

APDC
Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence

*

**Observations sur le projet de Lignes Directrices de l'Autorité de la concurrence
relatives au contrôle des concentrations¹**

*

24 septembre 2009

*

L'APDC, qui regroupe les avocats français spécialisés en droit de la concurrence, a souhaité user de la faculté qui lui était offerte par l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« **Autorité** ») de formuler des observations sur le projet de lignes directrices (ci-après « **Lignes Directrices** ») relatives au contrôle des concentrations (ci-après le « **Projet** ») mis en ligne le 8 juillet 2009.

L'APDC tient tout d'abord à souligner l'efficacité de l'Autorité qui, quelques mois seulement après sa prise de fonction, propose de nouvelles Lignes Directrices en matière de contrôle des concentrations, substantiellement refondées et complétées.

En procédant par la voie de la consultation publique, l'Autorité permet aux acteurs de l'économie et à leurs camarades, concernés au premier chef par l'application des règles de concurrence, d'intervenir en amont sur la définition des règles encadrant leur activité. Les objectifs d'information de transparence et de dialogue dans la mise en œuvre des règles de concurrence, sont amplement atteints par cette méthode.

Sur le fond, l'APDC souhaite indiquer d'emblée que le **Projet** présente de manière particulièrement claire, structurée et pédagogique la démarche méthodologique et les critères d'analyse de l'Autorité.

Le **Projet** reflète par ailleurs le souci constant de prendre en considération les enseignements les plus récents de la réflexion économique en les combinant avec les sources pertinentes du droit de la concurrence, communautaires et nationales.

¹ Ces observations ont été préparées par un Groupe de travail de l'APDC composé de : Clémentine Baldon ; Olivier Billard ; Hugues Calvet ; Jean-Mathieu Cot ; Sébastien Dominguez ; Romain Ferla ; Laurent François-Martin ; Philippe Guibert ; Olivier de Juvigny ; Pierre de Montalembert ; Jérôme Philippe ; François Prunet ; Richard Renaudier ; Philippe Rinciaux ; Inaki Saint-Esteben ; Igor Simic ; Maria Trabucchi ; Emmanuelle Van Den Broucke ; Pierre Zelenko.

Les observations de l'APDC ont pour notre part été préparées selon une démarche très constructive dans le but de contribuer à l'élaboration d'un guide pédagogique utile à l'intention des entreprises.

Les présentes observations suivent la structure générale du Projet.

SOMMAIRE

I/ L'objectif du contrôle des concentrations

II/ Les sources

III/ Le champ d'application du contrôle

1. La notion de concentration
2. Les seuils de contrôle

IV/ La procédure

1. Vue d'ensemble de la procédure devant l'Autorité
2. La phase de prénotification
3. Procédures de renvoi
4. La phase I
5. La phase II
6. Les recours
7. Les remèdes

V/ L'examen d'une opération sur le fond

1. Principales notions
2. Sur la délimitation des marchés pertinents
3. Sur les critères d'appréciation du degré de concentration du marché
4. Sur les effets unilatéraux dans les concentrations horizontales
5. Sur les effets non coordonnés dans les concentrations verticales
6. Sur les effets non coordonnés dans les concentrations conglomerales
7. Sur les effets coordonnés

VI/ Les annexes

1. Recommandations pour la soumission d'études économiques
2. Questions relatives aux contrats de distribution
3. Questions relatives aux fonds d'investissements
4. Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre de procédures collectives

I/ L'OBJECTIF DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

1. Le Projet décrit de manière particulièrement claire et pertinente l'objectif que poursuit le contrôle des concentrations économiques.

Il pourrait être utile toutefois de rappeler clairement dès cette partie introductive, comme le fait le Projet par la suite (point 276), que l'objectif du contrôle des concentrations est de protéger la concurrence, définie comme le surplus des consommateurs, et non de protéger les intérêts particuliers des concurrents.

II/ LES SOURCES

2. La partie du Projet relative aux sources du contrôle des concentrations n'appelle pas de commentaire particulier.

III/ LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTROLE

1. La notion de concentration

1.1. Sur la notion de « régulation de la concurrence »

3. Le Projet indique au point 18 que « *la régulation de la concurrence ne pourrait être efficace si l'examen se limitait aux éléments de droit* ».

L'APDC suggère de remplacer dans cette phrase le terme « la régulation de la concurrence » par « *le contrôle des concentrations* ».

4. En effet, si l'aspect prospectif et préventif du contrôle des concentrations en fait une intervention plus proche de la régulation que le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, le contrôle des concentrations n'a pas pour objet la mise en place d'un système généralisé de régulation de la concurrence.

Sans doute, des engagements de type comportemental avec, par exemple, des engagements concernant des niveaux de tarification de produits ou de services peuvent s'assimiler à une sorte de régulation. Il ne s'agit toutefois que de cas exceptionnels.

1.2. Sur la notion de contrôle

5. Si, aux points 26 et suivants du Projet, l'Autorité définit une grille d'analyse très utile, elle pourrait contribuer à clarifier les contours de la notion de contrôle, notamment au regard du droit communautaire du contrôle des concentrations et, en particulier, dans le contexte des accords de distribution (points 49 et suivants).

1.2.1. Droit national et droit communautaire du contrôle des concentrations

6. Dans la mesure où le Projet indique utilement que les entreprises peuvent se référer à la pratique décisionnelle et aux différentes communications publiées par la Commission européenne², il est suggéré d'adapter le point 27 pour indiquer que :

« Ces notions de « contrôle » et d'« influence déterminante » sont spécifiques au droit national et au droit communautaire du contrôle des concentrations qui se rejoignent sur ce point. Par exemple, la notion de « contrôle » en droit national et communautaire du contrôle des concentrations n'est pas identique à la notion de « contrôle » au sens du droit des sociétés. Il convient aussi de noter que la notion d'« influence déterminante » n'est pas identique à celle d'« influence notable » utilisée en matière de consolidation comptable ».

En effet, la formulation du Projet pourrait tout d'abord être interprétée par des tiers comme le signe de ce que le droit national définirait la notion de contrôle différemment du droit communautaire, ce qui serait facteur d'insécurité juridique, une même opération ne pouvant raisonnablement pas être qualifiée de manière différente par les deux autorités, dès lors que le texte appliqué définissant la notion de concentration reste le même.

Cela irait également à l'encontre de l'œuvre accomplie par le Conseil d'Etat, notamment dans le cadre de son arrêt Opéra³ pour que la définition de la notion de concentration en droit interne soit en harmonie avec le droit communautaire.

L'Autorité s'inscrivant dans cette logique au vu des extraits précités du Projet, il est souhaitable de lever toute ambiguïté quant à d'éventuels différends entre droit national et droit communautaire sur la notion de contrôle.

7. Enfin, pour éviter tout risque de contradiction entre les points 11 et 48 du Projet, il pourrait aussi être ajouté au point 48 un renvoi exprès au point 11.

1.2.2. Sur le contrôle exclusif

8. Dans un souci de clarté, le point 29 du Projet pourrait être légèrement modifié en son premier tiret :

² Cf. Point 11 : « (...) dans un souci de cohérence et d'harmonisation avec la pratique communautaire, les différentes notions relatives au contrôle des concentrations utilisées dans le code de commerce sont alignées sur celles utilisées dans le règlement (CE) n° 139/2004 et les différentes communications publiées par la Commission qui, sur ces sujets, constituent pour l'Autorité des guides d'analyse utiles ».

Point 48 : « Pour toute question sur la qualification d'un contrôle, les parties pourront également se référer à la communication consolidée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du 21 février 2009 qui, même si elle ne s'applique qu'au droit communautaire, constitue un guide d'analyse utile, même en droit national ».

Point 71 : « Le présent guide se limitera à rappeler les points clés du calcul des chiffres d'affaires, le lecteur étant invité à se reporter à la communication consolidée de la Commission pour toute question plus spécifique que soulèverait un cas d'espèce ».

Point 547 : « Dans la mesure où l'article L. 430-2 du code de commerce renvoie sur ce point à l'article 5 du règlement n° 139/2004 CE, on se référera pour le calcul du chiffre d'affaires à la pratique décisionnelle de la Commission et à la communication consolidée qu'elle a publiée le 21 janvier 2009 notamment aux points 175 et suivants ».

³ Arrêt du Conseil d'Etat du 31 mai 2000.

« Une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Une entreprise peut détenir un contrôle exclusif sur une autre entreprise dans deux cas :

*- lorsqu'elle détient **seule** le pouvoir de prendre les décisions stratégiques de l'entreprise concernée (...)* ».

9. Au point 30, la modification suivante serait utile :

*« Il est à noter que, lorsqu'une opération permet au détenteur d'un contrôle exclusif négatif de passer à un contrôle exclusif positif, la qualité du contrôle n'est pas considérée comme étant modifiée par l'opération. Par exemple, lorsqu'un actionnaire minoritaire acquiert [~~la majorité des droits de vote dans une entreprise~~] **le pouvoir de prendre seul les décisions stratégiques de l'entreprise**, l'opération n'est pas une concentration s'il détenait déjà un contrôle exclusif « négatif » avant l'opération ».*

En effet, ce n'est pas parce qu'un actionnaire minoritaire détient la majorité des droits de vote dans une entreprise qu'il détient nécessairement le pouvoir de prendre seul les décisions, *a fortiori* celles stratégiques.

10. Enfin, au point 31 du Projet, il pourrait être précisé que si une participation minoritaire n'est pas exclusive d'un contrôle de fait ou de droit, une participation majoritaire ne signifie pas nécessairement qu'il y a un contrôle exclusif ou même un contrôle conjoint.

1.2.3. Sur la notion de contrôle conjoint (ou contrôle en commun)

11. Le Projet précise au point 36 que *« lorsque deux ou plusieurs entreprises acquièrent une entreprise cible en vue d'en répartir immédiatement les actifs entre elles, l'opération n'est pas constitutive d'une prise de contrôle conjoint, mais d'une prise de contrôle exclusif par chacune des entreprises contrôlantes sur les actifs qu'elle acquiert ».*

Dans le souci d'éviter toute ambiguïté, il serait utile d'indiquer expressément que ce sont uniquement ces opérations ultérieures de prise de contrôle exclusif qui, si elles dépassent les seuils de contrôle, pourront relever du contrôle français des concentrations. Il faut en effet qu'il soit bien rappelé que la première opération d'acquisition suivie de la répartition immédiate des actifs n'est pas, elle, soumise au contrôle des concentrations.

1.2.4. Sur les critères d'appréciation d'une influence déterminante

12. Dans la mesure où ce n'est pas tant la majorité des actions constituant le capital de l'entreprise qui confère une influence déterminante mais bien la détention d'une majorité des droits de vote, il conviendrait de modifier ainsi le point 37 du Projet :

« C'est généralement la détention d'une majorité ~~au capital~~ des droits de vote qui confère à un actionnaire une influence déterminante sur l'entreprise ».

Rappelons à cet égard que la Commission précise au point 56 de la communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n°139/2004 (ci-après la « **Communication Consolidée** ») qu' « un contrôle exclusif est normalement acquis de droit lorsqu'une entreprise obtient une majorité des droits de vote d'une société. En l'absence

d'autres éléments, l'acquisition qui ne comprend pas une majorité des droits de vote ne confère normalement pas le contrôle de la société, même si elle entraîne la détention d'une majorité au capital ».

13. Ensuite, en évoquant les cas dans lesquels l'Autorité pourra considérer qu'une participation minoritaire (voire l'absence de toute participation au capital) peut constituer une concentration, il est indiqué que « *la conviction de l'Autorité sur l'existence d'une influence déterminante peut être emportée par un faisceau d'indices même si chacun de ces indices pris isolément n'a pas un caractère suffisamment probant* ».

Le terme « conviction » pourrait tout d'abord être remplacé par un autre terme moins subjectif, tel que « appréciation » ou « conclusion ».

14. Par ailleurs, la liste des éléments du faisceau d'indices susceptibles d'être pris en compte, comporte des éléments de nature très différente. Il est certes probablement impossible de hiérarchiser précisément ces éléments et il est normal que l'Autorité conserve une large flexibilité.

On doit cependant observer que certains des éléments listés, lorsqu'ils sont constatés, conduisent normalement à qualifier l'opération de concentration. C'est notamment le cas de ceux du premier tiret (droits de veto sur le plan stratégique, désignation des principaux dirigeants, etc.), même si ces éléments ne sont pas toujours aussi simples à déterminer en pratique. Quant aux autres éléments, ils ont eux une valeur beaucoup plus relative.

A titre d'exemple, puisqu'au point 45 du Projet il est suggéré que plus que le pouvoir de proposer des membres d'un conseil de surveillance, c'est le pouvoir de les révoquer qui est déterminant, ceci pourrait être relevé dans cette liste.

Plus généralement, il serait utile que l'Autorité explicite – comme le faisait la DGCCRF dans ses Lignes Directrices⁴ – dans quelle mesure les critères listés sont exhaustifs et s'il existe un quota d'indices à remplir pour retenir l'existence d'un contrôle.

15. Enfin, le point 41 explique que des intérêts communs entre actionnaires minoritaires peuvent être tels qu'ils seront suffisants pour qualifier un contrôle conjoint. Le Projet pourrait préciser, comme cela est fait au point 47, qu'une telle qualification ne peut être retenue qu'à « *titre très exceptionnel* ».

1.2.5. Sur le cas particulier des contrats de distribution

16. A la lecture du Projet et de certaines décisions récentes de l'Autorité, dont la décision du 20 mai 2009⁵, la question peut se poser de savoir s'il peut exister un contrôle fondé uniquement sur une clause de non-concurrence.

⁴ Cf. Point 10 des Lignes Directrices de la DGCCRF : « *Cette liste de critères ne constitue en aucun cas une liste exhaustive. D'autres indices peuvent en effet contribuer au faisceau d'indices convergents pour établir l'existence d'une influence déterminante. En outre, il n'existe ni de quota d'indices à remplir pour conclure sur la nature du contrôle, ni de hiérarchie a priori entre ces différents critères. Il appartient en effet au ministre de procéder au cas par cas à une appréciation globale de l'ensemble des éléments de droit et de fait en sa possession pour déterminer avec certitude, voire avec une probabilité raisonnable, quelle partie à l'opération est détentrice du contrôle* ».

⁵ Décision n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Evolis SAS par la société ITM Entreprises. Dans cette décision, il est ainsi précisé que : « (...) au cas d'espèce, la société ITM Entreprises est

Or, à ce jour semble-t-il, il n'a pas été considéré par la Commission européenne ou la DGCCRF que la seule clause de non-concurrence post-contractuelle dont bénéficient fréquemment en pratique les franchiseurs leur conférerait un contrôle sur les franchisés au sens du droit des concentrations.

La formulation actuelle du Projet laisse à penser que tel pourrait désormais être le cas puisqu'il est indiqué que l'Autorité devra déterminer si une limitation de l'autonomie de l'adhérent d'un réseau à changer d'enseigne est suffisante pour conférer à la tête du réseau une influence déterminante sur l'entreprise en cause⁶.

La caractérisation de l'existence d'un contrôle basée exclusivement sur une clause de non-concurrence risquerait d'appréhender la situation actuelle de très nombreux contrats de franchise, ce qui serait facteur d'insécurité juridique car une telle conséquence n'a jamais été ressentie ou identifiée par les parties.

17. Dans ces conditions, il est à suggérer que le Projet - à l'instar du point 37 du Projet - rappelle le principe du faisceau d'indices (approche globale) selon lequel un indice isolé tel qu'une clause de non-concurrence ne saurait être suffisant pour démontrer l'existence d'un contrôle au sens du droit des concentrations dans le contexte des accords de distribution.

2. Les seuils de contrôle

2.1. Sur les seuils applicables au contrôle des concentrations

18. Pour des motifs de sécurité juridique, s'agissant des seuils de contrôlabilité d'une opération de concentration, il est proposé d'insérer au point 58 un renvoi exprès aux points 73 et 74 afin de s'assurer que les notions d'« entreprise acquéreuse » et d'« entreprise concernée » mentionnées à ce point soient bien interprétées dans leur sens large (*i.e.* le groupe auquel l'entreprise appartient), comme cela est expliqué précisément aux points 73 et 74.

2.1.1. Sur le cas particulier du commerce de détail

19. La notion de commerce de détail telle que décrite dans le Projet paraît plus extensive que ce que le législateur a souhaité.

Même si la notion du Projet repose apparemment sur la définition figurant dans la circulaire du 16 janvier 1997⁷, il faut rappeler que ce texte a été élaboré dans une logique différente de celle des règles de concurrence.

déjà en mesure, avant l'opération, de bloquer tout changement d'enseigne d'Evolis, tant pendant la durée des contrats d'adhésion et d'enseigne, qu'à leur échéance ».

⁶ Point 51 : « L'Autorité examine toutes les clauses qui permettent à la « tête de réseau » de limiter l'autonomie de l'« adhérent », tant dans la conduite de sa politique commerciale (par exemple, à travers des mécanismes contractuels qui transfèrent, tout ou partie, du risque commercial de l'adhérent vers la tête de réseau) que dans les possibilités de changer de réseau (par exemple, le fait que la « tête de réseau » détienne une participation minoritaire de blocage, lui permettant notamment d'empêcher l'adhérent de changer d'enseigne) et détermine si elles sont suffisantes pour conférer à la « tête de réseau » une influence déterminante sur l'entreprise de son "adhérent" ».

⁷ Circulaire du 16 janvier 1997 portant sur l'application des dispositions de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 modifiée, relatives aux équipements commerciaux.

De plus, les seuls commerces de détail évoqués lors des débats parlementaires de la LME relatifs aux nouveaux seuils de contrôlabilité étaient des hypermarchés et des supermarchés à dominante alimentaire. En revanche, les prestataires de services à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, etc.) ne paraissent pas avoir été évoqués lors des débats parlementaires.

Ces débats démontrent bien la volonté du législateur d'abaisser les seuils de contrôlabilité des opérations de concentration pour le seul commerce de détail à dominante alimentaire⁸.

2.1.2. Sur le cas particulier des départements et collectivités d'outre-mer

20. L'article L. 430-2 III du Code de commerce, tel que modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008, soulève plusieurs difficultés d'interprétation qui pourraient être évoquées et résolues par le Projet.

Il convient à titre liminaire de préciser que, selon la phrase introductive de l'article L. 430-2 III du code de commerce, les seuils spécifiques aux départements et collectivités d'outre-mer (ci-après « DCOM ») sont applicables lorsque « *au moins une des parties* » exerce tout ou partie de son activité outre-mer. Ce critère s'explique mal et paraît superflu, dans la mesure où le deuxième seuil de 15 millions d'euros doit être dépassé par « *deux au moins des entreprises* » concernées par l'opération, ce qui suppose mécaniquement qu'elles réalisent toutes deux un chiffre d'affaires outre-mer.

Il serait donc souhaitable selon nous que les Lignes Directrices éclaircissent ce point afin d'éviter toute confusion inutile.

21. Par ailleurs, le point 68 du Projet vise les seuils de contrôlabilité applicables aux opérations dans les DCOM décrits à l'article L. 430-2-III⁹, et plus particulièrement vient interpréter le second seuil :

« Pour apprécier si le second seuil est franchi, il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans l'ensemble des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer visées. Par exemple, si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à la Réunion, et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, on considérera que cette entreprise franchit le seuil de 15 millions d'euros. »

Or, l'interprétation de ce second seuil ainsi décrite mériterait d'être en tout état de cause explicitée.

22. En effet, et en premier lieu, cette interprétation ne semble pas retenir l'option qui consisterait à déterminer les chiffres d'affaires DCOM par DCOM, mais plutôt une méthode qui agrège

⁸ Cf. Débat parlementaire devant l'Assemblée nationale, séance du 12 juin 2008 et Débat parlementaire devant le Sénat, séance du 8 juillet 2008.

⁹ Les deux seuils applicables sont les suivants : (i) le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ; et (ii) le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros.

les chiffres d'affaires réalisés dans l'ensemble des DCOM visés par l'opération par les entreprises concernées.

Le Projet indique en effet la façon dont il faut, selon l'Autorité, apprécier ce second seuil et va clairement dans le sens de la seconde option :

« (...) il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans l'ensemble des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer visés. Par exemple, si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à la Réunion, et 8 millions de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, on considérera que cette entreprise franchit le seuil de 15 millions d'euros » (soulignement ajouté).

Il n'est cependant pas évident à la lecture de ce texte que telle ait été la volonté du Législateur car l'expression « *dans au moins un département* » est interprétée par l'Autorité comme « *l'ensemble des départements* », ce qui n'est pas la même chose.

Il semble par ailleurs que la finalité du contrôle des concentrations (étude des effets concurrentiels de l'opération envisagée sur un marché de produit et géographique prédéfini) militerait pour une interprétation plus restrictive en faveur de la première option précitée en considérant qu'il convient de déterminer les chiffres d'affaires DCOM par DCOM concernés par l'opération, en raison de l'éloignement géographique entre les DCOM. En ce sens, sur ce point, il convient de se référer au point 80 du Projet (affectation géographique du chiffre d'affaires)¹⁰.

Il ne paraît donc pas exclu que le seuil doive s'interpréter comme suit : deux au moins des entreprises concernées doivent réaliser un chiffre d'affaires supérieur à 15 millions d'euros dans chacun d'un (ou plusieurs) des départements ou collectivités visés par le texte.

23. En second lieu, et en tout état de cause, le point 68 du Projet mériterait d'être complété car le second seuil vise « *deux au moins* » des entreprises concernées. Or, en l'état, l'exemple donné ne concerne qu'une entreprise.

Il est suggéré, pour apprécier si ce second seuil est franchi, d'indiquer que le chiffre d'affaires individuel pris en compte par au moins deux des entreprises concernées serait celui réalisé dans le(s) même(s) DCOM pour les deux entreprises concernées, dans la mesure où l'alinéa précise bien qu'il s'agit des DCOM « *concernés* », donc ceux « *visés* » (cf. le vocable utilisé au point 68) par l'opération envisagée.

A cet égard, il est utile de préciser que, lorsque l'on s'attache aux effets potentiels de la concentration sur le marché, si deux entreprises réalisent leurs chiffres d'affaires respectifs dans des départements ou collectivités d'outre-mer distincts, l'opération ne devrait en principe pas être notifiable.

24. Si l'on examine par ailleurs le fonctionnement des seuils alternatifs de l'article 1(3) du Règlement (CE) 139/2004 (ci-après le « **Règlement Concentrations** »), il semble que les

¹⁰ Point 80 : « *En ce qui concerne l'affectation géographique du chiffre d'affaires, celui-ci doit être affecté au lieu où s'exerce la concurrence, c'est-à-dire, en règle générale, au lieu où se trouve le client. En ce qui concerne la vente de biens, le lieu où le contrat a été conclu et le lieu de livraison priment sur l'adresse de facturation. En ce qui concerne les services, c'est le lieu de fourniture de ceux-ci qui est à prendre en compte* ».

entreprises concernées (deux au moins) doivent réaliser plus de 15 millions d'euros de chiffre d'affaires dans le ou les mêmes départements ou collectivités concernés.

Concrètement, en appliquant cette règle et en reprenant l'exemple cité au point 68 du Projet, le seuil de 15 millions d'euros serait franchi si la seconde entreprise concernée réalisait un chiffre d'affaires de 15 millions d'euros à la Réunion et/ou Mayotte, partant du principe qu'il s'agit des DCOM concernés.

En revanche, si cette seconde entreprise réalisait seule, parallèlement, un chiffre d'affaires de 30 millions d'euros en Guadeloupe et Martinique, alors qu'elle ne réaliserait respectivement que 4 et 2 millions d'euros à la Réunion et Mayotte, le seuil de 15 millions d'euros ne serait alors pas franchi.

2.2. Sur les modalités de calcul du chiffre d'affaires

25. S'agissant des modalités de calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées par une opération de concentration, le Projet indique que les entreprises peuvent se référer à la Communication consolidée de la Commission européenne¹¹.

Toutefois, et dans la mesure où la Communication Consolidée n'est pas totalement explicite s'agissant de certains points techniques, telles que les normes comptables applicables et le traitement des marges-arrière dans le calcul du chiffre d'affaires, il serait utile que le Projet le soit davantage¹².

En effet, s'il existe depuis 2005 des normes comptables internationales IAS/IFRS applicables aux entreprises communautaires faisant appel public à l'épargne, les autres entreprises ne sont en revanche pas obligées d'appliquer ces normes et peuvent appliquer les normes comptables nationales¹³.

Or, ces différentes normes comptables ne traitent pas de façon identique les marges-arrière : selon les normes comptables françaises les marges-arrière ne seraient habituellement pas

¹¹ Cf. Point 69 du Projet : « L'article L. 430-2-V énonce que les modalités de calcul de chiffre d'affaires applicables au contrôle national des concentrations sont celles de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004. Ces modalités ont été commentées et explicitées par la Commission, dans sa communication consolidée, aux paragraphes 157 à 217 ».

¹² En effet, la Communication apporte les seules précisions suivantes : « Le chiffre d'affaires à prendre en compte est un chiffre d'affaires "net", après déduction d'un certain nombre d'éléments mentionnés de façon explicite dans le règlement. (...) L'article 5, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations prévoit que "déduction (est) faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires". (...) Les "réductions sur ventes" représentent l'ensemble des rabais, remises ou ristournes qui sont consentis par les entreprises à leurs clients ou qui influent directement sur les montants des ventes.

(...) La Commission cherche à se fonder sur les données les plus justes et fiables disponibles. En général, elle se réfère aux comptes qui portent sur l'exercice le plus rapproché de la date de l'opération et qui ont été vérifiés en fonction de la norme applicable à l'entreprise en question et exigée pour l'exercice concerné.

(...) Malgré cette règle générale, lorsqu'il y a de grandes différences entre les normes comptables de la Communauté et celles d'un pays tiers, la Commission peut juger nécessaire d'adapter ces comptes aux normes communautaires pour calculer le chiffre d'affaires ».

¹³ Règlement (CE) No 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales.

déduites lors de l'établissement du chiffre d'affaires net alors qu'*a priori* elles le seraient selon les normes IAS/IFRS (ainsi que selon les normes américaines US GAAP)¹⁴.

De telles différences de traitement peuvent notamment soulever des difficultés dans le cas de concentrations concernant des entreprises appartenant à des groupes multinationaux.

26. A ce stade, ni la Commission ni les autorités de concurrence françaises n'ont pris formellement position sur le sujet, qui mériterait ainsi d'être clarifié.

Une solution pourrait consister à admettre que les entreprises se réfèrent aux règles comptables qui leur sont applicables et qui sont retenues par leurs commissaires aux comptes dans la consolidation des comptes du groupe afin d'éviter des retraitements comptables qui seraient spécifiques au contrôle des concentrations.

27. Enfin, au point 83 du Projet, il est suggéré de prévoir pour plus de clarté que le chiffre d'affaires des établissements de crédits et des établissements financiers tel que défini par l'article 5.3 du Règlement Concentrations correspond, en pratique, au produit brut bancaire.

IV/ LA PROCEDURE

28. L'APDC apprécie les précisions apportées par le Projet s'agissant des questions de procédure, d'autant plus que le nouveau régime français de contrôle des concentrations emporte des changements significatifs à cet égard.

De façon générale, l'APDC considère que le Projet pourrait être utilement développé, notamment en termes de délais, certains aspects de la procédure demeurant parfois encore relativement imprécis (*e.g.* évocation par le Ministre...).

L'APDC propose également que les délais mentionnés dans le Projet soient tous exprimés en jours ouvrés dans un souci de cohérence et afin que la version finale des Lignes Directrices soit en phase avec les délais de procédure mentionnés par le Code de commerce.

1. Vue d'ensemble de la procédure devant l'Autorité

1.1. Notification d'un « projet suffisamment abouti »

29. Le Projet précise qu'en vertu de l'article L. 430-3 du Code de commerce, un projet de concentration « *suffisamment abouti* » peut être notifié à l'Autorité (point 89).

Il s'agit d'une caractéristique procédurale essentielle pour les entreprises. Bien que l'appréciation du caractère d'un projet « *suffisamment abouti* » ne puisse se faire qu'au cas par cas, comme le relève à juste titre le Projet, il serait souhaitable que les Lignes Directrices précisent qu'un « *projet suffisamment abouti* » doit à tout le moins indiquer l'objet et les modalités de la concentration envisagée pour permettre l'instruction et la prise de décision, *i.e.* l'identité des parties à l'opération, le périmètre de la concentration et le calendrier prévisionnel.

¹⁴ Cf. Article IAS / IFRS dans la RFC 386, *Les marges arrières en IFRS*, Misa Salomon, mars 2006 : « la norme recommande de déduire les 'autres éléments similaire' aux rabais et remises : c'est le cas de la coopération commerciale morte étant donné qu'elle constitue une forme de réduction de prix accordée aux distributeurs ».

Surtout, le Projet pourrait par ailleurs relever les indices les plus courants permettant de qualifier un projet de « *suffisamment abouti* », outre ceux expressément cités par le Code de commerce (accord de principe, lettre d'intention ou annonce d'une offre publique), tels qu'une exclusivité offerte à un acquéreur ou encore l'existence de frais de rupture significatifs.

1.2. **Projet d'accord prévoyant un changement de contrôle « *plusieurs mois plus tard* »**

30. Le Projet souligne que « *[d]e façon générale, il est possible d'admettre un projet si les parties notifiantes assurent l'Autorité de leur intention de conclure un engagement ferme et en apportent la preuve* » (point 89). Le Projet poursuit en précisant que « *[l]a stipulation entre les parties d'un projet d'accord prévoyant un changement de contrôle plusieurs mois plus tard ne pourra être considéré comme un « projet suffisamment abouti »* » (point 89 *in fine*).

L'APDC considère que cette deuxième précision devrait être explicitée. En effet, il est usuel que, dans le cadre d'un engagement ferme et irrévocable constitutif d'une concentration, le changement de contrôle ne se réalise effectivement que plusieurs mois après la signature de l'accord en question, notamment en raison du délai nécessaire à la levée des conditions suspensives prévues.

L'APDC ne voit pas quelles difficultés particulières cette hypothèse soulève en termes de contrôle des concentrations. L'APDC considère qu'il n'y a pas lieu de traiter de manière différente les projets d'accord à cet égard, la seule condition devant prévaloir dans ce cas étant celle relative à la preuve par les parties notifiantes « *de leur intention de conclure un engagement ferme* » (point 89).

Ni le délai prévu pour la signature d'un engagement ferme et irrévocable ni *a fortiori* le délai de réalisation du changement de contrôle ne devraient entrer en ligne de compte pour la qualification d'un projet de concentration de « *suffisamment abouti* ».

La validité de la décision de l'Autorité peut en revanche être naturellement remise en cause si un projet autorisé subit des modifications significatives avant sa réalisation (point 90).

1.3. **Dérogation à l'effet suspensif en cas de reprise d'entreprises en liquidation ou redressement judiciaire**

31. Les entreprises en difficulté (*e.g.* en liquidation ou redressement judiciaire) peuvent bénéficier de la dérogation à l'effet suspensif. Le Projet précise qu'il est demandé aux entreprises souhaitant bénéficier de cette dérogation d'en faire la demande à l'Autorité « *au moins 5 jours avant la prise de décision du tribunal* » (point 98).

L'APDC convient naturellement que les entreprises dans une telle situation ont tout intérêt à se rapprocher de l'Autorité dans les meilleurs délais. Cela étant, la pratique montre que les demandes de dérogation, qui impliquent le dépôt simultané d'un dossier de notification, sinon complet, à tout le moins « *aussi complet que possible* » (point 98), doivent souvent être préparées dans l'urgence, du fait de la célérité des procédures collectives concernées. Le Projet devrait prendre en compte cet état de fait et préciser que ce délai de cinq jours (que l'APDC comprend être des jours ouvrés – cette précision devrait être apportée par le Projet)

ne constitue qu'un délai indicatif et que les demandes de dérogation déposées dans un délai moindre ne seront pas irrecevables ou automatiquement rejetées par l'Autorité.

32. A toutes fins utiles, il convient de préciser que l'article L. 430-4 du Code de commerce ne prévoit pas de délai pour le dépôt d'une demande de dérogation. En tout état de cause et comme relevé par le Projet, l'octroi d'une dérogation par l'Autorité ne préjuge en rien de la sa décision finale (point 99).

A cet égard, l'Autorité pouvant imposer des remèdes, voire interdire l'opération après examen, l'APDC convient que les parties bénéficiant d'une dérogation doivent, jusqu'à la décision finale, s'abstenir, dans toute la mesure du possible¹⁵, de prendre tout acte susceptible de modifier de façon irréversible la structure de l'opération, comme par exemple procéder à des cessions d'actifs de la cible (point 99).

L'APDC ne comprend pas, en revanche, l'interdiction pure et simple, faite par le Projet aux parties bénéficiant d'une dérogation, de « *mettre en œuvre opérationnellement leur fusion* » (point 99 *in fine*). L'intérêt de la dérogation étant, par exception, de permettre la mise en œuvre de la concentration à tout le moins dans ses aspects réversibles, l'APDC suggère de compléter le point 99 du Projet comme suit :

*« [l]es parties doivent donc veiller, pendant la période précédant la décision finale, à s'abstenir de prendre des actes ou mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération **de manière irréversible** comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible ou mettre en œuvre opérationnellement leur fusion **de manière irréversible** ».*

2. La phase de prénotification

2.1. Lettre de confort sur la contrôlabilité d'une opération

33. Le Projet précise utilement (point 107) que l'Autorité peut informer les parties de la non-contrôlabilité d'une opération par lettre de confort. L'APDC accueille favorablement cette position de l'Autorité, dont la mise en œuvre pratique a déjà permis de faire gagner du temps et des ressources précieuses aux entreprises en leur apportant une sécurité juridique appréciable.

Le Projet précise néanmoins qu'en cas de doute, les entreprises sont invitées à notifier l'opération formellement, la notification pouvant donner lieu à une décision d'inapplicabilité.

L'APDC estime que le recours aux lettres de confort devrait être privilégié alors qu'une notification dans de telles situations devrait n'être requise que dans des cas exceptionnels.

34. En outre, en cas de doute sur la contrôlabilité d'une opération à l'occasion d'une demande de lettre de confort, il est en tout état de cause souhaitable de ne soumettre que les éléments concernant la contrôlabilité de ladite opération. Par exemple, l'APDC ne voit pas en quoi les parts des parties sur les marchés concernés ou les contacts des concurrents, clients ou fournisseurs pourraient être éclairants sur la question de la contrôlabilité.

¹⁵ Voir nos commentaires ci-après sur l'annexe relative à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives (points 139 et 140).

35. L'Autorité pourrait enfin s'engager à se prononcer sur la contrôlabilité de l'opération présentée sous un délai relativement court, de l'ordre de 15 jours ouvrés par exemple. Une telle pratique permettrait d'alléger considérablement le travail des entreprises en vue de la préparation de la notification éventuelle.

2.2. Portage

36. La version finale des Lignes Directrices pourrait utilement se prononcer sur les éventuelles conditions de mise en œuvre d'opérations dites de « portage », qui ne déclenchent pas les obligations de contrôle des concentrations. La version finale des Lignes Directrices pourrait préciser que le portage ne constitue pas une concentration, à l'instar de la position antérieure de la DGCCRF.
37. La version finale des Lignes Directrices pourrait enfin indiquer que des lettres de confort seront transmises sur ce sujet aux parties qui en feraient la demande.

2.3. Réunion(s) avec le service économique de l'Autorité au stade de la prénotification

38. Totalement convaincue que les échanges en amont entre l'Autorité et les entreprises permettent de régler efficacement maintes questions, l'APDC est évidemment très favorable aux développements du Projet concernant les contacts informels et facultatifs au stade de la prénotification. A cet égard, le Projet indique que des réunions peuvent intervenir dès ce stade avec le service économique de l'Autorité (point 108).

L'APDC s'interroge en revanche sur le sens de la précision selon laquelle ces réunions « peuvent conduire à modifier certaines hypothèses, voire l'approche générale proposée ».

3. Procédures de renvoi

3.1. Demandes de renvoi sur la base de l'article 22 du Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations

39. Il ressort des paragraphes 119 et suivants du Projet que l'Autorité se reconnaît compétente pour effectuer des demandes de renvoi sur la base de l'article 22 du Règlement Concentrations (ci-après, « l'Article 22 »). Dans ce cadre, il est permis de se demander s'il existe une répartition des compétences entre le Ministre et l'Autorité pour effectuer de telles demandes.

S'agit-il d'une compétence exclusive de l'Autorité, ou le Ministre conserve-t-il une compétence partagée (l'Article 22 précisant que ce sont les « Etats membres » qui peuvent émettre de telles demandes) ?

40. Le Projet pourrait par ailleurs indiquer le fondement juridique de cette compétence, exclusive ou partagée ? Dans l'hypothèse où il s'agirait d'une compétence partagée, et dans un souci de sécurité juridique, le Projet pourrait préciser ce qui se passerait en cas de divergence de points de vue entre l'Autorité et le Ministre dans le cadre d'une demande de renvoi.

41. En outre, au-delà de la seule question de procédure mentionnée au paragraphe précédent, l'APDC s'interroge sur l'intérêt du maintien d'une telle possibilité en France pour des opérations qui sont en dessous des seuils nationaux de contrôle des concentrations.

L'Article 22 avait été initialement conçu pour des Etats membres qui ne disposaient pas de procédure de contrôle des concentrations (en particulier les Pays-Bas, d'où le surnom de « clause néerlandaise » porté par cette disposition). Or, il existe une procédure de contrôle des concentrations en France. Qui plus est, les nouveaux seuils abaissés en particulier pour ce qui est du commerce de détail élargissent la compétence de l'Autorité en matière de contrôle des concentrations à un nombre d'opérations encore plus élevé. De surcroît, la possibilité offerte par l'article L. 430-9 du Code de commerce de « revenir » sur des concentrations, qu'elles aient été autorisées ou non, permet même à l'Autorité d'intervenir *a posteriori* dans le cas d'opérations ayant conduit à des abus.

A tout le moins, l'APDC suggère que le Projet mentionne que l'usage de la procédure prévue à l'Article 22 revêt un caractère exceptionnel.

42. Le point 123 du Projet précise en outre que, « pour les opérations dont les chiffres d'affaires sont en-dessous des seuils prévus à l'article L. 430-2, l'Autorité peut demander aux entreprises concernées de lui fournir des éléments pour apprécier si l'opération est susceptible de répondre aux critères de renvoi prévus à l'article 22 du Règlement ».

L'APDC estime qu'il serait utile de préciser cette procédure, notamment en indiquant le fondement juridique de telles demandes, de quelles informations il s'agit précisément, s'il s'agit d'une obligation de coopération et les conséquences d'une éventuelle non-transmission des informations, à quel stade d'une opération de concentration une telle demande peut intervenir, et si l'opération doit être suspendue pendant que l'autorité apprécie si les critères de renvoi prévus à l'Article 22 sont réunis.

43. Enfin, le Projet devrait indiquer si le délai de quinze jours mentionné à la fin de ce point 123 est calculé sur la base de jours ouvrés ou calendaires.

4. La Phase I

4.1. Nombre de copies du dossier de notification à déposer

44. Le point 128 du Projet précise que « le dossier de notification doit être adressé en quatre exemplaires » et que « l'un des exemplaires doit être fourni en version numérique ». De façon purement pratique, l'APDC souhaiterait obtenir la confirmation que les parties doivent transmettre trois exemplaires papier plus un exemplaire numérique, et non quatre exemplaires papier plus un exemplaire numérique.

4.2. Calendrier d'envoi de l'accusé de réception et point de départ du délai d'instruction

45. Le point 132 du Projet ne prévoit pas de calendrier, même indicatif, quant à l'envoi de l'accusé de réception sur lequel est indiqué le point de départ du délai d'instruction.

Or, les parties ont très souvent besoin de visibilité pour établir précisément les calendriers de réalisation de leurs opérations de concentration. Par exemple, les acquéreurs sont, par

exemple, parfois obligés contractuellement de déposer la notification avant une date déterminée. Il peut aussi exister des incidences fiscales résultant de la date de mise en œuvre de l'opération.

L'APDC estime que l'Autorité devrait éviter que les lettres de complétude ne soient transmises que tardivement dans la procédure. L'APDC comprend fort bien qu'une des justifications de cette pratique tient au fait que les pré-notifications ne sont pas systématiques en France et que l'Autorité doit conserver un « levier » pour inciter les parties à transmettre des informations rapidement pendant la « phase I ». Toutefois, il semble à l'APDC que cette pratique semble peu justifiée dans les cas où l'opération notifiée a effectivement fait l'objet d'une pré-notification, au cours de laquelle l'Autorité a déjà eu la possibilité d'examiner de manière poussée le projet de notification et de poser toutes les questions qu'elle souhaite aux parties.

Pour les raisons de sécurité juridique mentionnées au paragraphe précédent, l'APDC souhaiterait que l'Autorité s'engage sur un calendrier indicatif de transmission de l'accusé de réception, au moins s'agissant des dossiers ayant fait l'objet d'une pré-notification ou ne présentant à l'évidence aucune difficulté de concurrence.

46. Par ailleurs, le Projet pourrait indiquer que l'Autorité précisera systématiquement, lorsqu'elle pose une question aux parties notifiantes, si cette question est susceptible de retarder la date de complétude ou si, au contraire, une réponse satisfaisante permettrait que la date de complétude soit celle à laquelle la notification a été déposée (et non la date à laquelle la réponse a été apportée).
47. En outre, s'agissant du point de départ du délai d'instruction indiqué au point 132 *in fine* (et au début du paragraphe 162), il serait utile de préciser que le délai commence à courir à 0h le premier jour « ouvré » suivant le jour indiqué sur l'accusé de réception.

4.3. Cartes délimitant les zones de chalandise dans le dossier de notification

48. Le point 138 du Projet indique que lorsque les marchés pertinents sont délimités en zones de chalandise locales, le dossier de notification doit inclure « *des cartes délimitant ces zones, figurant la localisation des magasins des parties et de leurs concurrents et indiquant les courbes isochrones (...) pertinentes pour le marché considéré* ».

La préparation de telles cartes peut s'avérer très complexe, en particulier en présence de nombreuses zones de chalandise. Si l'APDC reconnaît l'utilité de telles informations dans les cas où l'opération pose des problèmes de concurrence, il serait en revanche disproportionné de les fournir pour chaque marché local concerné.

En conséquence, l'APDC estime que la fourniture de ces cartes et des courbes correspondantes devrait être limitée aux marchés locaux affectés.

4.4. Coordonnées des concurrents, clients et fournisseurs dans le formulaire de notification

49. Le point 142 du Projet explique que les parties devront apporter un soin particulier aux indications relatives à leurs principaux concurrents, clients et fournisseurs, qui serviront

ensuite au test de marché, et que « *les parties sont invitées à fournir, sous la forme d'un fichier informatique, les coordonnées les plus précises possibles* ».

Afin que les parties sachent exactement le degré de précision des informations qu'elles doivent fournir dans ce cadre, l'APDC suggère que l'Autorité annexe à la version finale des Lignes Directrices un fichier informatique type de tableau de coordonnées, par exemple sous le même format que le fichier Excel demandé par la Commission européenne dans le cadre des notifications communautaires.

50. L'APDC attire par ailleurs l'attention de l'Autorité sur la difficulté de réunir les informations en question dans certains cas (e.g. coordonnées précises d'un représentant chez un concurrent...).

4.5. Publication d'un communiqué relatif à la notification

51. Le titre de la section IV.D.4 du Projet (points 159 *et seq.*), qui s'intitule « *La publication des notifications* », pourrait prêter à confusion dans la mesure où le formulaire de notification n'est pas publié en tant que tel. Il s'agit seulement d'un bref communiqué reprenant les éléments prévus à l'article R. 430-4 du Code de commerce.

Afin d'éviter tout malentendu, l'APDC suggère de modifier ce titre en le remplaçant par exemple par « *Publication d'un communiqué relatif à la notification* ».

4.6. Délai de consultation des instances représentatives du personnel

52. La publication du communiqué relatif à la notification sur le site internet de l'Autorité déclenche, tel qu'évoqué au point 161 du Projet, les délais prévus par le Code du travail pour la consultation interne des instances représentatives du personnel (ci-après, les « **IRP** ») des parties.

L'article L. 2323-20 du Code du travail prévoit en effet l'obligation pour le chef d'entreprise de réunir les IRP au plus tard **dans les trois jours suivant la publication du communiqué relatif à la notification**. Or, au regard d'un délai aussi court de seulement trois jours, la mention « *dans un délai de 5 jours ouvrables* » (ce délai pourrait d'ailleurs être exprimé en jours ouvrés – voir plus haut) figurant dans le Projet reste vague et laisse planer une incertitude importante sur le point de départ du calcul du délai prévu au Code du travail.

53. En pratique, les délais de publication de ces communiqués par la DGCCRF à la suite du dépôt de la notification étaient variables (parfois dès le lendemain, parfois plusieurs jours plus tard). A nouveau, pour des raisons de sécurité juridique, il serait utile que l'Autorité indique précisément dans quel délai exact le communiqué décrit au point 159 sera publié sur le site internet en mentionnant un jour fixe (par exemple cinq jours ouvrés après le dépôt de la notification) plutôt qu'un intervalle variant de un à cinq jours. Peu importe d'ailleurs le nombre de jours, l'essentiel est qu'il soit fixe. A défaut, dans l'hypothèse où ceci serait difficile à gérer en pratique pour l'Autorité, l'APDC souhaiterait que les parties puissent être prévenues en avance du jour exact de la publication du communiqué et que celui-ci puisse éventuellement faire l'objet d'une discussion s'il est de nature à mettre les parties en difficulté au regard de leurs obligations vis-à-vis du Code du travail.

4.7. Réunion « d'état des lieux » (*state of play*)

54. L'APDC estime que le Projet pourrait utilement indiquer que l'Autorité pourra procéder, à la demande des parties notifiantes ou de sa propre initiative, à des réunions « d'état des lieux » (*state of play*) pour présenter et discuter des problèmes de concurrence soulevés par l'opération.

S'agissant du calendrier de telles réunions, l'Autorité pourrait par exemple s'inspirer du point 5.1 de la communication de la Commission sur les *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings*.

55. A cette occasion, l'APDC souhaite que l'Autorité communique aux parties, sous une forme éventuellement synthétique et anonyme, la teneur des observations que l'Autorité aura reçues des tiers à l'issue des tests de marché.

5. La phase II

5.1. Information des parties quant à la demande du Ministre visant à l'ouverture d'une phase II

56. Le Projet précise que l'Autorité n'est pas tenue de déférer à la demande du Ministre tendant à l'ouverture d'une phase II (point 198 : « (...) *L'Autorité (...) examinera le bien-fondé d'une telle demande mais n'est pas tenue d'y déférer.* »)

Toutefois, aucun mécanisme ni délai n'est prévu pour informer les parties sur l'éventuelle saisine de l'Autorité par le Ministre.

La version finale des Lignes Directrices pourrait prévoir une information systématique des parties par l'Autorité quant aux demandes du Ministre et préciser la forme et le délai d'une telle information.

5.2. Expiration d'un « double délai » rendant une décision de phase I définitive

57. Rappelant l'article L. 430-7-1 I du Code de commerce, le Projet indique que la demande du Ministre tendant à l'ouverture d'une phase II doit être formulée dans les cinq jours ouvrés suivant la réception de la décision de l'Autorité.

Le Projet prévoit un autre délai de cinq jours ouvrés, au cours duquel l'Autorité devra répondre à la demande du Ministre relative à l'ouverture d'un examen en phase II (point 198 : « (...) *L'Autorité se prononcera dans un délai de 5 jours ouvrés à compter de la réception de la demande.* »).

Dans l'intérêt des parties, la date d'expiration de ce nouveau délai pourrait être indiquée explicitement dans le bordereau de notification (mentionné dans le Projet au point 189 relatif à la décision de l'Autorité en phase I).

58. Il serait également opportun, d'un point de vue pratique, de préciser à quel moment les parties peuvent considérer que la décision de phase I est définitive afin de leur permettre de procéder à la réalisation (« *closing* ») de l'opération notifiée.

59. En tout état de cause, la version finale des Lignes Directrices devrait préciser que les parties seront informées sans délai de l'avancée de chaque étape de la procédure mentionnée ci-dessus.

5.3. Délai de communication par l'Autorité au Ministre de la décision de phase I

60. L'article L. 430-7-1 I du Code de commerce dispose que le délai ouvert au Ministre pour demander l'ouverture d'un examen de phase II court à compter de la communication de la décision de l'Autorité aux services du Ministre. Cependant, le Projet ne précise aucun délai impératif pour l'Autorité en vue de communiquer sa décision au Ministre. L'encadrement de ce délai de procédure permettrait d'écarter une insécurité juridique préjudiciable aux intérêts des parties à la concentration.

La version finale des Lignes Directrices pourrait préciser le délai dans lequel l'Autorité devra communiquer sa décision de phase I au Ministre. L'APDC considère que ce délai devrait être le plus court possible (e.g. un jour ouvré) et que les parties devraient être tenues informées sans délai de cette étape de la procédure.

5.4. « Stop the clock »

61. Le Projet indique que les parties sont avisées du déclenchement et de la fin de la suspension des délais (points 203 et 204). La version finale des Lignes Directrices pourrait préciser que l'Autorité motivera sa décision de suspendre les délais.
62. Il pourrait par ailleurs être précisé que les parties seront informées de la décision de suspension dès que possible et au plus tard un jour ouvré avant son déclenchement effectif.
63. Enfin, il pourrait être précisé que la décision peut être rétroactive s'agissant de la fin de la suspension, i.e. que le jour de fin de la suspension a eu lieu à une date déjà passée.

5.5. Projet de décision de l'Autorité en phase II

64. S'agissant de la phase II, l'article L. 430-7 III d) du Code de commerce prévoit que : « *Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations* ».

La version finale des Lignes Directrices pourrait utilement préciser que ce « *délai raisonnable* » ne saurait être inférieur à 15 jours ouvrés (par exemple au point 219).

5.6. Motifs et procédure d'évocation du Ministre

65. L'article L. 430-7-1 II al.1er du Code de commerce prévoit que, au terme de la phase II, le Ministre dispose d'un pouvoir d'évocation.

Le Projet (point 224) ne comporte aucune précision sur cette procédure d'évocation, se limitant à citer les textes de loi. Bien qu'il s'agisse d'une prérogative appartenant au Ministre, il serait néanmoins utile de savoir si l'Autorité a connaissance d'une procédure établie par la DGCCRF à ce sujet afin, notamment d'obtenir toutes informations utiles :

- les motifs d'intérêt général justifiant l'évocation de l'affaire par le Ministre mentionnés à l'article L. 430-7-1 II al.1 ; et
- le déroulement de la procédure devant le Ministre (délais, pouvoir des parties pour faire des observations *etc.*).

5.7. Délai de communication par l'Autorité au Ministre de la décision de phase II

66. L'article L. 430-7-1 II al.1 du Code de commerce prévoit que le Ministre doit statuer dans un délai de 25 jours ouvrés à compter de la réception de la décision de phase II rendue par l'Autorité. Cependant, le Projet ne prévoit aucun délai au cours duquel l'Autorité serait tenue de communiquer sa décision au Ministre.

Cette lacune – qui existe également à l'issue de la phase I – pourrait entraîner, en pratique, un allongement significatif des délais, et une certaine insécurité juridique quant au terme exact du délai d'examen, qui seraient contraires aux intérêts des parties à la concentration.

La version finale des Lignes Directrices pourrait préciser le délai dans lequel l'Autorité devra communiquer sa décision de phase II au Ministre. L'APDC considère que ce délai devrait être le plus court possible (*e.g.* un jour ouvré) et que les parties devraient être tenues informées de cette étape de la procédure sans délai.

5.8. Retraits de notification

67. Le Projet (point 227) ne prévoit la possibilité de retrait d'une notification de concentration qu'en cas « *d'abandon du projet* » de la part des parties.

La version finale des Lignes Directrices pourrait préciser l'étendue du terme « *abandon* » : ce terme ne vise-t-il que les cas d'abandon pur et simple d'une opération ou également tout motif, toute modification du projet qui pourrait justifier que les parties souhaitent retirer la notification (modifications de date...)?

La version finale des Lignes Directrices pourrait également préciser les modalités pratiques du retrait de la notification (formes, délais, publicité...).

6. Les Recours

6.1. Recours contre les décisions de l'Autorité et du Ministre : conséquences des décisions du Conseil d'Etat

68. L'article R. 430-9 du Code de commerce dispose que, en cas d'annulation de la décision prise par l'Autorité ou le Ministre, les parties procéderont, s'il y a lieu à un réexamen du dossier, à une notification actualisée dans le délai de deux mois à compter de la date de notification de la décision du Conseil d'Etat.

Le Projet prévoit notamment que, en cas d'annulation d'une décision du Ministre (prise dans l'exercice de son pouvoir d'évocation), le Conseil d'Etat « *pourrait* »¹⁶ préciser dans sa décision que cette annulation a pour effet de « *faire revivre* » la décision de l'Autorité à

¹⁶ Nous corrigeons ce que nous croyons être une erreur matérielle, le Projet indiquant « *pouvait* » (point 241).

laquelle la décision ministérielle s'était substituée (point 241). La version finale des Lignes Directrices pourrait préciser ce qu'elles entendent par « *faire revivre* » la décision de l'Autorité : cela signifie-t-il notamment que les délais de recours contentieux à l'encontre de la décision de l'Autorité sont de nouveau ouverts ?

7. Les Remèdes

7.1. Réexamen des remèdes

69. Le Projet pourrait être développé quant à la procédure en cas de demande de réexamen des remèdes (points 254 *et seq.*).

Il conviendrait de préciser notamment les modalités de saisie de l'Autorité par les parties à ce sujet et la procédure qui sera suivie par l'Autorité (délais indicatifs...) dans le cadre de sa réponse aux demandes formulées par les parties et aux mesures alternatives que ces dernières pourront proposer (éventuels tests de marché...).

V/ L'EXAMEN D'UNE OPERATION SUR LE FOND

1. Principales notions

70. Il est tout particulièrement à relever que le Projet rappelle clairement que l'objectif du contrôle des concentrations est de protéger le surplus des consommateurs et non de protéger les concurrents (point 276). Toutefois, s'agissant de l'importance essentielle que revêt cet objectif, il serait souhaitable qu'il figure (et soit quelque peu développé) dès le début des « Principales notions », c'est à dire après l'actuel point 261. De la même manière, il serait utile de préciser que le cas de création ou de renforcement de la puissance d'achat plaçant les fournisseurs en situation de dépendance économique n'est visé que pour autant qu'il existe une menace pour le surplus du consommateur.
71. Concernant toujours les notions fondamentales, le Projet devrait comporter un exposé des principes concernant le rôle respectif des parties et de l'Autorité s'agissant de la preuve de l'atteinte à la concurrence. De l'avis de l'APDC, il faut à cet égard partir du principe, découlant de la liberté du commerce et de l'industrie, selon lequel une opération de concentration est licite et que c'est à l'Autorité qu'il incombe de rapporter la preuve contraire en établissant qu'il existe une atteinte à la concurrence au sens de l'Article L. 430.6 du Code de commerce.

En la matière, il est clair que le doute doit profiter à la liberté du commerce et de l'industrie, c'est-à-dire aux entreprises parties à la concentration.

Cette répartition de la charge de la preuve est au demeurant le corollaire du respect des droits de la défense.

72. Il serait également bienvenu que le Projet soit plus précis s'agissant de la portée des définitions de marché qui ont été précédemment retenues dans les décisions antérieures, nationales ou communautaires. La formule selon laquelle l'Autorité « *tient compte* » (point 290) desdites décisions paraît trop vague. S'il est bien sûr légitime et nécessaire que des définitions de marché soient remises en cause lorsqu'elles sont devenues obsolètes en raison

de l'évolution des marchés, il est en revanche indispensable pour des besoins de sécurité juridique évidents que les définitions de marché précédemment identifiées constituent en principe le cadre d'examen d'une opération, sauf circonstances manifestement nouvelles.

C'est pourquoi une formule du type « *L'Autorité utilise en principe, dans son analyse, les décisions antérieures des autorités de concurrence, etc. (point 290)* » semblerait satisfaire davantage aux exigences de prévisibilité particulièrement impérieuses en la matière.

73. L'APDC observe par ailleurs que le Projet ne comporte aucun développement sur la position de l'Autorité concernant les restrictions dites accessoires. Elle pense qu'il serait utile que l'Autorité donne des indications sur son interprétation de la notion de restrictions accessoires.

Cette notion n'étant pas définie dans les dispositions du Code de commerce consacrées au contrôle des opérations de concentration, l'Autorité entend-elle faire application des principes dégagés par la Commission européenne dans sa communication relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration¹⁷ ? Si tel est le cas, l'Autorité pourrait notamment préciser si elle entend apprécier les restrictions accessoires à une opération de concentration au cas par cas ou si, à l'image de la position de la Commission, elle considère que les restrictions accessoires répondant aux critères de lien direct et de nécessité dégagés par la communication précitée sont automatiquement couvertes par la décision autorisant la concentration.

74. Il serait également précieux que le Projet puisse adresser un signal rassurant pour les entreprises en rappelant que l'Autorité, tout en procédant évidemment à toutes les investigations et demandes de renseignements nécessaires pour apprécier l'existence d'une atteinte à la concurrence, veillera à ce que le champ des investigations demeure circonscrit aux données nécessaires et ne se trouve pas élargi de manière démesurée et excessive. De ce point de vue, un dialogue constant et loyal avec les parties doit permettre de s'assurer de la proportionnalité de la pertinence des informations requises.
75. Enfin, le Projet est adopté dans un contexte de crise économique et financière d'une telle gravité qu'il semble appeler des développements spécifiques au-delà de la seule hypothèse de « *l'entreprise défaillante* ». Il serait du plus grand intérêt à cet égard que le Projet indique si l'appréciation des opérations peut se trouver modulée, et dans l'affirmative dans quelle mesure, pour tenir compte des graves perturbations de nombre de marchés et de l'économie dans son ensemble.

2. Sur la délimitation des marchés pertinents

76. Le Projet indique au point 296 que « *des produits présentant des similitudes physiques ou techniques, mais n'ayant pas le même usage, n'appartiennent pas au même marché* ».

Ce point ne prend pas en compte l'hypothèse de la substituabilité du côté de l'offre. Nous proposons donc de compléter le point 296 de la manière suivante :

« des produits présentant des similitudes physiques ou techniques, mais n'ayant pas le même usage, n'appartiennent pas au même marché, sauf dans l'hypothèse de la substituabilité du côté de l'offre exposée au point 304 ci-après ».

¹⁷ Communication de la commission 2005/C 56/03.

77. L'APDC relève par ailleurs une certaine ambiguïté au point 310 du Projet qui évoque le recours à la méthode des « *substituts proches* », « *lorsque les critères qualitatifs et quantitatifs usuels ne permettent pas avec suffisamment de certitude de délimiter un marché pertinent* ».

Le Projet indique en effet que cette méthode des substituts proches, utilisée dans l'affaire *Milan/Bayard* dans le secteur des magazines, conduit à identifier des catégories qui « *ne correspondent pas à des marchés pertinents de produits mais à des modalités de regroupement des magazines selon leur degré de substituabilité* ».

Il nous semble que ce point, qui paraît consacrer en quelque sorte une notion hybride entre la « *gamme de produits* » et le « *marché de produits pertinent* » apporte un certain « *brouillage* » dans une partie consacrée au marché pertinent particulièrement claire et cohérente. S'il y a évidemment lieu de décrire la méthode dite des « *substituts proches* » dans la partie consacrée aux critères d'appréciation au fond (et en particulier aux « *effets unilatéraux* »), une description de cette méthode au stade de la délimitation des marchés pourrait être comprise comme affranchissant l'Autorité de son obligation de définir formellement le marché pertinent. Or, il se trouve que cette obligation est par ailleurs affirmée avec force – et l'APDC s'en réjouit – par le Projet qui indique que « *[l]a définition des marchés pertinents constitue une étape essentielle du contrôle des concentrations* » (point 279).

78. Par ailleurs, le Projet indique que « *l'Autorité tient compte, dans son analyse, (...) des délimitations de marchés pertinents développées par les autorités nationales de régulation sectorielle* » (point 290). Or les autorités sectorielles, qui poursuivent des objectifs de régulation, identifient des marchés dans la perspective de les réguler, sans nécessairement appliquer dans toute leur rigueur les principes - rappelés par le Projet - qui gouvernent la délimitation des marchés pertinents en droit de la concurrence¹⁸. Nous proposons donc de supprimer cette référence aux décisions des autorités sectorielles.

3. Sur les critères d'appréciation du degré de concentration du marché

79. Le Projet précise aux points 320 et suivants que, pour apprécier la position concurrentielle de l'entreprise issue de l'opération, l'Autorité examine en premier lieu sa part de marché déterminée sur la base de la valeur et du volume de ses ventes.

Cette sous-section pourrait être complétée en précisant qu'en l'absence d'informations publiquement disponibles relatives aux parts de marché des entreprises sur le marché concerné, d'autres critères pourraient être pertinents pour déterminer la position concurrentielle de l'entreprise issue de l'opération. A titre d'exemple, dans les secteurs des services bancaires et immobiliers, l'Autorité a déjà examiné la position concurrentielle des parties au niveau local sur la base du nombre d'agences qu'elles détenaient dans les zones géographiques pertinentes¹⁹. Dans le secteur de l'entretien des chaudières, le Conseil de la concurrence, ne disposant ni de parts de marché en valeur ni d'estimations fiables de ces parts

¹⁸ Voir par exemple la note explicative de la Commission européenne sur les marchés pertinents dans le secteur des télécommunications (SEC(2007) 1483 final).

¹⁹ Décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire, points 239 et s. et 390.

de marché en volume (c'est-à-dire sur la base du nombre des prestations de maintenance effectuées), a retenu les portefeuilles de contrats de maintenance détenus par les opérateurs comme principale indication de leur pouvoir de marché²⁰.

4. Sur les effets unilatéraux dans les concentrations horizontales

4.1. Sur la nature des effets unilatéraux

80. L'APDC suggère de développer la problématique des cas où l'analyse des « *effets unilatéraux* » peut, en dehors de l'hypothèse de création ou de renforcement d'une position dominante, conduire à une « atteinte » à la concurrence au sens de l'article L 430-6 du Code de commerce.

A cet égard, le point 330 du Projet relève que, sans aller jusqu'à la création ou au renforcement d'une position dominante, une opération de concentration peut conférer à la nouvelle entité la possibilité d'augmenter de façon profitable ses prix ou de réduire le volume ou la qualité de sa production, sans risquer une réduction trop importante de ses ventes au profit d'autres opérateurs.

L'APDC propose de rappeler ici que, comme le souligne le Projet au point 265, ce type de situation – où l'analyse des effets unilatéraux peut conduire l'Autorité à relever un risque d'atteinte à la concurrence au sens de l'article L. 430-6 du Code de commerce en dépit de l'absence de toute création ou renforcement d'une position dominante – ne peut se produire que de manière exceptionnelle²¹.

81. En conséquence, le point 330 pourrait exposer que cette situation ne peut généralement se produire que dans les hypothèses suivantes :

- ***Existence de barrières à l'entrée sur le marché importantes rendant peu probable l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs en réponse à une éventuelle hausse des prix ou à une réduction de l'offre par la nouvelle entité.***
- ***Absence de capacités de production suffisantes des concurrents pour répondre à une éventuelle hausse des prix ou à une réduction de l'offre par la nouvelle entité.*** Plus une entreprise dispose de capacités de production inemployées, plus elle est en mesure de répondre à une hausse des prix pratiqués ou à une baisse des quantités offertes par un concurrent. Le pouvoir de marché dépend alors des excédents de capacités de production car seule une augmentation des quantités produites par un concurrent peut contrecarrer l'effet d'une hausse des prix ou d'une réduction de l'offre par un autre concurrent. Si les concurrents ne disposent pas de la capacité d'augmenter leur production rapidement et dans une proportion suffisante, les parties à la concentration pourront décider d'une augmentation des prix sans craindre que la clientèle se détourne vers la concurrence. Plus les surcapacités de production des concurrents seront faibles, moins ils seront en mesure d'attirer la clientèle et de la satisfaire.

²⁰ Lettre du Ministre au conseil de la société CGST-SAVE en date du 25 juin 2002.

²¹ « *Plus rarement des effets unilatéraux peuvent être considérés comme portant atteinte à la concurrence même en l'absence de création ou de renforcement d'une position dominante.* » (Point 265 du Projet).

La DGCCRF a utilisé ce cadre d'analyse à l'occasion de la prise de contrôle de la société Orlait par le groupe Sodial pour écarter le risque d'« effets unilatéraux »²². Ayant tout d'abord rejeté l'existence d'une position dominante, en raison du fort pouvoir compensateur de la demande (constituée en majorité par la grande distribution), la DGCCRF a poursuivi l'analyse en se fondant sur la théorie des effets unilatéraux. Constatant que les concurrents disposaient d'excédents de capacités de production, elle a considéré que la demande serait en mesure de se tourner vers des concurrents de la nouvelle entité, dans l'hypothèse où celle-ci déciderait d'augmenter ses prix et/ou de réduire ses quantités. Elle en a conclu que l'opération n'engendrerait pas d'effets unilatéraux sur ce marché.

- **Proximité des offres des parties à la concentration sur des marchés de produits ou de services différenciés.** Cette hypothèse a été exposée de manière plus détaillée au point 344 du Projet. Sur de tels marchés, une augmentation de prix ne se traduit pas nécessairement par un déplacement de la demande vers l'ensemble des concurrents, mais peut se manifester par un report de la demande sur le produit le plus proche. Il est alors indispensable de déterminer si les produits fabriqués par les parties à la concentration sont les substituts les plus proches ou si, au contraire, une entreprise concurrente dispose d'un produit qui se situe « entre » les produits des parties à la concentration.

La DGCCRF a notamment utilisé ce cadre d'analyse dans l'affaire *Facom/Stanley* pour écarter le risque d'« effets unilatéraux »²³. L'opération en cause consistait en la prise de contrôle par un producteur d'outils à main de gamme moyenne (Stanley) d'un producteur de produits similaires mais situés en haut de gamme (Facom). Le ministre s'est donc demandé si une hausse des prix des produits de la marque Facom se traduirait par un report de la clientèle attachée au prix vers les produits de la marque Stanley. Si ce report s'était avéré important, l'entité issue de l'opération aurait été incitée à augmenter les prix des produits situés en haut de gamme, autrement dit, l'opération aurait engendré des effets unilatéraux. Toutefois, le ministre a conclu à l'absence d'effets unilatéraux car le report vers les produits de marque Stanley aurait été faible, compte tenu de l'existence de marques notoires d'outils haut de gamme concurrents de Facom, ainsi que de marques de produits situés en milieu de gamme concurrents de Stanley et plus appréciés de la clientèle.

- **Suppression d'un franc-tireur conduisant à la formation d'un oligopole symétrique.** Dans l'affaire *T-Mobile/Tele.Ring*, la Commission européenne a considéré que la disparition du seul franc-tireur (Tele.Ring) exerçant une pression concurrentielle considérable sur les deux leaders du marché et la formation parallèle d'une structure de marché composée de deux exploitants de réseau symétriques étaient susceptibles d'entraîner des « effets unilatéraux » sur le marché autrichien de la téléphonie mobile²⁴.

²² C2006-51 Lettre du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie en date du 24 août 2006, aux conseils de la société Sodial, relative à l'acquisition de la société Orlait par la société Candia, *BOCCRF* n° 8 bis du 26 octobre 2006.

²³ C2005-68 Lettre du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie en date du 30 novembre 2005, aux conseils de la société Stanley, relative à une concentration dans le secteur de l'outillage, *BOCCRF* n° 5 du 29 avril 2006, p.458.

²⁴ Décision n° COMP/M.3916 du 26 avril 2006, *T-Mobile/Tele.Ring*.

82. En dehors de ces hypothèses, il est peu probable qu'une opération de concentration ne conduisant pas à la création ou au renforcement d'une position dominante puisse entraîner des « *effets unilatéraux* ».
83. Le point 341 du Projet soulève par ailleurs des interrogations en indiquant que « *sur les marchés de biens différenciés, la concurrence s'exerce en prix, c'est-à-dire que les offreurs sont en mesure d'agir directement sur le prix des biens ou services concernés, alors que pour les biens homogènes, les mouvements de prix sont essentiellement le résultat de variations dans les quantités offertes ou demandées* ». Or, il n'est pas indiscutable d'indiquer que la concurrence s'exerce en prix pour les produits différenciés et en quantités pour les produits homogènes : en effet, la concurrence peut s'exercer en prix ou en quantités, que les biens soient différenciés ou homogènes.

Le Projet illustre le point 341 en citant l'avis du Conseil de la concurrence n°06-A-20 du 20 octobre 2006 concernant le marché de l'élevage du saumon. Or, si dans cette affaire, la concurrence s'exerçait effectivement en quantités, ce n'était pas en raison du caractère homogène ou différencié des produits mais en raison du caractère périssable et vivant du saumon avec un cycle de production long. Les producteurs ayant peu d'actions possibles à court terme sur les prix, ils ne peuvent agir qu'à plus long terme sur les quantités.

Il semble par conséquent nécessaire que ce point soit clarifié.

84. Enfin, d'un point de vue économique, l'analyse des effets unilatéraux doit s'effectuer sans être liée par la définition du marché pertinent. En effet, certains produits peuvent exercer une pression concurrentielle réelle sur les produits concernés par l'opération, mais pas suffisante pour que ceux-ci soient inclus dans le même marché pertinent de produits.

4.2. Sur les critères d'analyse des effets unilatéraux

4.2.1. Parts de marché des parties à la concentration

85. Le point 336 du Projet indique qu'une part de marché élevée de l'entité issue de l'opération (de l'ordre de 50%) peut faire présumer des effets dommageables de l'opération sur la concurrence. Ce point précise néanmoins qu'il s'agit d'une présomption réfutable.

Il est proposé d'ajouter au point 336 que, sur un marché d'appel d'offres, la part de marché élevée ne reflète pas nécessairement la puissance des entreprises concernées. Ainsi, dans la décision *Bombardier/Adtranz*, la Commission a considéré qu'une part de marché de l'ordre de 50% à 60% ne constituait pas un indice de la position dominante de l'entité issue de l'opération, au motif notamment que « *les marchés en question étaient soumis à appels d'offres* »²⁵. De même, dans la décision *Ernst & Young/Andersen France*, la Commission a considéré qu'une part de marché de 40% à 55% ne constituait pas un indice de la position dominante de l'entité issue de l'opération sur le marché français des services d'audit et de comptabilité aux grands comptes, au motif que « *le marché de l'audit est un marché d'appels d'offres* »²⁶.

²⁵ Décision n° COMP/M.2139 du 3 avril 2001, *Bombardier/Adtranz*.

²⁶ Décision n° COMP/M.2816 du 5 septembre 2002, *Ernst & Young/Andersen France*.

86. Les économistes considèrent que, même sur un marché d'appels d'offres où un acteur détient à un moment donné une part de marché supérieure à 50%, un degré suffisant de concurrence peut être maintenu tant que plusieurs acteurs crédibles sont en mesure de présenter des offres²⁷. Sur ce type de marchés, il est nécessaire d'analyser, outre le niveau des parts de marché des parties à la concentration, l'intensité de la concurrence qui s'exerce entre elles et le nombre d'offres crédibles généralement présentées²⁸. Si ces dernières ne sont pas les concurrents les plus proches dans les appels d'offres considérés, il est peu probable que l'opération soulève des questions de concurrence, et ce en dépit d'une part de marché élevée de l'entité issue de l'opération.
87. Par ailleurs, les points 322 et 338 du Projet indiquent que, lorsque la part de marché combinée des parties est inférieure à 25%, il est présumé que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence. A la lumière de la pratique décisionnelle des autorités tant nationales que communautaires de concurrence, un tel seuil de 25% nous paraît trop bas, et ce d'autant plus qu'en-deçà de ce seuil, les marchés ne sont même pas considérés comme affectés d'une quelconque manière par la concentration notifiée.

Rappelons à cet égard que la DGCCRF souligne dans la décision *Mr Bricolage/Tabur* que « les autorités américaines de concurrence considèrent que de tels effets anticoncurrentiels [effets unilatéraux] sont peu susceptibles de se produire lorsque la part de marché de la nouvelle entité est inférieure à 35% (US Horizontal Merger Guidelines, point 2.211) »²⁹.

5. Sur les effets non coordonnés dans les concentrations verticales

88. Le Projet, après avoir présenté les possibles effets favorables d'une concentration verticale (point 371), envisage, comme principal effet restrictif de concurrence, le risque de « verrouillage » ou de « forclusion » des marchés. Tel que décrit par le Projet, le « verrouillage » en question consiste essentiellement à rendre « plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire (à) évinc(er) potentiellement les concurrents ou (à) les pénalis(er) par une augmentation de leurs coûts » (point 372). Les cas de verrouillage envisagés par le Projet sont essentiellement des situations où la nouvelle entité restreint ou rend plus difficile l'accès des concurrents à certains intrants importants (« verrouillage par les intrants ») ou aux débouchés contrôlés par la nouvelle entité (« verrouillage par les débouchés »).

Même si ces situations de verrouillage sont probablement les plus susceptibles de résulter d'une concentration verticale, pour être tout à fait complets, il semble important de mentionner que d'autres risques de verrouillage, plus indirects ceux-là, ont déjà pu être relevés par les autorités de concurrence à l'occasion de l'examen de certaines opérations d'intégration verticale.

²⁷ « *The key is to identify likely credible bidders in future bidding opportunities. This is equivalent to the standard analysis of existing and potential competition. Likely potential bidders are identified and their likely entry barriers are assessed. It is not necessarily the case that each potential bidder is an equally likely future winner of a bidding competition.* » (OECD Policy Roundtables, Competition in Bidding Markets 2006, page 8).

²⁸ Cf. notamment décision de la Commission COMP/M 3083, *GE/Instrumentarium*.

²⁹ C2002-51 Lettre du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie en date du 29 août 2002, au conseil de la société Mr Bricolage, relative à une concentration dans le secteur de la vente au détail de matériaux et matériels de bricolage, *BOCCRF* n° 19 du 31 décembre 2002, p. 1155.

On peut souligner en particulier la situation où un opérateur dominant sur un marché aval obtient, à travers l'acquisition d'une entreprise fournissant un intrant important pour ses concurrents sur ledit marché aval, la possibilité d'avoir une connaissance précise des coûts et des consommations desdits concurrents, ce qui peut constituer un avantage concurrentiel décisif, en lui permettant d'adapter sa politique tarifaire en aval et ainsi d'évincer ses rivaux. Ce type de risque de « *forclusion* » ou de « *verrouillage* » indirect³⁰ a été relevé en particulier dans l'affaire ENI/EDP/GDP³¹ : à travers l'acquisition de GDP, EDP, principal producteur d'électricité au Portugal, était en mesure de connaître les coûts de fourniture en gaz (et les consommations) de son principal concurrent sur le marché de l'électricité.

89. L'APDC accueille favorablement le rappel, au point 399 du Projet, de la jurisprudence *Tetra Laval/Commission* qui souligne la nécessité de prendre en compte, dans l'appréciation des effets verticaux d'une opération, « *l'effet dissuasif que pourrait avoir l'éventuel caractère clairement ou probablement illicite, au regard du droit tant communautaire que national, des pratiques mises en œuvre par l'entreprise intégrée* ».

Il paraît néanmoins nécessaire de souligner ici la nécessité qui s'impose également à l'Autorité de prendre en compte, dans son appréciation d'éventuels effets verticaux, la capacité des autorités compétentes, en particulier des régulateurs sectoriels, à détecter et à interdire (voire, à sanctionner) certains comportements restrictifs de la nouvelle entité³².

6. Sur les effets non coordonnés dans les concentrations conglomerales

6.1. Sur la nature des effets conglomeraux

90. Le Projet précise au point 404 que certaines concentrations conglomerales peuvent produire des effets restrictifs de concurrence lorsqu'elles permettent de « *lier, techniquement ou commercialement, les ventes des éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents* ».

S'agissant de cette pratique de *bundling*, il devrait être rappelé ici, comme le Projet l'indique d'ailleurs au point 266, que la nouvelle entité ne peut se retrouver en position de verrouiller un marché que si l'opération lui confère une gamme de produits ou un portefeuille de marques dont les concurrents ne disposent pas et qui constitue un argument de vente déterminant pour les clients³³.

³⁰ Dans cette hypothèse, on peut dire que le verrouillage est indirect en ce qu'il ne résulte pas d'une action directe de la nouvelle entité sur un intrant (ou sur un débouché) nouvellement acquis, consistant à réduire l'accès à cet intrant (ou à ce débouché) ou à en augmenter le coût, mais il résulte d'une adaptation de la politique commerciale de l'entreprise rendue possible grâce à un accès privilégié à une information stratégique, lui-même permis par la concentration.

³¹ Décision du 9 décembre 2004, ENI/EDP/GDP, Aff. COMP/M.3440.

³² Dans sa décision Vinci/ASF, le Ministre de l'Economie a considéré que la concentration verticale entre une société concessionnaire d'autoroute (ASF) et une entreprise de travaux autoroutiers (Vinci) était peu susceptible d'entraîner une augmentation des prix au niveau des péages (résultant d'une hausse des prix des travaux) dans la mesure où « *L'analyse (...) a montré la capacité du régulateur à maîtriser l'évolution tarifaire* ». En sens inverse, dans sa décision ENI/EDP/GDP du 9 décembre 2004, la Commission a souligné que, parmi les raisons qui l'ont conduite à interdire l'opération figurait l'incapacité avouée du régulateur sectoriel portugais (l'ERSE) à contrôler efficacement les comportements de la nouvelle entité résultant de cette concentration aux effets verticaux importants. A cet égard, la Commission a relevé en particulier : « *le régulateur portugais (ERSE) a affirmé que même si des règles aussi efficaces que possibles sont adoptées à terme, [il] "ne peut affirmer qu'une éventuelle pratique discriminatoire sera décelée à temps en l'absence de découplage de la propriété des infrastructures gazières* ».

³³ Cf. point 266 du Projet.

6.2. Sur les critères d'appréciation des effets congloméraux

91. Le point 410 du Projet rappelle que, conformément aux lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales, il est peu probable qu'une opération entraîne des effets congloméraux si la part de marché de la nouvelle entité est inférieure à 30% sur chacun des marchés concernés.

Toutefois, les lignes directrices de la Commission précisent également que dans l'hypothèse où l'entité issue de l'opération détiendrait une part de marché supérieure à 30% sur l'un des marchés concernés, mais largement inférieure sur d'autres marchés liés, l'opération ne devrait pas davantage soulever de questions majeures de concurrence³⁴.

Il semble par conséquent utile d'apporter cette précision au point 410 du Projet.

7. Sur les effets coordonnés

92. Le Projet rappelle les principes posés par la jurisprudence communautaire et précise les critères que l'Autorité entend prendre en compte pour vérifier si une concentration augmente « *les incitations et la capacité des entreprises présentes sur le marché à maintenir un équilibre collusif* » (point 433).

Cependant, certaines des conditions exposées mériteraient d'être explicitées ; par ailleurs, le projet ne mentionne pas une condition bien établie de la position dominante collective.

93. Le Projet indique à juste titre que « *la probabilité de voir émerger une compréhension mutuelle est donc d'autant plus forte que le marché, ainsi que l'environnement dans lequel il s'inscrit, sont stables et peu complexes* » (point 439). Cependant, cette condition d'absence ou de faible complexité n'est pas reprise ensuite parmi les éléments dont l'Autorité entend tenir compte pour analyser les effets coordonnés : le Projet ne mentionne que le nombre d'opérateurs, la symétrie des entreprises, l'homogénéité du produit, la stabilité de la demande et l'importance de l'innovation. Il s'agit pourtant d'une condition essentielle : tant la structure du marché que les mécanismes concurrentiels qui y sont à l'œuvre doivent être peu complexes, sans quoi la détermination d'une ligne d'action commune entre les entreprises est peu probable.
94. S'agissant des conditions de détection, il paraît essentiel de préciser que la détection d'une déviation par rapport à la ligne d'action commune doit être immédiate ou extrêmement rapide, faute de quoi les représailles seraient dénuées de toute efficacité et donc toute crédibilité. Le Projet rappelle à cet égard qu'« *une punition est d'autant plus efficace qu'elle intervient rapidement après la déviation* » (point 445). Cela suppose non seulement que d'éventuelles représailles puissent être mises à exécution à très bref délai, comme l'indique le Projet, mais aussi que la transparence soit telle sur le marché que toute déviation de la ligne de conduite commune puisse être détectée aussitôt, « *de sorte que (l'entreprise déviante) ne retirerait aucun avantage de son initiative* »³⁵. Ce dernier point mériterait d'être précisé au point 442 du Projet.

³⁴ Cf. note de bas de page n° 3 des lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales.

³⁵ TPICE, T-342/99, *Airtours c/ Commission*, 6 juin 2002, point 276.

95. Plus généralement, l'analyse du marché à la lumière de ces critères doit s'effectuer *in concreto*, pour vérifier si un ou plusieurs scénarios précis de coordination tacite, préalablement identifiés comme plausibles, pourraient être mis en œuvre sur le marché. Il ne suffit pas de constater d'une manière générale que le marché est transparent ou que les mécanismes de concurrence qui y sont à l'œuvre sont simples. Dans son arrêt IMPALA, la Cour de justice insiste sur la nécessité d'une analyse circonstanciée : « *l'appréciation de, par exemple, la transparence sur un marché donné devrait non pas se faire de façon isolée et abstraite, mais s'effectuer à l'aune d'un mécanisme d'une hypothétique coordination tacite* » ; « *il est impératif que cette recherche (d'une position dominante collective préexistante) soit menée avec précaution et, surtout, dans le cadre d'une approche fondée sur l'analyse des éventuelles stratégies plausibles de coordination* ». Ce qui l'a conduite à censurer le Tribunal de première instance pour n'avoir pas « *effectué son analyse (...) à la lumière d'un mécanisme postulé de surveillance s'insérant dans une théorie plausible de coordination tacite* »³⁶.

Le Projet évoque cette « *mise en garde* » de la Cour de justice (point 437) mais devrait expliciter les conséquences qu'il convient d'en tirer en termes de méthode.

96. Plus généralement, il conviendrait de rappeler que ce sont les changements apportés à la structure ou au fonctionnement du marché par l'opération qu'il convient d'analyser au regard des critères posés par la jurisprudence *Airtours* - et non pas seulement les critères eux-mêmes.

En effet, pour apprécier l'impact de la concentration sur le marché, en termes de création ou de renforcement d'une position dominante collective, l'Autorité doit comparer la structure et le fonctionnement du marché avant et après cette concentration. Comme la Commission européenne dans l'affaire des *Levures*, il lui appartient d'évaluer « *la mesure dans laquelle la concentration entrave, de manière significative, la concurrence en facilitant, rendant plus stable ou plus efficace la coordination entre les trois entreprises concernées, soit en confortant la coordination préexistante, soit en permettant aux entreprises de se coordonner sur des prix encore plus élevés* »³⁷.

Ce point pourrait aussi être développé.

VI/ LES ANNEXES

97. En ce qui concerne les cas particuliers que sont les fonds d'investissement, les coopératives et les entreprises en difficulté, l'APDC observe que le texte des précédentes Lignes Directrices est repris quasiment sans changement.

1. Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la Concurrence

98. Les recommandations pour la soumission d'études économiques se conforment à ce qui est maintenant du domaine des *best practices*, explicites (cf. le document de mars 2009 de la *Competition Commission* du Royaume-Uni) ou plus implicites (Commission européenne).

³⁶ CJCE, C-430/06, *IMPALA*, 10 juillet 2008, points 126 à 130.

³⁷ Commission européenne, M.4980, *ABF / GBI*, 23 septembre 2008, point 123.

L'expérience montre cependant qu'il ne faut pas méconnaître certaines contraintes dans ce type d'exercice :

- d'une part, les économistes sont obligés de composer avec les données disponibles. Même si bien sûr la robustesse des analyses économiques produites par les parties doit être vérifiée, il n'est pas forcément simple ni toujours réaliste de multiplier les tests de robustesse compte tenu de l'absence de données disponibles ;
- d'autre part, le partage avec l'Autorité d'un programme d'étude économique très en amont (points 529 et 530 du Projet) peut parfois être source de difficultés. En pratique, dans des opérations complexes, les parties et leurs conseils, de même que l'Autorité d'ailleurs, ne connaissent pas nécessairement en amont le champ complet des problèmes de concurrence susceptibles de se poser ultérieurement, en particulier ceux qui pourraient être sujets d'une attention plus particulière de l'Autorité à la suite de tests de marché (en phase I ou en phase II). Cette préconisation semble plus réaliste dans le cas d'opérations horizontales où la nature des problèmes de concurrence est assez simple à anticiper et où le cadre d'analyse est assez clair, que par exemple dans des opérations verticales complexes.

2. Questions relatives aux contrats de distribution

99. Dans les précédentes Lignes Directrices, les questions évoquées en annexes concernaient les fonds d'investissement en capital, les contrats de distribution, les coopératives agricoles et leurs unions et la reprise d'entreprises en difficulté. L'APDC relève qu'il est plus cohérent que, dans les nouvelles Lignes Directrices, les questions relatives aux contrats de distribution soient intégrées dans le corps même du texte des Lignes Directrices.

3. Questions relatives aux fonds d'investissement

3.1. Remarques préliminaires

3.1.1. Refonte et clarification de l'ensemble de l'annexe C

100. L'annexe C reprend en substance l'annexe sur les fonds d'investissement qui figurait dans les Lignes Directrices de la DGCCRF en y apportant des changements mineurs. Or ce texte est dépassé à certains égards au vu de l'évolution de la réglementation et de la pratique même du capital investissement.

L'annexe C contient ainsi certaines références à des dispositions légales ou réglementaires qui ne sont plus en vigueur³⁸.

101. En conséquence, l'APDC est d'avis que l'ensemble de cette annexe mériterait d'être remaniée afin de l'adapter aux évolutions du secteur ainsi qu'à la pratique décisionnelle du Ministre de l'économie, de l'Autorité et de la Commission concernant des concentrations impliquant des fonds d'investissement.

3.1.2. Simplification et recentrage sur les spécificités propres aux fonds d'investissement

³⁸ Il est ainsi toujours fait référence dans le Projet au délai de 5 semaines en lieu et place des 25 jours ouvrés désormais applicables (voir par exemple point 575).

102. Par souci de cohérence et de clarté, l'APDC suggère de consacrer l'annexe C, ainsi que son titre l'indique, aux seules questions spécifiques aux fonds d'investissement et de déplacer les développements d'ordre plus général, applicables indistinctement à d'autres opérateurs, dans le corps du texte des Lignes Directrices.

Ainsi, l'ensemble des développements sur la notion de contrôle (*i.e.* la quasi-totalité de la section 2 de l'annexe C) trouverait pleinement sa place, après adaptation de la terminologie utilisée, dans le chapitre dédié au champ d'application du contrôle des concentrations (Chapitre III - Le champ d'application du contrôle des concentrations, Section A - La notion de concentration).

103. En particulier :

- les points 556 à 558 relatifs aux « majorités fluctuantes » pourraient être déplacés sous le point 46³⁹ ;
- les points 559 à 562 relatifs à l'existence de « call options » pourraient être déplacés sous le point 38 ;
- le point 563 relatif à l'absence de changement significatif dans la nature du contrôle exercé sur la cible pourrait être déplacé dans une nouvelle section sous le point 49⁴⁰ ;
- le point 565 relatif aux difficultés éventuelles d'appréciation du contrôle pourrait être déplacé sous le point 37 ou le point 48⁴¹.

3.1.3. Terminologie / champ d'application

104. L'APDC relève que le terme « *fonds d'investissement* » désigne différents organismes qui ont en commun d'exercer une activité de capital investissement. Parmi ces organismes, seuls les fonds communs de placement (FCP) sont véritablement affectés par le contrôle des concentrations, dans la mesure où les autres acteurs du capital investissement (tels que les SICAV, les FIP et, le plus souvent, les SCR) se limitent généralement à prendre des participations minoritaires non contrôlantes.
105. Le Projet énonce des principes – sur lesquels l'APDC ne soutient pas en totalité, ainsi qu'il sera discuté ci-après – applicables aux fonds dits « *captifs* ». Il semble utile à tout le moins de clarifier dans les Lignes Directrices la définition de :

³⁹ A cet égard, l'APDC suggère de remplacer la notion de « *droit de veto limité aux mesures ayant un effet direct sur les intérêts patrimoniaux des investisseurs* » (point 556 - soulignement ajouté) ou de « *des droits de veto limités aux aspects patrimoniaux* » (point 580 - soulignement ajouté) par celle de droits n'excédant pas « *ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers* », traditionnellement utilisée par la Communication Consolidée (points 66 et 71), les Lignes Directrices (point 37) et la jurisprudence (par exemple, décisions de la Commission du 16 février 2009, affaire n°COMP / M.5399, *Mubadala / Rolls Royce / JV*, point 6 ; du 3 décembre 2007, affaire n° COMP / M.3437, *KKR / VENDEX*, point 6 ; décisions du ministre C2007-130 du 25 septembre 2007, *APAX Partners SA / Faceo* ; C 2006-153 du 24 janvier 2007, *AXA IMPEE / Trecobat*).

⁴⁰ Il conviendrait, à cet égard, de remplacer la référence au point 38 de la communication de la Commission sur la notion d'entreprise concernée (obsolète) par une référence au point 90 de la Communication Consolidée qui prévoit que « *si elle donne lieu à une diminution du nombre d'actionnaires exerçant un contrôle en commun sans entraîner le passage d'un contrôle en commun à un contrôle exclusif, l'opération, normalement, ne constituera pas une concentration et ne sera donc pas soumise à notification* ».

⁴¹ A cet égard, l'APDC suggère de compléter la notion de « *simple investissement patrimonial* » par « *ne conférant pas de droits excédant ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers* » (cf. note de bas de page 39 ci-dessus).

- « *fonds indépendant* », dont la société de gestion⁴² est majoritairement détenue par l'équipe des gestionnaires et dont les fonds gérés proviennent généralement de sources très diversifiées ; et
- « *fonds captif* », dont la société de gestion est une filiale ou un département d'une banque, d'un établissement financier, d'une compagnie d'assurance ou d'un groupe industriel, ce qui implique – en fonction du degré d'affiliation – qu'une majorité des capitaux investis provient de la maison-mère.

3.2. Questions spécifiques aux fonds d'investissement

106. Selon l'APDC, les questions d'application du contrôle des concentrations spécifiques aux fonds d'investissement et qui méritent des développements distincts en Annexe C sont principalement : la méthode de calcul du chiffre d'affaires, l'analyse concurrentielle, le contenu du dossier de notification et l'instruction du dossier.

3.2.1. Le calcul du chiffre d'affaires

107. Le Projet (point 548) propose de calculer le chiffre d'affaires des fonds d'investissement en « *additionn[ant] le chiffre d'affaires des différentes participations dont la société de gestion détient un contrôle exclusif ou conjoint au sens de la communication sur la notion de concentration* ». D'après le Projet (point 550), cette méthode peut conduire à prendre en compte le chiffre d'affaires d'un investisseur dans le fonds si ce dernier « détient la capacité d'exercer une influence déterminante sur les décisions d'investissement du fonds ou la gestion des participations détenues ».

L'APDC relève que cette méthode de calcul du chiffre d'affaires se départit dans une certaine mesure de la pratique communautaire⁴³

En appliquant aux fonds d'investissement la méthode générale de calcul du chiffre d'affaires d'un groupe telle qu'elle ressort de la Communication Consolidée (notamment points 177 à 184) et du point 74 des Lignes Directrices, le chiffre d'affaires d'un fonds acquéreur (le « **Fonds** ») doit comprendre les chiffres d'affaires :

- (a) de la société de gestion gérant le Fonds,
- (b) des sociétés de portefeuille dans lesquelles la société de gestion visée au point (a) détient, via le Fonds et les autres fonds qu'elle gère, les droits et pouvoirs énumérés à

⁴² Société de gestion de portefeuille ou SGP dans le présent document.

⁴³ En effet, comme il ressort du point 184 de la Communication Consolidée et comme le reconnaissent les Lignes Directrices dans d'autres développements (cf. point 75 et note de bas de page 196), les critères « utilisés pour identifier les entreprises dont le chiffre d'affaires peut être attribué à l'entreprise concernée sont différents des critères de l'« influence déterminante » utilisés pour établir l'exercice d'un contrôle » (soulignement ajouté). Or, la méthode de calcul du chiffre d'affaires décrites aux points 548 et suivants des Lignes Directrices utilise comme seul critère de contrôle l'influence déterminante. Si cette méthode aboutit souvent au même résultat qu'une application stricte des critères de l'article 5.4 du Règlement Concentrations, elle peut conduire à prendre en compte le chiffre d'affaires de sociétés qui seraient exclues du calcul du chiffre d'affaires en vertu du point 184 de la Communication Consolidée (par exemple les sociétés faisant l'objet d'un contrôle exclusif négatif ou d'un contrôle de fait).

- l'article 5.4 du Règlements Concentrations⁴⁴ (désignés ci-après de manière générale par l'expression « droit de gérer »⁴⁵),
- (c) des actionnaires de la société de gestion visée au point (a) disposant d'un droit de gérer les affaires de cette société de gestion,
 - (d) des autres filiales/ sociétés de gestion dans lesquelles les actionnaires visés au point (c) disposent d'un droit de gérer,
 - (e) des sociétés de portefeuille dans lesquelles les sociétés de gestion visées au point (d) disposent d'un droit de gérer.

Cette méthode de calcul n'a pas vocation à varier, qu'il s'agisse d'un fonds indépendant ou captif. La différence de situations entre fonds indépendants et captifs a pour unique conséquence que, dans le cas d'un fonds captif, le chiffre d'affaires de la maison-mère sera quasi-systématiquement pris en compte⁴⁶, alors que pour un fonds indépendant cela dépendra de la composition de son actionariat/de ses règles de gouvernance. Dès lors, la distinction entre les sections 1.a) et 1.b) du Projet n'apparaît pas justifié.

108. En application de cette méthode de calcul, il apparaît également que, contrairement à ce que suggère le point 550 du Projet, le chiffre d'affaires des investisseurs dans le fonds n'a pas vocation à être pris en compte.

En effet :

- sauf à ce qu'ils aient également la qualité d'actionnaires, les investisseurs n'exercent, dans la très grande majorité des cas, pas d'influence déterminante sur la société de gestion, les fonds qu'elle gère et/ou les sociétés de portefeuille (cf. ci-après) ;
- en tout état de cause, pour qu'une telle influence déterminante entraîne la prise en compte du chiffre d'affaires de l'investisseur, encore faudrait-il qu'elle se confonde avec l'un des droits et pouvoirs énumérés à l'article 5.4 du Règlement Concentrations⁴⁷. A cet égard, on rappellera que, conformément au point 184 de la Communication Consolidée, le simple exercice d'un contrôle *de facto* ou d'un contrôle exclusif négatif sur une société n'est pas suffisant pour remplir les critères de l'article 5.4 du Règlement Concentrations⁴⁸.

3.2.2. L'analyse concurrentielle

109. Ainsi qu'il ressort, à juste titre, du Projet, pour mener à bien l'analyse concurrentielle d'une concentration impliquant un fonds d'investissement, la question centrale est celle de l'autonomie de gestion de ses participations par la société de gestion vis-à-vis de ses actionnaires et des investisseurs du fonds.

⁴⁴ Ces droits et pouvoirs consistent en substance à disposer : (i) de plus de la moitié du capital de la société, (ii) du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote, (iii) du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration, ou (iv) du droit de gérer les affaires de la société.

⁴⁵ Voir point 184 de la Communication Consolidée.

⁴⁶ La condition visée à l'article 5.4 b) i) du Règlement Concentrations est nécessairement remplie dès lors que la maison-mère est actionnaire majoritaire de la société de gestion.

⁴⁷ Voir à cet égard, note de bas de page 44 ci-dessus.

⁴⁸ Or, à supposer que les droits ou pouvoirs dont peuvent bénéficier les investisseurs non actionnaires dans certains cas puissent leur conférer un contrôle au sens du droit de la concurrence, celui-ci est susceptible de s'analyser en contrôle *de facto* ou contrôle négatif (cf. voir à cet égard section 3.2.2. ci-après, notamment note de bas de page 57 ci-après).

En effet, dès lors que la SGP est autonome dans la gestion opérationnelle des participations détenues par les fonds qu'elle gère, seules seront prises en compte, pour les besoins de l'analyse concurrentielle, les participations contrôlées par la SGP concernée, à l'exclusion des participations détenues par ailleurs soit par les actionnaires de la SGP, soit par les investisseurs des fonds gérés par la SGP. A l'inverse, si les actionnaires de la SGP et/ou des investisseurs des fonds qu'elle gère exercent une influence déterminante sur la SGP, alors il conviendra – à l'instar des règles applicables à tout groupe de sociétés – d'étendre l'analyse concurrentielle aux participations détenues par les entités contrôlant la SGP.

110. A cet égard, il ne semble pas pertinent de distinguer, ainsi qu'il est actuellement fait dans le Projet, entre fonds indépendants et fonds captifs, dans la mesure où :

- d'un strict point de vue de l'analyse juridique, la question de l'autonomie de gestion de la SGP à l'égard de ses actionnaires se pose en des termes identiques s'agissant de fonds indépendants : en effet, quand bien même dans un fonds indépendant les actionnaires se confondent le plus souvent avec les gestionnaires, il peut arriver qu'un seul ou un petit nombre d'actionnaires fondateurs exercent une influence déterminante sur la SGP par le biais de droits de veto sur la nomination/révocation des gestionnaires ;
- en outre, au sein des fonds captifs, il existe une variété de situations qui ne permettent pas de généraliser les règles qui leur sont applicables : ainsi, dans un même groupe, peuvent coexister des SGP parfaitement autonomes, de par leurs règles de gouvernance, de leur maison-mère⁴⁹ et d'autres soumises à l'influence déterminante de celle-ci.

111. La pratique du Ministre de l'économie ces dernières années tendait à considérer, en contradiction avec les lignes directrices de la DGCCRF et sa pratique décisionnelle passée, que la SGP appartenant à un groupe était nécessairement dépourvue d'autonomie vis-à-vis de sa maison-mère⁵⁰. Or, une telle généralisation se heurte tant aux règles régissant la constitution et le fonctionnement des SGP qu'à la réalité de la gouvernance des SGP.

En effet, il convient de rappeler que :

- toute société de gestion de portefeuille – sans distinction selon qu'elle gère un fonds indépendant ou un fonds captif – est soumise à agrément par l'Autorité des marchés financiers (AMF) (cf. article L. 532-9 du Code mon. et fin). Le Règlement général de l'AMF impose notamment à toute société de gestion de portefeuille, sous peine de se voir retirer son agrément, d'établir et maintenir opérationnelle une politique efficace de

⁴⁹ A titre d'illustration, AXA IMPEE, société de gestion de FCPR du groupe AXA, est gérée comme suit :

- l'équipe de direction est composée de membres qui sont tous indépendants de la société AXA et des investisseurs des fonds gérés par AXA IMPEE,
- un code de déontologie, édicté par AXA Investment Managers, précise sa politique déontologique dans un souci de prévention et de gestion des conflits d'intérêts,
- un recueil des procédures internes prévoit notamment un comité d'investissement final qui prend les décisions d'investissement et de désinvestissement à l'unanimité de ses membres. Aucun investisseur n'est membre de ce comité.

Le Ministre a justement considéré que la société de gestion AXA IMPEE était indépendante du groupe AXA sur ce fondement notamment (Décision du Ministre C2002-50 du 31 juillet 2002, *AXA Private Equity/Cornhill*).

⁵⁰ Voir par exemple Décision du Ministre C2007-86 du 23 juillet 2007, *AXA / Diana Ingrédients*.

gestion des conflits d'intérêts. Si la société de gestion appartient à un groupe, la politique de gestion des conflits d'intérêts « doit également prendre en compte les circonstances susceptibles de provoquer un conflit d'intérêts résultant de la structure et des activités professionnelles des autres membres du groupe » (article 313-20 du Règlement général de l'AMF) ;

- le Code monétaire et financier impose aux sociétés de gestion de portefeuille d'agir en tout temps « au bénéfice exclusif des souscripteurs » et « de façon indépendante » (cf. article L. 214-3 du Code mon. et fin.). En particulier, les sociétés de gestion doivent « prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher les conflits d'intérêts de porter atteinte aux intérêts de leurs clients » (cf. articles L. 533-10 du Code mon. et fin) ;
- en tant que membre de l'Association Française de la Gestion Financière (AFG-ASFFI) et/ou de l'Association Française des Investisseurs en Capital (AFIC) – associations auxquelles les SGP doivent adhérer aux fins de se voir octroyer l'agrément AMF – la SGP est tenue de respecter un code de déontologie, commun à ces deux associations, prévoyant notamment que les membres de ces associations :
 - privilégient l'intérêt des investisseurs et les traitent équitablement,
 - identifient, préviennent dans toute la mesure du possible, et traitent au mieux des intérêts des investisseurs toute situation de conflit d'intérêt, et
 - exercent leur activité de gestion de façon autonome, en toute indépendance et transparence dans le principe de séparation des métiers et des fonctions ;
- la société de gestion doit par ailleurs établir un règlement intérieur (appelé aussi « règlement de déontologie ») qui mentionne notamment :
 - *[u]ne description des procédures à suivre pour s'assurer que les éventuelles opérations réalisées entre deux portefeuilles gérés ou entre le compte propre de la société de gestion de portefeuille et un portefeuille géré ne génèrent pas de conflits d'intérêts susceptibles de porter atteinte aux intérêts de chacun des clients concernés*⁵¹ ;
 - les mesures prises pour éviter « la circulation induite ou l'utilisation abusive d'informations confidentielles », à savoir la mise en place de « barrières à l'information »⁵².

112. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les sociétés de gestion de portefeuille agréées par l'AMF sont présumées autonomes tant vis-à-vis de leurs actionnaires que des investisseurs dans les fonds qu'elles gèrent. Cette présomption s'applique aussi bien aux SGP de fonds indépendants que de fonds captifs, dès lors que des porteurs de parts tiers investissent aux côtés de la maison-mère⁵³.

⁵¹ Instruction AMF 2008-03 précitée, article 30.

⁵² Article 315-15 du Règlement général de l'AMF.

⁵³ Voir point 564 du Projet.

Ce n'est qu'à titre exceptionnel que cette présomption pourra être renversée :

- s'agissant des actionnaires de la SGP, il conviendra de déterminer si les règles de gouvernance de la SGP confèrent à un ou plusieurs actionnaires une influence déterminante sur celle-ci, en particulier par le biais de droits portant sur la nomination/révocation des gestionnaires et sur la politique d'investissement de la SGP. Une telle analyse au cas par cas devra également être menée en présence de fonds captifs, aucune conclusion automatique ne pouvant être tirée de la simple appartenance de la SGP à un groupe⁵⁴ ;
- s'agissant des investisseurs des fonds gérés par la SGP, nous n'avons pas connaissance de situations où ceux-ci se voient conférer, en pratique, par le règlement du fonds⁵⁵ ou autres accords annexes, une influence déterminante sur la société de gestion du fonds, ainsi que le laissent entendre les points 550, 569 ou 571 du Projet. En effet, d'une manière générale :
 - soit le porteur de parts est un pur investisseur et – de par la réglementation en vigueur – il ne pourra pas détenir la capacité d'exercer une influence déterminante sur la société de gestion, celle-ci devant demeurer indépendante des investisseurs en vertu des règles exposées ci-dessus. Aucun règlement de fonds ou accord annexe ne pourra prévoir – sauf à être en contradiction avec la réglementation applicable – qu'un investisseur détiendra des droits de telle nature⁵⁶ ;
 - soit le porteur de parts est par ailleurs un actionnaire de la société de gestion et c'est alors en cette capacité d'actionnaire – à l'instar des actionnaires de toute société commerciale – qu'il pourra détenir la capacité d'exercer une influence déterminante sur la société de gestion (cf. développements relatifs au contrôle par les actionnaires, *supra*)⁵⁷.

113. En conclusion, l'APDC préconise :

⁵⁴ Cf. exemple d'AXA IMPEE détaillé en note de bas de page 49.

⁵⁵ La terminologie de « *règlement intérieur du fonds* » utilisée dans le Projet n'est pas usuelle. Par souci de clarté, elle mériterait d'être remplacée par « *règlement du fonds* », l'expression « *règlement intérieur* » étant habituellement réservée au règlement intérieur de la société de gestion.

⁵⁶ A cet égard, l'importance du montant investi par le porteur de parts paraît sans incidence sur cette analyse. En pratique, les principaux investisseurs du fonds se verront, le cas échéant, proposer par la société de gestion un siège au comité consultatif ou au comité des investissements pouvant (facultativement) être mis en place au sein du fonds afin, principalement, de donner un avis sur les questions de conflits d'intérêt pouvant surgir dans la gestion par la société de gestion du fonds concerné. Or, l'AMF prend soin de rappeler, dans son instruction n° 2009-06 du 4 juin 2009, que « le comité consultatif ou le comité des investissements ne donne qu'un avis. Il ne prend pas de décisions d'investissement. *Seule la société de gestion est habilitée à prendre les décisions d'investissement et de désinvestissement* » (soulignement ajouté).

En dehors de cette situation, aucun droit de nature à conférer à l'investisseur une influence déterminante sur les décisions stratégiques commerciales de la SGP / des fonds qu'elle gère / du portefeuille de participations ne semble exister en pratique.

⁵⁷ C'est à notre sens typiquement sur la base de cette circonstance – et non du simple fait de leur investissement – que la Commission a pu considérer, dans la décision *Nordic Capital / Hilding Anders* citée par le Projet, que les investisseurs (actionnaires de la société de gestion) exerçaient une influence déterminante sur la société de gestion.

- que soit reconnue, au vu de la réglementation en vigueur, une présomption d'autonomie de la SGP vis-à-vis tant de ses actionnaires que des investisseurs dans les fonds qu'elle gère : que, partant, l'analyse concurrentielle de la concentration menée par la SGP soit circonscrite aux seules participations contrôlées par la SGP, à l'exclusion des participations contrôlées par ses actionnaires / sa maison-mère⁵⁸ ;
- que cette présomption d'autonomie puisse être écartée, dans des cas exceptionnels, lorsqu'il résulte clairement des règles de gouvernance de la SGP ou d'autres éléments de fait, que les actionnaires de la SGP (ou, par extraordinaire, les porteurs de parts) exercent une influence déterminante sur celle-ci : que, dans une telle hypothèse, l'analyse concurrentielle soit étendue aux participations détenues par les actionnaires / investisseurs contrôlants ; et
- qu'aucune distinction ne soit faite, dans l'application de ces principes, entre fonds indépendants et fonds captifs.

3.2.3. Le contenu du dossier de notification

114. Dans la très grande majorité des cas (à l'exception des opérations de *build up*), les opérations de concentration menées par des fonds d'investissement ne soulèvent aucun problème de concurrence et n'ont qu'un impact limité sur le marché compte tenu de leur caractère essentiellement financier (cf. point 546 du Projet). Dès lors, il est essentiel que l'Autorité fasse preuve de pragmatisme et de souplesse dans l'application des règles de contrôle des concentrations aux opérations de fonds d'investissement.

Le Projet indique (point 569) qu'au titre du point 2 (b) du dossier de notification, les fonds d'investissement devront fournir les informations suivantes :

- l'identité des principaux investisseurs du fonds avec le montant investi par chaque investisseur dans le fonds : ainsi qu'il a été discuté en section 3.2.2. ci-avant, l'identité des investisseurs et leur investissement respectif, quel qu'en soit le montant, ne permettent pas de qualifier un contrôle au sens du droit de la concurrence. Cette information apparaît ainsi dépourvue de pertinence pour les besoins de l'analyse de la concentration⁵⁹. Aux fins de déterminer si un actionnaire et/ou un investisseur est susceptible d'exercer une influence déterminante sur la SGP (et indirectement sur son portefeuille de participations), les informations réellement utiles sont :
 - la composition de l'actionnariat de la SGP ;
 - les règles de gouvernance de la SGP (notamment contenues dans les statuts de la SGP, les pactes éventuels et le règlement intérieur de la SGP) ;
 - le cas échéant, le règlement du fonds et les éventuels accords annexes pouvant exister entre les investisseurs et la SGP (déjà visés par le Projet au point 569).

⁵⁸ Il s'en suit, comme le relève le Projet (point 564), qu'une opération entre la SGP autonome et une autre entité du groupe auquel elle appartient sera considérée comme une concentration et non une opération intra-groupe.

⁵⁹ De surcroît, ainsi que le reconnaît le Projet, il n'est pas aisé, en pratique, de déterminer l'identité précise des investisseurs au vu du nombre de véhicules / intermédiaires utilisés pour porter les investissements dans les fonds (point 569).

- le règlement du fonds ainsi que tout document contractuel régissant les relations entre la société de gestion et les investisseurs dans le fonds : ces informations apparaissent nécessaires et proportionnées aux fins de confirmer l'autonomie de la société de gestion ;
- la liste des participations détenues par l'ensemble des fonds gérés par une même société d'investissement : il conviendrait de limiter cette liste aux seules participations contrôlantes, au sens du droit de la concurrence. Les fonds d'investissement peuvent en effet effectuer divers investissements minoritaires, sans pertinence pour les besoins de l'analyse de la concentration.

3.2.4. L'instruction du dossier

115. Compte tenu de l'absence de problème de concurrence soulevé par la très grande majorité des opérations menées par des fonds d'investissement, l'APDC préconise que l'instruction de ces dossiers soit systématiquement guidée par des principes de rapidité et simplicité.

S'agissant des délais d'instruction, le Projet prévoit qu'il est « *possible, lorsqu'une analyse prima facie permet d'écarter tout risque d'atteinte à la concurrence, de demander le bénéfice d'une autorisation dans un délai de trois semaines au lieu des cinq semaines habituelles* » (point 575).

116. L'APDC relève tout d'abord qu'il convient de remplacer les références à 3 et 5 semaines par, respectivement, 15 et 25 jours ouvrables, afin de se conformer aux nouveaux délais d'examen prévus par le Code de commerce.
117. L'APDC préconise ensuite que l'Autorité s'engage sur l'application automatique du délai raccourci de 15 jours ouvrables à tout le moins pour les opérations ne soulevant manifestement aucun problème de concurrence (lorsque l'opération envisagée n'entraîne aucun chevauchement d'activités entre les sociétés de portefeuille de la société de gestion et la cible, ni d'intégration verticale ou d'effet congloméral), l'octroi des délais raccourcis aux autres types d'opération pouvant demeurer d'application au cas par cas.
118. Enfin, le Projet indique qu'en cas de demande par un fonds d'investissement de renvoi d'une affaire à la Commission au titre de l'article 4-5 du Règlement Concentrations, « *[l']Autorité donnera généralement une suite favorable à cette demande si l'opération est effectivement susceptible d'être contrôlée dans trois États membres* » (point 583). L'APDC accueille favorablement cette précision qui est fondamentale pour l'exercice effectif de cette faculté offerte aux parties à une concentration – les fonds d'investissement figurant, au même titre que certains autres investisseurs financiers, parmi les principaux destinataires de cette disposition du Règlement Concentrations.

3.3. **Questions relatives aux coopératives agricoles et à leurs unions**

119. A titre liminaire, l'APDC est d'avis que les développements consacrés aux coopératives agricoles et aux unions de coopératives auraient leur place dans le corps même des nouvelles Lignes Directrices. Et ce, d'autant plus que leur place en annexe n'est pas justifiée (à la différence de l'analyse des concentrations impliquant des fonds ou des entreprises en difficulté) par la volonté d'un formalisme allégé de la part de l'Autorité qui confirme qu'« elle

procèdera à un examen attentif de toute opération de concentration impliquant une coopérative agricole avant de se prononcer sur sa qualification »⁶⁰.

120. Les Lignes Directrices sur le contrôle des concentrations de la DGCCRF comportaient une annexe relative aux coopératives agricoles et à leurs unions. Le Projet reprend cette annexe avec quelques modifications mineures.

Le monde coopératif français connaissant depuis quelques années un essor considérable et les rapprochements entre structures coopératives devenant de plus en plus fréquents (comme le souligne du reste la pratique décisionnelle récente du Ministre de l'économie et de l'Autorité), l'APDC considère que ce secteur devrait faire l'objet de nouveaux développements à l'aune des décisions récemment publiées.

A cet égard, la complexité des opérations impliquant des structures coopératives milite en faveur d'éclaircissements importants et de développements nouveaux, à tout le moins sur les questions suivantes.

3.3.1. Les coopératives et leurs adhérents constituent-ils des entités économiques et juridiques distinctes ?

121. La première question posée par l'Autorité concerne la nature des relations juridiques et économiques existant entre les coopératives et leurs associés coopérateurs (« adhérents ») : elle revient en pratique à se demander si une coopérative agricole peut être ou non considérée comme une entreprise commune contrôlée par ses adhérents.

Cette question présente selon l'Autorité un double enjeu puisque, de sa réponse, découle l'existence ou non d'un marché amont de l'approvisionnement entre la coopérative et ses adhérents et la méthode de calcul du chiffre d'affaires de la coopérative.

L'Autorité, après avoir rappelé les termes du débat, ne prend toutefois pas clairement position sur la réponse à y apporter.

L'APDC souhaite formuler sur cette question les observations suivantes.

122. (i) Il ne paraît pas possible de trancher, dans son principe, la question du caractère d'entreprise commune d'une coopérative agricole :
- juridiquement, une coopérative agricole n'est pas une entreprise commune contrôlée par ses adhérents puisque aucun d'entre eux ne dispose d'un pouvoir de blocage sur les décisions stratégiques la concernant. Ceci est particulièrement vrai dans le modèle coopératif français et a été confirmé à plusieurs reprises par la pratique décisionnelle du Ministre⁶¹ ;
 - dans les faits, il est possible de considérer qu'il existe des intérêts communs puissants entre les adhérents, excluant qu'ils ne s'opposent les uns aux autres dans

⁶⁰ Point 604, page 141 du Projet.

⁶¹ Du fait du fonctionnement des coopératives en France (principe « un adhérent = une voix » et vote à la majorité simple pour l'essentiel des décisions) les agriculteurs ne semblent pas être en mesure de contrôler individuellement la coopérative : ils ne disposent d'aucun pouvoir de blocage sur les décisions stratégiques de la coopérative.

l'exercice de leurs droits⁶². Il existe également des relations contractuelles suivies entre les adhérents et leur coopérative, puisque si juridiquement l'engagement d'un adhérent peut avoir une durée variable, ce dernier peut à l'issue de cet engagement se retirer de la coopérative. En pratique, il existe toutefois une très grande stabilité dans la relation entre ces entités et un taux de départ très faible en fin de période.

Ces derniers éléments ne peuvent cependant permettre à eux seuls de conclure que les coopératives agricoles françaises constitueraient des entreprises communes contrôlées par leurs adhérents. La réponse à la question d'une éventuelle « action de concert » existant entre les adhérents d'une coopérative nécessite, en effet, une approche au cas par cas et dépend, entre autres, du nombre d'adhérents et de la durée de leurs engagements à l'égard de la coopérative.

123. (ii) En revanche, il paraît possible de répondre à la question sous-jacente de l'existence d'un marché amont de l'approvisionnement entre la coopérative et ses adhérents.

En effet, la question pertinente à se poser afin de déterminer s'il existe un marché amont de la collecte est celle de savoir si, dans le cadre de leurs relations commerciales, une coopérative et ses adhérents constituent des entités économiques distinctes ou non. Cette question est différente de celle de la qualification d'entreprise commune de la coopérative, laquelle dépend du contrôle exercé par les premiers sur la seconde.

Or, l'analyse des relations économiques existant entre une coopérative et ses adhérents dans le modèle coopératif français démontre qu'il existe entre eux des échanges économiques soutenus et une interdépendance relativement forte :

- d'un côté, l'adhérent s'engage à livrer une partie importante de sa production à la coopérative, de sorte que pour cette production, il n'est plus présent sur le marché de la commercialisation de ses produits et dépend de la coopérative⁶³ ;
- de son côté, la coopérative est en principe soumise à la règle de « l'exclusivisme » qui ne l'autorise à faire des opérations qu'avec ses adhérents⁶⁴ ;
- les prix de vente des produits par les adhérents à la coopérative sont dans certains cas fixés par l'intermédiaire d'un courtier, ce qui se traduit par une absence totale de négociation entre la coopérative et les agriculteurs⁶⁵.

⁶² Les coopérateurs sont en même temps coactionnaires, clients et fournisseurs de la coopérative.

⁶³ Article R. 522-3, 1° du Code rural.

⁶⁴ Article L. 521-3, b), du Code rural. Par exception, l'article L. 522-5 du même code autorise les coopératives agricoles à réaliser des opérations avec des tiers non associés, dans la limite de 20% de leur chiffre d'affaires et sous réserve que cela soit prévu dans leurs Statuts.

⁶⁵ Dans la décision 07-D-16, le Conseil de la concurrence a conclu à l'existence d'un marché amont de la collecte des céréales auprès des agriculteurs, distinct de celui, aval, de la commercialisation retenant que « *les prix au stade de la collecte peuvent en principe être librement déterminés entre l'organisme collecteur et l'agriculteur apporteur et ce dernier peut dans une certaine mesure faire jouer la concurrence entre plusieurs coopératives limitrophes ou bien entre les coopératives et les autres collecteurs* » (point 10). Dans cette décision, le Conseil s'intéressait toutefois aux relations existant entre les agriculteurs et les organismes collecteurs, qu'il s'agisse de coopératives agricoles ou d'autres collecteurs, comme des négociants ou des industriels utilisateurs, pour la commercialisation de céréales.

124. On peut ainsi considérer que, même si une coopérative agricole et ses adhérents constituent des entités juridiques distinctes et que les adhérents n'exercent pas – seuls ou de concert – une influence déterminante sur leur coopérative, les liens économiques qui les unissent apparaissent suffisamment étroits pour considérer que les agriculteurs ne sont pas simplement des fournisseurs de leurs coopératives : les règles habituelles de l'offre et de la demande n'existent pas en pratique. Par conséquent, les relations commerciales nouées entre une coopérative agricole et ses adhérents pour la vente et l'achat de produits agricoles sont assimilables à des relations intra-groupe. La déduction du chiffre d'affaires réalisé par la coopérative auprès de ses adhérents⁶⁶ pour le calcul des seuils déclenchant le contrôle en est du reste l'application logique.
125. **Dans ces conditions, l'APDC considère qu'il n'existe pas dans le modèle coopératif français, entre une coopérative et ses adhérents, de marché amont de la collecte. Ce marché n'existe le cas échéant qu'en ce qui concerne la partie des produits achetés par les coopératives auprès d'agriculteurs non adhérents.**

3.3.2. La création d'une Union de coopératives constitue-t-elle une concentration ?

126. Cette question revient, en réalité, à répondre à deux questions successives :

- l'union de coopérative est-elle une entreprise commune ?
- sera-t-elle de plein exercice ?

Le Projet développe uniquement le premier volet de la question, aux points 592 à 595. Pour le reste, il renvoie au tableau figurant page 143, lequel préexistait dans les Lignes directrices de la DGCCRF.

127. L'APDC considère que ces questions – compte tenu de leur complexité – devraient être traitées de manière plus explicite. En outre, le tableau figurant page 143 devrait être revu. Il tente en effet de traiter ces deux questions de façon simultanée, ce qui nuit à sa compréhension et à sa lisibilité :
- d'une part, il traite de deux types d'opérations différentes : la création d'une union de coopératives d'un côté, et la fusion de deux ou plusieurs coopératives agricoles de l'autre ;
 - d'autre part, il traite simultanément de deux questions successives et distinctes, à savoir celle du contrôle exercé par les coopératives sur l'union de coopératives et celle du caractère de plein exercice de l'union. A l'instar du tableau figurant page 142, ces deux questions devraient être présentées de façon successive.

128. (i) L'union de coopératives est-elle une entreprise commune ?

Les unions de coopératives étant, dans leur structure et dans leur fonctionnement, très proches des coopératives agricoles, cette question se pose dans les mêmes termes que pour ces dernières, étant précisé toutefois que le nombre d'actionnaires d'une union de coopératives est en général plus réduit que celui d'une coopérative, l'hypothèse d'une action de concert – faute

⁶⁶ Point 597 du Projet.

de contrôle conjoint de droit – devenant ainsi plus probable dans le cas d’unions de coopératives.

Sur ce point, l’APDC partage la position adoptée par l’Autorité au point 594 du Projet.

Elle estime toutefois que le point 593 du Projet – sans préjudice de l’appréciation portée sur la conclusion qu’il tire concernant l’existence d’un marché amont de la collecte – ne devrait pas figurer dans la partie consacrée aux « *relations juridiques et économiques entre les coopératives et leurs unions* », puisqu’il traite des relations entre les adhérents et la coopérative. Il devrait par conséquent être déplacé dans la partie relative aux « *relations juridiques et économiques entre les coopératives et leurs adhérents* ».

Elle considère également que le point 594 pourrait être davantage développé, en reprenant les critères dégagés par la Commission européenne pour caractériser un contrôle de fait par le biais d’une action de concert, en s’appuyant sur la grille d’analyse développée dans la pratique décisionnelle du Ministre de l’économie.

129. (ii) L’union de coopératives est-elle de plein exercice ?

Le Projet mentionne uniquement ce point dans le tableau figurant page 143, dans lequel il est fait référence aux unions de production par opposition aux unions de commerce.

L’APDC considère que ce point devrait faire l’objet de plus amples développements. Il serait en particulier utile :

- d’une part, de définir plus précisément ce que recourent les termes « *d’union de production* » et « *d’union de commerce* ». Il ressort du tableau de la page 143 qu’une union de production est toujours considérée comme étant une entreprise commune de plein exercice, alors qu’une union de commerce est quant à elle considérée comme étant de plein exercice uniquement si les produits qu’elle achète auprès de ses mères acquièrent, à son niveau, une certaine valeur ajoutée. Ces deux notions ne sont toutefois définies que par renvoi à la Communication Consolidée.
- d’autre part, de préciser à partir de quand une union de coopératives devient de plein exercice. Il est, en effet, fréquent que des groupes coopératifs apportent dans un premier temps à l’entreprise commune une partie seulement de leurs activités et, dans un second temps, lui donne les moyens d’opérer sur le marché de façon indépendante. Le moment à partir duquel l’entreprise commune ainsi constituée acquiert son caractère de plein exercice n’apparaît pas facile à déterminer pour les entreprises concernées.

A cet égard, les principes développés par la Commission européenne concernant la qualification de plein exercice d’une entreprise commune pourraient être transposés au secteur des coopératives agricoles dans le cadre des présentes Lignes Directrices, à la lumière de la pratique décisionnelle des autorités et, notamment, des décisions *ABC / Norepi* du 20 juin 2003 et *Agralys / Epis-Centre* du 2 janvier 2009⁶⁷. Ces deux décisions sont, en effet, intéressantes puisque :

⁶⁷ On se référera également aux lettres du ministre du 24 juillet 2003, création de l’union de coopératives agricoles EOLYS ; Invivo du 4 décembre 2001 et à la décision de la Commission européenne M. 4761, Bongrain / Sodial du 18 octobre 2007.

- dans la première, l'union de coopérative en cause n'est pas considérée comme étant de plein exercice : chargée dans un premier temps de fournir des services centraux pour ses membres, cette union s'était par la suite vue attribuer des activités de collecte et de vente d'une part, et d'approvisionnement des coopérateurs en produits et équipements nécessaires à leur exploitation, d'autre part. Le Ministre a néanmoins considéré que l'union n'était pas de plein exercice, notamment parce qu'elle ne disposerait d'aucun personnel, ni actif propre suffisants pour réaliser son activité ;
- dans la seconde, l'union est au contraire qualifiée de plein exercice : « *l'union commune sera dotée de moyens techniques, financiers et humains. Elle se verra transférer des actifs corporels (sites de collecte et outils de stockage) et incorporels (titres) ainsi que les contrats nécessaires à la réalisation de ses activités, notamment des contrats de location et les contrats de travail attachés aux branches d'activités cédées* ».

130. (iii) Les fusions de coopératives agricoles

Ce cas ne fait l'objet d'aucun développement dans le corps de l'annexe consacrée aux coopératives agricoles et est simplement mentionné dans le tableau de la page 143.

L'APDC considère que les fusions de coopératives agricoles ou de coopératives et de leur union soulèvent des questions de nature différente selon le type de fusion concernée:

- la fusion de coopératives agricoles qui n'ont, avant l'opération aucun lien contractuel, capitalistique ou économique et sont donc des entités indépendantes, constitue une fusion classique. Ce type d'opération ne soulève pas de question spécifique au regard du « droit commun » des concentrations ;
- en revanche, la fusion d'entités ayant noué des relations économiques et/ou contractuelles avant la réalisation de l'opération pose la question de savoir si ces entités sont bien des entités « *antérieurement indépendantes* » au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce. Dans certains cas, les liens noués entre ces entités seront tellement forts que ces dernières pourront être considérées comme constituant déjà une « unité économique » et les opérations les affectant comme des restructurations internes.

L'APDC considère que cette question mériterait d'être développée. En tout état de cause, le tableau de la page 143 devrait être modifié, en ce qu'il prête à confusion, traitant les deux hypothèses précitées en une situation unique.

3.3.3. Analyse concurrentielle / marchés pertinents

131. Enfin, le Projet pourrait fournir des indications utiles aux entreprises concernées, à partir de sa pratique décisionnelle récente ou de celle du Ministre de l'économie, sur la définition géographique des marchés concernés – souvent nombreux – concernant le secteur coopératif.

Force est de constater qu'aucune décision publiée ne tranche réellement la question de la dimension locale, régionale voire nationale ou européenne des marchés concernés, certaines décisions venant même contredire l'analyse menée dans des affaires précédentes ou se contentant de laisser systématiquement ouverte la question de leur dimension.

La demande quasi-systématique des parts de marché, à tous les échelons géographiques possibles, pour un même produit ou service - alors qu'il existe de nombreux précédents - peut conduire à une certaine incohérence d'analyse et implique, en outre, des entreprises notifiantes un travail considérable de rassemblement de données pour un résultat révélant *in fine* des parts de marché mineures.

132. Deux commentaires de détail sur le texte : au point 589, ne conviendrait-il pas de préciser la notion d'intrants ? ; au point 603, on relève une « coquille » à la dernière phrase, le terme « parallèle » devant être supprimé.

3.4. Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives

133. Les Lignes Directrices sur le contrôle des concentrations de la DGCCRF consacraient une annexe aux questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives. Le Projet envisage de reprendre cette annexe, en n'y apportant que des modifications mineures. L'APDC souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur les points suivants.

3.4.1. Rôle central devant être joué par les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires

134. Le Projet insiste à plusieurs reprises (points 605, 607 et 613) sur le rôle central devant être joué par les administrateurs judiciaires dans l'information des repreneurs potentiels concernant leurs obligations éventuelles au regard du contrôle des concentrations.

Or, l'APDC constate que, dans la pratique, les administrateurs/mandataires judiciaires sont le plus souvent peu sensibilisés à ces sujets, de sorte que les questions relatives au contrôle des concentrations ne sont que rarement abordées par ces derniers ou érigées en tant que conditions préalables à purger au cours du processus de reprise.

135. Au vu de la spécificité des reprises de sociétés dans le cadre de procédures collectives (permettant dans la majorité des cas l'entrée en jouissance du repreneur dès le prononcé du jugement du tribunal de commerce) et du risque d'infraction aux règles de contrôle des concentrations qui en découle, il est souhaitable que l'Autorité s'assure que ses préconisations seront suivies d'effet⁶⁸. Pour ce faire et permettre ainsi aux administrateurs/mandataires judiciaires de jouer pleinement le rôle que l'Autorité entend leur attribuer, une meilleure information des administrateurs/mandataires judiciaires (par exemple, par le biais du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires et de l'Association syndicale professionnelles des administrateurs judiciaires) et une meilleure communication entre ceux-ci et les services de l'Autorité seraient souhaitables.

Une mesure d'information particulièrement efficace consisterait pour l'Autorité à inviter les administrateurs/mandataires judiciaires à informer les candidats repreneurs de leurs obligations au titre du contrôle des concentrations dans le cahier des charges de l'appel d'offres remis aux candidats à la reprise d'une entreprise dans le cadre d'une procédure collective (ces questions n'y sont souvent mentionnées que de manière laconique ou n'y

⁶⁸ « (...) les administrateurs judiciaires, avec l'appui des services de l'Autorité, peuvent jouer un rôle pro-actif extrêmement utile pour informer les candidats repreneurs de leurs obligations et vérifier qu'ils ont fait les démarches nécessaires » (soulignement ajouté), point 607 du Projet.

figurent pas du tout) et à encourager leurs administrées à inclure dans la *data room* de reprise les informations relatives à la cible permettant aux repreneurs de déterminer les notifications requises et de préparer leur dossier de notification⁶⁹.

3.4.2. Irrévocabilité des offres de reprise

136. Le Projet (point 610) indique que « [l]orsque l'administrateur judiciaire dépose son rapport au greffe du tribunal de commerce, les offres de reprise sont considérées comme irrévocables au titre de l'article L. 621-57 du code de commerce ».

L'APDC relève tout d'abord que la référence à l'article L. 621-57 (abrogé) nécessite d'être remplacée par une référence aux articles L. 642-2 V et L.631-22 du Code de commerce. De même, l'article L. 621-87 mentionné dans la suite du point 610⁷⁰ devrait être remplacé par les articles L. 642-5 et L. 631-22 du Code de commerce.

L'APDC relève ensuite qu'il n'existe plus, dans les textes en vigueur, de lien de causalité entre le dépôt du rapport de l'administrateur judiciaire auprès du greffe du tribunal de commerce et l'irrévocabilité des offres de reprise. En effet, en vertu de l'article L. 642-2 V du Code de commerce, les offres de reprise sont irrévocables dès leur remise par les candidats repreneurs à l'administrateur judiciaire (et non à la date, ultérieure, du dépôt par celui-ci de son rapport au greffe)⁷¹. L'APDC recommande donc que soit supprimée, au point 610 du Projet, toute référence au rapport de l'administrateur judiciaire.

137. En pratique, compte tenu des délais courts dont disposent les candidats repreneurs pour élaborer leur offre et nonobstant les dispositions de l'article L. 642-2 V du Code de commerce, les offres de reprise sont généralement soumises à des conditions suspensives (telles que la réalisation de *due diligence* supplémentaires ou le succès de négociations avec des créanciers nantis) qui, en vertu de l'article R. 642-1 du Code de commerce, peuvent être levées par les candidats repreneurs jusqu'à deux jours ouvrés avant l'audience du tribunal de commerce⁷². Ce n'est donc qu'à cette date que les offres de reprise deviennent véritablement intangibles et irrévocables. Qui plus est, en pratique, on observe une certaine souplesse des tribunaux de commerce qui acceptent parfois que les conditions suspensives soient levées et que des améliorations soient apportées jusqu'à l'audience d'examen.

3.4.3. Demande de dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations

3.4.3.1. Délais

⁶⁹ L'Autorité constate elle-même dans les Lignes directrices que « [l]'expérience montre qu'une grande partie des entreprises qui se portent candidates à la reprise d'actifs dans le cadre d'une procédure collective ne découvrent que tardivement leurs obligations au titre du contrôle des concentrations » (soulignement ajouté) (point 606).

⁷⁰ « Une fois que le tribunal de commerce s'est prononcé sur les fondements de l'article L. 621-87 du code de commerce, [...] ».

⁷¹ L'article L. 642-2 V du Code de commerce dispose que : « [l]'offre ne peut être ni modifiée, sauf dans un sens plus favorable aux objectifs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 642-1, ni retirée. Elle lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan ».

⁷² L'article R. 642-1 du Code de commerce dispose que : « [...] A peine d'irrecevabilité, aucune modification ne peut être apportée à une offre moins de deux jours ouvrés avant la date fixée pour l'audience d'examen des offres par le tribunal [...] ».

138. S'agissant des délais dans lesquels la demande de dérogation doit intervenir, l'APDC relève que le titre 2 (a) indique que « *pour obtenir une dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations, il est recommandé aux repreneurs de notifier l'opération à l'Autorité avant de déposer leur offre au tribunal de commerce* ». A cet égard, alors que le point 98 du Projet requiert que le dépôt de la demande de dérogation intervienne « *au moins 5 jours avant la prise de décision du tribunal* », l'Annexe E ne mentionne aucun délai et indique uniquement que l'Autorité établit la dérogation dans un délai de cinq jours ouvrés maximum (point 609).

L'APDC estime qu'il conviendrait de clarifier la question des délais.

En premier lieu, s'il est parfaitement légitime pour l'Autorité d'encourager les candidats repreneurs à se rapprocher d'elle dans les meilleurs délais, l'APDC remarque qu'il est en pratique difficile pour un candidat repreneur de déposer une demande de dérogation auprès de l'Autorité avant le dépôt de son offre car ce n'est, en règle générale, qu'au moment de la mise au point de son offre qu'est déterminé le périmètre des activités reprises.

En deuxième lieu, il convient de préciser que le délai de « *au moins 5 jours* » (prévu au point 98 du Projet et que l'APDC comprend être des jours ouvrés) ne constitue qu'un délai indicatif et qu'une demande de dérogation intervenant après ce délai ne sera pas automatiquement irrecevable ou automatiquement rejetée par l'Autorité (cf. nos commentaires aux points 31 et 32 ci-dessus relatifs aux questions de procédure).

En troisième lieu, l'article L. 430-4 du Code de commerce ne prévoyant pas de délai pour le dépôt d'une demande de dérogation, l'APDC suggère qu'il soit fait application des règles en vigueur au niveau communautaire, disposant que la dérogation « *peut être demandée et accordée à tout moment, que ce soit avant la notification ou après la transaction* »⁷³ (soulignement ajouté). Il paraît en effet souhaitable, en cas de bonne foi du repreneur, que l'Autorité examine au cas par cas sa demande de dérogation, même postérieure au jugement du tribunal de commerce, afin d'éviter de placer le repreneur nécessairement et durablement en situation d'infraction de son obligation de suspension de l'opération⁷⁴.

3.4.3.2. Conditions d'octroi

139. S'agissant enfin des conditions d'octroi de la dérogation, le Projet indique qu'une telle dérogation est accordée « *sous réserve que le repreneur s'abstienne de tout acte qui serait de nature à modifier la structure de l'opération ou à faire obstacle à la prise de mesures visant à remédier à un risque d'atteinte à la concurrence qui serait détecté au cours de l'instruction* » (point 611) et qu'entre la décision d'octroi de la dérogation et la décision finale, les parties doivent « *s'abstenir de prendre des actes ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible ou mettre en œuvre opérationnellement leur fusion* » (soulignement ajouté) (point 99).

⁷³ Règlement Concentrations, article 7.3.

⁷⁴ A cet égard, l'APDC considère que les spécificités des procédures collectives permettent de justifier une indulgence particulière de l'Autorité à l'égard des repreneurs. En effet, comme mentionné ci-avant et relevé par l'Autorité elle-même dans les Lignes Directrices, les candidats repreneurs peuvent de bonne foi découvrir tardivement leurs obligations au titre du droit des concentrations. Il est, le plus souvent, difficilement compréhensible, en pratique, pour les candidats repreneurs qu'il leur faille engager des coûts et des ressources importants avant l'intervention du jugement, alors même que la réalisation de leur projet de reprise leur semble incertaine (notamment si de nombreuses offres sont en concurrence) et échappe à leur contrôle.

En plus de nos commentaires formulés au point 32 ci-dessus relatifs aux questions de procédure, l'APDC attire de surcroît l'attention de l'Autorité sur les difficultés pratiques d'une telle exigence en matière de procédures collectives. En effet, au vu de la situation commerciale et financière détériorée de la cible, une mise en œuvre opérationnelle immédiate de la concentration – qu'il s'agisse de profiter des synergies existantes, de rationaliser les effectifs, d'engranger des commandes, etc. – s'impose au repreneur s'il espère pouvoir la redresser.

En outre, il convient de rappeler que la majorité des offres de reprise prévoit une faculté de substitution au bénéfice d'une ou plusieurs entités tierces (généralement liées capitalistiquement au repreneur), de sorte que la structure de l'opération est amenée à subir quelques modifications postérieurement au jugement. Par ailleurs, en pratique, même si la structure de reprise doit être précisée dans l'offre, le repreneur bénéficie d'une certaine flexibilité pour modifier la structure annoncée dès lors que le repreneur final peut justifier de la surface financière attendue et de ses liens avec le repreneur initial.

140. Dès lors, l'APDC préconise que le point 611 du Projet soit modifié comme suit :

« (...) Elle est cependant accordée sous réserve que le repreneur s'abstienne de tout acte qui serait de nature à faire obstacle à la prise de mesures visant à remédier à un risque d'atteinte à la concurrence qui serait détecté au cours de l'instruction »⁷⁵.

3.4.3.3. Dossier de notification

141. Le Projet prévoit que la demande de dérogation soit accompagnée d'« *un dossier de notification aussi complet que les circonstances le permettent* » (point 610). L'APDC invite l'Autorité à faire preuve de la plus grande souplesse dans l'appréciation de cette condition : en effet, au moment du dépôt de la demande de dérogation, le candidat repreneur n'a souvent qu'un accès limité au management de la cible, de sorte que, sauf à être un industriel du secteur concerné, il lui est en pratique difficile de réunir dans le dossier de notification des informations allant au-delà de ce qui est publiquement disponible.

3.4.4. Notification d'un projet suffisamment abouti

142. Le Projet prévoit que « *[d]ans le cas de la reprise d'une entreprise en difficulté, un projet suffisamment abouti devrait comprendre une présentation des parties et de l'opération [, l]a justification de la demande de dérogation et une analyse concurrentielle préliminaire des effets de l'opération* » (point 612).

Il serait utile que les Lignes Directrices précisent les critères de la distinction, dans le contexte de la reprise d'une entreprise en difficulté, entre un « *projet suffisamment abouti* » et une offre de reprise.

* * * *

⁷⁵ A noter, à cet égard, que la liberté d'action du repreneur est, en tout état de cause, strictement encadrée par le tribunal de commerce dès lors que la très grande majorité des jugements rendus en matière de procédures collectives imposent au repreneur de ne pas céder les actifs repris dans un délai de plusieurs mois (généralement 2 ans au moins) suivant le jugement du tribunal de commerce.