

CONSULTATION DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE VISANT A MODERNISER ET SIMPLIFIER LE DROIT DES CONCENTRATIONS

- (1) A titre liminaire, si l'initiative de l'Autorité de la concurrence (l'**Autorité**) visant à moderniser et simplifier le droit français des concentrations peut globalement être saluée, il est essentiel de souligner que cette démarche devra être menée dans le respect des principes fondamentaux de territorialité, de proportionnalité et de sécurité juridique.

1 La réforme des seuils de contrôle

- (2) Avant de s'interroger sur la possibilité d'ajouter de nouveaux seuils de contrôle (1.2), il convient de dresser un bilan sur les seuils actuels et de proposer des pistes d'amélioration (1.1).

1.1 Amélioration des seuils actuels de contrôle

(a) Des seuils globalement satisfaisants

- (3) Comme le relève l'Autorité, les seuils de contrôle aujourd'hui fixés par l'article L.430-2 du Code de commerce sont le résultat d'une longue évolution qui a conduit à abandonner tout seuil en parts de marché et à réviser le niveau des seuils en chiffre d'affaires, du fait des nombreuses difficultés que ces seuils engendraient.
- (4) Cette évolution apparaît globalement satisfaisante, sous réserve d'apporter quelques ajustements :

- l'abandon des seuils en parts de marché est pleinement justifié et tout retour en arrière sur ce point serait préjudiciable aux entreprises.

Alors que les seuils de contrôle doivent permettre aux entreprises de déterminer très précisément, et sans le moindre doute, si leurs opérations sont ou non soumises à notification, les seuils en parts de marché sont source d'insécurité juridique.

Ils impliquent en effet de mener une analyse sur le fond avant toute notification pour déterminer l'ensemble des marchés susceptibles d'être concernés par l'opération alors même que les définitions de marché et leurs segmentations ne sont pas toujours précisément arrêtées. Quant aux parts de marché, il est fréquent que les parties elles-mêmes ne disposent pas de sources précises sur la taille des marchés et de leurs différents segments et n'aient d'autre choix que de s'appuyer sur des estimations internes susceptibles d'être contestées.

- la hausse du seuil de chiffre d'affaires national de 15 à 50 millions d'euros¹ était également nécessaire dès lors que le seuil de 15 millions imposait une obligation de notification manifestement excessive à bon nombre d'opérations qui ne présentaient aucun risque d'atteinte à la concurrence, engendrant par là-même une surcharge difficilement gérable pour les services du Ministre de l'économie alors compétents. Le seuil de 50 millions d'euros aujourd'hui applicable apparaît relativement satisfaisant, sous réserve de modifier la règle des « *deux au moins des entreprises* » qui devrait selon nous être amendée afin de recentrer le seuil sur la cible de l'opération (cf. *ci-après sous-section (b)*).
- l'introduction de seuils de chiffres d'affaires spécifiques pour les opérations portant sur le commerce de détail et celles impliquant une entreprise active dans les DROM répondait à une volonté de prendre en considération la dimension particulière de ces marchés. Pour autant, le niveau de ces seuils apparaît insuffisamment élevé pour le commerce de détail et la règle de « *deux au moins des entreprises* » devrait selon nous être amendée (cf. *ci-après sous-section (b)*).

¹ Ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004.

(b) Des améliorations souhaitables

❖ Amélioration n°1 - Amender la règle de « deux au moins des entreprises »

- (5) La première amélioration pourrait consister à corriger le périmètre des entreprises prises en compte dans le calcul du second seuil en chiffre d'affaires de 50 millions d'euros prévu à l'article L.430-2 I, ainsi que de celui de 15 millions d'euros prévu à l'article L.430-2 II et III, en amendant la référence à « deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés ».
- (6) Si cette règle est adaptée aux acquisitions de contrôle exclusif dès lors qu'il est dans ce cas nécessaire que l'acquéreur et la cible atteignent tous deux le seuil de chiffre d'affaires en France, elle engendre parfois des obligations de notification injustifiées lorsque l'opération consiste en l'acquisition d'un contrôle conjoint ou en la création d'une entreprise commune de plein exercice, alors même que la cible (ou l'entreprise commune) n'a (ou n'aura) aucune activité en France.
- (7) Certes, ces opérations peuvent être rares en pratique, mais il n'en reste pas moins que, étant très peu susceptibles d'affecter la concurrence en France, elles devraient être exonérées de toute obligation de notification. Au moins deux opérations peuvent être citées à titre d'illustration, pour lesquelles l'Autorité a, chaque fois, conclu à l'absence de risque d'affectation de la concurrence sur le territoire français².
- (8) Afin de corriger ce point, deux modifications pourraient être envisagées :
- compléter l'expression « deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés » par « en ce compris l'entreprise ou le groupe faisant l'objet de l'opération », ce qui permettrait d'exclure de l'obligation de notification les acquisitions de contrôle conjoint portant sur des entreprises n'atteignant pas le seuil national en France ;
 - compléter les seuils prévus à l'article L.430-2 I, II et III par une condition spécifique à la création d'entreprises communes de plein exercice, telle que : « en cas de création d'une entreprise commune de plein exercice, l'entreprise commune a vocation à exercer une activité significative en France ». Toutefois, le critère d'« activité significative en France » apparaît trop imprécis pour garantir un niveau de sécurité juridique satisfaisant et devrait *a minima* être complété par des lignes directrices établissant une liste de facteurs permettant d'apprécier ce point. Par exemple, pourraient être pris en compte les marchés géographiques concernés par l'activité de l'entreprise commune, ainsi que les projections de chiffre d'affaires en France prévues par les parties pour l'entreprise commune dans le *business plan*, pour lesquelles il pourrait être requis qu'elles atteignent à un horizon de 5 ans un montant supérieur au seuil national fixé au 2^o tiret de l'article L.430-2 I, II et III.
- (9) Dans l'hypothèse où l'Autorité considérerait inapproprié de modifier les seuils en ce sens, il conviendrait *a minima* de faire bénéficier ces opérations de la procédure simplifiée (voir ci-après § (21)).

❖ Amélioration n°2 – Rehausser, voire supprimer les seuils applicables au commerce de détail

- (10) Les opérations notifiées dans le secteur du commerce de détail constituent aujourd'hui la majorité des affaires de concentration qui occupent l'Autorité (53% des décisions rendues en 2016). Or la plupart de ces opérations ne soulèvent aucune préoccupation de concurrence et font d'ailleurs l'objet d'une procédure simplifiée.

² Décision n°15-DCC-125 du 17 septembre 2015, concernant la création entre Aéroports de Paris Management et Vinci Airports d'une entreprise commune ayant pour objet « la gestion, l'extension, la maintenance, l'opération et l'exploitation de l'Aéroport de Santiago du Chili », et n'ayant vocation à être active qu'au Chili. Décision n°10-DCC-146 du 29 octobre 2010, concernant la création entre Mondadori Electra S.p.A. et la Réunion des Musées Nationaux d'une entreprise commune italienne ayant pour objet « de répondre à des appels d'offres dans le domaine de la gestion des boutiques de musées, de monuments et d'institutions culturelles en Italie, et si des marchés sont remportés, la gestion des concessions qui lui seront confiées, ainsi que la conception, la production et la vente de livres et produits culturels destinés au marché italien ».

- (11) L'Autorité elle-même a relevé que « *comme pour les années précédentes, la prédominance du commerce de détail s'explique par l'abaissement des seuils de contrôlabilité dans le secteur.* »³
- (12) Une augmentation des seuils applicables à ce secteur permettrait de restreindre l'obligation de notification aux opérations les plus significatives. On peut même s'interroger sur la nécessité de ce seuil spécifique dès lors que la plupart des opérations dans le secteur du commerce de détail susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence remplissent déjà les seuils généraux de 150 et 50 millions d'euros. Dans ces conditions, il serait également envisageable de supprimer ces seuils.

1.2 Absence de nécessité d'ajouter de nouveaux seuils et écueils des pistes envisagées

- (13) L'Autorité s'interroge sur l'opportunité d'adopter de nouveaux seuils de contrôle pour appréhender les acquisitions de cibles qui, tout en ne générant pas un chiffre d'affaires significatif, représenteraient un fort potentiel concurrentiel.
- (14) Ces interrogations semblent faire écho aux réflexions menées par la Commission européenne dans sa consultation publique de décembre 2016, qui visait en particulier les acquisitions réalisées dans le secteur de l'économie digitale et dans le secteur pharmaceutique.
- (15) Or l'adoption de nouveaux seuils ne serait nécessaire que s'il était manifeste que des opérations structurantes pour l'économie et la dynamique concurrentielle échappent véritablement au contrôle de l'Autorité et représentent une menace pour la concurrence, ce qui ne semble pas être le cas :
- dans sa consultation publique, l'Autorité ne donne aucune illustration d'opérations qui auraient affecté le jeu de la concurrence faute d'avoir été soumises à notification en France ;
 - en tout état de cause, l'absence de contrôle *a priori* n'empêcherait pas l'Autorité d'agir sur le fondement de l'article L.430-9 du Code de commerce si une entreprise acquérait ou renforçait sa puissance économique par le biais d'une opération non notifiable et se livrait à des pratiques abusives sur le marché, qu'il s'agisse d'abus de position dominante ou de dépendance économique.
- (16) En outre, les propositions que l'Autorité envisage pour appréhender ces opérations engendreraient de nombreuses difficultés :
- a) comme vu précédemment, des seuils de parts de marché seraient source d'insécurité juridique ;
 - b) même s'il pourrait paraître préférable à des seuils de parts de marché, un seuil en valeur de transaction présenterait également de nombreux écueils :
 - la valeur de transaction n'est pas un critère suffisamment objectif dans la mesure où elle dépend de nombreux facteurs et peut notamment varier selon les secteurs, le contexte économique, le nombre de candidats à l'acquisition et l'intensité des négociations entre les parties ;
 - très souvent, la valeur de transaction n'est pas un prix fixe totalement déterminable au moment où la notification doit être déposée, mais comporte une multitude de variables susceptibles d'évoluer après le *closing* en fonction, notamment, de la performance de l'entreprise. Dès lors, si un seuil en valeur de transaction venait à être ajouté par l'Autorité, il serait nécessaire de le compléter par une méthodologie de calcul très claire intégrant toutes les variations de prix potentielles ;
 - en tout état de cause, un seuil en valeur de transaction devrait être combiné avec d'autres seuils cumulatifs afin de s'assurer que l'opération présente un lien de rattachement suffisant (*nexus local*) avec le territoire français pour justifier la compétence de l'Autorité. De tels seuils cumulatifs devraient également être définis de manière suffisamment précise et objective pour

³ Rapport d'activité 2016, p.15.

éviter toute ambiguïté. Or il est difficile d'envisager des seuils totalement satisfaisants à cet égard :

- un seuil en chiffre d'affaires ne permettrait pas de viser les cibles ne générant pas encore de chiffre d'affaires significatif ;
- un seuil exprimé en valeur d'actifs localisés en France nécessiterait de définir très précisément quels actifs sont pris en compte et de fournir une méthodologie précise de calcul et d'allocation géographique, ce qui est susceptible de poser de nombreuses difficultés pratiques ;
- de même, le critère adopté en Allemagne et en Autriche, selon lequel la cible doit avoir une « *activité significative* » sur le territoire national, est particulièrement imprécis et risque de générer de nombreuses difficultés d'interprétation ;

c) l'introduction d'une possibilité d'intervention ex post basée, à l'image du modèle suédois, à la fois sur le chiffre d'affaires national des parties et sur l'existence de préoccupations substantielles de concurrence, irait également à l'encontre de l'exigence de sécurité juridique. Tout d'abord, il convient de souligner que cette faculté est déjà partiellement offerte à l'Autorité par l'article L.430-9 du Code de commerce. Si un pouvoir d'intervention *ex post* venait à être consenti de manière plus large à l'Autorité, il serait essentiel de le circonscrire à des situations clairement définies et d'en encadrer l'exercice dans un délai limité à compter de la réalisation de l'opération ;

d) il en irait de même d'une réactivation des jurisprudences *Continental Can* (1973) et *Philip Morris* (1987). Rappelons que ces affaires sont antérieures à la mise en place d'un contrôle des concentrations au niveau européen. Or, en adoptant le règlement n°4064/89, puis le règlement n°139/2004, les gouvernements des Etats membres ont précisément établi les conditions dans lesquelles ils jugeaient une intervention légitime en matière de concentrations. Aujourd'hui, le cadre du contrôle *a priori* étant précisément fixé, ces jurisprudences n'apparaissent manifestement plus justifiées. En tout état de cause, l'article L.430-9 du Code de commerce fournit déjà un pouvoir de contrôle *ex post* à l'Autorité.

(17) En revanche, les mécanismes de renvoi prévus par le règlement n°139/2004 apparaissent suffisamment développés pour appréhender des opérations tombant en-deçà des seuils de notification :

- en particulier, l'article 4 § 5 (renvoi à l'initiative des parties) a déjà permis à la Commission d'analyser un certain nombre d'opérations dans le secteur digital n'atteignant pas les seuils européens⁴. Ce mécanisme permet à la Commission d'examiner précisément les impacts d'une opération au sein de l'Union européenne, y compris sur les marchés d'Etats membres où elle n'était pas soumise à notification ;
- de même, le renvoi sur la base de l'article 22 du règlement, y compris lorsqu'il n'émane que d'Etats membres compétents pour examiner l'opération au niveau national, permet à la Commission de se prononcer sur les impacts de l'opération sur la concurrence dans des Etats membres où elle n'est pas notifiable. Or, la diversité des règles de contrôle des concentrations existant dans les différents Etats membres maximise les chances qu'une opération soit appréhendée par au moins un Etat membre et puisse faire l'objet d'une demande de renvoi. Dans ces conditions, il n'est ni nécessaire ni souhaitable que la Commission accepte au titre de l'article 22 des demandes de renvoi provenant d'Etats membres dont les seuils ne seraient pas atteints.

⁴ Notamment Facebook / WhatsApp (M.7217), Google / Double Click (M.4731), Cisco / Tandberg (M.5669), Nokia / Navteq (M.4942).

2 La simplification des procédures de contrôle

2.1 Elargissement de la procédure

- (18) A ce jour, la procédure simplifiée est limitée aux seules opérations pour lesquelles les acquéreurs ne sont pas présents sur les mêmes marchés que la cible, ni sur des marchés amont, aval ou connexes, ainsi qu'à celles concernant le commerce de détail qui ne donnent lieu à aucun changement d'enseigne.
- (19) Si ces conditions d'éligibilité permettent déjà à 50% des opérations de bénéficier de la procédure simplifiée, il y a encore un grand nombre d'opérations ne soulevant pas de préoccupations de concurrence qui restent soumises à la lourdeur de la procédure standard.
- (20) Dès lors, nous sommes favorables à la proposition de l'Autorité visant à élargir l'accès à la procédure simplifiée à d'autres situations que celles actuellement prévues. A cet égard, les critères posés par la Commission pourraient être utilisés comme base pour un tel élargissement, sous les réserves suivantes :
- les cas d'éligibilité européens ne devraient pas se substituer aux situations actuellement admises, mais devraient s'y ajouter comme des options alternatives,
 - les nouveaux cas d'éligibilité devraient être fondés sur des critères objectifs dépourvus de toute ambiguïté, et
 - l'adoption de ces nouveaux cas ne devrait pas conduire à alourdir ou à complexifier inutilement la procédure simplifiée.
- (21) En particulier :
- a) Les critères de parts de marché et d'IHH utilisés pour la procédure simplifiée européenne devraient constituer des cas d'éligibilité additionnels, et non se substituer à la situation dans laquelle les parties ne sont pas du tout présents sur les mêmes marchés horizontaux, si sur des marchés amont, aval ou connexes de ceux de la cible.

En outre, dans la mesure où ces critères nécessiteraient que les parties fournissent davantage d'informations que celles actuellement requises dans le cadre de la procédure simplifiée (mais proches de celles requises en l'absence de marchés affectés), il conviendra de s'assurer que l'Autorité ne requière ces données que lorsque les parties notifiantes s'inscrivent dans ces cas spécifiques, et non dans les autres situations où ces données ne sont pas nécessaires.

Par ailleurs, dans l'application de ces critères, l'Autorité devrait veiller à réduire au strict minimum les discussions relatives à la définition des marchés pertinents et au calcul des parts de marché, en s'assurant qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire, ce qui irait à l'encontre de l'objectif même de la procédure simplifiée.

En effet, la manière dont la Commission européenne applique ces critères en pratique génère souvent des incertitudes et une charge excessive pour les parties, les services d'instruction ayant tendance à leur demander des informations sur toutes les segmentations de marché de produit ou géographique "plausibles", et à contester les calculs de parts de marché afin de s'assurer que l'opération peut véritablement bénéficier de la procédure simplifiée. Ce faisant, la procédure simplifiée devient parfois plus complexe et aussi (voire plus) longue que si les parties avaient directement opté pour la procédure standard.

- b) L'acquisition d'un contrôle conjoint sur une entreprise commune ayant un chiffre d'affaires limité (voire pas de chiffre d'affaires) en France, ou dont les actifs en France ont une valeur limitée, pourrait également bénéficier de la procédure simplifiée, sous réserve que les seuils de chiffre d'affaires et/ou d'actifs soient objectivement déterminés et, en cas de référence à une "valeur d'actifs", que cette notion soit clairement définie.

Dans ce cadre, l'Autorité pourrait par ailleurs saisir l'opportunité de cette réforme pour clarifier le fait qu'une acquisition de contrôle conjoint ne peut être soumise à notification qu'à la condition que l'entreprise commune concernée soit de plein exercice.

- c) Les créations d'entreprises communes de plein exercice devraient être traitées de la même manière que les acquisitions de contrôle conjoint. Dès lors, elles devraient également pouvoir bénéficier de la procédure simplifiée sous les mêmes conditions de seuils.
- d) Les acquisitions de contrôle exclusif sont également peu susceptibles de générer des préoccupations de concurrence lorsque l'acquéreur détenait déjà le contrôle conjoint de la cible et devraient, dès lors, pouvoir bénéficier de la procédure simplifiée sans qu'il y ait lieu d'alourdir le niveau d'informations demandé. En effet, les informations requises dans ce cadre, notamment la liste d'activités des parties, devraient permettre à l'Autorité d'identifier les cas exceptionnels susceptibles de soulever des difficultés, c'est-à-dire ceux dans lesquels l'acquéreur et la cible sont en situation de concurrence avant l'opération, et où l'opération est susceptible de générer des effets horizontaux, verticaux ou congloméraux. Une fois ces situations identifiées, l'Autorité pourrait le cas échéant solliciter des informations complémentaires de la part des parties, sous réserve que ces demandes d'informations soient adressées dans un délai raisonnable après la notification et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire à l'analyse concurrentielle.

2.2 Modification du contenu du dossier

- (22) De manière générale, les informations requises dans le cadre de la procédure simplifiée et de la procédure standard "allégée" (applicable en l'absence de marchés affectés) apparaissent relativement satisfaisantes, sans qu'il soit besoin d'établir un formulaire distinct ou de l'aligner sur le Short Form CO européen.
- (23) Cela étant, les mesures de simplification proposées par l'Autorité permettraient d'améliorer la procédure en supprimant des lourdeurs inutiles :
 - il serait en effet bienvenu de supprimer l'exigence de fourniture des comptes rendus des organes délibérants, la présentation des objectifs économiques de l'opération, ainsi que le tableau des données financières, qui ne sont manifestement pas nécessaires pour les opérations simples insusceptibles soulever des préoccupations de concurrence. En particulier, le tableau des données financières requiert souvent un retraitement conséquent des données comptables des entreprises ;
 - les exemplaires papier apparaissent superflus dès lors qu'un support numérique est fourni. Le nombre d'exemplaires papiers pourrait donc être réduit à un, voire totalement supprimé.

2.3 Instauration d'une procédure de déclaration préalable

- (24) L'instauration d'une procédure de déclaration préalable ayant vocation à se substituer à l'actuelle procédure simplifiée n'apparaît pas une mesure de simplification satisfaisante dans la mesure où :
 - le contenu du dossier de déclaration préalable devant être déposé par les entreprises ne serait probablement pas très différent de ce qui est actuellement requis dans le cadre de la procédure simplifiée ;
 - les opérations entrant dans ce cadre seraient toujours soumises à une obligation de suspension pendant le délai qui serait consenti à l'Autorité pour examiner le dossier ;
 - l'Autorité conserverait la faculté de poser des questions complémentaires aux parties et de demander une notification formelle, ce qui risquerait en définitive d'allonger les délais de traitement et générerait autant d'incertitudes que les procédures actuelles ;
 - il semble ressortir des propositions de l'Autorité que cette nouvelle procédure de déclaration préalable irait de pair avec la création d'une nouvelle procédure simplifiée plus exigeante en termes d'informations requises.

- (25) En définitive, ces propositions risqueraient de complexifier inutilement les procédures de notification actuellement en vigueur au lieu de les simplifier.

3 L'amélioration des règles encadrant le rôle des mandataires

- (26) Comme le souligne l'Autorité, les règles encadrant le rôle des mandataires peuvent être jugées globalement satisfaisantes.
- (27) Toutefois, deux pistes d'amélioration mériteraient d'être explorées : l'accès des tiers aux mandataires (3.1) et un encadrement plus strict des relations entre le mandataire et l'Autorité, s'agissant en particulier de la manière dont l'Autorité devrait prendre en compte leurs alertes et recommandations (3.2).

3.1 Accès des tiers aux mandataires

- (28) Bien que les mandataires et l'Autorité aient la faculté d'interroger les tiers afin de vérifier si les parties notifiantes respectent leurs engagements ou les injonctions qui leur ont été imposées dans le cadre d'une décision d'autorisation sous conditions, il n'existe à ce jour aucune procédure permettant aux tiers de contacter les mandataires et de les alerter sur d'éventuelles manquements dont ils auraient connaissance.
- (29) Une première piste d'évolution à cet égard consisterait a minima, comme le propose l'Autorité, à publier sur le site Internet de l'Autorité l'identité et les coordonnées du mandataire pour chaque opération impliquant des engagements ou injonctions. Une telle approche serait en ligne avec la pratique de la Commission européenne en la matière.
- (30) Cet accès pourrait éventuellement être complété par une procédure contradictoire permettant aux parties notifiantes d'être informées et de répondre aux contestations des tiers, sous réserve d'assurer le respect du secret des affaires.

3.2 Encadrement des relations entre les mandataires et l'Autorité

- (31) Bien que les mandataires soient régulièrement tenus d'adresser des rapports à l'Autorité rendant compte d'éventuelles inexécutions des engagements ou injonctions imposées, il est de pratique décisionnelle constante que ces rapports ne lient pas l'Autorité.
- (32) Or, si un tel principe semble acceptable, il devrait à tout le moins exister une procédure formelle permettant d'encadrer la manière et les délais dans lesquels l'Autorité devrait tenir compte de ces rapports, afin d'éviter que les parties notifiantes ne puissent se voir reprocher tardivement des inexécutions sans avoir été en mesure de rectifier leur comportement en temps utile.
- (33) L'exemple le plus extrême des dérives pouvant résulter de l'absence d'une telle procédure est sans doute l'affaire *CanalPlus/TPS*, qui a abouti à l'annulation de la décision d'autorisation plus de 5 ans après son adoption.



Marta Giner Asins

Avocat Associée



Arnaud Sanz

Avocat Of Counsel