

**CONTRIBUTION DE L'APDC DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION
PUBLIQUE LANCEE PAR L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE RELATIVE A LA
REFLEXION POUR MODERNISER ET SIMPLIFIER LE DROIT DES
CONCENTRATIONS**

L'APDC présente ci-après ses observations dans le cadre de la consultation publique lancée par l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») le 20 octobre 2017 relative à la réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.

A titre liminaire, l'APDC se félicite de ce que, selon désormais son usage, l'Autorité lance une consultation publique sur cette réflexion.

Dans un souci didactique, les observations de l'APDC sont formulées ci-après dans l'ordre du document de consultation publique publié par l'Autorité le 20 octobre 2017 (ci-après le « **Document de Consultation** »).

Remarque liminaire

Outre les termes de la consultation publique lancée par l'Autorité, l'APDC souhaite s'exprimer sur un autre aspect du contrôle des concentrations qui pourrait faire l'objet d'améliorations.

En France, le contrôle des concentrations se caractérise, en phase II, dans le cadre d'un calendrier relativement serré, par la tenue d'une séance devant le Collège précédée par la remise d'un rapport. L'enquête menée par l'Autorité en phase II est organisée en fonction de ce calendrier procédural. La partie notifiante n'a accès aux pièces du dossier qu'au moment de l'envoi du rapport et elle dispose d'un délai très restreint de quinze jours ouverts pour y répondre.

Par comparaison, la procédure de phase II devant la Commission européenne se caractérise par plus de flexibilité et présente certains avantages. En effet, dès l'ouverture de la phase II, la partie notifiante peut avoir accès aux pièces qui ont motivé la décision de la Commission d'ouvrir cette phase, l'envoi d'une notification des griefs n'est pas obligatoire et la Commission y a de moins en moins recours. L'ensemble de ces éléments concourent à la négociation d'engagements très en amont et à une économie de ressources pour la Commission.

Les entreprises qui notifient une concentration en France gagneraient sans doute à bénéficier d'un régime de phase II similaire à celui mis en place au niveau européen.

I. SEUILS DE CONTROLABILITE DES OPERATIONS DE CONCENTRATION

Concernant la question des seuils de contrôlabilité des opérations de concentration, l'APDC a articulé ses réflexions autour des questions suivantes: (i) le niveau des seuils français; (ii) l'introduction d'un seuil en valeur de transaction; (iii) la réintroduction d'un seuil en parts de marché; (iv) la " mise en œuvre volontariste" d'outils existants ; et (v) l'adoption d'un système hybride.

S'agissant du niveau des seuils français de contrôle des concentrations, l'APDC considère que:

- les seuils de droit commun devraient faire l'objet d'une réévaluation régulière basée sur l'évolution du produit national brut français;
- le seuil spécifique au commerce de détail devrait être supprimé; et,
- les seuils relatifs aux départements et collectivités d'outre-mer devraient être adaptés.

L'APDC est opposée à l'introduction en France d'un nouveau seuil en valeur de transactions comme viennent de le faire l'Allemagne et l'Autriche pour les raisons suivantes:

- les seuils adoptés en Allemagne et en Autriche soulèvent de nombreuses incertitudes et nous ne disposons d'aucun recul sur leur mise en application;
- il n'y a pas de vide juridique avéré justifiant que la France introduise un nouveau type de seuils; et
- la Commission européenne doit encore se prononcer sur l'opportunité d'introduire un seuil en valeur de transaction au niveau européen.

L'APDC considère qu'un retour aux seuils en parts de marché présenterait des risques juridiques et des incertitudes significatives en raison des difficultés liées à la détermination *ex ante* des définitions des marchés pertinents et des calculs des parts de marché afférentes.

Enfin, c'est également pour des raisons de sécurité juridique que l'APDC s'oppose à la mise en place d'un système de contrôle des concentrations hybride comme le système suédois ou à la mise en œuvre de manière volontariste d'outils comme la jurisprudence *Continental Can* ou l'article 22 du règlement concentration¹.

A. LE NIVEAU DES SEUILS

L'Autorité évoque dans sa Consultation la question du niveau des seuils français de contrôle des concentrations et se demande si ceux-ci devraient être ajustés, à la baisse, ou à la hausse.

La détermination des seuils pertinents est un exercice complexe impliquant la prise en compte de plusieurs éléments tels que : le poids économique du pays en question, la structure de son économie, ses objectifs quant au nombre de concentrations à contrôler, etc. Plusieurs études existent sur ce sujet mais aucune approche scientifique n'a été développée. Les pays opérant un contrôle des concentrations ont donc mis en place des seuils différents et variés.

¹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

Ainsi, si l'APDC est en mesure de formuler des observations sur certains seuils spécifiques relatifs au commerce de détail (1.) et aux départements et collectivités d'outre-mer (2.), elle ne prétend pas pouvoir se prononcer – dans le délai de consultation imparti - sur le niveau des seuils de droit commun qui serait pertinent pour la France.

L'APDC constate néanmoins que l'Autorité de la concurrence traite environ 230 opérations de concentration par an ce qui est comparable à la Commission européenne qui s'occupe d'environ 300 dossiers de notification par an, et bien supérieur au nombre de cas traités en Espagne ou au Royaume-Uni. L'Autorité de la concurrence revoit certes moins de cas que le Bundeskartellamt mais, comme nous le verrons par la suite, les régimes allemands et français de contrôle des concentrations sont très différents et difficilement comparables. De fait, l'Autorité de la concurrence traite un nombre élevé de dossiers de concentration dont l'écrasante majorité (96,4%) ne pose aucun problème de concurrence. L'APDC estime que ces éléments plaident plutôt pour un relèvement des seuils que pour une baisse de ces derniers.

A cet égard, l'APDC considère que la question du niveau des seuils doit permettre d'ouvrir un débat sur l'opportunité d'une révision à intervalles réguliers des seuils français afin de tenir compte de l'inflation et/ou de la croissance du produit national brut. En effet, les seuils actuels ont été introduits en 2004, et n'ont plus été réévalués, depuis alors qu'aux Etats-Unis par exemple, les seuils sont revus par la Federal Trade Commission tous les ans en fonction de l'évolution du produit national brut américain.

Une révision fréquente des seuils comparable à celle qui est pratiquée aux Etats-Unis permettrait à la France de démontrer sa volonté d'adaptation à la réalité économique et servirait d'exemple à d'autres autorités notamment la Commission européenne, dont les seuils sont identiques depuis 1989 en dépit d'une inflation relativement forte dans les années 90 et de plusieurs élargissements de l'Union Européenne (le PIB de l'Union Européenne a augmenté de près de 170% sur la période considérée).

L'APDC serait donc favorable à l'introduction d'une révision régulière des seuils français de contrôle des concentrations basée sur l'évolution du produit national brut français.

1. Les seuils dans le commerce de détail doivent être réévalués

Le commerce de détail est particulièrement concerné par la question posée par l'Autorité, visant à savoir si les seuils de notification sont fixés à un niveau « *trop bas* », ce qui « *conduit à contrôler trop d'opérations de concentration ne soulevant pas de problèmes de concurrence* ».

L'article L 430-2 II du Code de commerce a en effet, pour le commerce de détail, abaissé à 15 millions d'euros (au lieu de 50 millions d'euros) le seuil de chiffre d'affaires devant être réalisé en France par au moins deux parties pour qu'une opération doive être notifiée. Le seuil de chiffre d'affaires mondial combiné devant être réalisé par l'ensemble des parties est quant à lui abaissé à 75 millions d'euros (au lieu de 150 millions d'euros).

Cet abaissement sectoriel des seuils de notification, qui cible spécifiquement la vente au détail en magasins, est sans équivalent dans les pays voisins de la France. A l'inverse, le droit des concentrations allemand précise même que pour le commerce de marchandises revendues en l'état, seulement 75 % du chiffre d'affaires est pris en compte, ce qui revient à élever les seuils dans ce secteur.

Le droit allemand prend ainsi en compte, contrairement au régime actuel français, le fait que le chiffre d'affaires des entreprises du secteur du commerce de détail est naturellement plus important dès lors que celles-ci interviennent en aval de la chaîne de valeur.

Or l'abaissement des seuils de chiffre d'affaires prévu en France pour le commerce de détail a un impact considérable sur les obligations de notification des entreprises et sur la charge de travail de l'Autorité puisqu'elle relève dans son rapport d'activités de 2016 que « 53 % des décisions [en matière de concentration] concernent le secteur du commerce de détail » et que :

« Comme pour les années précédentes, la prédominance du commerce de détail s'explique par l'abaissement des seuils de contrôlabilité dans le secteur ».

Alors que plus de la moitié des notifications de concentration et des décisions de l'Autorité concernent ainsi le secteur du commerce de détail, leur lecture révèle qu'il s'agit d'opérations ne présentant aucun intérêt au regard de la politique de concurrence.

De fait, après analyse des décisions adoptées en France au titre du contrôle des concentrations entre 2014 et 2017 dans le secteur du commerce de détail, nous n'avons pas pu identifier un seul cas dans lequel une opération relevant des seuils abaissés aurait soulevé une question de concurrence impliquant un remède.

A notre connaissance, les seuls cas dans lesquels l'Autorité a conditionné ses autorisations au respect d'engagements de cession de magasins concernaient à chaque fois des opérations qui franchissaient – largement d'ailleurs – le seuil de chiffre d'affaires de droit commun de 50 millions d'euros.

L'Autorité est sans doute mieux placée pour procéder à une analyse exhaustive car certaines données sont confidentialisées dans les décisions, mais en l'état il semble exister une disproportion manifeste entre le nombre considérable de notifications que l'abaissement des seuils propre au secteur du commerce de détail génère, et les questions de concurrence en jeu.

En outre, l'article L 430-2 II, tel qu'interprété au point 80 des lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations (ci-après les « **Lignes directrices** »), est inadapté aux évolutions du commerce. De fait, il traite différemment le chiffre d'affaires selon qu'il provient d'une part de ventes en ligne ou livraisons directes aux consommateurs et d'autre part de ventes effectuées dans les magasins physiques de « *commerce de détail* », ces magasins physiques étant les seuls ciblés par le seuil de chiffre d'affaires abaissé.

Or depuis l'adoption de ce seuil, l'Autorité de la concurrence a établi (décision 16-DCC-11 (FNAC – DARTY)) que la pression concurrentielle de la vente en ligne est désormais suffisamment importante pour être intégrée dans le marché pertinent du commerce de détail, qu'elle émane de « *pure players* » ou des sites internet des enseignes de distribution classiques qui prolongent leurs ventes physiques en magasins².

² http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=629&id_article=2822 ; V. également le communiqué de presse de l'Autorité du 15 novembre 2017 concernant la décision n° 17-DCC-186 qui relève que « l'Autorité a déjà reconnu à plusieurs reprises, en dépit des différences qui existent entre ces deux canaux de distribution, que les acteurs de la vente en ligne exercent une pression concurrentielle sur les distributeurs traditionnels, au moins pour certaines catégories de produits et pour certains consommateurs. Elle a récemment considéré l'existence d'un marché unique s'agissant de la vente au détail de produits électrodomestiques ».

Un traitement différencié de la vente en ligne et des ventes en magasins physiques au titre des seuils de notification n'apparaît donc désormais plus justifié, et génère un risque de distorsion de concurrence et de rupture d'égalité devant les charges publiques.

Dans ce contexte, deux pistes de réforme pourraient être envisagées pour alléger la charge de travail des entreprises et de l'Autorité et permettre à cette dernière de consacrer ses ressources – sans doute trop limitées – aux seules opérations soulevant une question de concurrence.

La première voie consisterait à convaincre le législateur d'abroger les seuils spécifiques au commerce de détail.

A défaut de réforme législative, une voie alternative pourrait consister à compléter les Lignes directrices pour préciser que les opérations de concentration qui ne sont notifiables qu'en vertu des seuils spécifiques au commerce de détail prévus par l'article L 430-2 II du Code de commerce bénéficieront désormais d'une procédure spécifique simplifiée.

Cette procédure simplifiée, adaptée au commerce de détail, pourrait, du point de vue des membres du groupe du travail de l'APDC :

- prendre la forme d'une notification considérablement raccourcie, limitée à l'indication (i) du nom des parties à l'opération, (ii) de leurs parts de marché en surface sur chaque marché aval³ pertinent et (iii) du nom et des parts de marché des deux principaux concurrents dans chaque zone de chalandise dudit marché ;
- bénéficier d'un régime d'autorisation tacite dans un délai de huit jours ouvrés qui épargnera à l'Autorité la rédaction de décisions dans la quasi-totalité des cas et permettra d'accélérer les opérations ;
- et ce, sans préjudice du droit de l'Autorité de revenir, à titre exceptionnel, sur son initiative écrite, au cas par cas, à une procédure normale en cas de franchissement d'un seuil en parts de marché qui pourrait être fixé à 40 %⁴ ou encore en cas de création de duopole du fait de l'opération.

2. Les seuils dans les départements et collectivités d'outre-mer

L'article L.430-2 III du Code de commerce prévoit des seuils spécifiques de contrôle des concentrations dans les départements et certaines collectivités d'outre-mer (ci-après les "DCOM"⁵) qui présente quelques incohérences.

³ Le marché amont de l'approvisionnement ne peut pas être affecté s'agissant d'opérations relevant des seuils abaissés, vu leur dimension réduite.

⁴ La Commission européenne indique au point 14 de sa Communication de 2009 concernant l'article 82 du Traité CE qu'elle « *sait d'expérience que si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante* ». Hormis le cas de la création d'un duopole, il devrait donc pouvoir être considéré que les opérations de concentration qui ne sont notifiables qu'en vertu des seuils abaissés de l'article L 430-2 II du commerce de détail – lesquelles sont, par hypothèse, d'une ampleur très limitée en termes de chiffre d'affaires – ne peuvent soulever de réelle question en dessous de ce seuil de 40 % de parts de marché en surface.

⁵ L'expression DCOM, qui n'est pas une expression consacrée pour désigner les départements et collectivités d'outre-mer, vise spécifiquement les départements et collectivités d'outre-mer listés dans l'article L.430-2 III. En effet, cet article n'est pas applicable à l'ensemble des collectivités d'outre-mer

A titre liminaire, comme l'APDC l'avait déjà indiqué dans des observations précédentes⁶, l'article L.430-2 III du Code de commerce présente une incohérence. Effet, cet article prévoit que:

"Lorsque au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer, dans le Département de Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna ou dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

[...] 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, ou à 5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail sans qu'il soit nécessaire que ce seuil soit atteint par l'ensemble des entreprises concernées dans le même département ou la même collectivité territoriale."

Dans la mesure où un chiffre d'affaires de 15 millions d'euros (ou 5 millions d'euros pour le commerce de détail) doit être réalisé par deux au moins des parties, il serait préférable d'indiquer, au début du premier paragraphe de l'article L.430-2 III, qu'une opération est soumise à contrôle lorsqu'au moins deux des parties sont présentes dans un DCOM (à l'instar de ce qui est prévu pour le commerce de détail). En effet, cette condition ressort implicitement de la suite de ce texte.

Par ailleurs, l'article L.430-2 III a fait l'objet d'une modification en 2015⁷ et prévoit à présent qu'une opération pourrait être notifiable dès lors que 2 entreprises concernées par l'opération réalisent au moins 15 millions d'euros de chiffre d'affaires dans un seul DCOM même s'il ne s'agit pas du même DCOM. Cette précision est conforme à la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité de la concurrence mais ne nous apparaît pas pertinente.

En effet, en l'état, l'article L.430-2 III conduit à devoir notifier des opérations de concentration alors que les entreprises concernées par l'opération sont présentes sur des marchés géographiques distincts (éventuellement éloignés de plusieurs centaines, voire milliers de kilomètres). Comme l'APDC l'a indiqué dans le cadre d'observations précédentes,⁸ une telle approche n'est pas cohérente puisque de telles opérations n'ont aucun effet potentiel sur les marchés considérés.

puisque la Polynésie française qui dispose de sa propre autorité de concurrence n'est pas visée par l'article L.430-2 III.

⁶ APDC, Observations sur le projet révisé des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 22 avril 2013, pt. 9 et pt. 10.

⁷ Loi n°2015-990 du 6 août 2015, art. 215-1°.

⁸ APDC, Observations sur le projet de Lignes Directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 24 septembre 2009, pt. 23 et pt. 24.

Il conviendrait donc de modifier les seuils applicables de sorte à ce que des opérations ne soient notifiables que lorsque deux des entreprises concernées par l'opération réalise chacune un chiffre d'affaires supérieur à 15 millions d'euros dans un seul et même DCOM. Une telle approche, qui permettrait d'éviter de notifier des opérations ne soulevant aucune difficulté de concurrence, serait également conforme au mécanisme de seuils alternatifs prévu par l'article 1(3) du Règlement (CE) 139/2004⁹.

A défaut de modification des seuils spécifiques aux DCOM, l'APDC suggère que la procédure de déclaration préalable soit applicable aux opérations notifiables au titre de l'actuel article L.430-2 III, lorsque les seuils locaux de 15 millions d'euros (ou 5 millions d'euros dans le commerce de détail) sont atteints par deux entreprises qui ne les réalisent pas dans les mêmes DCOM.

B. L'INTRODUCTION D'UN SEUIL EN VALEUR DE LA TRANSACTION

L'Autorité évoque parmi les pistes de réforme envisageables l'introduction d'un « *seuil alternatif fondé sur la valeur de la transaction avec comme nexus local une activité significative de la cible dans l'État membre* », selon le modèle adopté récemment par les autorités de concurrence allemande et autrichienne. La Commission européenne étudie également l'introduction d'un seuil en valeur dans le cadre de sa consultation publique sur le fonctionnement de certains aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle des concentrations dans l'Union européenne lancée au mois d'octobre 2016 (ci-après, la « **Consultation de la Commission** »).

Lors de la réunion organisée le 26 octobre 2017, les représentants du service des concentrations de l'Autorité ont fait valoir que certaines opérations d'acquisition de « licornes » ou de start-ups de l'économie numérique, ou encore d'entreprises du secteur pharmaceutique, échapperaient au contrôle des concentrations en raison du faible chiffre d'affaires généré par ce type d'entreprises alors même que ces opérations seraient susceptibles d'avoir un effet sensible sur la concurrence. Ce sont ces cas de figure qui justifieraient selon l'Autorité d'étudier la possibilité d'introduire un seuil alternatif de contrôle des concentrations fondé sur la valeur de la transaction.

L'APDC considère pour sa part que l'adoption d'un seuil alternatif fondé sur la valeur de la transaction n'est ni nécessaire ni souhaitable. L'introduction très récente d'un tel seuil dans les réglementations allemande et autrichienne a fait l'objet de nombreuses critiques et il est trop tôt pour disposer d'un retour d'expérience suffisant (1.). L'APDC estime que l'introduction d'un seuil alternatif dans le contrôle des concentrations français, non justifiée par un vide juridique avéré, serait prématurée et générerait en outre une charge procédurale supplémentaire injustifiée pour les entreprises (2.). Elle serait d'autant plus prématurée que la Commission européenne n'a pas indiqué quelle était sa position à l'issue de sa propre Consultation publique (3.). Enfin, et très subsidiairement, dans le cas où l'Autorité envisagerait néanmoins une telle réforme des seuils de notification, l'APDC estime que des précautions devraient être prises pour en limiter les effets négatifs et garantir au mieux la sécurité juridique des entreprises (4.).

⁹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

1. Les seuils alternatifs adoptés en Allemagne et en Autriche soulèvent de nombreuses incertitudes et n'ont pas encore donné lieu à un retour d'expérience suffisant

1.1 Présentation des seuils alternatifs introduits en Allemagne et en Autriche

L'Allemagne et l'Autriche ont modifié cette année leurs systèmes de contrôle des concentrations pour y introduire un seuil déterminé en fonction de la valeur de la transaction. Pour des questions de simplicité, nous nous référons principalement ci-dessous au système allemand mais les commentaires valent également pour le nouveau système autrichien qui lui est très similaire.

Avant la réforme, comme l'a rappelé l'Autorité dans le Document de Consultation, une opération devait être notifiée en Allemagne si les trois conditions ci-dessous étaient cumulativement remplies :

- Le chiffre d'affaires mondial combiné réalisé par les parties est supérieur à 500 millions d'euros ;
- Une des parties a réalisé un chiffre d'affaires en Allemagne supérieur à 25 millions d'euros ;
- Au moins une autre partie a réalisé un chiffre d'affaires en Allemagne supérieur à 5 millions d'euros.

Depuis la réforme législative introduite le 31 mars et entrée en vigueur le 9 juin 2017, une opération est désormais également soumise à une obligation de notification préalable si les seuils ci-dessous sont cumulativement remplis (article 35 de la loi sur les restrictions de concurrence) :

- Le chiffre d'affaires mondial combiné réalisé par les parties est supérieur à 500 millions d'euros ;
- Une des parties a réalisé un chiffre d'affaires en Allemagne supérieur à 25 millions d'euros ;
- La valeur de l'opération excède 400 millions d'euros ;
- L'entreprise cible a une activité significative en Allemagne.

Ce n'est donc que dans le cas où l'une des parties à l'opération a un chiffre d'affaire supérieur à 25 millions d'euros en Allemagne mais qu'aucune autre partie n'a un chiffre d'affaires supérieur à 5 millions d'euros dans ce pays que ce seuil alternatif sera applicable¹⁰.

¹⁰ Précisons que l'exemption *de minimis* prévue lorsque le chiffre d'affaires mondial de l'acquéreur ou de la cible ne dépasse pas 10 millions d'euros ne sera naturellement pas applicable dans le cas où l'opération remplit ce seuil alternatif.

En Autriche, les seuils alternatifs entrés en vigueur le 1^{er} novembre dernier fonctionnent exactement de la même manière qu'en Allemagne mais ont été fixés à un niveau plus bas. Une opération est donc soumise à une obligation de notification préalable si les conditions suivantes sont cumulativement remplies :

- Le chiffre d'affaires mondial combiné réalisé par les parties est supérieur à 300 millions d'euros ;
- Une des parties a réalisé un chiffre d'affaires en Autriche supérieur à 15 millions d'euros ;
- La valeur de l'opération excède 200 millions d'euros ;
- L'entreprise cible a une activité significative en Autriche.

1.2 Des réformes qui soulèvent de nombreuses difficultés et sont source d'insécurité juridique pour les entreprises

Ces nouveaux textes ont fait l'objet de très nombreuses critiques de la part de la doctrine et des praticiens au cours des derniers mois qui demeurent sans réponse en l'absence de lignes directrices publiées par les autorités nationales de concurrence à ce jour. Ils sont donc source d'une grande insécurité juridique pour les entreprises.

Le manque de sécurité juridique concerne aussi bien le critère relatif à la valeur de l'opération que celui tenant au lien de rattachement avec le territoire national.

• Les incertitudes tenant à la détermination de la valeur de l'opération

Les textes allemand et autrichien font référence à la valeur ou au montant « de la contrepartie de l'opération » (« *der Wert der Gegenleistung* »). Selon les notes explicatives (« *Begründung* ») jointes au projet de loi allemand¹¹, cette notion recouvre toute forme de contrepartie que le vendeur reçoit de l'acquéreur, qu'il s'agisse d'un paiement en numéraire, en actions, *etc.* Cela inclut également des paiements conditionnels ou compléments de prix liés à la réalisation de certains objectifs financiers ou encore les paiements liés à des clauses de non-concurrence¹².

Cette définition très large soulève toutefois des questions pratiques délicates liées en particulier à l'articulation entre le calendrier M&A et celui de la procédure de contrôle des concentrations. Les entreprises doivent en effet déterminer si l'opération doit faire l'objet d'une notification préalable au titre du contrôle des concentrations alors que les négociations sont en cours. En pratique, elles déposent leur dossier de notification au plus tard au moment de la conclusion de l'accord (*signing*) et c'est donc sur la base du prix convenu dans l'accord qu'elles détermineront si l'opération entre dans le champ d'application du seuil de notification en valeur de l'opération.

¹¹ Disponibles à l'adresse suivante : <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/102/1810207.pdf>.

¹² Voir les notes explicatives jointes au projet de loi, page 77.

Toutefois, le contrat d'acquisition ne prévoit souvent qu'une formule de calcul du prix et le prix payé au jour de la réalisation de l'opération ne sera réellement connu que quelques jours avant le *closing*. Dans cette hypothèse, seule une estimation du prix d'achat sera disponible au jour de la conclusion de l'accord. Qu'en est-il si le prix d'acquisition estimé au jour de la signature est inférieur au seuil en valeur, mais le prix finalement payé au jour du *closing* est supérieur à ce seuil?

De la même façon, comment tenir compte d'une clause d'*earn out* par laquelle un complément de prix pourra être versé au cédant sous réserve de la réalisation de conditions liées à la performance future de l'entreprise ? Or ces clauses peuvent se rencontrer notamment lors de l'acquisition de start-ups du secteur numérique dont la performance future peut être plus difficile à prévoir pour un acquéreur. Quelles seraient les conséquences pour l'acquéreur dans le cas où la réalisation de la clause d'*earn out* ferait passer la valeur de l'opération au-dessus du seuil postérieurement à sa mise en œuvre ?

- **Les incertitudes tenant au lien de rattachement avec le territoire national**

Les textes allemand et autrichien exigent que la cible exerce une « *activité significative* » sur le territoire national pour permettre le contrôle de l'opération par l'autorité de concurrence. Les textes n'apportent toutefois aucune précision sur la manière dont ce critère doit être apprécié et les autorités nationales de concurrence n'ont à ce jour pas encore adopté de lignes directrices.

Si les travaux parlementaires envisagent différentes pistes de réflexion pour caractériser un lien de rattachement, certains indices proposés soulèvent de sérieuses difficultés d'application :

- La référence au nombre d'utilisateurs/de visiteurs uniques : parmi les pistes de réflexion envisagées par les travaux parlementaires du Bundesrat allemand figurent notamment l'existence d'un nombre « suffisant » de clients sur le territoire national, comme par exemple le nombre d'utilisateurs d'une application mobile ou le nombre de visiteurs uniques d'un site internet. Les travaux parlementaires relatifs au projet de loi allemand font référence à un seuil d'un million d'utilisateurs ou de visiteurs uniques par mois. Mais on lit également que ce nombre pourrait être apprécié différemment selon la nature de l'application en cause par exemple : si elle s'adresse à l'ensemble de la population, le seuil d'un million d'utilisateurs serait pertinent mais dans l'hypothèse où elle serait destinée à un nombre plus restreint d'utilisateurs, le nombre minimal d'utilisateurs matérialisant un rattachement avec le territoire allemand pourrait en revanche être inférieur à un million¹³. Une telle solution « à géométrie variable » serait à l'évidence vectrice d'une grande insécurité juridique pour les entreprises.

¹³ *Ibid.*, page 75.

- La détention d'un établissement ou de locaux sur le territoire national : le législateur autrichien considère quant à lui que le simple fait que la cible dispose d'un établissement ou de locaux en Autriche suffit à établir un lien de rattachement avec le territoire national. Si ce critère a le mérite d'être objectif et incontestable, déduire de l'implantation de locaux l'existence d'une activité significative sur un territoire soulève de sérieuses réserves (*quid* s'il s'agit d'une société holding qui détient uniquement des participations dans des sociétés étrangères par exemple ?).

Compte tenu des incertitudes relevées ci-dessus, l'APDC estime que les nouveaux systèmes adoptés en Allemagne et en Autriche ne doivent pas inspirer une éventuelle réforme en France. En outre, l'on ne dispose pas à ce jour d'un retour d'expérience suffisant sur les conséquences de l'introduction de ce seuil alternatif, ni même sur l'augmentation du nombre d'opérations contrôlables résultant de ce nouveau seuil.

2. Étendre le champ du contrôle des concentrations en France par l'introduction d'un nouveau seuil en valeur de la transaction, non justifiée par un vide juridique avéré, serait prématuré et générerait une charge procédurale supplémentaire disproportionnée pour les entreprises

- **Il n'y a pas de vide juridique avéré de nature à justifier l'introduction d'un seuil alternatif de contrôle des concentrations**

Se pose en premier lieu la question de l'utilité d'une éventuelle réforme des seuils de notification, c'est-à-dire s'il existe un vide juridique suffisant pour justifier la création d'un seuil supplémentaire qui donnera lieu à une charge administrative supplémentaire pour les entreprises et retardera la réalisation d'un grand nombre d'opérations.

L'APDC considère, de même qu'elle l'avait indiqué en réponse à la Consultation publique de la Commission d'octobre 2016, que les exemples d'opérations dans l'économie numérique ou dans le secteur pharmaceutique qui franchissent les seuils actuels – qu'il s'agisse des seuils de notification français ou communautaires – et qui peuvent avoir un impact significatif sur la concurrence, sont rares¹⁴.

L'APDC observe ainsi que l'acquisition de WhatsApp par Facebook a finalement été soumise à autorisation préalable de la Commission européenne, et autorisée sans engagement. Inversement, de nombreuses opérations récentes dans l'économie digitale qui n'ont pas soulevé de préoccupations de concurrence (telles que l'acquisition de LinkedIn par Microsoft) ont franchi les seuils de notification européens.

Nous relevons en outre que l'Autorité, dans sa réponse à la Consultation publique de la Commission, a indiqué qu'elle n'avait pas été confrontée à une situation où une opération susceptible de soulever des problèmes de concurrence aurait échappé à son contrôle en raison de la faiblesse du chiffre d'affaires de la cible.

À ce stade, l'APDC estime que l'existence d'un vide juridique n'est pas suffisamment démontrée.

¹⁴ Voir la réponse de l'APDC à la Consultation publique de la Commission : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/association_des_avocats-pratiquant_le_droit_de_la_concurrence_contribution_fr_en.pdf.

Enfin, l'APDC souligne que l'Autorité dispose de moyens pour remédier *ex post* aux opérations de concentration – qu'elles aient ou non été soumises à son contrôle *ex ante* – qui se révéleraient *in fine* nocives pour la concurrence lorsque l'entité issue de l'opération abuse d'une position dominante acquise ou renforcée grâce à l'opération et que son comportement contreviendrait aux dispositions de l'article L. 420-2. Dans un tel cas, l'article L. 430-9 du code de commerce permet en effet à l'Autorité d'aller jusqu'à défaire l'opération par laquelle s'est réalisée la concentration de sa puissance économique en enjoignant à l'entreprise, par décision motivée, de résilier tous les accords ou actes matérialisant la concentration.

- **L'introduction d'un nouveau seuil générerait une charge supplémentaire injustifiée pour les entreprises**

Enfin, l'APDC estime que l'introduction d'un seuil supplémentaire fondé sur la valeur de l'opération engendrerait une charge supplémentaire pour les entreprises qui n'est pas justifiée par un bénéfice potentiel au vu du faible nombre d'opérations concernées qui seraient susceptibles d'avoir un impact significatif sur la concurrence.

Il faut bien voir en effet que les régimes de contrôle des concentrations allemand et français sont très différents :

- En Allemagne, le champ du contrôle des concentrations est plus étendu (seuils de chiffre d'affaires réalisés en Allemagne relativement bas, notifiabilité des *joint ventures* coopératives, notifiabilité des prises de participation supérieures à 25 %) et un très grand nombre d'opérations sont contrôlées chaque année par le Bundeskartellamt (1.200 selon le Document de Consultation). Dans la grande majorité des cas, les dossiers de notification sont assez simples et les opérations sont autorisées bien avant l'expiration du délai formel d'examen d'un mois (en phase 1).
- En France, les seuils de notification sont plus élevés et le nombre de dossier traités par l'Autorité de la concurrence est beaucoup plus faible. L'Autorité a ainsi reçu 235 dossiers de notification et rendu 230 décisions en 2016¹⁵. En revanche, la procédure est plus lourde et plus longue dans la mesure où les entreprises sont tenues de fournir un grand nombre d'informations, même dans le cas où les opérations ne sont pas susceptibles de soulever un problème de concurrence. En outre, même dans les cas où l'Autorité rend une décision simplifiée, il est rare qu'elle n'épuise pas le délai de 25 jours ouvrés dont elle dispose en phase 1 pour rendre sa décision.
- Enfin, notons que la procédure de contrôle des concentrations est payante en Allemagne, tandis qu'elle est gratuite en France. Les implications d'une extension de la procédure de contrôle des concentrations ne sont donc pas les mêmes dans ces deux juridictions.

Malgré ces différences significatives, les statistiques disponibles montrent que le nombre d'opérations soulevant des problèmes de concurrence examinées par les autorités allemande et française est en moyenne du même ordre.

¹⁵ Voir le Rapport annuel de l'Autorité pour 2016, page 9. Selon le Rapport annuel, l'Autorité a reçu 235 dossiers de notification au cours de l'année 2016 (voir page 13).

Étendre le champ des opérations susceptibles d'être soumises au contrôle préalable de l'Autorité de la concurrence entraînerait un engorgement du service des concentrations de l'Autorité et l'alourdissement de la charge administrative qui pèse sur les entreprises françaises pénalisant ainsi les activités de fusions et acquisitions en France. Comme cela a déjà été évoqué devant la Commission européenne, l'APDC estime que cela constituerait une sérieuse contrainte pour les entreprises investissant en Europe, notamment les investisseurs privés / les fonds d'investissement, très sensibles à la rapidité de la réalisation de l'opération.

3. L'introduction d'un seuil en valeur serait prématurée : il est nécessaire d'attendre que la Commission européenne se prononce sur cette question

La Commission étudie également l'opportunité d'introduire un seuil alternatif de contrôle des concentrations fondé sur la valeur de la transaction dans les secteurs de l'économie numérique et pharmaceutique dans le cadre de sa Consultation publique d'octobre 2016. Elle a publié un résumé des réponses obtenues en juillet dernier, dont il ressort que la majorité des répondants autres que les autorités nationales de concurrence et les administrations n'ont pas constaté l'existence d'un vide juridique à l'échelle européenne et ne sont pas favorables à l'introduction d'un seuil en valeur de l'opération.

L'APDC considère qu'il est nécessaire d'attendre de connaître la position qui sera adoptée par la Commission européenne sur ce sujet avant d'entreprendre une modification du régime français du contrôle des concentrations.

La compétence de l'Autorité ne saurait en effet être qu'une compétence subsidiaire par rapport à celle de la Commission européenne qui ne s'envisage que sous réserve d'être articulée de manière adéquate avec une modification similaire des seuils au niveau européen. Ce n'est en effet que dans le cas où l'opération ne serait pas d'une envergure suffisante pour être contrôlée par la Commission que l'Autorité de la concurrence pourrait être compétente, le niveau d'un éventuel seuil français en valeur devant donc nécessairement être inférieur à celui déterminé par la Commission européenne. Enfin, si l'objectif de cette réforme est de contrôler principalement l'acquisition de « licornes », pour des montants particulièrement élevés, toutes ces opérations devraient entrer dans le champ d'application d'un nouveau seuil européen et l'APDC ne voit pas quel intérêt il y aurait à dupliquer ce contrôle au niveau national.

4. À titre subsidiaire, si un seuil alternatif en valeur de l'opération devait être introduit, des précautions devraient être prises afin de limiter les effets négatifs et garantir au mieux la sécurité juridique des entreprises

Compte tenu de la charge que représente la notification d'une opération de concentration pour les entreprises et des peines encourues en cas de défaut de notification, il est indispensable que les règles en la matière soient claires et indiscutables et que leur application repose sur des critères objectifs.

Dans l'hypothèse où, malgré les objections soulevées ci-dessus, l'Autorité serait favorable à l'introduction d'un nouveau seuil de contrôle des concentrations fondé sur la valeur de la transaction, l'APDC formule ci-dessous des recommandations dans l'objectif de garantir aux entreprises un niveau de sécurité juridique suffisant.

En tout état de cause, une telle réforme ne serait envisageable que sous réserve (i) qu'elle s'accompagne des mesures de simplification évoquées par l'Autorité dans le cadre de cette consultation publique et auxquelles l'APDC apporte des précisions ci-dessous et, naturellement, (ii) que les opérations notifiables en application de ce seuil alternatif puissent largement bénéficier de ces procédures simplifiées et d'un traitement accéléré.

4.1 La valeur de l'opération doit être fixée à un montant suffisamment élevé pour ne capturer que les opérations les plus susceptibles d'avoir un effet sur la concurrence

Comme indiqué ci-dessus, l'APDC estime que l'existence d'un vide juridique ou d'un quelconque manque dans le régime actuel du contrôle des concentrations en France n'est pas démontrée.

En conséquence, l'Autorité doit veiller à ce que la réforme demeure strictement limitée à ce qui est nécessaire pour répondre à l'objectif visé – à savoir le contrôle de quelques opérations isolées dans des cas de figure particuliers¹⁶ – et n'entraîne pas une extension excessive et disproportionnée du champ actuel du contrôle des concentrations.

Il incombera à l'Autorité de réaliser une étude d'impact afin de déterminer le seuil pertinent, qui devra être fixé à un niveau suffisamment élevé pour circonscrire étroitement les opérations susceptibles de tomber sous le coup de ces nouvelles dispositions. L'APDC estime qu'en tout état de cause, un éventuel seuil en valeur ne devrait pas être inférieur à celui de 400 millions d'euros retenu par le législateur allemand.

4.2 Le lien de rattachement avec la France doit être matérialisé par des seuils complémentaires fondés sur un chiffre d'affaires minimum en France

L'APDC estime qu'il est indispensable qu'une opération ait un lien de rattachement suffisant avec la France pour pouvoir être assujettie au contrôle de l'Autorité.

À cet égard, un lien de rattachement purement « qualitatif » sur le modèle allemand ou autrichien, reposant sur une formulation vague et subjective telle que l'exercice d'une « activité substantielle » ou l'existence d'un « lien significatif » avec le territoire national serait un grave facteur d'insécurité juridique pour les entreprises et ouvrirait la voie à des interprétations divergentes. En outre, compte tenu des sanctions encourues en cas de défaut de notification, il existe un risque que les entreprises adoptent une interprétation très conservatrice et prudente de ce que pourrait constituer un lien de rattachement et notifient alors toute opération susceptible d'avoir un lien de rattachement même très indirect ou hypothétique avec le territoire national. Ce critère se trouverait alors privé d'effet utile.

En conséquence, dans le cas où l'Autorité souhaiterait ajouter un seuil alternatif en valeur de la transaction, il est essentiel, au regard des impératifs de clarté et de prévisibilité de la loi, d'adopter **un critère simple, objectif et incontestable, à savoir la réalisation d'un chiffre d'affaires important par l'acquéreur et d'un chiffre d'affaires suffisant par la cible**. Il pourrait ainsi être prévu, en plus de la condition relative à la valeur de l'opération :

¹⁶ On pense notamment à cet égard aux opérations dans lesquelles le prix d'acquisition est calculé par rapport à un multiple d'EBITDA particulièrement important.

- que l'acquéreur (ou, en cas d'acquisition de contrôle conjoint, au moins une des entreprises acquérant le contrôle) ait réalisé en France un chiffre d'affaires relativement élevé, supérieur à 50 millions d'euros par exemple, au cours du dernier exercice clos ;
- que la cible ait réalisé en France un chiffre d'affaires suffisamment significatif, supérieur à 15 millions par exemple, au cours du dernier exercice clos.

4.3 L'Autorité devra revoir et compléter les Lignes directrices pour préciser comment sera déterminé le nouveau seuil afin de garantir aux entreprises un degré suffisant de sécurité juridique dès l'entrée en vigueur de la réforme

Dans le cas où l'Autorité souhaiterait qu'une réforme soit mise en œuvre pour ajouter au régime existant un seuil alternatif de contrôle des concentrations, elle devra réviser et compléter les Lignes directrices sur le contrôle des concentrations pour y expliquer comment il convient de calculer la « valeur de l'opération » ou la notion équivalente qui sera retenue.

Afin de faciliter le travail des entreprises, sur lesquelles reposent la charge d'évaluer si l'opération est notifiable ou non, l'APDC sollicite de l'Autorité qu'elle apporte des explications claires, dans un document aussi didactique et exhaustif que possible, sur les éléments qui devront être inclus ou au contraire exclus de ce calcul. Il lui faudra notamment traiter les questions des ajustements et des compléments de prix conditionnés à la réalisation d'événements postérieurs à la réalisation de l'opération.

L'APDC considère en outre que la préparation de cette révision des Lignes directrices devrait intervenir en parallèle du calendrier d'adoption de la modification du texte de loi, de manière à ne pas laisser les entreprises démunies à la suite de la publication de la loi.

C. LA REINTRODUCTION D'UN SEUIL EN PARTS DE MARCHÉ

L'APDC considère que les seuils de parts de marché ne sont pas non plus appropriés car ils donnent lieu à des incertitudes significatives liées aux définitions de marché et au calcul des parts de marché, très difficiles à appliquer en pratique, comme l'Autorité le souligne elle-même dans le Document de Consultation.

Cela est tout particulièrement vrai dans les secteurs innovants, pour lesquels il existe très peu voire aucune pratique décisionnelle permettant de délimiter les marchés concernés. Le risque serait grand de voir l'Autorité considérer, au stade de l'examen de la contrôlabilité, que toute innovation constitue en soi un marché. Les parties à une concentration dans ces secteurs seraient alors dans l'incapacité de savoir si elles doivent ou non notifier leur opération.

En outre, dans ces secteurs, l'activité de la cible peut être encore, au moment de l'acquisition, au stade de la recherche-développement, sans présence sur un marché, même sur un marché de technologie au sens du règlement (UE) n° 316/2014 portant exemption par catégorie de certains accords de transfert de technologie¹⁷.

¹⁷ Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie

Fonder la contrôlabilité sur des seuils de parts de marché des parties ne serait donc pas indiqué pour élargir le contrôle des concentrations aux opérations mises en œuvre dans les secteurs innovants, objectif poursuivi par l’Autorité.

Par ailleurs, l’APDC relève qu’au Royaume-Uni et en Espagne, deux systèmes de contrôle des concentrations incluant un seuil en parts de marché pris pour exemple par l’Autorité dans le Document de Consultation, une centaine d’opérations sont contrôlées chaque année. L’Autorité a pour sa part contrôlé 230 concentrations en 2016. Comme indiqué ci-dessus, étendre encore son contrôle sur la base de nouveaux critères entraînerait un engorgement de l’Autorité, sans qu’il soit certain que cette extension lui permette d’examiner les affaires qu’elle vise.

D. LA « MISE EN ŒUVRE VOLONTARISTE D’OUTILS EXISTANTS »

1. Le renvoi à la Commission à l’initiative des parties (article 4, § 5, du règlement concentration) ou des États membres (article 22 du règlement concentration)

Lorsque, **sur le fondement de l’article 4 § 5 du règlement concentrations**, les parties à une concentration devant être notifiée dans au moins trois Etats membres demandent à la Commission européenne de l’examiner en lieu et place des autorités nationales de concurrence, l’Autorité de la concurrence peut faire valoir ses observations dans le cadre du réseau européen de la concurrence.

En revanche, comme l’Autorité le souligne dans le Document de Consultation, la Commission européenne n’accepte le renvoi de l’examen d’une concentration à la demande d’un ou plusieurs Etats membres **sur le fondement de l’article 22 du règlement concentrations** qu’à la condition qu’au moins un Etat membre qui lui en fait la demande soit compétent en vertu de ses règles nationales de contrôle des concentrations. Par conséquent, le renvoi d’une concentration ne franchissant pas les seuils du code de commerce à la Commission européenne serait voué à l’échec. L’Autorité peut en revanche s’associer à une demande de renvoi formée par un autre Etat membre afin que la Commission examine les effets de la concentration sur le marché français. Elle l’a déjà fait avec succès par le passé.

L’APDC estime que dans la mesure où il y aurait effectivement des opérations avec des effets transfrontaliers significatifs qui ne franchiraient pas les seuils européens, les systèmes actuels de renvoi sont susceptibles de permettre à ces opérations d’être examinées au niveau le plus approprié.

Elle considère en particulier que le mécanisme facultatif de l’article 4 § 5 à l’initiative de la partie notifiante fonctionne bien et ne voit pas de motif de l’amender. Il doit rester optionnel pour les parties, pour la Commission comme pour les autorités nationales compétentes pour examiner la concentration en cause.

Elle estime de même que seuls les Etats membres compétents en vertu de leur législation nationale, doivent avoir la possibilité de demander le renvoi d’une concentration à la Commission en application de l’article 22.

2. L'application de la jurisprudence *Continental Can* ou *Philip Morris*

L'APDC observe à titre liminaire que dans les deux affaires visées par l'Autorité, l'initiative de contrôler les concentrations sur le fondement des articles 85 et 86 du Traité de Rome s'est soldée par un échec : dans l'affaire *Continental Can* faute de démonstration d'une position dominante, dans l'affaire *Philip Morris* en raison de l'absence de tout effet anticoncurrentiel des accords dénoncés, qui préservaient l'indépendance de la « cible » Rothmans. Il semble donc paradoxal de vouloir fonder un nouveau cas de contrôle des concentrations sur ces arrêts dans lesquels la Cour de justice a posé des principes purement théoriques dont elle n'a jamais fait la moindre application positive.

Par ailleurs, lors de l'adoption du règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89, les institutions ont décidé de ne plus faire application des articles 85 et 86 du Traité aux concentrations, comme le rappelle le considérant n° 7 du règlement : « *dès lors il y a lieu de créer un instrument juridique nouveau qui permette un contrôle effectif de toutes les opérations de concentration en fonction de leur effet sur la structure de la concurrence dans la Communauté et qui soit le seul applicable à de telles concentrations* »¹⁸. Il serait donc pour le moins étrange qu'une autorité nationale décide de redonner vie à une pratique initiée par la Commission européenne et que celle-ci a abandonnée depuis bientôt trente ans.

L'APDC estime enfin que toute introduction d'un nouveau contrôle *ex post* serait source d'insécurité juridique. Le risque serait en l'occurrence d'autant plus insupportable que les concentrations visées n'atteignant pas les seuils du code de commerce, les parties n'auraient aucun moyen de se prémunir d'un risque d'interdiction ou d'engagements *a posteriori* en notifiant volontairement leur opération.

Cela étant rappelé, l'APDC n'est en tout état de cause pas favorable à l'**application de la jurisprudence *Continental Can***.

Cet arrêt a fait l'objet de très vives critiques doctrinales pour plusieurs motifs, dont l'abandon de l'exigence d'un lien de causalité entre la position dominante et l'abus, l'incrimination de la position dominante en tant que telle en l'absence de tout comportement abusif et le défaut de clarté du critère que la Cour a tenté de poser. La Cour a jugé dans cet arrêt qu'« *est susceptible de constituer un abus le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante* ». Puis elle a ajouté que « *si peut être, en dehors de toute faute, considérée comme abusive la détention d'une position dominante portée à un point tel que les objectifs du traité se trouvent tournés par une modification si substantielle de la structure de l'offre que la liberté de comportement du consommateur sur le marché se trouve gravement compromise, l'élimination pratique de toute concurrence rentre nécessairement dans un tel cadre* », mais que pour autant, « *une condition aussi restrictive que l'élimination de toute concurrence n'[est] pas exigée dans tous les cas...* »¹⁹.

¹⁸ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* L 395 du 30 déc. 1989, p. 1, soulignement ajouté.

¹⁹ CJCE, 21 fév. 1973, *Europemballage et Continental Can c/ Commission*, aff. 6/72, *Rec.* p. 215, att. 26 et 29, soulignements ajoutés.

Ce dernier attendu est loin d'être limpide et apparaît en contradiction avec le précédent. Il est certain en toute hypothèse que selon la Cour, tout renforcement de position dominante n'est pas critiquable. Mais à quel degré de concentration devient-il abusif ? Ce test d'un renforcement de position dominante d'une certaine gravité non autrement précisé est totalement impraticable. Le seuil déclenchant la qualification d'abus n'est pas suffisamment net pour fonder une sanction de nature quasi-pénale et une éventuelle injonction structurelle de dé-concentration.

Rappelons que le législateur a refusé en 2015 de conférer à l'Autorité un pouvoir d'injonction structurelle en l'absence de comportement abusif dans le secteur du commerce de détail en raison précisément :

- de l'incertitude des critères d'application, alors pourtant qu'ils étaient mieux définis que dans l'arrêt *Continental Can* (50 % de parts de marché, marges élevées) ;
- de l'absence de caractère objectif des critères ;
- de l'atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété ;
- de ce qu'une position dominante n'est pas condamnable en soi.

Faire revivre en France la jurisprudence *Continental Can*, qui est tombée en désuétude au plan européen depuis l'introduction d'un contrôle *ex ante* des concentrations, pour permettre à l'Autorité d'appréhender les concentrations qui ne sont pas notifiables serait donc très grave de conséquences pour les entreprises.

L'Autorité envisage enfin **l'application de la jurisprudence *Philip Morris*** « permettant de contrôler les effets coordonnés susceptibles de résulter des prises de participation minoritaires ». Cette piste de réflexion paraît moins sujette à critique s'il s'agit bien exclusivement d'apprécier les effets sur le jeu de la concurrence d'une prise de participation minoritaire non contrôlante.

E. L'ADOPTION D'UN SYSTEME HYBRIDE INSPIRE DE LA SUEDE

Comme déjà indiqué, l'APDC n'est pas favorable à la possibilité d'une intervention *ex post* de l'Autorité de la concurrence, source d'insécurité juridique pour les entreprises concernées.

En outre, comme indiqué ci-dessus, l'article L. 430-9 du code de commerce confère déjà à l'Autorité le pouvoir d'enjoindre à une entreprise reconnue coupable d'un abus de position dominante « de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus ».

De l'expérience des membres de l'APDC, la menace d'une application de ce texte suffit déjà à discipliner le comportement des entreprises dominantes qui procèdent à des acquisitions sous les seuils de contrôlabilité français.

F. AUTRES PISTES POUVANT ETRE SUGGEREES

L'APDC estime que le système actuel couvre de manière adéquate la plupart, voire toutes les transactions, ayant un impact significatif sur le marché français.

Plus généralement, l'APDC estime que les seuils juridictionnels sont, par définition, « imparfaits » dans le sens où il y a toujours des exemples d'opérations qui peuvent avoir un impact négatif sur un marché donné et qui ne franchissent pas les seuils applicables, quelle que soit la manière dont les seuils sont déterminés. A titre d'illustration, les opérations relatives à des marchés très restreints (locaux) peuvent avoir un impact négatif sur la concurrence, même si les entreprises concernées réalisent de très faibles chiffres d'affaires et que la valeur de l'opération est minimale. De tels inconvénients sont inévitables et ne seront pas supprimés quels que soient les seuils.

La question est donc de savoir s'il existe un « vide juridique » suffisant pour justifier la création d'un seuil supplémentaire qui, par définition, donnera lieu à une charge administrative supplémentaire pour les entreprises et retardera la réalisation d'un grand nombre d'opérations.

Comme indiqué ci-dessus, et au vu de l'expérience de ses membres, l'APDC est d'avis que la réponse à cette question est négative.

En particulier, l'APDC estime qu'il existe un réel risque d'un champ de contrôle « excessif » si un nouveau seuil en valeur était adopté. En effet, de nombreuses opérations ne donnant lieu à aucun problème de concurrence tomberaient ainsi dans le champ d'application des dispositions relatives au contrôle des concentrations.

II. REFLEXION RELATIVE A LA SIMPLIFICATION DES PROCEDURES EN MATIERE DE CONCENTRATIONS

Dans leur très grande majorité, les opérations soumises au contrôle de l'Autorité ne soulèvent pas de problème de concurrence. Aussi l'APDC se réjouit-elle de la volonté de l'Autorité de simplifier davantage la procédure de contrôle, notamment par une adaptation de la procédure simplifiée. Comme l'Autorité, l'APDC considère en effet qu'une simplification de la procédure applicable au contrôle des concentrations est souhaitable et encore possible.

De telles modifications devraient conduire à un traitement facilité et donc plus rapide des opérations concernées. Elles devraient en outre permettre une meilleure affectation des ressources de l'Autorité qui bénéficiera aux opérations réellement susceptibles de soulever des problèmes de concurrence.

Comme relevé par le Document de Consultation, l'APDC constate que la procédure simplifiée mise en œuvre depuis 2011 présente des avantages significatifs en termes de préparation du dossier de notification et de délais de prise de décision par l'Autorité. Cependant, en dépit de ces avantages, la charge de la collecte d'informations par les entreprises reste néanmoins encore aujourd'hui très lourde, par certains aspects, pour des opérations dépourvues d'enjeux concurrentiels. Il serait souhaitable que les modifications envisagées s'agissant d'opérations *a priori* non problématiques se traduisent aussi par un allègement du dossier de notification du point de vue des entreprises.

Si un formulaire spécifique devait être mis en place pour les opérations éligibles à la nouvelle procédure simplifiée élargie, comme cela est envisagé par le Document de Consultation, il conviendrait à tout le moins de s'assurer que celui-ci ne soit pas plus contraignant que le formulaire complet actuel. A cet égard, l'APDC s'interroge sur la pertinence du modèle de formulaire simplifié européen qui s'avère en réalité démesurément lourd du point de vue des entreprises pour des opérations qui ne soulèvent pas de problèmes de concurrence.

Cela étant précisé, l'APDC a identifié plusieurs axes qui s'inscrivent dans les pistes posées par le Document de Consultation. Plus précisément, l'APDC considère que les options suivantes pourraient être adoptées :

- la mise en place d'un régime de déclaration préalable (A) ;
- l'élargissement du champ d'application de la procédure simplifiée, accompagné d'un allègement du contenu du formulaire simplifié et de l'accélération des délais d'instruction (B) ;
- le maintien du formulaire de notification actuel (qui devrait faire l'objet de certaines adaptations) uniquement pour les opérations impliquant des marchés affectés (C) ; et
- la limitation du nombre d'exemplaires papier à fournir à l'Autorité (D).

A. LA MISE EN PLACE D'UN REGIME DE « DECLARATION PREALABLE »

1. Les opérations de concentration éligibles au régime de déclaration préalable

Selon le Document de Consultation, le régime de la déclaration préalable s'appliquerait aux opérations de concentration qui bénéficient du régime de la notification simplifiée dans le système actuel, soit les opérations dans lesquelles les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent les cibles, ni sur des marchés amonts, avals ou connexes (cf. § 189 des Lignes directrices)²⁰.

L'APDC est d'avis que les cas suivants devraient être ajoutés :

- les opérations qui sont actuellement notifiables en application de l'article L. 430-2 III du code de commerce, en particulier lorsque le seuil « local » de 15 millions d'euros - ou de 5 millions d'euros concernant le commerce de détail - est atteint, alors que les entreprises concernées ne réalisent pas de chiffre d'affaires dans le même département ou la même collectivité territoriale²¹ ; les opérations concernées ne sont en effet pas de nature à soulever d'enjeu concurrentiel ;
- les opérations par lesquelles une entreprise détenant le contrôle conjoint d'une entreprise commune en acquiert le contrôle exclusif, ce type de concentrations ne posant en principe pas de problèmes de concurrence ;
- les opérations donnant lieu à la création d'une entreprise commune de plein exercice n'ayant pas vocation à exercer ses activités en France, ce type de concentrations ne posant par nature pas le moindre problème de concurrence sur le territoire français ; et
- les opérations par lesquelles une entreprise acquiert un contrôle conjoint sur une structure commune aux côtés de l'entreprise contrôlant de façon exclusive la cible pré-opération, sous réserve que l'entreprise acquérant le contrôle ne soit pas présente sur les mêmes marchés que l'entreprise exerçant le contrôle exclusif pré-opération et la cible, ni sur des marchés amonts, avals ou connexes à ces dernières; de telles concentrations ne sont en effet pas de nature à poser de problèmes de concurrence dans la mesure où les relations horizontales, verticales et/ou conglomérales entre la cible et l'entreprise exerçant un contrôle exclusif sur cette dernière pré-opération sont préexistantes à l'opération envisagée ; et

²⁰ Concernant la proposition de traitement simplifié des opérations actuellement notifiables en application de l'article L. 430-2 II du code de commerce, il est renvoyé aux développements de la Section I.A.1. ci-dessus.

²¹ Cette proposition est effectuée à titre subsidiaire dans la mesure où l'APDC suggère, à titre principal, de supprimer toute obligation de notification lorsque les entreprises concernées ne réalisent pas de chiffre d'affaires dans le même département ou la même collectivité territoriale (voir Section I.A.2. ci-dessus).

- les opérations par lesquelles une entreprise agréée par l'Autorité, la Commission européenne ou une autorité de concurrence nationale d'un Etat membre de l'Union européenne en tant qu'acquéreur approprié acquiert le contrôle des actifs faisant l'objet de mesures remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence résultant d'une opération de concentration, ce type d'opérations ne devant par hypothèse pas soulever de difficulté de concurrence étant donné que l'une des conditions d'agrément de l'acquéreur approprié est que l'acquisition ne soit pas susceptible de créer de nouvelles atteintes à la concurrence.

2. Le contenu du dossier de déclaration préalable

L'APDC suggère que le dossier de déclaration préalable soit fondé sur l'actuel formulaire de « notification simplifiée », allégé de quelques éléments. Une telle approche permettrait en effet à l'Autorité de disposer d'informations suffisantes sur l'opération déclarée dans le but d'éviter des questions complémentaires de sa part susceptibles d'engendrer un ralentissement des délais (cf. ci-après).

L'APDC propose ainsi que, dans le cadre du régime de déclaration préalable, les parties « déclarantes » fournissent les éléments suivants :

- une copie des actes soumis à notification, accompagnée, si nécessaire, d'une traduction en langue française ; concernant la traduction, l'APDC considère que les actes en langue anglaise ne devraient pas faire l'objet d'une traduction s'agissant d'une langue aisément accessible et que, pour les actes dans une langue autre, la traduction devrait être limitée aux parties de ces documents nécessaires dans le cadre de la déclaration préalable ;
- le chiffre d'affaires réalisé individuellement par les entreprises concernées aux niveaux mondial, de l'Union européenne et de la France (voire le cas échéant dans le secteur du commerce de détail et/ou dans les DOM-COM) ;
- la liste des Etats dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications ;
- le cas échéant, le mandat des conseils ou personnes chargées de la notification ;
- un résumé de l'opération ne contenant ni information confidentielle ni secret d'affaires, destiné à être publié sur le site Internet de l'Autorité ;
- un organigramme simplifié présentant la structure capitalistique des parties notifiantes et de leurs principaux actionnaires, ainsi que les participations contrôlantes détenues par les parties notifiantes et leurs principaux actionnaires dans d'autres entreprises ;
- la liste des opérations de concentration réalisées par les entreprises concernées au cours des trois dernières années ; et
- la liste des activités des entreprises concernées : tel que cela est d'ores et déjà le cas dans le cadre des dossiers simplifiés actuels (cf. § 190 des Lignes directrices), produire une définition des marchés pertinents n'est pas utile.

En conséquence, la déclaration préalable serait allégée dans son contenu par rapport au dossier simplifié actuel en ce sens que les éléments suivants n'auraient plus à être fournis dans le cadre de la déclaration préalable :

- les comptes rendus des organes délibérants relatifs à la concentration, tel que cet allègement est proposé par le Document de Consultation ;
- la description des aspects juridiques et financiers de l'opération mentionnant le montant de l'acquisition le cas échéant : de telles informations ne sont pas nécessaires dans le cadre d'un régime de déclaration préalable ;
- une présentation des objectifs économiques de l'opération, tel que cet allègement est proposé par le Document de Consultation ;
- les comptes sociaux, les comptes consolidés et le dernier rapport annuel : de telles informations ne sont pas nécessaires dans le cadre d'un régime de déclaration préalable et peuvent être remplacées par la fourniture des seuls chiffres d'affaires des entreprises concernées (cf. ci-dessus) ;
- la liste des principaux actionnaires, les pactes d'actionnaires et la liste et le montant des participations détenues par les parties notifiantes ou leurs actionnaires dans d'autres entreprises si ces participations confèrent directement ou indirectement au moins une minorité de blocage ou la faculté de nommer au moins un membre du conseil d'administration : un organigramme simplifié est suffisant à cet égard (cf. ci-dessus) ;
- le tableau récapitulatif de données financières, tel que cet allègement est proposé par le Document de Consultation ;
- la déclaration sur l'honneur prévue au § 189 des Lignes directrices : cette déclaration n'apparaît pas utile dans la mesure où l'article L. 430-8 du code de commerce devrait permettre à l'Autorité de sanctionner les cas d'omission ou de déclaration inexacte dans le cadre d'une déclaration préalable, comme c'est le cas actuellement pour une notification.

3. La mise en place d'un régime de déclaration préalable ne doit en aucun cas nuire à la prévisibilité du calendrier des opérations de concentration

L'APDC estime qu'un système de déclaration préalable ne serait de nature à rendre le contrôle des concentrations français encore plus efficace qu'il ne l'est aujourd'hui, que dans la mesure où il permettrait :

- pour les entreprises, d'accélérer le calendrier de réalisation des opérations ne soulevant manifestement aucun problème de concurrence en obtenant une autorisation tacite dans des délais très courts ; et
- pour l'Autorité, d'alléger sa charge de travail en supprimant le régime d'autorisation expresse pour un nombre potentiellement important d'opérations.

Pour autant, l'APDC souligne que, du point de vue des entreprises, il est fondamental d'assurer une prévisibilité maximale du calendrier. En d'autres termes, la possibilité d'obtenir des décisions plus rapidement (et sur la base de dossiers plus rapides à constituer) ne devrait pas aboutir à la mise en place d'une procédure dont les délais ne seraient pas pleinement prévisibles.

Ainsi, s'il paraît bien sûr légitime d'accompagner un régime de déclaration préalable d'un certain nombre de garde-fous permettant à l'Autorité de vérifier qu'une opération ne soulève effectivement aucune difficulté sur le fond, il est essentiel que les mécanismes permettant à l'Autorité d'intervenir (pour poser des questions sur une opération déclarée, voire pour exiger une notification formelle) soient eux-mêmes strictement encadrés.

En effet, si le pouvoir d'intervention de l'Autorité n'était pas suffisamment circonscrit (notamment en termes de délai), le système de déclaration préalable pourrait *in fine* aboutir à une visibilité insuffisante sur les délais ou à un allongement des délais d'examen, ce qui serait contraire aux objectifs poursuivis par la réforme envisagée.

Au vu de ces considérations, l'APDC suggère la mise en place d'un mécanisme de déclaration préalable dont les caractéristiques essentielles en termes de calendrier seraient les suivantes :

- A compter du dépôt de la déclaration préalable (dont le contenu a été discuté ci-dessus), l'Autorité disposerait d'un délai de huit jours ouvrés pour (i) poser des questions si elle le juge utile pour son instruction de la déclaration ou (ii) exiger le dépôt d'une notification formelle.
- A l'expiration de ce délai, l'opération déclarée serait réputée être approuvée, comme proposé par le Document de Consultation (cf. « [I] *'écoulement du délai aurait le même effet qu'une autorisation tacite* »), sous réserve que l'Autorité n'ait pas exigé une notification formelle ou que les parties déclarantes n'aient pas finalement décidé de leur propre chef de déposer une telle notification.

Eu égard à l'objectif de célérité et de simplification du traitement des dossiers qui seraient éligibles à la déclaration préalable, le Ministre chargé de l'économie ne devrait pas disposer du pouvoir d'intervention dans un tel cas de figure, en demandant la notification formelle de l'opération dans un délai à compter de l'autorisation tacite de l'Autorité.

- Concernant l'instruction de la déclaration, l'APDC considère que les questions posées par l'Autorité ne devraient pas avoir pour effet de suspendre le délai jusqu'à ce que les parties déclarantes y aient apporté une réponse. En effet, instaurer une telle suspension reviendrait à alourdir une procédure censée être marquée par la simplicité et l'évidence en imposant à l'Autorité de se prononcer formellement sur la complétude (ou équivalent) de la déclaration afin que les parties déclarantes soient sécurisées sur le fait qu'elles bénéficieraient effectivement d'une décision d'autorisation tacite malgré les questions de l'Autorité. En outre, pour les parties déclarantes, une suspension impliquerait une imprévisibilité certaine en termes de délai de procédure.

Ainsi, une autorisation tacite serait réputée acquise, sous réserve que l'Autorité n'ait pas indiqué formellement aux parties déclarantes, avant l'expiration du délai de huit jours ouvrés, que l'opération concernée n'est pas éligible au régime de la déclaration - et ne peut donc pas bénéficier d'une autorisation tacite - et doit donc faire l'objet d'une notification.

- Par ailleurs, à tout moment de l'instruction de la déclaration préalable, les parties déclarantes disposeraient de la faculté de déposer une notification formelle afin de faire courir le délai applicable aux opérations notifiées, d'autant plus que l'Autorité pourrait elle-même demander une notification formelle, comme souligné par le Document de Consultation. De manière plus générale, le régime de déclaration préalable devrait être optionnel, en ce sens qu'une opération *a priori* éligible à cette procédure devrait néanmoins pouvoir faire l'objet d'une notification simplifiée si les parties notifiantes le souhaitent, en particulier aux fins d'éviter un risque d'allongement des délais en cas de basculement d'une procédure de déclaration préalable à une notification formelle. Cette approche serait d'ailleurs conforme à la pratique actuelle, les parties notifiantes n'étant en aucun cas tenues de demander le bénéfice de la procédure simplifiée.
- Pour finir, une « pré-déclaration » (équivalent d'une pré-notification en cas de notification) ne devrait en aucun cas être obligatoire. Tout d'abord, le caractère facultatif de toute pré-notification (ou assimilée) doit rester la règle. Ensuite, l'expérience des membres de l'APDC montre que des opérations éligibles à la procédure simplifiée actuelle ont pu être notifiées sans phase de pré-notification sans que cela pose la moindre difficulté eu égard à l'absence d'enjeu concurrentiel soulevé par le type d'opérations concernées.

B. L'ELARGISSEMENT DU CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCEDURE SIMPLIFIEE

1. Les opérations de concentration qui seraient éligibles au formulaire simplifié

L'APDC considère que les opérations qui ne pourraient bénéficier du régime de la déclaration préalable devraient toutefois bénéficier d'un régime « simplifié » dès lors que l'opération envisagée ne donne pas lieu à des marchés affectés.

Ainsi, une opération dans laquelle les parties notifiantes seraient présentes sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opère la cible et/ou sur des marchés amonts, avals ou connexes, pourrait néanmoins donner lieu à un formulaire simplifié dès lors que l'opération ne donne pas lieu à des marchés affectés.

2. Le contenu du nouveau formulaire simplifié

L'APDC suggère que, dans le formulaire simplifié (« *short form* » tel que mentionné par le Document de Consultation), les parties notifiantes fournissent les mêmes éléments que dans le cadre du dossier relatif à la déclaration préalable, auxquels s'ajouterait la définition des marchés concernés par l'opération et une estimation des parts de marché des entreprises concernées et de leurs principaux concurrents.

3. Le maintien du caractère facultatif de la pré-notification

L'APDC considère qu'il ne serait pas pertinent « *de rendre obligatoire la phase de pré-notification a minima pour les opérations donnant lieu à des chevauchements horizontaux ou verticaux* » dans le cadre de la procédure simplifiée.

D'une part, cela irait à l'encontre du gain de temps recherché par les entreprises et de l'allègement de la phase d'instruction dont bénéficie l'Autorité avec une procédure simplifiée.

D'autre part, en l'absence de pré-notification, le risque pèse exclusivement sur les entreprises et non sur l'Autorité. Cette dernière a en effet toujours la faculté de déclarer un dossier incomplet si l'opération n'est pas éligible à la procédure simplifiée ou, si tel est le cas, en cas de dépôt d'une notification simplifiée incomplète.

4. L'accélération des délais d'instruction

L'APDC suggère que le gain procédural dont bénéficiera l'Autorité via les simplifications envisagées se traduira, pour les entreprises, par un gain de temps dans le cadre de la procédure de notification.

A cette fin, il serait opportun, selon l'APDC, que les opérations entrant dans le champ de la nouvelle notification simplifiée élargie bénéficient du traitement accéléré de 15 jours ouvrés applicable en pratique à la procédure simplifiée actuelle.

Dans les faits, un tel délai est quasi-systématiquement respecté par l'Autorité dans le cadre la procédure simplifiée actuelle, comme relevé par le Document de Consultation (« *engagement non contraignant que l'Autorité prend dans ses lignes directrices* »), voire dans la procédure dite « *allégée* » qu'on observe depuis quelques mois dans la pratique de l'Autorité.

C. LE FORMULAIRE « COMPLET » SERAIT RESERVE AUX OPERATIONS IMPLIQUANT UN OU PLUSIEURS MARCHES AFFECTES ET DEVRAIT FAIRE L'OBJET DE CERTAINES ADAPTATIONS

Le formulaire de notification « complet », tel qu'il existe actuellement, ne serait à fournir que si l'opération envisagée donne lieu à des marchés affectés.

Cela étant, dans un souci de simplification et d'efficacité, l'APDC considère que la notion de « marché affecté » devrait évoluer (1.) et que certaines exemptions à la Section 4 du formulaire devraient être introduites (2.).

1. La nécessaire évolution des seuils vertical et connexe

L'APDC estime que la notion de marché affecté devrait évoluer pour tenir compte de la pratique de l'Autorité.

En particulier, le seuil de 25% de part de marché s'agissant des relations verticales ou conglomérales entre les entreprises concernées (cf. § 182 des Lignes directrices) pourrait être augmenté à 30%.

L'APDC considère que l'évolution de la définition des marchés affectés permettrait de simplifier la procédure et d'alléger la charge de travail de l'Autorité.

Ce faisant, le formulaire serait en outre aligné avec la pratique de l'Autorité qui considère traditionnellement que lorsque la part de marché de l'entité résultant de l'opération est inférieure à 30 % dans une concentration verticale ou conglomérale, l'atteinte à la concurrence est peu probable, sauf exception (cf. § 384 des Lignes directrices).

2. L'instauration d'exemptions à l'obligation de compléter la Section 4 du formulaire

Dans un souci de simplification, l'APDC suggère que les parties notifiantes soient dispensées de remplir la Section 4 du formulaire de notification relative aux marchés affectés dans les hypothèses suivantes :

- en cas de marchés affectés du fait de l'existence de relations horizontales entre les entreprises concernées, sous réserve que (i) la part de marché cumulée des entreprises concernées sur chaque marché concerné soit inférieure ou égale à 50% ; et (ii) l'incrément de part de marché issu de l'opération soit inférieur ou égal à 5%²² ; et
- en cas de marchés affectés du fait de l'existence de relations verticales ou conglomérales entre les entreprises concernées, sous réserve que (i) la part de marché d'une partie sur le marché concerné soit inférieure ou égale à 50% ; et (ii) la part de marché de l'autre partie sur chaque marché concerné en relation verticale ou connexe avec le marché concerné précité soit inférieure ou égale à 5%.

De façon générale, l'APDC considère qu'une opération qui remplit les conditions ci-dessus est peu susceptible de poser un problème de concurrence.

S'agissant de la condition relative à l'incrément de part de marché, elle est plus aisée à aborder qu'un accroissement de l'indice Herfindahl-Hirschman, tel qu'envisagé par l'Autorité.

D. LA LIMITATION DU NOMBRE D'EXEMPLAIRES PAPIER DES DOCUMENTS CONCERNES

L'APDC considère que la piste envisagée par le Document de Consultation concernant la réduction du nombre d'exemplaires « papier » doit être suivie, qu'il s'agisse des déclarations préalables ou des notifications, simplifiées ou non.

En conséquence, l'APDC rejoint l'Autorité et estime qu'il serait souhaitable que les parties notifiantes se contentent de communiquer à l'Autorité un seul exemplaire papier et une copie électronique de la déclaration ou de la notification.

²² Concernant la proposition de l'APDC concernant le régime applicable spécifiquement aux opérations de concentration dans le commerce de détail, il est renvoyé aux développements de la Section I.A.1. ci-dessus.

III. ROLE DES MANDATAIRES EN CONTROLE DES CONCENTRATIONS

L'APDC se réjouit de l'opportunité offerte par l'Autorité de réfléchir au rôle des mandataires dans le cadre du contrôle des concentrations et souhaite formuler des propositions sur les quatre pistes d'évolutions suggérées.

Remarque liminaire

L'APDC a noté la mention par l'Autorité de la complexité de la mission des mandataires lors de la supervision des remèdes comportementaux. L'APDC souhaite cependant rappeler à l'Autorité son attachement à la pratique des engagements comportementaux. En effet, outre l'impossibilité de présenter des engagements de cession d'actifs dans certaines circonstances, l'Autorité a toujours su faire preuve de pragmatisme et accepter ce type d'engagements, moins radicaux que les engagements structurels pour les entreprises, qui permettent de mener à leur terme certaines concentrations. En pratique, dès lors que les engagements comportementaux sont rédigés de manière suffisamment claire et précise, comme cela est exigé, le contrôle de leur exécution ne présente pas de complexité particulière.

A. SUR LA PROPOSITION D'UNE LISTE DE MANDATAIRES PAR LES ENTREPRISES ET LE RECOURS A DES EXPERTS SECTORIELS

L'APDC considère que la proposition de l'Autorité soulève certaines difficultés quant à son application sans que son opportunité ne soit démontrée.

Premièrement, l'expérience montre qu'une relation constructive entre la partie notifiante et le mandataire désigné conduit à une réalisation harmonieuse et rapide des engagements souscrits. La coopération qui s'engage entre l'entreprise et le mandataire pour la mise en œuvre des engagements est donc particulièrement prégnante, sans pour autant constituer une « perte d'indépendance » du second vis-à-vis de la première.

Une entreprise active dans un secteur déterminé, ayant déjà souscrit des engagements au titre du contrôle des concentrations, peut être naturellement incitée à recourir au même mandataire que lors de l'opération précédente : celui-ci connaît déjà le secteur et l'entreprise concernée, les engagements n'en seront que plus vite et mieux traités, sans pour autant attenter au principe d'indépendance du mandataire.

Deuxièmement, les entreprises notifiantes risquent de rencontrer de sérieuses difficultés à réunir une liste d'au moins trois mandataires indépendants, au surplus dans un temps limité. Le nombre de mandataires offrant ce service dans le cadre du contrôle des concentrations est en effet limité et l'absence légitime de conflit d'intérêts rend la sélection difficile, en particulier pour les grands groupes qui font appel à de nombreux conseils au quotidien.

Troisièmement, afin de faciliter la vérification par l'Autorité de l'absence de conflit d'intérêts lors de l'examen préalable à la nomination du mandataire, et afin de garantir aux tiers l'indépendance des mandataires vis-à-vis des entreprises parties à la concentration, l'APDC propose que ces derniers élaborent préalablement une déclaration d'indépendance comme il est d'usage devant la Commission européenne.

Enfin, quant au recours à des experts sectoriels, l'Autorité propose qu'il y soit fait systématiquement recours dans les secteurs caractérisés par une certaine technicité tels que les télécommunications et l'audiovisuel. Si l'APDC comprend cette proposition, elle souligne que, dans ces secteurs, il pourra s'avérer difficile en pratique de nommer des experts qui remplissent les conditions d'indépendance et d'absence de conflits d'intérêts mentionnées par l'Autorité dans les Lignes directrices. En effet, compte tenu de la concentration intervenue dans les secteurs en question, la plupart des experts exercent ou ont exercé des missions de consultants pour les principaux opérateurs du marché. L'APDC s'interroge également sur le coût financier que représenterait pour l'entreprise notifiante la nomination d'experts en sus de celle d'un mandataire.

B. SUR LA FORMALISATION ET LA SYSTEMATISATION DES LIENS ENTRE LE MANDATAIRE ET L'AUTORITE

L'APDC soutient la proposition de l'Autorité de formaliser le statut du mandataire et ses relations avec les parties. Elle propose l'inscription du statut du mandataire et de ses missions dans le Code de commerce sur le modèle du Commissaire aux comptes, ce dernier ayant à la fois l'obligation de déclarer les éventuelles irrégularités commises par les entreprises mais aussi de les conseiller pour éviter de telles irrégularités.

Le nouveau statut du mandataire préciserait qu'il s'agit d'une tierce-partie, indépendante et impartiale à la fois des entreprises parties à la concentration et de l'Autorité, conformément à la compréhension usuelle du rôle du mandataire qui s'assure de la bonne exécution des engagements tout en accompagnant les entreprises dans leur exécution. Cette formalisation rendra plus transparentes les relations entre le mandataire et l'Autorité et elle renforcera la valeur juridique des rapports de suivi des engagements rédigés par les mandataires.

Le statut du mandataire pourrait également prévoir que celui-ci conseille les entreprises parties à la concentration dans la bonne application des engagements comportementaux souscrits auprès de l'Autorité. Une autre piste consisterait à mieux formaliser le « plan de charge du mandataire », notamment pour le suivi d'engagements complexes, en prévoyant des réunions régulières destinées à régler les difficultés inhérentes à leur mise en œuvre.

Les développements qui précèdent incitent par ailleurs l'APDC à s'interroger sur certains développements de la consultation qui laissent à penser que l'Autorité considère le mandataire comme son auxiliaire.

Si l'Autorité devait décider de formaliser davantage ses liens avec le mandataire désigné, le modèle de mandat devrait être sensiblement allégé pour la partie notifiante. En effet, l'existence d'un lien contractuel direct entre l'Autorité et le mandataire ferait alors perdre une partie de sa substance au mandat aujourd'hui conclu entre l'entreprise et le mandataire, les principales obligations de ce dernier étant dès lors souscrites à l'égard de l'Autorité elle-même.

Enfin, l'APDC souhaiterait que dans les cas où, pour des raisons qui lui sont extérieures, des engagements souscrits par une entreprise s'avèrent, difficiles voire impossibles à mettre en œuvre, sans pour autant que celle-ci ait cherché à s'en écarter, le mandataire puisse informer officiellement l'Autorité et adopter avec l'entreprise concernée un plan d'action encadré, destiné à remédier à cette situation voire à abandonner ou modifier l'engagement initial, sans pour autant faire l'objet d'une instruction pour non-respect d'engagements.

C. SUR LA PUBLICATION DU NOM ET DES COORDONNEES DES MANDATAIRES

Si la publication sur le site de l'Autorité du nom et des coordonnées du mandataire va dans le sens d'une plus grande transparence afin notamment de faciliter le suivi des engagements par les tiers, il apparaît à l'APDC qu'une telle mesure présenterait en définitive un certain nombre d'inconvénients qui la rendent délicate.

D'une part, la confidentialité liée par exemple à des cessions d'actifs pourrait s'avérer compromise, certains intervenants tiers tirant profit de cette publication pour solliciter les mandataires. D'autre part, l'indépendance des mandataires pourrait être mise en danger, ces derniers n'étant pas à l'abri d'être l'objet de « pressions » - plus ou moins fondées - de la part de tiers. Enfin, il est à craindre que cette mesure ne renchérisse les prestations des mandataires.

Dans l'hypothèse où l'Autorité souhaiterait publier ou instaurer, à l'instar des experts judiciaires, une liste de mandataires pré-qualifiés auxquels les entreprises parties à la concentration pourraient recourir, l'APDC recommande que cette liste ne soit pas exhaustive. Les entreprises parties à la concentration conserveraient la possibilité de proposer un mandataire qui ne serait pas mentionné sur la liste établie par l'Autorité et dont le profil correspondrait aux besoins de l'espèce, quitte à devoir justifier de sa qualification sectorielle et/ou technique.

D. SUR L'INSTAURATION D'UN FONDS POUR REMUNERER LES MANDATAIRES

L'APDC s'interroge sur l'opportunité d'instaurer un fonds financé par les entreprises souscrivant des engagements pour rémunérer les mandataires.

D'une part, cette rémunération par l'Autorité pourrait affecter le statut du mandataire et en particulier son indépendance vis-à-vis de l'Autorité. Dans la mesure où les honoraires des mandataires et les conditions d'exercice de leur mandat sont connus et validés par l'Autorité dès le stade de leur désignation, il nous semble que leur « indépendance » vis-à-vis des entreprises ne saurait être améliorée ou garantie par une rémunération assurée par l'Autorité elle-même.

D'autre part, le coût d'un mandataire pour une entreprise notifiante est souvent élevé. Les quelques mandataires, actifs sur le marché français, présentent généralement l'avantage de bien connaître la procédure du contrôle français des concentrations et ont une grande expérience des engagements – ce qui justifie le montant de leurs honoraires (d'ailleurs révélés à l'Autorité dans le cadre de leur désignation). La mise en place d'un système « encadré » de leur rémunération, puisque leurs honoraires seraient réglés par l'Autorité, pourrait conduire à une baisse de la qualité des mandataires, ainsi que de leur nombre, déjà limité.

En outre, les règles de marchés publics – auxquelles est astreinte une autorité administrative indépendante comme l'Autorité de la concurrence pour la sélection de ses prestataires de service – devraient s'appliquer aux marchés conclus avec les mandataires. La lourdeur d'une procédure d'appel d'offres semble difficilement compatible avec la souplesse et la rapidité qu'impose la désignation d'un mandataire dans le cadre d'engagements souscrits au titre du contrôle des concentrations.

Dans l'hypothèse où l'Autorité choisirait d'instaurer ce fonds en dépit des craintes exprimées par l'APDC, cette dernière recommande l'application d'un barème définissant le montant des contributions en fonction de la taille des entreprises souscrivant des engagements.