

Rapport Zivy : Regards croisés sur le problème des concentrations « multi-juridictionnelles »

QUELQUES BRÈVES REMARQUES DE PRATICIENS

Association des Praticiens du Droit de la Concurrence (APDC)*

1. L'affaire *Eurotunnel/MyFerryLink* a mis en lumière, de façon spectaculaire, les difficultés auxquelles peuvent donner lieu les procédures de contrôle des concentrations dites « multi-juridictionnelles », c'est-à-dire impliquant de façon simultanée plusieurs autorités de concurrence. Saisies d'une même opération et chargées d'examiner ses effets sur le même marché, les autorités britannique et française sont parvenues à des conclusions à peu près diamétralement opposées (alors même que le test de compatibilité était le même des deux côtés de la Manche). Le jugement récent du Competition Appeal Tribunal n'a fait que creuser l'écart d'appréciation entre les deux pays, la juridiction spécialisée britannique s'interrogeant ouvertement sur le caractère contrôlable de la transaction, alors que cette question ne semble avoir fait l'objet d'aucun débat en France.

2. Une telle situation n'est évidemment pas satisfaisante et l'APDC ne peut que promouvoir l'instauration de mécanismes de résolution des conflits entre autorités ou, à tout le moins, d'harmonisation et de coordination étroite des procédures de contrôle, afin d'éviter que ce genre d'imbroglio ne se reproduise.

3. Cependant, le caractère très médiatique de cette affaire ne doit pas faire perdre de vue le fait que les cas de divergences frontales aussi nettes entre autorités de concurrence restent rares en pratique. Il est en effet peu fréquent que deux autorités (ou plus) aient à connaître de manière simultanée des effets d'une opération sur exactement le même marché. Si des autorités nationales ont pu, par le passé, parvenir à des conclusions différentes s'agissant des effets d'une même opération, c'est le plus souvent en raison de données de fait objectivement différentes sur les marchés affectés dans les pays concernés.

4. Dans leur pratique quotidienne, les conseils des entreprises sont confrontés à des difficultés moins visibles du grand public mais récurrentes et, en définitive, très pénalisantes pour leurs clients. Ces difficultés se présentent tant en amont de la notification proprement dite que lors de la phase d'examen des opérations de concentration.

5. Signalons à titre liminaire qu'il ne serait pas opportun de tenter de régler ces difficultés par un abaissement significatif des seuils communautaires. Il semble en effet peu réaliste (et peu efficace) de transférer à la Commission la compétence pour contrôler un nombre plus important d'opérations par hypothèse de dimension plus modeste et dont les effets seraient souvent généralement circonscrits à des territoires nationaux (ou infranationaux) bien précis.

* Cette contribution a été préparée par le groupe de travail de l'Association des Praticiens du Droit de la Concurrence (APDC) constitué pour réfléchir aux questions soulevées par Fabien Zivy dans le cadre de la préparation de son rapport. Ce groupe était composé de Robert Saint-Esteben, Mélanie Thill-Tayara, Joseph Vogel, Philippe Guibert, Emmanuel Reille, David Tayar, Pierre Zelenko et Rita Eid.

I. Les difficultés amont des notifications

6. La première difficulté pratique à laquelle est confronté le praticien tient à la détermination des autorités compétentes pour contrôler l'opération transfrontalière dont il est saisi. S'il est inévitable, pour chaque transaction, d'avoir à vérifier que les seuils sont ou non franchis dans un plus ou moins grand nombre de pays, la tâche de l'avocat (et de son client) est considérablement compliquée par l'extrême hétérogénéité des critères de contrôle.

7. S'agissant des seuils quantitatifs tout d'abord, si la plupart des pays ont heureusement adopté des seuils exprimés en chiffres d'affaires, de nombreux États conservent des seuils en parts de marché qui impliquent de s'interroger sur la définition du ou des marchés pertinents et sur les positions des parties, et ce, avant même l'analyse de fond, ce qui s'avère souvent complexe et très consommateur en ressources.

8. Il serait à cet égard éminemment souhaitable de généraliser les seuils exprimés en chiffre d'affaires, qui offrent une sécurité juridique bien supérieure et qui sont d'un maniement beaucoup plus aisé. Ces seuils devraient en outre être définis de telle manière qu'une opération ne soit contrôlable dans un pays donné que si l'acquéreur *et* la cible y sont actifs de façon significative.

9. Par ailleurs, la notion de concentration continue d'être définie de manière très variable, même au sein de l'Union. Par exemple, certains régimes imposent la notification des prises de participations minoritaires non contrôlantes et d'autres non. De même, les entreprises communes qui ne sont pas de plein exercice continuent de devoir être notifiées dans certains États membres.

10. En outre, la subsistance de systèmes de contrôle *a posteriori* dans certains États membres qui fonctionnent sur la base de notifications volontaires est génératrice d'insécurité juridique pour les entreprises qui peuvent voir certains aspects de leurs transactions remis en cause à tout moment, notamment au gré de l'évolution de la pratique dans les pays en question.

11. Toutes ces divergences sont sources de lourdeurs et de complications pour les entreprises et gagneraient à être aplanies.

12. Au-delà des critères de contrôlabilité, le contenu des dossiers de notification est lui aussi extrêmement différent d'un État membre à l'autre. À cet égard, il pourrait être utile de mettre en place un formulaire « modèle » recensant les informations de base devant figurer dans les dossiers de notification.

13. Malheureusement, le système des renvois ascendants (c'est-à-dire vers la Commission européenne), tel qu'il est mis en œuvre à l'heure actuelle, ne permet pas d'éviter ces écueils de façon satisfaisante.

II. Les écueils lors des procédures de contrôle