

Modernisation et simplification du droit des concentrations

Observations du MEDEF à la Consultation de l'Autorité de la concurrence

Le MEDEF remercie l'Autorité de la concurrence d'avoir lancé une réflexion publique afin d'améliorer les règles actuelles en matière de contrôle des concentrations et démontrant ainsi son écoute du monde des affaires et de la confiance qui caractérise ses relations avec les entreprises.

Dans le cadre de cette consultation, trois cadres de réflexions ont été identifiés par l'Autorité de la concurrence.

1. Réflexions concernant l'opportunité de créer un nouveau cas de contrôle des concentrations

1.1. L'extension du champ du contrôle des concentration

L'opportunité d'une extension du champ d'application du contrôle des concentrations en France supposerait la démonstration d'une défaillance des seuils actuels, d'une incapacité à saisir un nombre important d'opérations de nature à porter atteinte de manière substantielle à la concurrence. Sans la démonstration d'un tel *enforcement gap*, le MEDEF n'est pas favorable à une extension du champ du contrôle des concentrations en France.

Dans son document de consultation, l'Autorité ne s'appuie pas sur l'existence d'une telle défaillance du contrôle actuel des concentrations. En particulier, le texte de la consultation ainsi que les débats qui ont eu lieu au niveau européen et dans d'autres États membres de l'Union (en Allemagne et en Autriche) tournent autour du fait que, dans certains secteurs comme le numérique, l'audiovisuel, l'industrie pharmaceutique, l'agroalimentaire, certaines transactions à forte valeur échappent au contrôle des concentrations. Les entreprises cibles ont une valeur de marché très élevée grâce à leurs biens incorporels (base de données, brevets, logiciels, algorithmes, etc.), mais cette valeur ne se matérialise pas dans leur chiffre d'affaires, qui reste très bas ou inexistant. Ces opérations échappent donc aux règles de contrôle des concentrations.

Malgré quelques exemples récents et emblématiques qui ont suggéré l'existence d'un *enforcement gap* sur les opérations de ce type (en particulier, en 2017, les opérations *Boiron / Laboratoire Ferrier, Altice / Teads, La Banque Postale / KissKissBankBank*), le très faible nombre de ces opérations pouvant avoir des effets anticoncurrentiels sensibles ne paraît pas justifier, en l'état, de modifier le champ d'application du contrôle des concentrations. En effet, pour justifier une extension du champ du contrôle des concentrations, il serait nécessaire qu'un nombre important d'opérations « *de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* » de manière substantielle¹. Or, l'Autorité n'a pas identifié des opérations ayant échappé à son contrôle alors qu'elles portaient substantiellement atteinte à la concurrence. A cet égard, et par exemple, lors de la réunion qui s'est tenue le 26 octobre à l'Autorité, cette dernière a évoqué qu'il aurait pu être intéressant de contrôler l'opération *Altice/Teads* qui aurait informé « *sur*

¹ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, para. 316.

la stratégie d'Altice ». Or, en l'absence d'atteinte possible à la concurrence, l'intérêt pour l'Autorité de procéder à un tel contrôle ne justifie pas, à lui seul, la nécessité d'une intervention de l'Autorité.

A supposer que certains cas pourraient porter atteinte de manière substantielle à la concurrence, l'Autorité pourrait a posteriori s'en saisir par les mécanismes existants d'injonction structurelle, par le mécanisme de contrôle de l'article L.430-9 du Code de commerce, qui permet de remédier à un éventuel abus de position dominante découlant d'une opération de concentration et, plus simplement, par l'intermédiaire du contrôle des abus de position dominante qui permettrait à l'Autorité, si nécessaire après une enquête sectorielle, de s'autosaisir de comportements abusifs éventuels permis par une position dominante acquise à la suite d'une opération de concentration.

→ Par conséquent, le MEDEF est d'avis qu'une extension en tant que telle du champ du contrôle des concentrations ne s'impose pas. En revanche, d'autres mécanismes d'amélioration de ce contrôle peuvent être envisagés.

1.2. Précautions à suivre si l'Autorité décidait néanmoins d'étendre le champ de son contrôle en créant un nouveau type de seuils

A supposer que l'Autorité décide d'étendre le champ de son contrôle aux opérations concernant des entreprises ne générant pas suffisamment de chiffre d'affaires pour tomber sous le coup des seuils actuels en introduisant de nouveaux seuils, le MEDEF souhaite soumettre les observations et précautions suivantes.

- ***Sur l'éventuelle introduction d'un seuil en parts de marché***

Le MEDEF considère que l'introduction d'un seuil en parts de marché n'est pas souhaitable.

En effet, un tel seuil est complexe à mettre en œuvre. Il implique une délimitation des marchés et une estimation des parts de marché *ex ante*. D'une part, une telle analyse suppose la disponibilité d'informations publiques sur les marchés concernés, ce qui n'est pas aisé, surtout s'agissant de potentiels marchés innovants ou de niche. D'autre part, s'agissant de l'acquisition d'entreprises innovantes (start-ups actives dans le secteur du numérique ou détenant de brevets), il est très vraisemblable que celles-ci soient actives sur des marchés qui n'auraient pas été analysés par une autorité de concurrence préalablement à leur rachat.

Par ailleurs, corollaire de la complexité d'un test en parts de marché, le degré de sécurité juridique de ces opérations s'en trouverait fortement réduit si l'Autorité pouvait intervenir *ex post* en raison d'une divergence de vues avec les parties quant à la définition du marché pertinent.

Enfin, comme l'a déjà rappelé la Commission européenne, un test en parts de marché sur des marchés innovants n'est pas nécessairement adapté. Même une forte position à un instant donné ne permettrait pas de caractériser un pouvoir de marché eu égard à la vitesse à laquelle une ou plusieurs technologies alternatives pourraient venir challenger l'opérateur leader à un instant donné².

→ Par conséquent, le MEDEF est d'avis que l'introduction d'un seuil en parts de marché n'apparaît pas opportune.

² Décision de la Commission COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp du 3 mars 2014, §99.

- **Sur l'éventuelle introduction d'un seuil en valeur d'actifs ou en valeur de la transaction**

Le document de consultation de l'Autorité suggère, sur les modèles des seuils allemand et autrichien, d'introduire « *un seuil alternatif fondé sur la valeur de la transaction avec comme nexus local une activité significative de la cible dans l'État membre* ». Lors de la réunion qui s'est tenue le 26 octobre à l'Autorité, il a été alternativement évoqué d'introduire un seuil exprimé en valeur des actifs en France.

Du fait du caractère nécessairement limité de l'éventuel *enforcement gap* qu'identifieraient les services de l'Autorité, le MEDEF considère que l'introduction d'un seuil de ce type ne devrait pas avoir pour effet d'élargir artificiellement le nombre d'opérations contrôlées mais de saisir les quelques opérations d'envergure qui sont aujourd'hui mal appréhendées par le contrôle des concentrations.

Le MEDEF suggère l'introduction d'un mécanisme de « *self assessment* » (auto-évaluation) s'accompagnant d'une faculté d'évocation de la part de l'Autorité de la concurrence, et fonctionnant comme suit :

- Le seuil en valeur d'actifs ou en valeur de transaction ne doit, seul, déclencher aucune obligation de notification – il peut par contre utilement servir de fondement à un « test de contrôlabilité ».

Notons incidemment une première difficulté relative à la fixation du niveau d'un éventuel seuil en valeur de l'opération. La valorisation des transactions dépend largement des secteurs. Le MEDEF appelle l'Autorité à veiller à **fixer un niveau de seuil suffisamment élevé pour saisir les opérations de dimension importante, sans pour autant entraver les investissements.**

En outre, le *nexus local* doit être clair et objectif. La référence à « *une activité significative dans l'État membre* » pourrait soulever de sérieuses difficultés d'interprétation. **Le MEDEF suggère plutôt de mettre en place un seuil complémentaire local en valeur des actifs.**

- Si une opération excède ce nouveau seuil, les parties procèdent à une **auto-évaluation** des potentiels effets anticoncurrentiels de ladite opération **selon des lignes directrices précises** à émettre par l'Autorité et permettant l'identification par les parties de ce qui serait considéré comme une zone « blanche », « grise » ou « noire », dans l'esprit des Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales ;
- A l'issue de cette évaluation, les parties peuvent soit (i) soumettre **volontairement** à l'Autorité – **sans effet suspensif** – toute opération remplissant le test de contrôlabilité aux fins d'obtenir rapidement une sécurité juridique totale soit (ii) procéder à la concentration et prendre le risque d'une **saisine ex post de l'Autorité** :

(i) Pour ne pas retarder inutilement la réalisation de l'opération, le contrôle dans le cadre d'une notification facultative doit être encadré dans un délai court. Il peut également être envisagé dans ce cadre d'utiliser la procédure de déclaration préalable envisagée dans le document de consultation de l'Autorité et discutée *infra*.

(ii) Pour rendre ce contrôle opérant, l'Autorité disposerait pour sa part d'un pouvoir d'évocation *ex post* sur les opérations posant un problème de concurrence qui ne lui auraient pas été volontairement notifiées. Ce pouvoir reposerait sur les mêmes principes que ceux conduisant les entreprises à procéder à une auto-évaluation ou à une notification spontanée et ce, pour garantir la sécurité juridique du dispositif. Ce contrôle *ex post* devrait en outre être encadré dans des délais « effectifs » courts pour éviter des conséquences humaines, matérielles et financières nécessairement dommageables pour les entreprises, en raison d'éventuelles remises en cause a posteriori d'opérations déjà conclues.

- Selon le MEDEF, l'introduction de seuils alternatifs ne doit pas permettre la création d'une nouvelle obligation de contrôle ex ante. Par contre de nouveaux seuils peuvent ouvrir la voie à une notification préalable facultative et un contrôle possible ex post de l'Autorité encadré dans des délais courts pour ne pas remettre en cause la sécurité juridique.
- A noter : cette proposition d'introduire des seuils alternatifs en valeur de transaction et en valeur d'actifs ne fait pas l'objet d'un consensus au niveau des membres du MEDEF. Certains membres estiment qu'un tel mécanisme risquerait de créer une certaine dose d'insécurité juridique pour les entreprises et qu'une étude d'impact serait nécessaire avant toute réforme.

1.3. Sur une éventuelle augmentation des seuils

Le MEDEF considère qu'il n'est pas nécessaire d'augmenter les seuils actuels, à condition de simplifier les procédures en matière de concentrations selon les suggestions ci-après.

2. Réflexion concernant la simplification des procédures en matière de concentrations

2.1. La mise en place d'une réelle procédure simplifiée

Le MEDEF accueille très favorablement les efforts de simplification réalisés par l'Autorité et soutient l'initiative de simplifier davantage la procédure de notification. L'Autorité elle-même a tout intérêt à optimiser les mécanismes de la procédure simplifiée et d'en élargir le champ d'application.

2.1.1. *Élargissement du champ d'application de la procédure simplifiée*

Le premier élément de simplification consisterait à élargir le champ d'application de la procédure simplifiée. À cet égard, le MEDEF soutient la proposition d'aligner les seuils français avec les seuils européens d'applicabilité de la procédure simplifiée. Une telle évolution permettrait de préserver la cohérence des systèmes français et européen. Au surplus, les lignes directrices de l'Autorité admettent d'ores et déjà « *qu'il est peu probable qu'une entreprise ayant une part de marché inférieure à 30 % sur un marché donné puisse verrouiller un marché en aval ou en amont de celui-ci* »³. Faire de ce seuil de 30% l'un des seuils d'application de la procédure simplifiée serait un élément bienvenu de simplification.

Le MEDEF suggère que la procédure simplifiée puisse s'appliquer lorsque les seuils en parts de marché suivants ne sont pas dépassés :

- (i) part de marché cumulée n'excédant 20% dans le cadre des relations horizontales ;
- (ii) parts de marché respectives des entreprises ayant des relations verticales n'excédant pas 30% ;
- (iii) accroissement (*delta*) de l'indice Herfindahl-Hirschman (HHI) résultant de la concentration inférieur à 150 et part cumulée des parties inférieure à 30 %.

³ Lignes directrices, para. 453.

Un élément additionnel de simplification serait d'ailleurs, comme au niveau européen, de **déterminer les marchés affectés en fonction des mêmes seuils** en part de marché évoqués *supra*.

Enfin, si l'élargissement du périmètre de la procédure simplifiée n'exclue pas nécessairement la possibilité pour les services de l'Autorité de basculer sur une procédure normale, en application du paragraphe 192 des Lignes directrices, il convient néanmoins, au stade des contacts informels avant la prénotification, que les entreprises disposent dans les plus brefs délais d'une visibilité sur leur éligibilité à bénéficier de la procédure simplifiée dans l'ensemble de ses dispositions. Il s'agit là de garantir la sécurité juridique des parties et de ne pas ralentir inutilement la procédure de notification.

→ **Le MEDEF préconise d'encadrer l'approbation du recours à la procédure simplifiée dans un délai court, de l'ordre de 5 jours ouvrables, après la première prise de contact avec l'Autorité (que ce soit dans le cadre d'une pré-notification ou dans le cadre d'une notification directe).**

2.1.2. Contenu et déroulé de la procédure simplifiée

Le second élément de simplification tient au contenu et au déroulé de la procédure simplifiée.

- **Nécessité d'un formulaire simplifié**

Comme cela existe dans la plupart des pays d'Europe et au niveau de la Commission, il serait important d'introduire un formulaire de notification simplifiée distinct (« *short form* »). Néanmoins, les éléments suivants figurant dans le formulaire de notification actuellement utilisé par l'Autorité (Annexe 4-3 de l'article R. 430-2 du Code de commerce) ne devraient pas nécessairement y figurer :

- Section 1 :
 - Les comptes rendus des organes délibérants ;
 - La présentation des objectifs économiques ;
- Section 2 :
 - Les tableaux des données financières (cf. *infra*) ;
 - La liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou les groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables ;
 - La description de la structure des parties : un organigramme suffirait ;
 - La description détaillée des activités des parties : une description rapide des activités pour lesquelles il n'y a pas de chevauchement suffirait ;
- Section 3 :
 - Alléger la description des marchés concernés surtout lors que les marchés ont été clairement définis dans les précédents existants (français et communautaires) ;
- Pas de Section 4.

Il pourrait être inclus dans ce formulaire simplifié une explication de l'éligibilité à la procédure simplifiée.

→ **Le MEDEF propose que soit introduit un formulaire distinct en cas de notification simplifiée, dans lequel il ne serait pas nécessaire de fournir les informations listées *supra*.**

- **Maintien et encadrement d'un délai accéléré**

→ Le MEDEF préconise de maintenir le traitement accéléré prévu au paragraphe 191 des Lignes directrices et de l'encadrer dans un délai fixe de 15 jours ouvrables.

2.1.3. Éléments de simplification pour l'ensemble des opérations

De manière générale, le MEDEF considère que la procédure de notification pourrait être simplifiée pour toutes les opérations.

L'exigence de fournir les tableaux des données financières devrait être supprimée, que ce soit dans le cadre d'une procédure simplifiée ou dans celui d'une procédure normale. En effet, il s'agit d'une exigence procédurale lourde, ces données n'étant pas toujours disponibles et porte sur des informations qui ne sont *in fine* pas utiles à l'examen du dossier par l'Autorité.

→ Le MEDEF suggère la suppression des tableaux des données financières pour toutes les notifications.

Bien que la pratique récente des services consiste à émettre la lettre de complétude dans un délai court suivant la notification officielle, aucun texte n'encadre cette pratique louable. Or, aujourd'hui, cette lettre conditionne le déclenchement des délais de la procédure d'examen.

C'est pourquoi, le MEDEF considère que la délivrance de la lettre de complétude devrait être encadrée dans des délais courts. Ainsi, sauf circonstances exceptionnelles (comme, par exemple, en l'absence de pré-notification), l'Autorité devrait avoir l'obligation de remettre la lettre de complétude au plus tard cinq jours après le dépôt de la notification formelle.

Une autre piste pourrait consister à supprimer purement et simplement la lettre de complétude, comme cela est le cas devant la Commission.

→ Le MEDEF est d'avis que la délivrance de la lettre de complétude devrait être encadrée dans un délai très court (5 jours).

→ Il pourrait également être envisagé de supprimer la lettre de complétude.

Le MEDEF soutient enfin la proposition de réduire le nombre d'exemplaires « papier » dont la communication est exigée à un seul, la fourniture d'une version électronique étant suffisante dans la plupart des cas.

2.2. Sur l'instauration d'une procédure de déclaration préalable

Le MEDEF considère que l'introduction d'une procédure de déclaration préalable en substitution en complément à la procédure simplifiée est souhaitable.

Cette procédure pourrait s'appliquer en lieu et place de la procédure simplifiée ou, à tout le moins, en complément, pour les opérations ne présentant clairement pas de difficulté particulière (c'est-à-dire dans les cas d'application de l'actuel paragraphe 189 des Lignes directrices, *i.e.* en l'absence de chevauchement ou de relation verticale entre les parties). Cette procédure de déclaration préalable pourrait également être utile en cas de notification volontaire *ex ante* dans le cadre du mécanisme de *self assessment* décrit au point 1.2. *supra*.

L'instauration d'une procédure de déclaration préalable pourrait alors conduire à la cohabitation de deux régimes

- (i) une déclaration préalable pour les opérations éligibles à l'actuelle procédure simplifiée et pour les notifications volontaires dans le cadre d'éventuels nouveaux seuils en valeur et
- (ii) une procédure simplifiée les opérations donnant lieu à des chevauchements ou à des intégrations verticales mais pas à des marchés affectés.

3. Réflexion concernant le rôle des mandataires en contrôle des concentrations

Le rôle du mandataire est central dans le suivi et le respect des engagements. Le mandataire, dont l'indépendance doit assurer l'absence de tout conflit d'intérêt, doit également avoir l'expertise suffisante pour accompagner à bien exécuter les engagements. Cela est d'autant plus vrai dans le cadre de remèdes comportementaux, pour lesquels le mandataire est amené à suivre une grande diversité d'engagements.

Ce rôle, qui combine compétence et indépendance, mérite néanmoins d'être redéfini en ce qu'il est en pratique très ambigu.

L'ambiguïté tient au fait que le mandataire doit rendre compte à l'Autorité en toute indépendance par rapport à l'entreprise ayant souscrit des engagements mais aussi par rapport à ses concurrents, alors même qu'il est sélectionné et rémunéré par l'entreprise. Cette incertitude quant à l'impartialité du mandataire est d'autant plus grande dans certains secteurs, très techniques, où le nombre de spécialistes pouvant agir en tant que mandataires est limité, ce qui les place plus souvent en risque de conflit d'intérêts du fait de relations antérieures avec l'entreprise ou ses concurrents.

Plusieurs pistes de réflexion – visant à accroître la transparence, à réaliser un recensement plus large des experts pouvant agir comme mandataires ou encore à faire de l'Autorité l'interlocuteur privilégié (voire unique) du mandataire – sont envisageables afin d'amoindrir voire de supprimer cette ambivalence dans la mission du mandataire.

Une première piste consisterait à calquer l'organisation relative au mandataire sur celle de l'expert judiciaire, dont la nomination, la rémunération et la révocation sont clairement encadrées.

Préalablement et indépendamment de toute mission contentieuse, les experts judiciaires sont inscrits sur une liste préétablie par chaque cour d'appel. Ce système de liste permettrait d'améliorer la transparence, de faciliter la sélection des mandataires tout en dispensant l'Autorité de la phase d'approbation du mandataire proposé par l'entreprise. L'indépendance du mandataire par rapport aux parties et à leurs concurrents serait par ailleurs assurée grâce à leur sélection préalable par l'Autorité. Cette solution suppose un travail de recensement préalable par l'Autorité.

Soulignons à titre incident d'une telle implication d'une autorité de concurrence dans la sélection du mandataire se retrouve en particulier aux États-Unis, où la DOJ et la FTC choisissent et désignent les « *trustees* ».

→ Le MEDEF suggère la mise en place d'une liste des mandataires préalablement agréés par l'Autorité, parmi lesquels les entreprises soumises à des engagements ou à des injonctions pourront choisir librement.

Afin d'éviter que cette liste n'amène à une reproduction de la situation actuelle – où deux ou trois mandataires sont très spécialisés sans un secteur et interviennent systématiquement dans toutes les

opérations du secteur –, le MEDEF suggère que les mandataires puissent mettre en place là encore de manière transparente des partenariats de collaboration avec des experts dans d'autres pays, notamment ceux basés à Bruxelles (et travaillant avec la Commission européenne). Cela permettrait à des mandataires non spécialisés de trouver un complément d'expertise.

→ Le MEDEF préconise une plus grande souplesse dans la collaboration entre le mandataire et des experts établis dans d'autres États membres.

Quant à la rémunération des mandataires, afin d'éviter que le paiement de ces derniers par l'entreprise dont ils ont la charge de suivre les engagements laisse planer un doute quant à leur impartialité, ou pour éviter les abus possibles, leur rémunération par l'Autorité serait préférable. A noter que les experts judiciaires sont rémunérés selon un prix fixé par le juge, après remise du rapport de l'expert notamment en fonction des diligences accomplies et de la qualité du travail fourni, et non au terme d'une négociation avec les parties, ce qui permet d'exclure tout risque d'absence d'indépendance de l'expert. Il serait par ailleurs concevable de financer ces rémunérations en créant un fond indépendant destiné à la rémunération des mandataires alimenté par les entreprises qui souscrivent des engagements ou se voient imposer des injonctions comme le suggère l'Autorité dans son document de consultation.

→ Le MEDEF propose la prise en charge par l'Autorité de la rémunération du mandataire quitte à en assurer le financement par la mutualisation de cette dépense de la part des entreprises. A tout le moins, l'Autorité devrait fixer sa rémunération.

En outre, à l'instar des experts judiciaires⁴, les mandataires doivent pouvoir être récusés lorsqu'il s'avère que le mandataire ne répond pas à l'exigence d'indépendance vis-à-vis des parties ou vis-à-vis de leurs concurrents.

→ LE MEDEF est d'avis que la récusation du mandataire doit être maintenue durant toute la durée de sa mission.

Enfin, outil de transparence, la publicité du nom du mandataire sélectionné améliorerait la position des concurrents et permettrait un suivi facilité des engagements ou injonctions par le mandataire.

→ Le MEDEF soutient la suggestion de l'Autorité de publier sur son site le nom du mandataire retenu pour chaque décision d'autorisation sous conditions.

* * *

⁴ L'expert peut être récusé par l'une des parties (article 234 du nouveau Code de procédure civile), la cause de récusation étant appréciée souverainement par les juges du fond.