « des plaintes, par exemple de clients ou de concurrents, si l'analyse préliminaire de l'Autorité suédoise de concurrence établit que les préoccupations exprimées sont de telle nature que la concurrence pourrait sérieusement souffrir de la concentration » ;
- La Lituanie : l'autorité de concurrence contrôle les concentrations qui créent ou renforcent une position dominante, ou réduisent substantiellement la concurrence sur un marché pertinent.

• Afin d'assurer la meilleure prévisibilité du contrôle et garantir le plus haut niveau de sécurité juridique pour les entreprises, le critère de contrôle retenu par l'Autorité de la concurrence devrait permettre d'identifier de façon claire les « préoccupations substantielles de concurrence ».

Afin de marquer une différence claire avec le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, le critère retenu devrait se concentrer sur une analyse de la structure du marché et de ses évolutions et non sur des éléments de nature comportementale (tels que les prix) :

- Cette solution confirmerait la logique du contrôle des concentrations, qui est de superviser préventivement les effets d'une opération sur l'organisation économique et non de sanctionner les pratiques des entreprises ;
- A l'inverse, une analyse comportementale aboutirait à créer une forme de nouvelle pratique anticoncurrentielle, relevant du contrôle des concentrations, brouillant la distinction entre ces modes de régulation.

Il peut s'agir :

- Des parts de marché. Ce critère aurait le mérite de la clarté et donc d'apporter de la sécurité juridique. Il présente cependant l'inconvénient majeur de nécessiter des définitions de marché claires et établies, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans les opérations impliquant par exemple des entreprises actives dans le digital ou, plus généralement, des entreprises innovantes qui peuvent être caractérisées par une forte valeur mais un faible chiffre d'affaires ;
- Des indices économétriques, comme les UPP et GUPPI, qui permettent d'évaluer l'incitation des parties à faire croître leurs prix, sans nécessiter la définition d'un marché pertinent.

⁵ « particular grounds »

⁶ « newly established undertaking »

⁷ Konkurensverket, *Guidance from the Swedish Competition Authority for the notification and examination of concentrations between undertakings*

2.2. Le critère exprimé en seuil de chiffre d'affaires, devrait être établi en référence aux seuils existant

- L'Autorité de la concurrence envisage par ailleurs de créer un nouveau critère exprimé en chiffre d'affaires. Sa proposition peut se décliner de deux façons :

- Par référence aux seuils actuellement en vigueur et définis à l'article L.430-2-I du code de commerce ;

Cette solution est celle qui est appliquée, par exemple, en Suède, qui détermine la contrôlabilité d'une opération au regard de deux seuils : l'un concerne le chiffre d'affaires total réalisé en Suède par les parties à l'opération (il doit être supérieur à un milliard de couronnes) ; l'autre concerne le chiffre d'affaires individuel réalisé en Suède par au moins deux parties à l'opération (qui doit être supérieur à 200 millions de couronnes). Depuis 1997, l'autorité de concurrence suédoise peut imposer aux entreprises dont la concentration ne franchirait pas les seuils individuels de chiffres d'affaires (et lui seulement, le seuil de chiffre d'affaires total étant franchi) de notifier leur opération⁸.

Répliqué à la France, ce modèle conduirait à autoriser l'Autorité de la concurrence à contrôler ex post les opérations de concentration lorsque le chiffre d'affaires total en France des parties à l'opération est supérieur à 150 millions d'euros, mais que l'opération n'implique pas deux parties qui réalisent au moins 50 millions d'euros de chiffre d'affaires.

- Par la création d'un nouveau seuil de chiffre d'affaires, qui se traduirait par le choix d'un nouveau montant. Pour inscrire le nouveau contrôle dans la logique de supervision des opérations qui peuvent affecter les structures des marchés, ce seuil de chiffre d'affaires devrait probablement être collectif.

En France, il existe déjà des seuils spécifiques, adoptés par le législateur, et qui concernent le commerce de détail et les collectivités d'outre-mer.

2.3. Ces critères pourraient être cumulatifs afin de proposer un meilleur équilibre des intérêts des entreprises et de l'Autorité de la concurrence

- L'Autorité de la concurrence semble présenter les deux catégories de critères mentionnés ci-dessus de manière alternative :

- Utilisé seul, le critère de compétence reposant sur l'identification, par les services d'instruction, de « préoccupations substantielles de concurrence » pourrait ouvrir la voie à des contrôles en opportunité très larges de l'Autorité de la concurrence. Cette solution, flexible pour elle, a l'inconvénient de présenter des risques d'insécurité juridique majeurs pour les acteurs économiques, faisant peser sur eux une incertitude élevée (d'autant plus qu'elle interviendrait après les débats récents sur la définition du 'gun jumping' : la décision n°16-D-24 ayant « pu faire naître certaines inquiétudes

⁸ Ce pouvoir n'existe pas lorsque le seuil de chiffre d'affaires total n'est pas franchi

concernant une possible remise en cause des pratiques établies lors des opérations de fusions-acquisitions »⁹) ;

- Utilisé seul, le critère exprimé en seuil de chiffre d'affaires aurait pour effet de contraindre l'Autorité de la concurrence à examiner des opérations dont certaines ne soulèveraient de toute évidence aucune difficulté du point de vue du droit de la concurrence.

- Dans un souci de meilleur équilibre, les critères de contrôlabilité pourraient être retenus de façon cumulative, comme ils le sont par exemple en Suède, afin de renforcer la sécurité juridique des opérateurs intervenant sur les marchés et limiter l'afflux de dossiers de concentration à l'Autorité de la concurrence.

2.4. Ces critères auront pour effet de conférer à l'Autorité de la concurrence un pouvoir inédit, notamment sur les grandes entreprises

- L'instauration d'un contrôle ex post des opérations de concentration ne franchissant pas les seuils de contrôle ex ante, notamment s'il est assis sur un critère de chiffre d'affaires, conduira probablement l'Autorité de la concurrence à contrôler en particulier des opérations impliquant de grandes entreprises (le débat sur l'opportunité d'un contrôle ex post est d'ailleurs en grande partie né des interrogations autour du contrôle d'une opération impliquant un géant du numérique).

Cette initiative accroîtra la charge de vigilance et de responsabilité qui repose sur les opérateurs économiques, pouvant alimenter la critique selon laquelle les régulateurs tendent à pénaliser la position dominante éventuelle par elle-même.

- Les propositions de l'Autorité de la concurrence complèteraient des instruments de régulation à sa main déjà puissants : leur renforcement par un pouvoir de contrôle ex post aboutirait à un champ de compétence et d'outils de contrôle inédit. Ainsi :
 - Les propositions de l'Autorité de la concurrence se retrouvent, prises isolément, dans plusieurs pays étrangers – bien que les régimes de contrôle ex post constituent des exceptions. Pour autant, l'accumulation conjointe des dispositifs envisagés par l'Autorité de la concurrence (contrôle ex post, durée des délais de saisine, compétence assise de façon alternative sur des seuils de chiffre d'affaires ou un critère de 'fond', procédure devant le régulateur plutôt qu'un juge, etc.) ne semble pas se retrouver dans d'autres États ;
 - L'Autorité de la concurrence dispose en outre déjà de pouvoirs de contrôle ex ante étendus (maîtrise de la procédure, pouvoir d'injonction, etc.).

⁹ Isabelle de Silva, *Gun jumping : quelles sont les pratiques à éviter*, Concurrences n°3-2018

3. Le contrôle ex post proposé par l'Autorité de la concurrence contribuerait à enchevêtrer le contrôle des concentrations et celui des pratiques anticoncurrentielles, dans un esprit de précaution défavorable au dynamisme économique

La nouvelle compétence envisagée par l'Autorité de la concurrence doit être appréhendée avec prudence, car elle pourrait contribuer à fragiliser et brouiller l'équilibre entre le contrôle des opérations de concentration, qui intervient en amont du marché et analyse ses évolutions structurelles, et le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, qui intervient sur le marché et analyse le comportement de ses acteurs.

3.1. L'opportunité de mettre en œuvre un contrôle ex post doit faire l'objet d'une évaluation coût / bénéfice

La littérature académique comme la pratique observée dans d'autres juridictions permettent de déterminer les avantages comme les inconvénients, pour les entreprises comme les autorités de concurrence, de mettre en place un contrôle des concentrations ex post. Cette compétence devra donc être établie en pesant finement l'équilibre coût / bénéfice qui doit ressortir du régime de contrôle des concentrations, c'est-à-dire l'équilibre entre la volonté de « contrôler la plupart des transactions qui pourraient porter atteinte à la concurrence sur des marchés spécifiques et le besoin de conserver une procédure et des coûts acceptables, prévisibles et raisonnables »¹⁰.

• Analyse théorique

L'opportunité de mettre en œuvre un contrôle des concentrations ex post a été analysée par la littérature académique, qui en tire des conclusions mesurées. Cette procédure aurait les conséquences suivantes :

- Affaiblissement des incitations des entreprises à réaliser des opérations qui pourraient pourtant légitimement participer au bon fonctionnement de l'économie ;
- Création d'une insécurité juridique d'autant plus forte que le contrôle ex post pourra porter atteinte au droit de propriété des entreprises en remettant en cause, partiellement ou totalement, une acquisition passée et déjà réalisée (les entreprises peuvent avoir commencé à fonctionner conjointement) ;
- Coût élevé de mise en œuvre de remèdes éventuels à l'issue d'une procédure portant sur une opération déjà réalisée¹¹ (dans les pays où la notification est spontanée, comme au Royaume-Uni, le régulateur fait cependant l'hypothèse que d'éventuels préoccupations de concurrence peuvent trouver un remède satisfaisant et efficace ex post) ;
- Effet de discipline sur le comportement des entreprises parties à la concentration, d'autant plus que le contrôle ex post peut avoir un coût plus élevé pour elles et, à l'inverse, un coût plus faible pour l'autorité de concurrence (qui peut plus facilement

¹⁰ OCDE

¹¹ L'OCDE évoque « la difficulté (voire l'impossibilité) qu'il y a à défaire une fusion, et les coûts considérables que cela peut entraîner pour les parties »

collecter des informations et fonder sa décision sur l'observation ex post des marchés plutôt que sur des exercices de spéculation ex ante). Cet argument vaut toutefois probablement plus dans l'hypothèse d'un contrôle ex post suscité par un comportement anticoncurrentiel (ce qui renvoie au dispositif de l'article L.430-9 du code de commerce).

• Analyse empirique

L'OCDE s'est livrée en 2014 à un vaste travail de comparaison des régimes de contrôle ex post des opérations de concentration ne franchissant pas les seuils de notification. L'institution relève que ce régime est rare, car « la majeure partie des pays dotés d'un système de contrôle des fusions ont opté pour l'obligation de notification ex ante ». Son étude montre en outre que ce contrôle ex post est doublement exceptionnel dans les pays qui ont un régime de contrôle ex ante :

- Dans les pays où existe un contrôle ex ante obligatoire, le contrôle ex post n'existe généralement pas, sauf « quelques rares exceptions », car les opérations réalisées non soumises au contrôle des concentrations restent sujettes à la supervision et la sanction, par l'autorité de régulation, des pratiques anticoncurrentielles ;
- L'analyse des présentations individuelles transmises par les pays pratiquant le contrôle ex post semble indiquer que sa mise en œuvre est également très parcimonieuse : en Suède, le contrôle n'a été mis en œuvre que deux fois entre 1997 et 2009, puis quatre fois entre 2010 et 2013¹² ; le Canada ne rapporte que deux exemples de contrôle ex post entre 2011 et 2013 ; aux États-Unis, le contrôle ex post n'est plus régulièrement exercé que depuis 2001 et le relèvement des seuils de notification ex ante.

Les exemples étrangers de contrôle ex post montrent également des difficultés éventuelles de mise en œuvre, notamment :

- Accroissement de l'incertitude et des coûts pour les entreprises ;
- Accroissement des risques de contentieux, notamment en raison des incitations fortes des parties à conserver en l'état les opérations déjà réalisées ;
- Difficulté à déterminer des remèdes et, plus particulièrement, à les mettre en œuvre lorsque l'opération a été pleinement réalisée et la nouvelle entité fonctionne effectivement.

L'existence d'un contrôle ex post semble liée à des raisons souvent propres aux États concernés :

- La géographie et l'organisation institutionnelle du pays. Le Brésil, qui a une organisation fédérale, explique avoir instauré ce contrôle ex post en raison de sa très grande dimension¹³. Ces caractéristiques peuvent probablement se retrouver dans les cas de l'Australie, du Canada, du Mexique, des États-Unis ;

¹² Deux fois en 2010, une fois en 2011 et une fois en 2013

¹³ « Le Brésil est un pays de la taille d'un continent et des concentrations qui ne franchissent pas les seuils de notification peuvent quand même avoir des effets anticoncurrentiels à l'échelle régionale ou locale »

- Aux États-Unis, l'exercice du contrôle ex post a considérablement varié dans le temps et été mis en œuvre comme une réponse à un relèvement des seuils intervenu en 2001, afin que les autorités de régulation puissent surveiller le bon fonctionnement concurrentiel de l'ensemble des marchés. En France, dans la même logique de bonne supervision des marchés, le relèvement des seuils intervenu avec la loi de modernisation de l'économie de 2008 a été accompagné de la définition de seuils « réduits » dans le commerce de détail et pour l'Outre-mer.

- La possibilité de mettre en œuvre un contrôle des concentrations ex post des opérations ne franchissant pas les seuils de l'article L.430-2 du code de commerce doit donc faire l'objet d'une évaluation mesurée, qui mette en balance les atouts et les inconvénients de cette innovation.

L'Autorité de la concurrence devrait en particulier déterminer le nombre de cas que ce nouvel outil permettrait de saisir, alors même que la situation française se distingue de celle qui prévaut dans d'autres États :

- Le territoire français est d'une superficie plus limitée que celle de pays comme les États-Unis, le Brésil ou le Canada, auxquels l'Autorité de la concurrence fait référence ;
- Le législateur français a déjà prévu des seuils de contrôle « réduits », pour les opérations qui concernent l'Outre-mer et, par ailleurs, le commerce de détail ;
- Les seuils français sont établis à un niveau qui permet de contrôler de nombreuses opérations : 236 en 2017 et 230 en 2016 par exemple¹⁴.

3.2. Le contrôle ex post contribue à diffuser une logique de contrôle et de précaution plutôt que de liberté économique

- En France, le contrôle des concentrations est un régime de contrôle administratif qui conduit l'administration à délivrer une autorisation ex ante, c'est-à-dire *avant* qu'une opération n'apporte une nouvelle entreprise sur le marché. Son contentieux relève de la juridiction administrative. Le contrôle des comportements des entreprises *sur* le marché, et la sanction des pratiques anticoncurrentielles, relèvent, pour leur part, du juge judiciaire.

- La nouvelle compétence envisagée par l'Autorité de la concurrence conduirait à lui attribuer un pouvoir de contrôle des opérations de concentration :

- Ex post, en ce qu'il intervient une fois l'opération réalisée et que la nouvelle entité issue de la concentration est désormais active sur le marché ;

ET

- Préventif, en ce qu'il intervient en dehors de tout abus et même, si les délais sont courts, avant que l'opération n'ait produit d'effets. Il mobiliserait un contrôle qui

¹⁴ Rapports annuels de l'Autorité de la concurrence, 2016 et 2017

s'exerce jusqu'à maintenant ex ante en amont de l'intervention des entreprises sur le marché.

- L'instauration d'un contrôle ex post contribuerait donc à modifier l'équilibre qui s'établit entre le contrôle des concentrations (de nature structurelle) d'une part et le contrôle des pratiques anticoncurrentielles (de nature comportementale) d'autre part :
 - En faisant intervenir le premier dans le contrôle des entreprises *sur* le marché, même s'il intervient rapidement après la réalisation de l'opération ;
 - En introduisant dans le contrôle des concentrations une analyse comportementale, si l'Autorité de la concurrence envisageait des critères de saisine et d'analyse larges (comme l'évolution des prix - voir plus haut).

De cette façon, la proposition de créer un régime de contrôle ex post des opérations ne franchissant pas les seuils de contrôle affaiblirait la frontière entre ce qui relève du contrôle préalable des entreprises en amont du marché et leur liberté d'action sur le marché.

La proposition de l'Autorité de la concurrence renforcerait donc une logique de contrôle préventif, alors que le droit administratif pose pour principe qu'en la matière, « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception ». Elle pourrait ainsi contribuer à diffuser dans la régulation une logique de précaution :

- De la part des entreprises qui seront plus hésitantes à réaliser leurs opérations ;
- De la part des autorités de régulation, dont le contrôle sera plus étendu.

4. La mise en œuvre d'un contrôle ex post comme l'envisage l'Autorité de la concurrence devrait être accompagné de garanties fortes pour les opérateurs économiques

Le contrôle ex post des opérations de concentrations qui ne franchissent pas les seuils constituerait une contrainte forte sur un principe fondamental qu'est le droit de propriété.

A ce titre, si un contrôle ex post devait être mis en place en France, la loi devrait prévoir des dispositions assurant la préservation des droits des entreprises et leur garantissant la meilleure sécurité juridique, comme cela se pratique à l'étranger, notamment à travers :

- Des critères de saisine très clairs (voir plus haut) ;
- Une procédure de notification volontaire ;
- Des délais de saisine et d'instruction courts et encadrés.

Cet équilibre nécessaire pourrait conduire les entreprises à notifier toutes leurs opérations, accroissant la charge de travail des services d'instruction.

4.1. Le contrôle des concentrations ex post touche à l'exercice du droit de propriété et est souvent associé, à l'étranger, à une intervention du juge judiciaire

• L'atteinte au droit de propriété

Le contrôle ex post des opérations de concentration ne franchissant pas les seuils conduit l'autorité de concurrence compétente à examiner et potentiellement contester des

opérations déjà réalisées, c'est-à-dire à contraindre l'exercice du droit de propriété a posteriori.

La proposition d'instaurer un contrôle ex post doit dès lors être étudiée avec prudence au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a maintes fois rappelé qu'aux termes des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen¹⁵, les atteintes portées au droit de propriété « doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ».

• L'intervention du juge judiciaire

Les pays qui ont mis en œuvre un contrôle des concentrations ex post font souvent intervenir le juge judiciaire pour mener la procédure à son terme. C'est le cas, par exemple : aux États-Unis, en Australie et en Suède (jusqu'en 2018). Cette procédure accroît la charge de démonstration des autorités de régulation : elle constitue un frein à leur action mais se justifie, dans ces pays, par la nécessité de préserver les droits des entreprises.

2.1. Les délais de saisine doivent contribuer à garantir la sécurité juridique des entreprises

• Le point de départ du délai de saisine

Si l'Autorité de la concurrence souhaite mettre en œuvre un contrôle ex post, il lui faudra déterminer avec précision le point de départ de son délai de saisine : il pourrait s'agir de la date de signature de l'acte contraignant, comme pour le contrôle ex ante actuellement en vigueur (en amont, donc, d'une éventuelle réalisation opérationnelle).

• Les délais de saisine

L'OCDE relève que dans les pays où la notification est obligatoire ex ante et où l'autorité de concurrence est compétente pour examiner les opérations qui ne franchissent pas les seuils, cette compétence est « généralement limité[e] dans le temps : en règle générale, il faut que l'examen débute un an au plus après la réalisation de la fusion »¹⁶. Ce délai de douze mois se retrouve au Brésil, au Canada, en Lituanie notamment ; il est de quatre mois au Royaume-Uni (où il n'existe pas de contrôle ex ante). A l'inverse, le cas américain fait figure d'exception puisque le contrôle ex post s'y exerce sans aucune limitation de délai.

Le caractère court du délai de saisine est doublement important :

- Pour garantir une sécurité juridique aux acteurs économiques et ne pas les placer dans une situation de doute trop fort ;
- Pour assurer l'effectivité d'une intervention éventuelle de l'Autorité de concurrence : si elle doit imposer / solliciter des remèdes structurels, il faut que ceux-ci puissent être

¹⁵ « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ; « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »

¹⁶ L'OCDE cite, en 2014, le Canada, le Brésil, le Japon, la Corée du Sud, le Mexique, la Norvège et la Lituanie

mis en œuvre ; ils le seront d'autant plus que le contrôle interviendra peu de temps après la décision de réaliser l'opération, limitant la possibilité pour les parties d'avoir intégré et bouleversé leurs activités.

• Les délais d'instruction

Les délais de l'instruction constituent également un point d'attention :

- A l'étranger, les procédures d'examen ex post peuvent parfois se révéler longues (notamment en raison de l'intervention du juge judiciaire), ce qui accroît l'incertitude des entreprises ;
- Une fois engagée dans un contrôle ex post, les entreprises n'ont pas nécessairement d'incitation à coopérer avec l'autorité de concurrence, le temps qui passe leur permettant de consolider la réalisation de l'opération, limitant d'autant plus la possibilité de trouver un éventuel remède efficace.

Ces points plaident pour un contrôle ex post :

- Intervenant rapidement après la réalisation de l'opération, pour que les entreprises soient encouragées à coopérer ;
- Encadré dans des délais stricts, comme le contrôle ex ante.

• Les mesures transitoires

Certains régimes de contrôle ex post prévoient que des mesures transitoires peuvent être adoptées, à l'initiative du régulateur (Royaume-Uni) ou en accord avec les Parties (Canada), pour éviter que les parties ne procèdent trop rapidement à la pleine réalisation de l'opération contrôlée.

2.2. L'instauration d'une procédure de notification volontaire contribuerait à établir un cadre de sécurité juridique stable pour les entreprises

Dans les pays où l'autorité de concurrence dispose d'un pouvoir de contrôle ex post des opérations qui ne franchissent pas les seuils de contrôle ex ante, les entreprises ont généralement la possibilité de soumettre leur opération à un contrôle ex ante volontaire et « préventif ».

L'OCDE relève ainsi que certains pays ont adopté « des systèmes de notification hybrides qui prévoient à la fois des notifications obligatoires (ex ante ou ex post) pour les opérations qui dépassent les seuils de notifications, et des notifications spontanées pour les fusions inférieures à ces seuils ».

Cette mesure aurait cependant l'effet d'accroître sensiblement le nombre de dossiers déposés au greffe de l'Autorité de la concurrence, les conseils recommandant très certainement à leurs clients d'obtenir une autorisation ex ante de l'Autorité de la concurrence plutôt que de prendre le risque de voir l'opération remise en cause ex post. Il est, au demeurant, probable que l'instauration d'un contrôle ex post encouragerait les conseils des entreprises à

régulièrement solliciter l'Autorité de la concurrence de façon informelle en amont des opérations de concentration pour tenter de sécuriser les transactions.

L'instauration de ce contrôle ex post aurait donc pour effet d'accroître la charge de travail des services d'instruction, qui se retrouveraient en charge :

- Du contrôle des concentrations obligatoire en ante ;
- Du contrôle des concentrations volontaires ex ante ;
- Du contrôle des concentrations ex post.

L'INTERVENTION DU LEGISLATEUR

En droit de la concurrence français, les critères de contrôlabilité d'une opération de concentration sont définis aux articles L.430-1 et L.430-2 du code de commerce. Le législateur a ainsi implicitement considéré que les opérations qui ne répondaient pas à cette définition, notamment parce qu'elles ne franchissent pas les seuils qu'elle inclut, ne posaient pas de problème de concurrence. Ayant une vigilance particulière pour le secteur de la distribution de détail et pour l'outre-Mer, il a cependant choisi d'instaurer des seuils spécifiques les concernant.

Si un nouveau régime de contrôle ex post devait être proposé, c'est au législateur qu'il reviendrait de le créer.

5. Sources

Outre les législations et lignes directrices de chaque Etat mentionné, les documents suivants ont été utiles à la réalisation de cette note :

- Patrice Bougette, Florent Venayre, Contrôles a priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence, *Revue d'économie industrielle* 121, 2008
- Conseil de la concurrence, Rapport annuel, 2002
- Andreea Cosnita-Langlais, Enforcement of merger control – theoretical insights for its procedural design, *Revue économique* 67, 2016
- Andreea Cosnita-Langlais, Jean-Philippe Tropeano, Better safe than sorry ? Ex ante vs ex post merger control, working paper, 2014
- David Ginensky, Investigating consummated mergers : the antitrust agencies' shift toward a retroactive enforcement policy, *Review of banking & financial law*, 2012
- Richard Liebeskind, Challenges to consummated mergers : making the game worth the candle, *Mergers and acquisitions newsletter*, 2004
- Christian Monet, Véronique Selinsky, Le contrôle a posteriori des concentrations à l'initiative du Conseil de la concurrence (C.com., art. L.430-9), *Lamy Concurrences*, 2002
- Marco Ottaviani, Abraham Wickelgren, Ex ante or ex post competition policy ? A progression report, *International Journal of Industrial Organization* 29, 2011

- Marco Ottaviani, Abraham Wickelgren, Policy timing under uncertainty : ex ante versus ex post merger control, working paper, 2008
- Thomas Rosch (FTC), Consummated merger challenges – The past is never Dead. Remarks to the ABA Section of antitrust law spring meeting, 2012
- Scott Sher, Valentina Rucker, Post-close caution : antitrust agencies challenge two consummated mergers, Mergers and acquisitions newsletter, 2009
- Scott Sher, Closed but not forgotten : government review of consummated mergers under Section 7 of the Clayton Act, Santa Clara Law Review, 2004