



Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence

Observations sur le projet révisé des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations¹

22 avril 2013

1 Ces observations ont été préparées par différents groupes de travail de l'APDC composés d'Orion Berg, Olivier Billard, Marie-Alix Blanquet, Hugues Calvet, Charles-Henri Calla, Julie Catala Marty, Olivier Cavezian, Renaud Christol, Marie de Drouas, Leyla Djavadi, Jean-Louis Fourgoux, Frédéric Fuchs, Laetitia Ghebali, Adrien Giraud, Juliette Goyer, Laure Givry, Philippe Guibert, Marie Hindre-Gueguen, Sarah Kosminsky, Thomas Lamy, Marine Nossereau, Thomas Oster, Pauline Patat, Florent Prunet, Philippe Rinciaux, Frédéric Robles, Robert Saint-Esteben, David Tayar et Yelena Trifounovitch. L'APDC a bénéficié de l'aide de CRA et particulièrement de Laurent Flochel sur la question des nouveaux outils quantitatifs et elle l'en remercie.

A.P.D.C.

11 place Dauphine – 75053 Paris cedex 01

Courrier : c/o Maître Robert Saint-Esteben - Cabinet Bredin Prat

130, rue du Faubourg Saint-Honoré 75008 Paris

robertsaintesteben@bredinprat.com

L'APDC, qui regroupe les avocats spécialisés en droit de la concurrence², 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 révisé des lignes directrices (ci-après les « **Lignes Directrices** ») relatives au contrôle des concentrations (ci-après le « **Projet** »), mis en ligne le 22 février 2013.

L'APDC souhaite d'abord saluer le travail de l'Autorité, qui plus de trois ans après la publication, le 16 décembre 2009, de ses premières lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, a présenté un Projet révisé de ses lignes directrices.

La voie de la consultation publique permet aux acteurs de l'économie d'intervenir en amont dans l'élaboration des règles de concurrence. Ainsi, les objectifs d'information, de transparence et de dialogue dans la mise en œuvre des règles de concurrence sont assurément atteints.

L'APDC tient d'emblée à souligner que le Projet expose de manière claire, structurée et pédagogique la démarche méthodologique et les critères d'analyse de l'Autorité.

Dans l'élaboration du Projet, l'Autorité a incontestablement été guidée par la volonté d'intégrer l'expérience acquise tant au niveau national qu'au niveau européen combinée à un désir manifeste de prendre en considération les enseignements les plus récents de la réflexion économique.

Les observations de l'APDC visent à identifier les points d'amélioration possibles du Projet. Elles ont été préparées dans une démarche constructive en vue de contribuer à l'élaboration d'un guide pédagogique utile à l'intention des entreprises.

Les présentes observations suivent, autant que faire se peut, la structure générale du Projet.

2 L'APDC, créée en 2008, est constituée d'avocats inscrits à un Barreau français ou à l'Ordre des Avocats aux Conseils d'Etat et à la Cour de cassation et justifiant d'une pratique établie en droit de la concurrence français et européen.

SOMMAIRE

I/ LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS	4
A) La notion de concentration.....	4
B) Les seuils de contrôle	7
II/ LA PROCEDURE.....	11
A) Vue d'ensemble de la procédure	11
B) La phase de pré-notification.....	16
C) Les renvois à la demande des Etats membres	18
D) La phase I.....	19
E) La phase II	22
F) Aspects procéduraux des engagements	24
III/ L'EXAMEN D'UNE OPERATION SUR LE FOND	27
A) Principales notions	29
B) La délimitation des marchés pertinents	29
C) Appréciation du degré de concentration du marché	33
D) Effets non coordonnés des concentrations horizontales ou effets unilatéraux	33
E) Les effets coordonnés	37
F) Les contributions au progrès économique	37
G) Les mesures correctives	37
IV/ ANNEXES	43
A) Les questions spécifiques aux Fonds Communs de Placement (FCP).....	43
B) Questions relatives aux coopératives agricoles.....	44
C) Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives	53
D) Les contrats-types de cession et de mandat	54

I/ LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

A) La notion de concentration

1. Sur la notion de concentration

1. Le point 19 du Projet indique que « toute opération, dès l'instant où elle constitue une concentration économique ayant pour effet de modifier la structure des marchés, doit être soumise au contrôle, quels que soient les montages juridiques retenus » (nous soulignons).
2. Cette rédaction laisse supposer que l'existence d'un effet sur la structure du marché constitue une condition du contrôle. Or, il ne s'agit pas d'une condition légale. Au contraire, les opérations de concentration dépassant les seuils de contrôlabilité sont soumises au contrôle, quand bien même elles ne produisent aucune modification de la structure du marché, comme cela peut être le cas dans l'hypothèse de la création d'une entreprise commune qui n'est pas active en France ou du passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif.

Il serait par conséquent opportun de supprimer cette référence à une modification de la structure des marchés.

2. Sur la modification de la nature du contrôle

3. Le point 32 du Projet précise que le passage d'un contrôle exclusif négatif à un contrôle exclusif positif ne constitue pas une modification de la qualité du contrôle caractérisant une concentration. Il serait utile de préciser que cette logique s'applique également en sens inverse, c'est-à-dire en cas de passage d'un contrôle exclusif positif à un contrôle exclusif négatif.

3. Sur l'existence d'un contrôle exclusif de fait

4. Il est rappelé au point 33 du Projet qu'un actionnaire minoritaire peut être considéré comme détenant un contrôle exclusif de fait lorsqu'il a « *la quasi-certitude d'obtenir la majorité à l'assemblée générale, compte tenu du niveau de sa participation et de la présence effective des actionnaires à l'assemblée générale au cours des années antérieures* ».

Compte tenu des sanctions attachées à l'absence de notification³, il paraîtrait souhaitable de pouvoir identifier précisément à quel moment une situation de contrôle de fait a émergé avec « quasi-certitude ». La référence au taux de participation des actionnaires à l'assemblée générale au cours des années antérieures permet de conclure, à juste titre, que l'existence d'une situation de contrôle de fait doit être vérifiée dans la durée. Il pourrait être utile de préciser à partir de combien d'assemblées générales conduisant à une majorité de droits de vote en faveur de l'actionnaire minoritaire une situation de contrôle de fait prend naissance.

3 Comme la sanction infligée à SNCF pour défaut de notification de la prise de contrôle de Novatrans en fournit une récente illustration.

Par exemple, il pourrait être précisé qu'un tel contrôle de fait peut raisonnablement être caractérisé si l'actionnaire minoritaire obtient une majorité des droits de vote lors de trois assemblées générales de suite. Cette illustration serait également l'occasion de préciser que la majorité de fait doit exister de manière systématique et ininterrompue, ce qui permet d'exclure l'existence d'un contrôle lorsque la majorité des droits de vote n'est pas constatée à chaque assemblée. Cela ferait du reste écho au point 39 du Projet qui précise qu'une entreprise n'est pas contrôlée à défaut de majorité stable.

4. Sur l'existence d'un contrôle de fait sans détention capitalistique

5. Le point 42 du Projet précise que « dans le cas du réseau E. Leclerc, une influence déterminante a été constatée alors que la tête de réseau ne détient aucune participation au capital des sociétés d'exploitation mais impose des statuts-types très spécifiques ».

Il est fait référence en note de bas de page aux décisions 12-DCC-125 du 27 août 2012 et 13-DCC-12 du 28 janvier 2013. Or, il ressort de la lecture de ces décisions que l'existence d'un contrôle conjoint ne repose pas uniquement sur l'existence de statuts-types spécifiques mais sur un ensemble d'éléments, dont au premier chef l'existence d'un contrat d'enseigne imposant un nombre important d'obligations à l'adhérent.

De même, l'affirmation selon laquelle la tête de réseau ne détenait aucune participation au capital doit être nuancée dans la mesure où il semblerait que dans le cadre de la décision 12-DCC-12, certains membres de la tête de réseau (l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc (« l'ACDLec ») étaient également associés de la cible⁴. Il existait donc des liens capitalistiques triangulaires entre l'ACDLec, ses membres et la cible.

La présentation selon laquelle un contrôle peut résulter de la seule imposition de statuts-types spécifiques prête donc à confusion. Ce d'autant qu'il est difficile d'imaginer comment une entreprise qui ne serait liée à la cible par aucun contrat et ne serait pas actionnaire de cette dernière pourrait exercer une influence déterminante sur celle-ci. En effet, quand bien même elle aurait imposé des statuts-types à la cible, elle ne pourrait s'opposer à une modification ultérieure des statuts par les actionnaires, qui pourraient ainsi aisément s'affranchir du contrôle.

Il semblerait par conséquent préférable de reprendre la formulation du point 639 du Projet qui indique « *cependant, les statuts-types adoptés par ces sociétés d'exploitation, combinés aux dispositions des contrats d'enseigne, peuvent conférer à la tête de réseau une influence déterminante même avec une participation très minoritaire, voire sans participation* » (nous soulignons).

4 Cf point 28 de la décision 13-DCC-12 qui indique que huit des douze associés de la cible sont adhérents ou dirigés par des adhérents de l'ACDLec.

5. Sur l'existence d'un contrôle sur la base de droits d'option, de préemption ou de préférence

6. Le point 44 du Projet indique que « les options d'achat ne peuvent conférer un contrôle sur la période antérieure à leur exercice, à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants ».

Dans la pratique, la simple existence d'une option d'achat ne conduit généralement pas à caractériser un contrôle, la prise de contrôle, et donc la notification, n'intervenant que lors de la levée effective de l'option.

Le point 44 du Projet qui indique qu'une notification pourrait être requise, même avant la levée de l'option, si « l'option s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants » (nous soulignons) crée cependant une incertitude.

Il pourrait en effet être considéré que l'absence d'obligation de notification est liée à l'aléa qui accompagne nécessairement l'option. Tant que l'option n'est pas levée, la concentration ne se matérialise pas. Si cette logique devait prévaloir, il importerait peu de savoir à quel délai l'option peut être levée. Le fait que l'exercice de l'option puisse intervenir dans un avenir proche ne rend pas plus probable son exercice effectif⁵.

Au-delà de la proximité dans le temps de l'exercice possible de l'option, l'existence d'un contrôle sur la base d'un droit d'option semble devoir relever essentiellement des modalités d'exercice de l'option, en particulier de la facilité de la levée de l'option (par exemple, à la seule discrétion du bénéficiaire, à tout moment et sans paiement en numéraire comme dans la décision IV/M.397 Ford/Hertz citée en note de bas de page 67 de la communication consolidée de la Commission).

En tout état de cause, il serait utile de préciser, que la caractérisation d'un contrôle sur la base d'un droit d'option reste tout à fait exceptionnelle et de préciser ce qu'il faut entendre par « *proche avenir* » (par exemple, six mois ou un an).

Le point 44 indique également, au cinquième tiret, que l'Autorité peut tenir compte de l'existence de droits de préemption ou de préférence. Contrairement aux droits d'option, il n'est pas précisé que ces droits, en eux-mêmes, ne peuvent conférer un contrôle sur la période antérieure à leur exercice. Or, il semble que la même analyse que celle applicable pour les droits d'option devrait prévaloir, c'est-à-dire que le changement de contrôle n'interviendra que lors de l'exercice de ces droits.

6. Sur le critère de plein exercice

7. Il est précisé au point 53 du Projet que les sociétés communes de plein exercice opèrent sur le marché en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché « *par exemple en entretenant des relations avec leurs fournisseurs et leurs clients aux conditions de marché* » (nous soulignons).

5 Par ailleurs, la référence à l'exercice de l'option dans un avenir proche « *conformément à des accords juridiquement contraignants* » apporte une limitation très relative, la plupart des droits d'option étant consentis dans des accords juridiquement contraignants, typiquement des accords de joint-venture ou des pactes d'actionnaires.

Le critère d'échange « *aux conditions de marché* » ne semble pertinent que pour les relations entretenues entre la société commune et ses maisons mères, afin de mesurer l'autonomie réelle de la société commune (comme précisé au point 54).

Si la société commune vend à des tiers et s'approvisionne auprès de tiers, l'exigence que ces échanges se fassent « *à des conditions de marché* » semble inutile et surtout obligerait les parties notifiantes à procéder à une analyse des conditions de marchés (positionnement prix par exemple) qui pourrait s'avérer fastidieuse et incertaine. Il semble raisonnable de présumer que lorsque la société commune commerce avec des tiers, elle le fait à des conditions de marché.

7. Sur les opérations interdépendantes

8. En son point 62, le Projet indique qu'il convient, conformément à la pratique de la Commission européenne, de distinguer le cas des opérations interdépendantes pouvant être qualifiées, dans certaines conditions, de « *concentration unique* », du cas prévu à l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, du règlement n° 139/2004, aux fins du calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées dans le cadre d'opérations successives réalisées entre les mêmes parties dans un délai de deux années considérées comme une « *concentration unique* ».

A l'occasion de ce rappel, l'Autorité pourrait préciser que, pour les opérations interdépendantes qualifiées de « *concentration unique* », les chiffres d'affaires individuels à prendre en considération pour déterminer si les seuils de contrôle sont atteints sont, pour les entreprises cibles, ceux réalisés par chacune des entreprises cibles et non leur chiffre d'affaires agrégé.

A titre d'illustration d'un tel cas de figure, l'Autorité pourrait indiquer que, dans le cas d'acquisitions par l'entreprise A des entreprises cibles B et C contrôlées par des sociétés ne faisant pas partie d'un même groupe, qualifiées de « *concentration unique* », les « entreprises concernées » sont A, B et C. En conséquence, dans l'hypothèse où ni le chiffre d'affaires individuel réalisé par B ni celui réalisé par C n'atteint les seuils individuels de chiffre d'affaires prévus par l'article L. 430-2 du Code de commerce, l'opération de « *concentration unique* » en cause n'a pas à faire l'objet d'une notification à l'Autorité dans la mesure où les seuils de chiffre d'affaires individuels ne sont pas atteints par au moins deux des entreprises concernées.

B) Les seuils de contrôle

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

9. A titre liminaire, il convient de relever que l'article L. 430-2 III du Code de commerce semble comporter une incohérence.

En effet, ce dernier dispose « *lorsqu'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 ou dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Bathélemy, 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'affaire 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 7,5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail [...] ».

10. Dans la mesure où un chiffre d'affaires de 15 millions d'euros (ou 7,5 millions d'euros pour le commerce de détail) doit être réalisé par deux au moins des parties, il aurait dû être indiqué qu'une opération est soumise à contrôle lorsque deux au moins des parties sont présentes dans les départements et collectivités d'outre-mer concernés (« DCOM »), à l'instar de ce qui est prévu pour le commerce de détail.

Compte tenu de cette ambiguïté, il serait opportun que le Projet indique clairement que les seuils relatifs à l'outre-mer ne sont applicables que si deux parties au moins réalisent un chiffre d'affaires et, partant, « *exercent une activité* » dans les DCOM concernés. Ce point mériterait d'autant plus d'être précisé qu'en l'état, l'exemple donné au point 68 du Projet ne concerne qu'une entreprise.

11. Par ailleurs, s'agissant des modalités de calcul du second seuil, il serait utile de préciser si le seuil de 15 millions (ou 7,5 millions) d'euros doit être franchi individuellement par au moins deux parties dans le(s) même(s) DCOM. Cela semblerait l'interprétation la plus fondée du point de vue de l'objectif du contrôle car si les chiffres d'affaires des parties dépassent les seuils dans des DCOM différents, l'opération ne posera en principe aucun problème de concurrence, chaque DCOM représentant généralement un marché géographique distinct.
12. Enfin, il paraît surprenant que les îles de Wallis et Futuna ne soient pas citées parmi les collectivités territoriales visées à l'article L.430-2 III du Code de commerce. En effet, l'article L.950-1 du Code de commerce dispose que son livre IV s'y applique, à la seule exception des articles L.441-1, L.442-1 et L.470-6. Le point 16 du Projet indique à ce titre que le droit des concentrations français ne trouve pas à s'appliquer à la Nouvelle Calédonie, ni à la Polynésie française, mais ne mentionne pas Wallis et Futuna.

Il existe donc une interrogation sur le fait de savoir si le chiffre d'affaires réalisé dans les îles Wallis et Futuna doit être pris en compte dans le calcul des seuils de droits commun (à défaut d'être pris en compte dans le calcul des seuils pour les DCOM), à laquelle il serait utile que le Projet réponde.

2. Sur les modalités de calcul du chiffre d'affaires dans le cas d'opérations successives

13. Le point 84 du Projet apporte quelques précisions sur le calcul des seuils de contrôle dans l'hypothèse d'opérations successives réalisées entre les mêmes parties dans un laps de temps de deux ans. Il indique ainsi que « *l'opération globale sera à notifier à l'Autorité dès que le chiffre d'affaires consolidé de ces opérations successives dépasse les seuils de notification obligatoire* ».

Il serait préférable d'indiquer que l'opération globale sera à notifier « *dès que le chiffre d'affaires cumulé des cibles dépasse les seuils individuels de notification obligatoire* ».

En effet, la notion de « *chiffre d'affaires des opérations* » est difficile à saisir car le chiffre d'affaires se rattache aux parties à l'opération et non à l'opération elle-même. Par ailleurs, la référence à une « *consolidation des chiffres d'affaires des opérations* » pourrait laisser croire que le chiffre d'affaires de l'acquéreur doit être cumulé pour chaque opération, ce qui ne semble pas devoir être le cas. En toute logique il s'agit bien du chiffre d'affaires de la cible qu'il convient d'additionner. Enfin, une référence à « *la cible* » plutôt qu'à « *une opération* » permettrait d'exprimer le fait que les opérations de JV ne sont pas concernées. En effet, deux JV concentratives réalisées par les mêmes parties dans une période de deux ans ne deviennent pas notifiables par l'effet de l'addition du chiffre d'affaires des maisons mères.

3. Sur les ajustements du chiffre d'affaires

14. Le Point 95 du Projet indique que « *lorsqu'une entreprise a été créée en cours d'année, la prise en compte du chiffre d'affaires sur une durée de quelques mois ne permet pas de rendre compte de la réalité économique de l'entreprise. Une année à cheval sur deux exercices peut alors être prise en compte* ».

Cette approche semble propre aux autorités françaises et pose un problème de cohérence avec la pratique communautaire. A notre connaissance, la Commission ne retient pas une telle approche. En tout état de cause, la Communication juridictionnelle consolidée de la Commission sur les concentrations ne fait pas référence à une telle possibilité de retenir « *une année à cheval sur deux exercices* » puisqu'elle précise dans son point 169 que la Commission se fonde sur les comptes vérifiés, ou au moins approuvés, de l'exercice le plus proche. Les cas d'ajustements ne concernent que les acquisitions ou cessions réalisées en cours d'exercice de référence ou postérieurement à cet exercice

Or, la règle de compétence alternative de la Commission et de l'Autorité étant fondée sur les seuils de chiffre d'affaires, il est impératif que les deux autorités retiennent une méthode de calcul de ces seuils qui soit strictement identique.

Si l'Autorité devait procéder à un exercice de reconstitution du chiffre d'affaires sur douze mois glissants, sur la base de chiffres ni vérifiés ni approuvés car ne correspondant à aucun exercice comptable, alors que la Commission ne procède pas de la sorte, elle pourrait faire tomber dans le champ de son contrôle des opérations qui seraient de dimension communautaire si la Commission appliquait la même méthode que celle proposée par l'Autorité. On se retrouverait donc dans une situation où l'article 5 du Règlement n° 139/2004 serait appliqué de façon différenciée par l'Autorité. Cette situation n'est manifestement pas souhaitable et ne semble pas avoir été envisagée par le pouvoir législatif puisque l'article L. 430-2 du Code de commerce renvoie expressément l'article 5 du Règlement n° 139/2004 et, partant, à son application par la Commission européenne, sous le contrôle des juridictions communautaires compétentes. Le Projet rappelle d'ailleurs sur ce point que « *l'article L. 430-2 du code de commerce renvoie pour le mode de calcul des chiffres d'affaires à l'article 5 du règlement, précisé par la communication consolidée sur la compétence de la Commission du 21 février 2009* » (point 8).

4. Sur les opérations de concentrations impliquant l'Etat

15. Le Projet rappelle que, « dans son considérant 22, le règlement n° 139/2004 pose le principe de non-discrimination entre secteurs public et privé » mais, comme le précise la communication consolidée, il ressort de ce considérant 22 que les « États membres ne sont pas, en soi, considérés comme des 'entreprises', pour les besoins du contrôle des concentrations » (point 103, soulignement ajouté).

La communication consolidée de la Commission européenne indique qu'« [i]l ressort clairement [du considérant 22 du règlement n° 139/2004] que les États membres (ou d'autres organismes de droit public) ne sont pas considérés comme des "entreprises" au sens de l'article 5, paragraphe 4, pour la simple raison qu'ils ont des intérêts dans d'autres entreprises remplissant les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 4 » (point 193).

L'APDC invite l'Autorité à clarifier son interprétation du principe ainsi posé au vu de sa pratique en la matière, telle qu'elle ressort de sa décision n° 11-DCC-32 du 22 février 2011 relative à la prise de contrôle conjoint du groupe La Poste par la Caisse des Dépôts et Consignations et l'État français (ci-après, la « **Décision CDC/État français/La Poste** »).

L'opération en cause consistait en la prise du contrôle conjoint de La Poste par la Caisse des Dépôts et Consignations aux côtés de l'État français, La Poste étant, préalablement à l'opération notifiée, contrôlée exclusivement par l'État français.

Conformément à une pratique constante, le Projet indique que « dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise déjà existante, les entreprises concernées sont les entreprises prenant le contrôle et l'entreprise préexistante acquise ; toutefois, lorsque la société préexistante se trouvait sous le contrôle exclusif d'une société et que un ou plusieurs nouveaux actionnaires en prennent le contrôle en commun alors que la société mère initiale subsiste, les entreprises concernées sont chacune des sociétés exerçant le contrôle en commun (y compris donc l'actionnaire initial). En ce cas, la société cible n'est pas une entreprise concernée et son chiffre d'affaires fait partie de celui de la société mère initiale » (point 71, soulignement ajouté).

Appliqué à la Décision CDC/État français/La Poste, ce principe implique que les « entreprises concernées » par l'opération notifiée sont la CDC et l'État français. Cependant, ce dernier ne pouvant, comme indiqué ci-dessus, être considéré comme une « entreprise » au sens de l'article 5, paragraphe 4, règlement n° 139/2004, il ne peut *a fortiori* être considéré comme une « entreprise concernée ».

Or, pour déterminer si les seuils de contrôle sont atteints, la Décision CDC/État français/La Poste retient le chiffre d'affaires du groupe La Poste « pour le compte de l'État » (point 4). Il semble donc que l'Autorité a considéré que l'État français était une « entreprise », *a fortiori* « concernée » et, partant, lui a imputé le chiffre d'affaires du groupe La Poste, conformément au point 71 du Projet cité ci-dessus. Imputer à l'État français le chiffre d'affaires d'une entreprise qu'il contrôle revient à considérer ce dernier comme une société mère classique.

16. A la lumière de ce qui précède, l'Autorité devrait aborder et clarifier dans le Projet la manière dont elle entend traiter en particulier les cas suivants :
- (i) En cas de prise de contrôle par l'État (et non par une entreprise publique contrôlée par l'État appartenant à un ensemble économique doté du même pouvoir de décision

autonome) d'une entreprise cible sur laquelle il n'a aucun pouvoir de contrôle avant l'opération, l'État doit-il être considéré comme une « *entreprise concernée* » et, dans l'affirmative, quel chiffre d'affaires doit lui être attribué (ex. le chiffre d'affaires des entreprises qu'il contrôle) ? Ou ne devrait-on pas s'aligner sur la pratique communautaire qui refuse de considérer l'Etat comme une « *entreprise concernée* » ?

- (ii) Dans l'affirmative, doit-on alors logiquement considérer, par analogie à la situation classique d'une opération entre entreprises contrôlées par une même société mère, que toute opération d'acquisition ou de fusion entre des entreprises contrôlées exclusivement par l'État doit alors être considérée comme une restructuration interne ne pouvant être qualifiée de « *concentration* » ?

II/ LA PROCEDURE

A) Vue d'ensemble de la procédure

1. L'obligation de notification

1.1. Sur l'obligation de notification

17. Comme les lignes directrices actuellement en vigueur, le Projet précise que, sur le fondement de l'article L. 430-3 du Code de commerce, un projet de concentration « *suffisamment abouti* » peut être notifié à l'Autorité (point 108).

Si le Projet précise la notion de projet « *suffisamment abouti* », celui-ci pourrait utilement relever les indices les plus courants permettant de qualifier un projet de « *suffisamment abouti* », outre ceux expressément visés dans 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. Sur les sanctions

18. S'agissant spécifiquement de la question des sanctions, les modifications introduites par le Projet concernent essentiellement la question du défaut de notification⁶.

A ce titre, les points 110 à 118 du Projet exposent les règles applicables aux procédures ouvertes par l'Autorité de la concurrence en cas de défaut de notification, au regard de l'article L.430-8-I du Code de commerce.

Les règles édictées dans le Projet renvoient aux deux décisions que l'Autorité de la concurrence a rendues sur ce fondement : la décision n°12-D-12 du 11 mai 2012 relative à la

6 Les termes du projet consacrés aux sanctions en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans la notification (§ 188 à 191) n'ont pas fait l'objet de modifications ; Par ailleurs, les précisions apportées aux § 294 à 297, auxquels il sera fait référence dans la présente note, sont illustratives de la pratique décisionnelle du Conseil d'Etat et n'appellent pas semble-t-il d'observations particulières au titre du volet « *procédure* » de notre analyse.

situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L.430-8 du Code de commerce (ci-après, la « **Décision Colruyt** ») et la décision 13-D-01 du 31 janvier 2013 relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L.430-8 du Code de commerce.

19. A titre liminaire, il sera précisé que la Décision Colruyt a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État, que ce recours est toujours pendant au jour de la rédaction de la présente note, et qu'il est fort probable que l'arrêt ne sera pas rendu à la date de la publication des nouvelles lignes directrices de l'Autorité. Or, tant que le Conseil d'Etat ne se sera pas prononcé sur le recours formé par le groupe Colruyt, la Décision Colruyt ne peut pas être considérée comme définitive.

Dès lors, il semble étonnant que l'Autorité de la concurrence fasse référence à la Décision Colruyt aux fins d'illustration du Projet, alors que les moyens soulevés dans le cadre du recours précité ont trait directement aux principes que l'Autorité de la concurrence entend développer dans le Projet, s'agissant notamment de la question de l'imputabilité du manquement ou de celle du calcul des sanctions.

Une censure par le Conseil d'État de la Décision Colruyt remettrait en question les règles édictées par l'Autorité de la concurrence dans le Projet, de sorte qu'il serait opportun, si les nouvelles lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations devaient être publiées avant qu'intervienne l'arrêt du Conseil d'État, **de préciser, en note de bas de page, par exemple, que cette décision n'est pas – au jour de la publication des Lignes directrices – définitive.**

Cette précision paraît d'autant plus nécessaire que l'Autorité ne manque par ailleurs pas, à d'autres endroits du Projet, de fonder son analyse sur les apports des arrêts du Conseil d'Etat, en mentionnant par exemple, à l'occasion des développements consacrés au suivi de la mise en œuvre des mesures correctives, l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 2012 rendu dans l'affaire Canal Plus – Vivendi Universal (§ 297, note 93).

20. Par-delà cette observation liminaire, plusieurs points suscitent l'attention, s'agissant des règles de sanction édictées par l'Autorité dans le Projet :

1.2.1. Sur la prescription (§115)

21. Le point 115 du Projet précise que la prescription applicable aux procédures pour défaut de notification est la prescription quinquennale prévue par l'article L.462-7 du Code de commerce, citant en ce sens sur la Décision Colruyt, à l'occasion de laquelle l'Autorité de la concurrence a considéré que constituaient des faits prescrits le défaut de notification de deux opérations, réalisées en 2003 et 2004.

Toutefois, le Projet ne précise pas le point de départ du délai de prescription, alors pourtant qu'à l'occasion de cette même Décision Colruyt, l'Autorité s'était prononcée sur ce point : aussi, conviendrait-il d'indiquer que le **point de départ du délai de prescription commence à courir au jour où se matérialise le changement de contrôle** (§33 de la Décision Colruyt).

1.2.2. Sur la détermination du montant de la sanction (§118)

22. Le Projet énonce, au point 118, qu'aux fins de déterminer le montant de la sanction, l'Autorité de la concurrence tiendra compte de circonstances aggravantes et atténuantes,

telles que le caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité, la taille de l'entreprise et de ses moyens, notamment juridiques, etc.

Toutefois, cette énumération des circonstances aggravantes et atténuantes n'est pas complète, au regard de la pratique décisionnelle sur laquelle l'Autorité de la concurrence fonde son analyse.

Ainsi, le Projet omet de préciser, au rang des **circonstances atténuantes** susceptibles de bénéficier à l'entreprise mise en cause, le fait qu'elle puisse avoir **dénoncé spontanément** son manquement à l'Autorité et **coopéré tout au long de l'instruction**. Ces éléments ont en effet été pris en considération dans la Décision Colruyt (§57) et devraient donc être intégrés au Projet : un semblable complément serait d'autant plus souhaitable qu'au point 189 du Projet, l'Autorité précise, s'agissant de la question de la sanction d'éventuelles omissions ou déclarations inexacts dans la notification que, « *pour déterminer le montant de l'amende, [elle] tient compte, notamment, [...] du comportement des entreprises en cause vis-à-vis de l'Autorité de la concurrence.* »

23. En outre, il serait souhaitable que le Projet prévoie, au titre des **circonstances atténuantes** à prendre en compte aux fins de la détermination du montant de l'amende, **l'absence de dommage concurrentiel**, sur la base notamment des acquis de la pratique décisionnelle de la Commission européenne et, à ce titre, de la décision *Electrabel* du 10 juin 2009, dont les termes seront rappelés ci-après :

« [...] la présence d'un dommage concurrentiel rendrait effectivement l'infraction plus sérieuse et **l'absence d'un tel dommage concurrentiel** dans la présente affaire est un **élément important à prendre en compte pour fixer le montant de l'amende** »⁷.

24. Enfin, il serait également souhaitable que le Projet précise, à la lumière de la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de sanctions, que le montant de l'amende devra également être **adapté au regard de la situation particulière (difficultés économiques et financières) de l'entreprise** sanctionnée⁸.

1.2.3. Sur les voies de recours

25. On relève que les paragraphes précités du Projet qui évoquent les décisions de sanction rendues par l'Autorité sur le fondement du I de l'article L.430-8 du Code de commerce ne précisent pas les voies de recours ouvertes aux entreprises concernées.

Il convient de préciser que, si les décisions rendues par l'Autorité sur ce fondement résultent d'une procédure contentieuse, donnant lieu à ce titre à une décision de type « *contentieuse* » (format « *D* » et non « *DCC* »), elles sont susceptibles de faire l'objet d'un recours, non pas devant la Cour d'appel de Paris, mais devant le Conseil d'État, dans la mesure où ces décisions portent sur le contrôle des concentrations, et ce, dans un délai de 2 mois.

En conséquence, il serait souhaitable que soit intégré au Projet un paragraphe précisant qu'un **recours contre les décisions de sanction** rendues par l'Autorité de la concurrence sur le

7 Commission, 10 juin 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/ Compagnie Nationale du Rhône*, §194.

8 Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires - § 62 et s.

fondement du I de l'article L.430-8 du Code de commerce peut être formé **devant le Conseil d'État**, dans un **délai de 2 mois**, en renvoyant à cette fin au point 271 du Projet, qui prévoit que :

« Le Conseil d'État est la juridiction compétente pour connaître des décisions de l'Autorité de la concurrence au regard de la nature juridique de celle-ci (autorité administrative indépendante) et de l'article R. 311-1 (4°) du code de justice administrative. Par exception à cette règle, l'article L. 464-8 du code de commerce énumère les décisions de l'Autorité de la concurrence relevant de la compétence de la cour d'appel de Paris, dont sont exclues les décisions prises au titre des articles L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8 du code de commerce. Le Conseil d'État est aussi compétent pour tout recours relatif à une décision du ministre prise dans le cadre de son pouvoir d'évocation. »

2. L'effet suspensif de la procédure et les dérogations

26. Les décisions par lesquelles l'Autorité octroie des dérogations au titre de l'article L. 430-4, alinéa 2, du Code de commerce ne sont pas publiées, de sorte que la pratique de l'Autorité en la matière est naturellement peu connue.

Sans préjudice de ses développements dans l'annexe ci-après relative aux entreprises en difficulté, l'APDC considère donc que le Projet devrait apporter des précisions quant à la pratique de l'Autorité en la matière et en particulier sur les points suivants.

2.1. Sur le champ d'application de l'article L. 430-4, alinéa 2, du Code de commerce

27. Le Projet traite essentiellement des dérogations octroyées dans le cadre d'offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou redressement judiciaire (point 122 et Annexe F concernant les « *Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre de procédures collectives* »).

Concernant les « *procédures collectives* », l'APDC invite l'Autorité à poser le principe selon lequel, conformément à sa pratique, les dérogations s'appliquent certes aux offres de reprise à la barre mais également à des étapes préalables intervenant également dans le cadre de la mise en œuvre de « *procédures collectives* » (ex. procédure de conciliation, nomination d'un mandataire *ad hoc* et, plus généralement, procédure de sauvegarde).

De manière générale, l'APDC suggère à l'Autorité de donner une liste détaillée des cas dans lesquels des dérogations ont été octroyées dans le passé, qui ne se limitent pas au cas des entreprises en difficulté.

2.2. Sur le moment du dépôt d'une demande de dérogation

28. Le Projet indique qu'« [i]l appartient aux parties, au moment du dépôt de leur dossier de notification, de préciser les raisons de leur demande de dérogation » (point 121, soulignement ajouté).

L'article L. 430-4, alinéa 2, du Code de commerce ne prévoit pourtant nullement qu'une demande de dérogation doive nécessairement être déposée « *au moment du dépôt [du] dossier de notification* ». Dans un souci de clarification et dans la mesure où une dérogation peut s'avérer nécessaire postérieurement au dépôt de la notification auprès de l'Autorité⁹, le Projet devrait expressément indiquer qu'une demande de dérogation peut également intervenir à tout moment postérieurement au dépôt de la notification.

29. Le Projet indique en outre qu'il est demandé aux entreprises souhaitant bénéficier de cette dérogation d'en faire la demande à l'Autorité « *au moins 5 jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal* » (point 122).

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 d'un dossier de notification, sinon complet, à tout le moins « *aussi complet que possible* » (point 122), doivent souvent être préparées dans l'urgence. Le Projet devrait prendre en compte cet état de fait et préciser que ce délai de cinq jours ouvrés ne constitue qu'un délai indicatif auquel les requérants doivent essayer de se tenir « *dans toute la mesure du possible* ».

30. Par ailleurs, le délai de cinq jours ouvrés précité n'a pas vocation à s'appliquer à toute demande de dérogation : il est ainsi inopportun concernant une demande de dérogation justifiée par le risque de disparition imminente de l'entreprise cible.
31. A toutes fins utiles, il convient de préciser que l'article L. 430-4, alinéa 2, du Code de commerce ne prévoit pas de délai pour le dépôt d'une demande de dérogation.

2.3. Sur la portée de dérogations octroyées par l'Autorité

32. Le Projet indique que « [l]es dérogations accordées par l'Autorité sont [...] caduques d'office si, dans un délai de trois mois après la réalisation de l'opération, le dossier de notification n'a pas fait l'objet de l'accusé de réception prévu au troisième alinéa de l'article R. 430-2 du code de commerce, c'est-à-dire n'a pas été complété par les parties, empêchant ainsi son examen par l'Autorité » (point 124).

L'APDC considère que cette condition est disproportionnée.

En premier lieu, elle fait peser sur les entreprises un risque dont elles n'ont qu'une maîtrise tout à fait partielle. Plus précisément, comme indiqué au point D)1, la pratique de l'Autorité concernant les accusés de réception actant de la complétude d'un dossier de notification est pour le moins fluctuante, de sorte que faire dépendre la caducité de la décision de dérogation de la complétude de la notification est facteur d'insécurité juridique.

En second lieu, les conséquences du retrait d'une décision de dérogation peuvent s'avérer très préjudiciables pour une entreprise puisqu'un tel retrait a pour effet induit de l'exposer aux sanctions prévues à l'article L. 430-8 II du Code de commerce pour réalisation d'une opération préalablement à son autorisation par l'Autorité.

9 A titre d'exemple, dans le cas où les difficultés de l'entreprise apparaissent ou s'accroissent postérieurement à la notification ou lorsque une décision rapide de l'Autorité pouvait être raisonnablement attendue, rendant inutile une demande de dérogation au moment du dépôt de la notification.

En troisième lieu, cette condition n'apparaît pas justifiée par le souci d'inciter le requérant à coopérer avec l'Autorité malgré l'obtention d'une décision de dérogation. En effet, si cette décision permet la réalisation de l'opération, l'acquéreur n'est pas moins tenu de « *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 de manière irréversible* » (point 123). Il a donc un intérêt évident à obtenir la décision d'autorisation dans les meilleurs délais aux fins d'avoir la jouissance pleine et entière de l'entreprise cible.

En dernier lieu et à toutes fins utiles, cette condition n'est pas prévue par les textes applicables.

33. En outre, le Projet ne dit mot sur la faculté que se réserve pourtant en pratique l'Autorité, pour les opérations consistant en des acquisitions de titres ne tombant pas sous la dérogation prévue à l'article R. 430-5 du Code de commerce, d'interdire dans sa décision de dérogation à l'acquéreur d'exercer les droits de vote attachés auxdits titres.
34. L'APDC invite donc l'Autorité à préciser les contours d'une telle faculté qui, si elle est expressément prévue pour la dérogation prévue à l'article R. 430-5 du Code de commerce, limite en pratique la portée de l'article L. 430-4, alinéa 2, du même code, ce qui n'apparaît pas compatible avec les exigences des opérations en cause, notamment dans le contexte de la reprise d'entreprises en difficulté dont le redressement implique par nature la prise de décisions opérationnelles.

B) La phase de pré-notification

35. L'APDC se félicite que la phase de pré-notification demeure une simple faculté offerte aux entreprises qui souhaitent minimiser le risque d'incomplétude de la notification ou se faire une idée sur l'acceptabilité de leur projet et anticiper les aménagements éventuellement nécessaires, ou encore qui envisagent un renvoi à la Commission européenne. La pré-notification doit demeurer une option, concernant particulièrement les opérations complexes ou susceptibles de poser des problèmes de droit (par exemple caractère notifiable) ou de concurrence, et en aucun cas devenir une pratique systématique.

1. Temps d'examen du dossier au cours de cette phase

36. L'APDC constate que les périodes de pré-notification ont tendance à devenir de plus en plus longues.

L'APDC reconnaît que le maintien d'un délai d'examen strict de 25 jours ouvrés à compter de la notification formelle suppose que la phase de pré-notification permette un examen suffisamment approfondi du dossier pour les opérations donnant lieu à de nombreux marchés affectés ou à des problématiques complexes.

Toutefois, l'ampleur et le nombre des questions posées au cours de la pré-notification semblent parfois sans commune mesure avec les enjeux du dossier.

Tel est notamment le cas pour les opérations qui ne posent manifestement pas de difficulté et pour lesquelles la pré-notification vise avant tout à minimiser le risque d'incomplétude (et

pour lesquelles les risques de recours sont faibles). Pour ces opérations, l'APDC souhaiterait que la phase de pré-notification soit très rapide et limitée au strict nécessaire pour s'assurer de la complétude du dossier.

2. Désignation du rapporteur et des autres intervenants

2.1. Désignation du rapporteur

37. Les membres de l'APDC ont pu constater que, très fréquemment, un délai non négligeable (parfois une semaine et plus) s'écoule entre l'envoi du premier projet de notification et l'attribution du dossier à un rapporteur (ou une équipe de rapporteurs).

Ce délai retarde d'autant le processus d'examen du dossier par les rapporteurs et, du même coup, la réception par les conseils des entreprises des questions que le projet peut susciter (et in fine la date de la notification).

Afin de remédier à cette difficulté, l'APDC préconise que les dossiers soient attribués dès réception de la pré-notification à un ou plusieurs rapporteurs.

38. De plus, le processus de désignation du (des) rapporteur(s) est difficile à suivre de l'extérieur et peut être quasi-instantané ou prendre plusieurs jours. Des relances téléphoniques sont parfois nécessaires, et l'identité du (des) rapporteur(s) est le plus souvent communiquée oralement. Dans les notifications qui ne donnent pas lieu à pré-notification, cette désignation est parfois réalisée plusieurs jours après le dépôt de la notification et la partie notifiante n'en est informée qu'en prenant contact téléphoniquement avec le service des concentrations.

L'APDC préconise que le service des concentrations informe la partie notifiante par email de l'identité du (des) rapporteur(s) désigné(s), ainsi que du numéro attribué à l'affaire.

2.2. Désignation des autres intervenants

39. L'ADLC suggère que la partie notifiante soit informée dans les mêmes conditions de l'identité des autres personnes susceptibles d'intervenir dans le dossier (membres du Collège, membres du service économique, chef de service ou adjoints au chef de service qui supervisera plus particulièrement ce dossier).

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

40. Comme les lignes directrices en vigueur, le Projet précise que si la contrôlabilité pose des questions nouvelles, les entreprises « *peuvent être invitées à notifier l'opération afin que ces questions puissent être tranchées par l'Autorité dans le cadre d'un examen formel* » (point 135 du Projet).

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.

41. 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 délimitations des marchés, 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.
42. 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.

4. Délai de retour de l'Autorité

43. Le point 133 du Projet prévoit qu'à la suite de l'envoi d'un projet de notification, « *un premier retour est fait aux parties dans un délai de cinq jours ouvrés* ».

L'APDC préconise que ce retour soit suffisamment substantiel, de manière à offrir une meilleure visibilité aux entreprises notifiantes sur la gestion du calendrier d'examen de l'opération, et que son contenu soit précisé dans les lignes directrices.

C) Les renvois à la demande des Etats membres

44. Au sujet du renvoi, le Projet est quasiment identique aux lignes directrices de 2009. Cependant, l'APDC considère que le Projet devrait apporter des précisions sur les points exposés ci-après.

Il ressort du paragraphe 151 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) ?

45. Le Projet pourrait par ailleurs indiquer si le fondement juridique de cette compétence est 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.

Le Projet indique également au paragraphe 151 que « *l'Autorité de la concurrence peut mettre en œuvre l'article 22 pour des opérations notifiées en France ou dans un autre Etat membre* ».

L'APDC suggère que le Projet mentionne que l'Autorité ne peut utiliser la procédure prévue à l'Article 22 pour des opérations notifiées dans un autre Etat membre qu'en s'associant à la demande initiale d'un Etat membre de mettre en œuvre cette procédure. Cette phrase pourrait être complétée de la manière suivante : « *l'Autorité de la concurrence peut mettre en œuvre*

l'article 22 pour des opérations notifiées en France ou dans un autre Etat membre (en se joignant à la demande initiale) ».

D) La phase I

1. Sur le dépôt du dossier de notification : délivrance de l'avis de complétude du dossier

46. L'APDC estime que la question de la complétude devrait, sauf circonstances exceptionnelles, être réglée sans délai aussitôt après le dépôt de la notification officielle, comme c'est le cas au niveau communautaire où la complétude est réputée acquise dès la date de réception de notification par la Commission et n'est remise en cause que si la Commission constate que les informations figurant dans la notification ou dans ses annexes sont incomplètes « *sur un point essentiel* » (cf. art. 5.2 du Règlement (CE) n°802/2004 du 7 avril 2004, soulignement ajouté).

L'APDC estime en effet qu'il est fondamental, une fois la notification officielle déposée, que les entreprises aient une parfaite visibilité sur les délais dans lesquels l'autorisation sera obtenue. Ce point est souvent crucial pour le financement de l'acquisition, pour lequel les banques exigent d'avoir des indications très précises.

En d'autres termes, les rapporteurs devraient, une fois que le dossier contient toutes les informations raisonnablement utiles à leur analyse, délivrer immédiatement un avis de complétude confirmant le départ du délai au jour de la notification. La complétude ainsi octroyée ne pourrait être retirée qu'en cas de problématique nouvelle révélée par le test de marché.

L'envoi de la lettre de complétude plusieurs semaines après le dépôt de la notification, voire le jour même ou la veille de la décision d'autorisation de l'opération, pratique hélas fréquente, crée une incertitude très préjudiciable aux entreprises.

47. De même, l'APDC ne peut que déplorer le développement récent d'une pratique encore plus dommageable consistant à adresser aux entreprises des lettres d'incomplétude bien après le dépôt de la notification officielle, alors même que (i) les questions posées dans la lettre d'incomplétude ne relèvent à l'évidence pas de problématiques nouvelles que les rapporteurs ne pouvaient identifier antérieurement et que (ii) dans certains cas, des contacts de pré-notification approfondis ont précédé le dépôt officiel du dossier. L'usage de la lettre d'incomplétude comme « outil de gestion de temps » devrait ainsi être proscrit.
48. Ainsi, s'agissant de la complétude, l'APDC souhaite formuler les suggestions suivantes :
- Dans les cas où intervient une phase de pré-notification, les rapporteurs devraient confirmer qu'en l'état des informations en leur possession, le dossier est en état d'être notifié formellement.
 - Dans tous les cas (avec ou sans pré-notification), la notification formelle devrait être immédiatement suivie de l'envoi d'une lettre de complétude (qui ne pourrait être retirée qu'en cas de circonstances exceptionnelles, lorsqu'un élément essentiel à l'analyse de l'impact concurrentiel de l'opération fait défaut) confirmant le point de

départ du délai au jour de la notification. Alternativement, la pratique des lettres de complétude pourrait être abandonnée, au profit d'une règle selon laquelle le dossier serait présumé complet à la date de la notification.

- Les lettres d'incomplétude devraient être réservées à des situations exceptionnelles liées à la survenance d'une difficulté totalement nouvelle révélée par le test de marché (par exemple, découverte d'un marché affecté non identifié dans la notification...).

2. Sur le contenu du dossier

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

49. Le point 168 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.

2.2. Coordonnées des concurrents, clients et fournisseurs dans le dossier de notification

50. Le point 172 du Projet explique que les parties doivent apporter une attention particulière aux indications relatives à leurs principaux concurrents, clients et fournisseurs, qui serviront ensuite de base à l'envoi de questionnaires pour la réalisation de test de marché.

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

3. Sur la publication du communiqué de dépôt de notification et le délai de consultation des instances représentatives

51. La publication du communiqué relatif à la notification sur le site Internet de l'Autorité déclenche, tel qu'évoqué au point 194 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 ouvrés* » 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.

Pour des raisons de sécurité juridique, il serait utile que l'Autorité indique précisément dans quel délai exact le communiqué décrit au point 192 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. Sur la conduite de la phase I

4.1. Information régulière des parties lors de la phase d'instruction (« *state of play meetings* »)

52. L'APDC considère – pour les dossiers complexes – que l'Autorité devrait, à l'instar de la Commission européenne – instaurer des réunions d'information régulières avec les entreprises notifiantes pendant la phase d'instruction (« *state of play meetings* »).

L'APDC estime que le Projet pourrait utilement indiquer au point 214 que l'Autorité pourra procéder, à la demande des parties notifiantes, 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*.

53. Par ailleurs, de récentes expériences ont souligné que les Services d'instruction attendaient souvent quelques jours avant la date d'expiration du délai légal, pour informer les parties de l'existence de doutes sérieux (souvent bien après l'issue du test de marché) et exiger soit des engagements de leur part, soit l'ouverture d'une phase II.

Cette situation est particulièrement observable dans le cas où des tiers – bien au-delà du délai qui leur est imparti pour faire valoir leurs observations – utilisent les tout derniers jours de l'instruction pour faire connaître leur position à l'Autorité.

Il serait dès lors judicieux de mieux encadrer, au niveau du délai ainsi imparti, les observations que sont susceptibles de faire valoir les tiers et de distinguer celles ayant un véritable intérêt pour le fond du dossier de celles déposées uniquement à des fins tactiques, pour retarder une opération.

54. Dans ces conditions, l'information régulière des parties – tout au long de l'instruction – permettrait d'éviter un tel écueil, en particulier lorsque les résultats du test de marché commencent à parvenir à l'Autorité, afin de permettre aux parties notifiantes de réagir au fur et à mesure et d'apporter aux Services d'instruction les éléments nécessaires à leur défense.

55. Enfin, et dans la même logique que celle évoquée plus haut, prévenir les parties notifiantes au dernier moment de l'ouverture d'une phase II ou de la nécessité de prendre des engagements peut s'avérer particulièrement délicat pour la réalisation même de leur opération. Les conditions de financement imposées par les banques imposent, en effet, le plus souvent un calendrier précis. En outre, les parties sont souvent contraintes, sur le plan contractuel, de prévoir une caducité automatique de l'opération en cas de passage en phase II (un tel mécanisme est prévu dans plus de deux tiers des opérations).

4.2. Rôle des économistes

Pour les cas complexes, l'APDC considère que le Service économique de l'Autorité devrait directement intervenir dans le cadre de l'instruction, aux côtés du rapporteur, afin de faire connaître aux parties notifiantes et à leurs conseils ses préoccupations/analyses et les partager avec ces dernières, au cours de réunions régulières telles que celles suggérées ci-dessus.

Une plus grande interaction avec le Service économique, notamment par le biais d'un dialogue direct, permettrait en effet aux entreprises de faire valoir leurs arguments au fur et à mesure du déroulement de l'instruction et d'échanger ainsi avec les économistes qu'elles ont elles-mêmes mandatés, sans avoir à attendre le dernier moment (clôture de la phase I) pour faire valoir leurs propres arguments, souvent décisifs pour l'adoption d'une décision dans un sens ou dans l'autre.

E) La phase II

56. Le Projet révisé au sujet de la phase II est identique aux lignes directrices de 2009. Cependant, l'APDC considère que le Projet révisé devrait apporter des précisions sur les points suivants :

1. Mécanisme d'arrêt des pendules

57. S'agissant de la première cause de suspension à la demande de l'Autorité (manquement à l'obligation d'information d'un fait nouveau, point 245), le Projet fait référence à l'article 9, paragraphe 4 du Règlement (CE) n° 802/2004 : « *La suspension des délais commence le jour suivant celui de la survenance du motif de suspension. Elle expire à la fin du jour de la disparition du motif de la suspension. Si ce jour n'est pas un jour ouvrable, la suspension expire à la fin du premier jour ouvrable qui suit* ». Or, s'agissant de la deuxième cause de suspension des délais à la demande de l'Autorité (informations non fournies ou si les parties empêchent un tiers de répondre à des demandes d'informations), le Projet n'apporte aucune précision sur le délai de suspension contrairement au premier cas de suspension. L'APDC recommande donc de faire également référence à cet article 9 pour cette deuxième cause de suspension.
58. Par ailleurs, le Projet indique que les parties sont avisées du déclenchement et de la fin de la suspension des délais (points 246 et 247). La version finale des Lignes Directrices pourrait préciser que l'Autorité motivera sa décision de suspendre les délais. Il pourrait en outre 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.

Enfin, il pourrait être précisé que la décision peut être rétroactive s'agissant de la fin de la suspension, c'est-à-dire que le jour de fin de la suspension a eu lieu à une date déjà passée.

2. Projet de décision de l'Autorité en Phase II

59. Le Projet indique que : « L'Autorité transmet le projet de décision aux parties intéressées afin qu'elles puissent faire leurs observations, dans un délai raisonnable. Ce délai est apprécié en tenant compte notamment de la date à laquelle les parties ont transmis les dernières informations nécessaires à la prise de décision de l'Autorité » (point 262). La version finale des Lignes Directrices pourrait utilement préciser que ce « délai raisonnable » ne saurait être inférieur à 15 jours ouvrés.

3. La procédure d'évocation du Ministre

60. 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 267) 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 sur :

- 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.).

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

61. 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 (point 263).

Cette lacune 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 (par exemple, un jour ouvré) et que les parties devraient être tenues informées de cette étape de la procédure sans délai.

5. Retraits de notification

62. Le Projet (point 270) prévoit la possibilité de retrait d'une notification de concentration en cas d'abandon du projet de la part des parties. La version finale des Lignes Directrices pourrait préciser les modalités pratiques du retrait de la notification (formes, délais, publicité...).

F) Aspects procéduraux des engagements

1. Le test de marché

63. Le Projet réaffirme la possibilité pour l'Autorité de soumettre à un « test de marché » les mesures correctives proposées par les parties en maintenant les dispositions actuelles selon lesquelles :

« Ces engagements peuvent être testés auprès d'acteurs des marchés concernés, dans le respect du secret des affaires des parties. Pour ce faire, les parties doivent transmettre une proposition de version non confidentielle de leurs engagements. Si la proposition transmise par les parties doit être amendée avant communication aux tiers, les parties reçoivent communication de la version sur la base de laquelle sont interrogés les tiers » (point 228 pour les engagements en phase 1, et point 252 pour les engagements en phase 2).

Les apports du Projet sont néanmoins peu prolixes sur les conditions dans lesquelles l'Autorité recourt à ce type de test de marché. Le Projet se contente ainsi d'ajouter, sous le titre V (N) relatif aux mesures correctives (point 578), une précision selon laquelle, pour analyser la viabilité et la compétitivité d'un engagement de cession, les services d'instruction peuvent s'appuyer sur une consultation des acteurs du marché : *« Les délais encadrant la décision de l'Autorité et les fortes asymétries d'information qui existent entre l'Autorité et les parties font qu'il est difficile de compenser cette faible incitation par l'analyse de la viabilité et de la compétitivité des actifs proposés à laquelle procèdent les services d'instruction de l'Autorité, même en s'appuyant sur une consultation des acteurs du marché »* (soulignement ajouté).

64. L'APDC considère que le Projet mérite d'être complété sur plusieurs points.

En premier lieu, l'APDC rappelle que le recours au test de marché n'est prévu par aucun texte. Ce point pourrait être explicitement mentionné dans les nouvelles Lignes directrices.

Ensuite, l'APDC relève que les précisions apportées par le Projet sont peu éclairantes sur les situations dans lesquelles l'Autorité recourt à ce type de test et souhaiterait que ce point soit clarifié.

Enfin, l'APDC relève que, pour la première fois dans l'affaire *relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés TPS et CanalSatellite par les groupes Vivendi et Canal Plus*, des mesures correctives ont donné lieu à une consultation publique¹⁰. L'Autorité a ainsi publié

¹⁰ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_c+_tps.pdf.

sur son site Internet les mesures correctives envisagées par les services d'instruction afin que les tiers intéressés présentent leurs observations.

L'APDC estime nécessaire que le Projet apporte des précisions sur cette nouvelle pratique : le fait de soumettre les mesures correctives à une consultation publique va-t-il devenir la norme ? Cette façon de procéder sera-t-elle limitée aux cas donnant lieu à l'ouverture d'une phase II ou aux cas dans lesquels les parties n'ont pas proposé d'engagements ? Les parties auront-elles accès à une version anonymisée des réponses des tiers ?

L'APDC souhaiterait par ailleurs que le Projet mentionne explicitement que les services d'instruction veilleront à mener une analyse approfondie des contributions des tiers de manière à se prémunir contre tout risque d'instrumentalisation.

2. Le suivi des mesures correctives

65. Pour le suivi des engagements, l'Autorité s'appuie essentiellement sur le mandataire et sur les tiers. Concernant ces derniers, l'Autorité peut leur adresser une demande d'informations ou « *s'appuyer sur toute information spontanément fournie par les tiers* » (point 287).

A l'inverse, dans sa rédaction actuelle le Projet semble confiner les parties dans un rôle secondaire, leur intervention n'étant envisagée concrètement que dans l'hypothèse où l'Autorité déciderait de leur adresser une demande d'informations. En cela, les parties ne semblent même pas au niveau des tiers qui ont par ailleurs la possibilité de se manifester spontanément.

66. L'APDC ne saurait interpréter le silence du Projet sur ce point comme le signe d'une relégation des parties au second plan s'agissant du suivi des engagements, qui les concerne pourtant au premier chef. Elle estime néanmoins qu'il serait souhaitable que l'Autorité précise explicitement dans le Projet que les parties ont un rôle de premier ordre auprès de l'Autorité pour ce qui concerne le suivi de leurs engagements.

Dans cette optique, leur intervention ne devrait pas non plus être présentée comme dépendant de la décision de l'Autorité de leur adresser une demande d'informations.

Par exemple, lorsque l'Autorité interroge le mandataire sur la mise en œuvre effective d'un ou plusieurs engagements et/ou reçoit une information spontanée de la part d'un tiers, l'Autorité devrait immédiatement en informer les parties, leur offrant ainsi la possibilité de lui fournir toutes informations qu'elles jugent utiles à cet égard, avant toute demande formelle d'informations.

3. La sanction du non-respect des engagements

3.1. La procédure de non-respect des engagements

67. Concernant la procédure de non-respect des engagements, le Projet renvoie aux dispositions de l'article L.430-8-IV du Code de commerce qui prévoit notamment que « *si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un*

engagement figurant dans sa décision (...), l'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante quinze jours ouvrés ».

Or, le point départ du délai de 75 jours dont dispose l'Autorité pour constater l'inexécution d'un engagement ou d'une injonction (et éventuellement retirer la décision d'autorisation ou enjoindre les parties à s'exécuter) n'est pas explicité par l'article précité.

L'APDC souhaite que l'Autorité précise la façon dont elle entend appliquer ce délai et s'il court, selon elle, à compter de la saisine ou du rapport.

En tout état de cause, compte tenu des sanctions encourues pour non-respect des engagements et en particulier du risque de retrait de la décision d'autorisation, l'Autorité devrait s'engager à mener son instruction avec une célérité toute particulière.

L'APDC souhaite également que l'Autorité s'engage à s'autosaisir dans les plus brefs délais des manquements qui lui auraient été signalés par le mandataire dans le cadre de sa mission de suivi des engagements.

3.2. Les conséquences liées au retrait d'une décision d'autorisation d'une opération pour non-respect des engagements

68. Le Projet ne traite pas de la question du sort des engagements initiaux en cas de retrait d'une décision d'autorisation en application des dispositions de l'article L. 430-8-IV du Code de commerce.

Or, il serait utile que dans ses nouvelles lignes directrices l'Autorité donne des indications quant aux obligations découlant de ces engagements pour ce qui concerne la période allant du retrait de la décision initiale à la nouvelle décision de l'Autorité (plus de dix mois pour l'opération relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés TPS et CanalSatellite par les groupes Vivendi et Canal Plus).

Cette question se pose principalement pour les engagements initiaux non encore échus à la date du retrait et portant exclusivement sur le périmètre antérieur à la concentration (qui par définition n'est pas concerné par l'obligation de *stand still* découlant de la nouvelle notification de l'opération).

Dans un tel cas de figure, l'Autorité considère-t-elle que (i) les parties restent tenues par ces engagements initiaux jusqu'à ce qu'elle rende sa nouvelle décision ou, à l'inverse, que (ii) dans la mesure où ils ont été annulés par le retrait de la décision les parties sont, jusqu'à la souscription d'éventuels nouveaux engagements, libres d'agir sur le marché (dès lors qu'elles le font de manière indépendante et sans contrevenir aux dispositions de l'article L. 430-4 du Code de commerce) ?

Apporter des précisions sur cette question de la survivance ou non des engagements initiaux en cas de retrait d'une décision serait utile non seulement pour les parties à l'opération, mais aussi pour les tiers susceptibles d'être concernés par un ou plusieurs de ces engagements (par exemple l'accès à une licence, l'encadrement de comportements commerciaux ou encore l'aménagement des conditions de distribution ou d'approvisionnement d'un produit...).

4. Le réexamen des mesures correctives

69. Comme c'était déjà le cas pour les lignes directrices actuelles, s'agissant de la procédure suivie par l'Autorité pour le réexamen des engagements, le Projet se contente d'indiquer que « *un courrier motivé doit être adressé à cet effet au président de l'Autorité* » (point 302).

Il conviendrait que l'Autorité précise la procédure qu'elle suivra entre la réception du courrier et sa décision finale, notamment pour ce qui concerne les délais (même indicatifs) de son intervention, son interaction avec les parties et le mandataire et, le cas échéant, l'éventuelle consultation des tiers sur les modifications envisagées.

70. Toutes les décisions de révision des engagements devraient être publiées sur le site de l'Autorité, de manière systématique et sans exception contrairement à ce que le Projet indique au point 303.

En effet, les modifications mineures et la prolongation des délais pour lequel le Projet ne prévoit pas de publication sont parfaitement susceptibles d'intéresser les tiers, d'une part parce que ces derniers peuvent être directement concernés par les engagements en question et donc leur révision (durée d'accès à une licence par exemple) et, d'autre part, parce que leur rôle de relais de l'Autorité dans le suivi des engagements ne peut être tenu efficacement par les tiers que s'ils disposent d'une information aussi complète que possible quant aux obligations auxquelles sont tenues les parties, ce qui inclut leurs modifications même mineures et/ou concernant la durée.

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

71. A titre liminaire, il convient de rappeler que le contrôle des opérations de concentration sur le fond doit répondre aux exigences qui s'imposent à la procédure elle-même : prévisibilité, clarté et rapidité, tout en assurant son efficacité.

Il faut souligner en effet comme le rappellent les Lignes Directrices (point n° 3) que le contrôle des concentrations touche à un principe fondamental à valeur constitutionnelle : le principe de la liberté d'entreprendre, comme cela a été souligné encore récemment par le Conseil Constitutionnel (Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre). L'APDC le rappelait déjà au point n° 71 de ses observations du 24 septembre 2009 sur le projet de Lignes Directrices de l'Autorité de 2009. Le corollaire en est que le droit de la concurrence est neutre à l'égard de la concentration en tant que processus économique, sans a priori négatif. Il appartient donc à l'Autorité de vérifier, et le cas échéant, établir que l'opération qui lui est soumise répond au « test » légal de l'article L. 430-6 du Code de commerce, rappelé au point n° 309 du Projet.

Compte tenu du principe de liberté d'entreprendre, la preuve de l'atteinte à la concurrence telle que prévue par la loi doit être apportée de manière suffisamment convaincante de telle sorte que le doute doit profiter à la partie notifiante, au nom dudit principe. A cet égard, il faut insister sur le caractère « *plausible* » du scénario retenu dans l'examen prospectif, exigence mentionnée, à juste titre par le point n° 311 du Projet, citant la jurisprudence récente du Conseil d'Etat. Il faut donc rejeter les raisonnements fondés sur des hypothèses aléatoires et trop marqués d'incertitudes.

A cet égard, les « *outils quantitatifs* » comportent des aléas significatifs (voir *infra*, n^{os} 94 et s.) en tant qu'éléments de preuve précis d'atteinte à la concurrence. D'ailleurs, la doctrine économique évoque leur qualité de simples « *filtres* » et le Projet en révèle les « *limites méthodologiques* » (voir encore *infra*, n^o 97).

72. Or, l'intérêt principal des Lignes Directrices est de fournir aux entreprises un degré suffisant de sécurité juridique sur la méthode qu'emploiera l'Autorité pour analyser les effets du projet de concentration notifié. Les Lignes Directrices entendent y contribuer et l'on ne peut que s'en féliciter mais leurs développements ne proposent en réalité à maintes reprises que des indications sommaires sur la méthode d'analyse au fond de l'Autorité dans le cadre du contrôle des concentrations.

Certes, ceci peut être lié à un souci de prudence de la part de l'Autorité mais le message s'en trouve brouillé. Comme il sera précisé ci-dessous, ainsi le point n^o 385 (relatif à la prise en compte des gains d'efficacité dans l'analyse des effets unilatéraux) semble contredit par la note de bas de page n^o 138 du Projet. De même, la dernière phrase du point n^o 393 semble en contradiction avec le reste du point (à propos de la pertinence des parts de marché en présence de marchés d'appel d'offres) et empêche de tirer un enseignement utile sur ce que sera la position de l'Autorité en pratique. Il est parfaitement compréhensible que l'Autorité ne souhaite pas se retrouver enserrée dans un carcan et se ménage des possibilités de flexibilité. Néanmoins, au vu de l'expérience qu'elle a acquise, l'Autorité devrait envisager une méthode alternative. Elle pourrait par exemple indiquer (une fois pour toute) que le contenu des Lignes Directrices constitue la méthode qu'elle entend employer et qu'elle se réserve néanmoins la possibilité de procéder différemment si les besoins de l'espèce l'exigent, charge alors pour elle de s'en expliquer précisément.

Ce manque de sécurité juridique peut également être lié à certaines imprécisions du Projet. Par exemple, en ce qui concerne la délimitation géographique de marchés locaux, l'Autorité dans son Projet ne précise pas si chaque zone doit être centrée sur un point de vente ou sur un bassin de population (ni comment tenir compte de la pression concurrentielle de points de vente situés à l'extérieur mais en bord de zone). De même, les tests UPP, GUPPI et IPR supposent tous au préalable de calculer des ratios de diversion. Or, le Projet de l'Autorité se montre flou lorsqu'il s'agit de définir la méthode à employer pour calculer ces ratios de diversion (point n^o 408 du Projet). Non seulement ces imprécisions peuvent nuire à la sécurité juridique que les entreprises recherchent dans les Lignes Directrices, mais en outre, elles leur sont préjudiciables. En effet, face à un problème de méthodologie de cet ordre, les services de l'Autorité demandent systématiquement aux entreprises de fournir les données sur la base des deux méthodologies possibles. Si l'Autorité n'est pas prête à se prononcer sur l'utilisation d'une méthodologie plutôt qu'une autre (ce qui semble être le cas pour le calcul des ratios de diversion aux fins des tests UPP, GUPPI et IPR), comme nous le verrons ci-après (voir *infra*, n^{os} 94 et s.), l'utilisation éventuelle de ces outils devra être clarifiée.

73. Enfin, sur la forme, on constate que le Projet, sans doute dans un souci louable d'allègement, supprime assez souvent des exemples ou citations que comportait le texte de 2009. On peut souvent le regretter car ils éclairaient concrètement les développements¹¹. Le fait de renvoyer, parfois simplement en note de bas de page, à des décisions (comme au point n^o 337) est une solution moins pratique. Surtout on peut regretter que parfois un exemple est

11 Exemples : points n^o 337 (ancien n^o 309) ; n^{os} 344, 345 (anciens n^{os} 317, 318, 319...) ; n^o 432 (ancien n^o 388) ; n^o 435 (ancien n^o 392) ; n^o 437 (ancien n^o 354) ; n^o 470 (ancien n^o 427), *etc.*

supprimé sans être substitué par une quelconque référence à une décision et surtout lorsque le développement devient négatif alors même que l'exemple qui figurait antérieurement était favorable aux entreprises concernées (c'est le cas par exemple du caractère biface des marchés tel que nouvellement décrit au point n° 411, ancien point n° 354).

A) Principales notions

1. L'objectif du contrôle

74. Le Projet apporte une modification importante : la protection de la concurrence n'a plus seulement pour effet de protéger le « *bien être des consommateurs* » mais aussi « *la compétitivité globale de l'économie et l'innovation* ». On ne peut que s'en féliciter, même si l'on ne voit pas bien, dans la suite du Projet, quelle conséquence en est tirée exactement. Ceci doit en tous cas inciter l'Autorité à examiner avec attention les gains d'efficacité, en particulier ceux liés à l'innovation, alors que sur ce dernier point, le Projet semble plus en retrait que l'ancien texte (voir *infra*, n° 101).
75. Au point n° 316, le Projet, comme l'ancien texte (points n° 288 et suivant) vise le fait que « (...) *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* ». Il n'est pas sûr que cette remarque soit conforme à la pratique décisionnelle... Les effets unilatéraux semblent être examinés systématiquement en dehors de tout lien avec la position dominante...
76. Au point n° 317, le Projet examine les éventuels effets non-coordonnés des concentrations verticales ou conglomérales, en visant par exemple le fait « *d'empêcher totalement ou partiellement* (...) » le développement (souligné en gras) des concurrents. S'agissant de l'empêchement *partiel* auquel il est ainsi fait référence, il conviendrait de rappeler par la même occasion l'exigence du caractère « *significatif* » de l'atteinte (outre bien sûr le caractère « plausible ») auquel le point n° 309 du Projet se réfère. La référence au caractère « partiel » ne doit donc pas atténuer cette exigence de preuve quant à l'importance de l'atteinte.
77. Au point n° 320, la référence à la notion d'« *accord implicite* », bien qu'utilisée systématiquement spécialement par les économistes est, en droit, empreinte de confusion. Par cette expression, l'Autorité vise en réalité les cas où les comportements parallèles ne font pas l'objet d'accord, quel qu'en soit la forme (exprès ou non). Il serait donc plus pertinent de viser les comportements autonomes, dénués de concertation.

B) La délimitation des marchés pertinents

1. L'objectif et les critères

78. Cette section particulièrement claire dans l'ancien texte quant au caractère « *essentiel* » et préalable de la délimitation (point n° 301 des anciennes Lignes Directrices) des marchés

pertinents, est désormais empreinte d'une certaine confusion, sinon de contradiction du fait du rajout de la référence aux nouveaux « *outils analytiques ne nécessitant pas de définir précisément des marchés pertinents (...)* » (point n° 333 du Projet). L'incertitude est accrue du fait que le Projet précise en même temps que « *l'identification des biens ou services substituables (...) concerne toujours une étape nécessaire au raisonnement de l'Autorité* » (point n° 333 du Projet). Or cette identification est précisément le moyen de délimiter le marché pertinent. Il est à craindre donc que, contrairement à ce que semble indiquer l'Autorité, l'étude des modèles économétriques vienne se superposer au travail de définition de ces marchés. Il est en effet légitime de se demander comment identifier les produits substituables sans délimiter précisément le ou les marchés pertinents.

79. L'incertitude sur la place exacte à réserver désormais à la délimitation des marchés au regard spécialement des nouveaux outils quantitatifs doit être levée, compte tenu de l'exigence de clarté des Lignes « *Directrices* ». Or la doctrine économique fait de ces « outils » des éléments d'appréciations préalables (« *filtres* ») devant dispenser d'une délimitation de marché. Tout en se félicitant de ce que l'Autorité n'exclut pas leur utilisation éventuelle, même avec beaucoup de réserves, que l'on approuve, on doit savoir précisément si cette prise en considération se cumule ou non avec la délimitation des marchés (voir notamment la Décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS). S'il y a cumul, il faudrait clarifier quel sera alors précisément l'usage et le rôle de ces outils, question à laquelle les développements qui leur sont précisément consacrés (points n° 396 et suivants du Projet) ne répondent pas clairement (voir également *infra*, n°86).
80. A cet égard, la Décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS illustre bien ces incertitudes. Dans cette affaire, après un travail important et fouillé de délimitation des marchés de produits, l'Autorité passe en revue et critique le test UPP fourni par la partie notifiante pour relativiser la part de marché de la nouvelle entité. Bien qu'elle souligne dans sa décision que ce type de test « *peut être mené sans qu'il soit besoin de définir précisément le marché pertinent, ce qui est particulièrement important lorsque les produits sont différenciés* » (point n° 103), il est vraisemblable que cette remarque n'indique pas pour autant un infléchissement de la pratique de l'Autorité pour qui la définition des marchés devrait rester une étape préalable indispensable, entraînant de ce fait un double travail à la charge de la partie notifiante, même si dans le cas cité, l'étude UPP paraît avoir été produite à l'initiative de la partie notifiante. Ce même cas de figure pourrait se rencontrer dans le cas d'opérations où, une fois effectué le travail de délimitation des marchés, l'Autorité soupçonnerait des effets unilatéraux malgré une part de marché combinée facialement peu élevée, et requerrait des parties notifiantes qu'elles fournissent une analyse économétrique des ratios de diversion. D'où un alourdissement des tâches de l'Autorité et des parties.
81. A cet égard, les « Horizontal Merger Guidelines » américaines du 19 août 2010 paraissent faire preuve de plus de logique et de pragmatisme en renonçant au dogme de la nécessaire définition du marché pertinent (section 4, p. 7), notamment dans le cas de marchés de produits différenciés :

“The Agencies’ analysis need not start with market definition. Some of the analytical tools used by the Agencies to assess competitive effects do not rely on market definition, although evaluation of competitive alternatives available to customers is always necessary at some point in the analysis.”

Evidence of competitive effects can inform market definition, just as market definition can be informative regarding competitive effects. For example, evidence that a reduction in the number of significant rivals offering a group of products causes prices for those products to rise significantly can itself establish that those products form a relevant market. Such evidence also may more directly predict the competitive effects of a merger, reducing the role of inferences from market definition and market shares”.

82. Une telle approche peut s’expliquer d’autant plus qu’il existe un lien entre le test UPP ou GUPPI et la définition des marchés pertinents par le biais des tests SSNIP. Un test SSNIP consiste à rechercher le plus petit ensemble de produits qui permettraient à une entreprise qui les offrirait tous d’augmenter d’un montant significatif et de façon profitable le niveau des prix de façon pérenne. Si une telle hausse de prix n’est pas profitable, ceci veut dire que la demande en est trop réduite, notamment en raison d’un report vers d’autres produits substituables. Ces substituts doivent alors être intégrés au marché pertinent.

La mécanique du test SSNIP est très proche de celle des tests GUPPI ou UPP. Ces tests ont tous pour objectif de vérifier si une hausse de prix est ou non profitable¹². Le résultat du test SSNIP, comme celui des tests UPP ou GUPPI dépend de la marge unitaire et du ratio de diversion.

83. On pourrait donc imaginer que l’Autorité mette à plat la question avec les parties notifiantes dès le stade de la prénotification, lorsque les opérations concernent des marchés de produits *prima facie* peu homogènes et dont la définition n’est pas déjà bien balisée par la pratique décisionnelle et la jurisprudence. Cela pourrait permettre peut-être de faire gagner du temps.

Or, actuellement, beaucoup de ressources sont consacrées, tant du côté des entreprises notifiantes (ou dans une moindre mesure tierces) que des services d’instruction, à la définition des marchés pertinents. Le plus souvent, une fois la prénotification ou la notification déposée, de nombreux questionnaires sont envoyés aux entreprises pour appréhender la substituabilité entre les produits ou pour calculer des parts de marché. Généralement d’ailleurs, les efforts importants et coûteux, en temps comme financièrement, pour procéder à des recherches de délimitation de plus en plus fines, apparaissent finalement sans intérêt, la question demeurant « ouverte » dans de nombreux cas.

L’APDC considère cependant que les méthodes quantitatives évoquées (y compris la méthode SSNIP elle-même) suscitent encore trop d’incertitudes et de réserves pour un emploi systématique, sans pour autant qu’elles soient à exclure (voir *infra*, n^{os} 94 et s.). Elle comprend que pour l’Autorité il serait, en l’état, difficile de se passer d’une délimitation des marchés. Mais elle suggère que les recherches de marchés à des niveaux toujours plus fins soient modérées en tous cas au niveau des informations exigées, lorsqu’il apparaît que l’incidence semble négligeable ou nulle au regard des éléments essentiels de l’analyse concurrentielle.

84. Le Point n° 331 se réfère aux produits ou services « (...) *considérés comme substituables par les clients* » (soulignement ajouté). Or le Projet évoque, même si c’est avec trop de réserves, que la substituabilité doit aussi être examinée au plan de l’offre. On ne peut que l’approuver.

12 Pour plus de détails, voir Farrell, Joseph and Carl Shapiro (2010), “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition”, B.E. Journal of Theoretical Economics: Policies and Perspectives, Vol. 10(1), Article 9, 2010, disponible sur <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>.

La substituabilité par l'offre est évoquée par le Projet au point n° 337. Mais ici encore, la suppression des deux exemples de l'ancien point n° 309 modifie le fond : ces exemples concluaient clairement à la délimitation d'un marché pertinent en fonction de la substituabilité au plan de l'offre. Le texte proposé désormais se borne au constat d'« *une substituabilité de l'offre suffisante* », sans conclure expressément qu'il en résulte une délimitation du marché. En réalité, le Projet n'est pas clair puisqu'il fait toujours de la substituabilité du point de vue de la demande le critère « *déterminant* » (point n° 336, ancien point n° 308) ajoutant retenir « *dans des cas particuliers* » le critère de la substituabilité de l'offre « *à titre principal pour délimiter le marché* ». Sans doute, en note de bas de page (note n° 106 du Projet), il est écrit que l'analyse de la substituabilité du point de vue de la demande n'exclut pas la prise en compte des « *caractéristiques* » de l'offre (ces développements d'ailleurs mériteraient de figurer dans le corps du texte). Mais il ne s'agit pas véritablement de la question de la substituabilité du point de vue de l'offre. Il n'y a donc aucune raison de donner si peu de portée à la substituabilité du point de vue de l'offre, qui doit être retenue comme critère de délimitation, tout autant que celle du point de vue de la demande (voir à cet égard les observations de l'APDC du 24 septembre 2009, point n° 76).

2. Délimitation en termes de produits et services

2.1. Indices qualitatifs

85. S'agissant du positionnement commercial (points n° 348 et suivants du Projet), l'APDC se félicite des nouveaux développements sur les MDD et MDF. Cependant, la place laissée au comportement des consommateurs sur le marché aval semble un peu trop faible sinon subsidiaire (« *l'Autorité tient également compte (...)* »). L'APDC suggère que ces développements soient davantage mis en valeur en raison du caractère déterminant de la place relative des MDD sur le marché aval.

2.2. Méthodes quantitatives

86. Comme évoqué ci-dessous, on ne peut que partager le scepticisme du Projet quant au caractère opérationnel de la méthode SSNIP (points n° 353 et suivants du Projet). L'APDC est d'avis que la même réserve doit s'appliquer aux « *ratios de diversion* » (point n° 357 du Projet), alors que le Projet en précise les limites et difficultés dans les développements ultérieurs (points n°^{os} 396 et suivants du Projet) (voir *infra*, n°^{os} 94 et s. sur les effets non-coordonnés horizontaux).

2.3. Dimension géographique

87. Il est précisé au **point n° 364** que certains marchés peuvent faire l'objet d'une analyse à plusieurs niveaux et l'exemple de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire est cité. Il nous semble cependant indispensable de clarifier ce point et il serait louable à cet égard que l'Autorité précise dans quels cas cet examen à plusieurs niveaux est susceptible d'intervenir.

L'affaire visée au point n° 364 n'est pas le seul exemple dans lequel l'Autorité a considéré qu'une analyse à plusieurs niveaux était nécessaire. Notamment, dans la décision n° 11-DCC-34 du 25 février 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez (point n° 28) l'Autorité considère que : « *L'analyse concurrentielle portera donc sur le marché national. L'instruction ayant également montré que l'exploitation de réseaux géographiquement proches de la région dans laquelle une procédure est organisée constitue un avantage concurrentiel significatif pour l'obtention d'une DSP, il sera donc tenu compte de ces effets dans l'analyse* ». De même, dans la décision n° 10-DCC-83 du 27 juillet 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de certains actifs des groupes Transdev et Véolia Transport par le groupe RATP, bien que l'Autorité considère que le marché du transport urbain est de taille nationale, il effectue une analyse particulière au niveau de la région PACA du fait de « *synergies géographiques* » (points 170 et suivants) qui font douter de la dimension nationale du marché.

88. On peut donc s'interroger sur la logique (et même la légitimité) d'un tel examen multiple, au regard du caractère essentiel de la délimitation des marchés pertinents sur lesquels il est dit par ailleurs que doit s'apprécier l'impact de l'opération de concentration.

C) Appréciation du degré de concentration du marché

89. Il convient de rappeler les observations de l'APDC de 2009 (n° 79) en cas d'absence d'information sur les parts de marché, qui demeure souvent une problématique cruciale pour les entreprises notifiantes.

D) Effets non coordonnés des concentrations horizontales ou effets unilatéraux

90. L'APDC se félicite de la modification du point n° 381 du Projet (ancien n° 350), qui ne vise plus l'« *atteinte à la concurrence* » mais seulement un « *risque d'atteinte (...)* ». Il ne s'agit en effet que de l'un des éléments de l'analyse concurrentielle au regard du test légal.
91. Au point n° 385, il est précisé que les effets unilatéraux s'apprécient indépendamment des gains d'efficacité. Il faut relever aussitôt que cette méthode semble peu compatible avec le test « *UPP* », puisque celui-ci prend en compte les gains d'efficacité dès l'analyse concurrentielle (il est vrai sous forme d'un « *crédit* »), comme l'indique le point n° 403 du Projet. C'est sans doute ce que signifie la note de bas de page n° 138 du point n° 385 du Projet. Mais cela exige une clarification, la note elle-même n'étant pas explicite (pour des lecteurs non-économistes... L'APDC souligne le fait que les Lignes Directrices devraient être comprises même par des opérateurs non-spécialistes de la science économique...).

1. Le résultat de l'addition des parts de marché des parties à la concentration

92. Au point n° 388 (ancien n° 357), le Projet reprend le texte actuel où il est dit que des parts de marché supérieures à 50 % peuvent faire « *présumer* » l'existence d'un pouvoir de marché important. Cette présomption est « *réfutable* ». Sans contester l'analyse sur le fond, il faut faire remarquer que la terminologie est, en droit strict, discutable car l'on ne se trouve pas ici devant un renversement de charge de la preuve : il appartient toujours à l'Autorité de vérifier

si d'autres caractéristiques du marché pertinent ne conduisent pas à une conclusion contraire à l'« *a priori* » tiré de la part de marché.

Le cas particulier des marchés d'appel d'offres (point n^{os} 391 et suivants)

93. Il est dit à juste titre que les parts de marché ne mesurent pas correctement le fonctionnement de tels marchés. Le point n° 392 du Projet évoque donc des « *indicateurs supplémentaires* » (aux parts de marché) qui, pour autant n'ont pas vocation à se « *substituer automatiquement* » aux indices structurels classiquement utilisés (type parts de marché). Ces développements se veulent prudents à l'évidence, mais du coup manquent de clarté. En réalité, au cas par cas, l'application des « critères » en question peut conduire à une conclusion contraire à ce qui aurait pu résulter de l'analyse fondée sur les parts de marché. De fait, il y a bien, alors, « substitution » et dans ce cas il ne faut pas hésiter à l'écrire.

2. Niveaux de différenciation des produits

2.1. Sur les test UPP, GUPPI et IPR

94. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, en théorie les nouveaux tests devraient constituer surtout un filtre permettant de sélectionner les opérations devant faire l'objet d'une plus grande attention. Les effets concurrentiels d'une fusion horizontale dépendent principalement de la substituabilité des produits et des gains d'efficacité engendrés. Les modèles permettant d'appréhender de tels effets existent. Mais, de l'aveu des économistes eux-mêmes, ces modèles sont complexes à mettre en œuvre et donnent lieu à de nombreux débats d'expert. Ils ne sont donc pas utilisables à grande ampleur sur un nombre important d'opérations.

Dans le même temps, toutes les fusions ne posent pas les mêmes problèmes potentiels de concurrence et les autorités de concurrence devraient concentrer leurs ressources sur certaines d'entre elles seulement. Les tests UPP et IPR et l'indicateur GUPPI pourraient constituer avant tout un instrument permettant d'identifier les opérations devant faire l'objet d'une attention particulière. Ils ne constituent pas une analyse concurrentielle complète des possibles effets unilatéraux.

Il s'agit en effet de tests moins ambitieux qu'une simulation de fusion mais qui permettent d'appréhender les ordres de grandeur des principaux effets en jeu. C'est d'ailleurs bien dans cette optique que ces tests ou indicateurs ont été développés, en particulier par Farrell et Shapiro. Le test UPP consiste à appréhender la pression concurrentielle exercée l'une sur l'autre par les parties à la fusion lorsque celles-ci offrent des produits différenciés. Les GUPPI (*Gross Upward Pricing Pressure Index*) ou l'IPR (*Illustrative Price Rise*) en sont des variantes.

L'incitation à la hausse des prix du fait de la fusion dépend de la substituabilité entre les produits des parties et avec ceux offerts par les concurrents. Une augmentation du prix des produits par une des parties à la fusion sera d'autant plus profitable que :

- l'augmentation de prix induit un report de la demande vers un produit vendu par l'autre partie. Le report de demande entre les produits des parties à la fusion est mesuré par le ratio de diversion ;

- la marge réalisée sur le produit qui bénéficie du report de demande est élevée.

Les tests UPP et IPR ainsi que l'indicateur GUPPI intègrent ces deux éléments : la marge sur coûts variables et le ratio de diversion.

La méthode proposée par l'Autorité consiste à donner un crédit de gains d'efficacité à la fusion et à vérifier si, avec ce crédit, l'incitation à la hausse des prix l'emporte sur l'effet de baisse des prix induit par les gains d'efficacité.

Ces tests sont plus efficaces que la méthode traditionnelle consistant à faire une simple somme des parts de marché des parties. Une telle analyse reposant sur les parts de marché ne permet pas d'appréhender les effets concurrentiels d'une fusion dès lors que les entreprises offrent des produits différenciés.

95. Mais s'ils constituent une amélioration dans le traitement des fusions dans le cas de produits différenciés, les nouveaux instruments introduits dans les Lignes Directrices ont également leurs limites.

Il s'agit d'une analyse très partielle qui n'intègre pas la pression concurrentielle exercée par les autres entreprises, sauf par le biais du ratio de diversion¹³. La réaction des concurrents n'est non pas plus prise en compte dans le test. Or, si les entreprises se font concurrence en prix et si l'une d'entre-elles augmente son prix, alors les autres vont réagir en augmentant également leur propre prix. Cette réaction des concurrents doit être intégrée dans une analyse complète des effets unilatéraux.

Ils ne tiennent pas non plus compte de la capacité des concurrents à absorber un éventuel report de la demande en cas de hausse de prix de l'une ou l'autre des parties à la fusion. Or, l'existence d'une capacité d'absorption du report de demande est fondamentale dans l'analyse. Si les concurrents sont fortement limités dans leur capacité de production, alors ils ne pourront absorber le report de demande et une partie des consommateurs qui auraient voulu s'approvisionner auprès de ces concurrents seront contraints soit de ne pas consommer, soit de le faire auprès des entités fusionnées donc à un prix supérieur. Une capacité de production limitée des concurrents est donc un facteur qui renforce la pression à la hausse des prix.

L'offre de produits est supposée constante. Or il est tout à fait possible que les entreprises concurrentes aient intérêt à repositionner leurs produits à la suite de la fusion et qu'elles puissent le faire à moindre coût. Par exemple, les concurrents peuvent vouloir offrir un ou plusieurs produits qui seront de plus proches substituts de l'un des biens offerts par les entités fusionnantes. Dans ce cas, la pression concurrentielle sur ces entités en sera accrue. L'analyse doit alors être amendée pour tenir compte de la pression concurrentielle une fois les produits offerts par les concurrents repositionnés.

13 Le report de la demande qui n'est pas récupéré par l'autre partie à la fusion, l'est par les concurrents. Plus ceux-ci exercent une pression concurrentielle forte (notamment en raison de la substituabilité des produits) sur les parties, et plus le ratio de diversion sera faible, et donc le risque de pression à la hausse de prix sera faible. C'est là l'unique mécanisme par lequel la pression concurrentielle exercée par les autres entreprises est prise en compte dans le test.

Enfin, les gains d'efficacité peuvent dépasser de simples réductions de coûts. Ils peuvent par exemple permettre de réaliser plus de R&D et favoriser l'innovation, ce qui n'est pas pris en compte dans le test.

96. Ainsi, comme déjà évoqué, la principale interrogation que suscite Projet de Lignes Directrices à ce stade porte sur l'importance relative qui sera donnée par l'Autorité à la définition des marchés pertinents et à ces nouveaux tests ainsi que leur conséquence sur l'analyse des effets unilatéraux de l'opération contrôlée.
97. Ces développements sont également très théoriques, et surtout, conduisent à une conclusion peu claire. L'APDC doit sans doute se féliciter que l'Autorité ne s'interdise pas d'examiner le cas échéant de tels outils quantitatifs. Mais il semble résulter de sa propre analyse qu'ils présentent des faiblesses importantes, et sont très difficilement utilisables. Surtout, comme évoqué ci-dessus, leur rôle n'est pas clair : selon la doctrine économique et les lignes directrices américaines par exemple (voir *supra*, n° 81), il s'agirait de simples « *filtres* » qui permettraient, sans avoir à déterminer précisément les marchés pertinents, d'écarter les cas simples où il n'y a pas de risque d'atteinte à la concurrence.

Or tel n'est pas le rôle que le Projet assigne à ces outils puisqu'ils ne dispensent pas de la délimitation des marchés, et surtout ne peuvent « (...) à eux seuls permettre à l'Autorité de conclure sur les effets de l'opération ». Par exemple, le point 401 conclut au fait que « *si [le test] est positif, alors on pourra craindre que l'opération ne conduise à une hausse des prix* », une telle allégation est très excessive dans la mesure où, à ce stade de l'analyse, aucun élément extérieur aux parties n'a été pris en compte pour déterminer le caractère crédible de ladite hausse (comportement des concurrents, *etc.*). En outre, ceci semble contredire le nouveau point 410 qui reconnaît quant à lui les limites de ces méthodes et qui affirme que l'Autorité ne peut conclure sur ce seul fondement. Ces tests ne jouent donc pas le rôle de « filtre », et ne dispensent pas d'une analyse classique du marché. Dans ces conditions, on ne peut être que très réservé sur leur utilisation, à l'image même d'ailleurs du Projet, même si l'on ne peut pas exclure leur utilité dans certaines circonstances particulières qu'il conviendrait de préciser.

De manière générale, il nous semble que l'inclusion de ce type de test dans les Lignes Directrices ne remplit l'objectif de sécurité juridique recherché que si ces tests sont suffisamment précisés et si l'Autorité se prononce sur la méthodologie à employer en pratique pour mettre en œuvre ces tests.

Ce n'est pas le cas en l'espèce. L'Autorité ne semble pas encore disposer du recul suffisant sur l'emploi de ces tests (une seule décision est mentionnée, et il s'agit d'un cas d'autorisation sans engagement) pour fournir à leur sujet le degré de précision suffisant pour que ce passage des Lignes Directrices soit utile aux entreprises.

2.2. Caractère « *biface* » des marchés

98. Comme indiqué ci-dessus (voir *supra*, n° 73), il est regrettable de constater que le Projet supprime des exemples concrets de marchés bifaces. En effet, la prise en compte du caractère « *biface* » peut aussi être favorable comme l'indiquait d'ailleurs l'ancien point n° 364 qui faisait référence notamment au secteur de la presse en citant un exemple dans lequel « *le modèle économique de la presse comme interface entre lecteurs et annonceurs, combiné au déclin structurel de la [presse quotidienne régionale] ainsi qu'à la forte élasticité de la*

demande et la faible substituabilité entre les titres limitent le pouvoir de marché de la nouvelle entité sur le marché du lectorat ». Or la présentation de ces marchés dans le Projet n'est plus que négative désormais.

2.3. La pression concurrentielle exercée par les concurrents subsistant sur le marché (Points n^{os} 412 et suivants)

99. La citation de la décision de la Commission au point n° 414 est peu utile, étant caractérisée par des incertitudes et pures hypothèses : « (...) *il n'est pas certain* (...) *pourraient* (...) ». On rappelle les exigences de preuve qui incombent à l'Autorité (voir *supra*, n° 71). Il vaudrait mieux donc donner un ou plusieurs exemples moins hypothétiques et plus probants.

Point n° 432 (ancien n° 388) : l'APDC constate la suppression regrettable des exemples et citations qui étaient utiles notamment sur la capacité de certains concurrents à franchir plus facilement certaines barrières à l'entrée.

La même remarque peut être faite au point n° 435, qui du coup, affadit les développements sur les gains d'efficacité.

E) Les effets coordonnés

100. Au point n° 495, ainsi qu'il a déjà été indiqué, la coordination « tacite » et non « expresse » à laquelle il est fait référence est juridiquement empreinte de confusion. En effet, par cette expression, l'Autorité vise en réalité les cas où les comportements parallèles ne font pas l'objet d'accord, quel qu'en soit la forme (exprès ou non). L'APDC suggère alors de faire plutôt référence des comportements autonomes, dénués de concertation.

F) Les contributions au progrès économique

101. Le point n° 545 montre une attitude trop réservée sur l'innovation qui pourrait découler de la mise en œuvre d'une opération de concentration. Si les entreprises sont actives dans un secteur où la R&D est importante et que la concentration accroît la taille et les moyens des entreprises, pourquoi ne pas considérer *a priori* une utilité de l'opération pour l'innovation ? Il est vrai que cet *a priori* doit être conforté par des éléments factuels et/ou documentaires. Mais ceux-ci doivent être placés dans ce contexte plutôt favorable...

G) Les mesures correctives

102. Les développements du projet révisé de lignes directrices consacrés aux mesures correctives traduisent incontestablement la volonté de l'Autorité de rapprocher sa pratique décisionnelle de celle de la Commission européenne.

Cette volonté d'harmonisation se manifeste notamment dans l'adoption des modèles d'engagements de cession et de contrat-type de mandat, qui sont très inspirés des modèles communautaires.

L'APDC comprend les motivations de l'Autorité et ne peut qu'approuver les efforts entrepris par les différentes autorités nationales et la Commission pour rendre la politique de la concurrence plus cohérente au niveau européen.

Elle forme cependant le souhait que cette volonté d'harmonisation n'ait pas pour conséquence d'enfermer l'Autorité dans un carcan qui l'empêcherait de faire preuve de souplesse et de pragmatisme dans la négociation des engagements, comme elle en a eu l'habitude depuis qu'elle est en charge du contrôle des concentrations. L'APDC note à cet égard qu'au niveau communautaire, les demandes de « déviations » par rapport aux modèles « standard » sont toujours très difficiles à faire admettre, même lorsqu'elles se justifient par les circonstances particulières de l'espèce, et ce au détriment de l'efficacité de certains remèdes.

1. Le choix des mesures correctives

103. Après avoir confirmé qu'elle privilégie les mesures structurelles, l'Autorité précise dans son Projet que des remèdes comportementaux « *peuvent s'avérer suffisants* » pour remédier aux restrictions verticales ou conglomérales (point 566). Cette prise de position favorable aux engagements comportementaux (plus ouverte encore que celle qui figure dans le texte actuel) est bienvenue.

Toutefois, l'APDC estime important de rappeler que, même en présence de fusions horizontales, les engagements comportementaux ne devraient pas être exclus par principe.

Ce rappel serait d'autant plus souhaitable que la frontière entre engagements structurels et comportementaux est parfois ténue. En outre, la jurisprudence européenne insiste sur l'importance de la flexibilité dans le choix des mesures correctives en rappelant que l'appréciation des engagements doit se faire au cas par cas, sans qu'il y ait lieu de qualifier l'engagement de comportemental ou de structurel¹⁴. D'ailleurs, la pratique de l'Autorité offre plusieurs exemples de concentrations horizontales approuvées sur la base d'engagements comportementaux¹⁵.

2. Les engagements de cessions

2.1. L'obligation d'information

104. L'APDC reconnaît l'importance de l'obligation pesant sur les Parties notificantes d'informer l'Autorité de tout élément susceptible de mettre en cause la viabilité, la compétitivité ou la cessibilité des actifs cédés. De fait, en remédiant à l'asymétrie d'information qui peut exister dans ce domaine, les Parties peuvent apporter à l'Autorité des éléments de nature à démontrer que l'engagement de cession proposé est efficace et peut effectivement être mis en œuvre de

14 Arrêt T-158/00, *ARD c/Commission*, 2003 II-03825, paragraphe 193

15 Voir par exemple les décisions 12-DCC-59 *Parfait / Lancry*, 2012 ; 12-DCC-42 *Champagnes Céréales / Nouricia*, 2012 ; 11-DCC-114, *BFCM / Est Républicain*, 2011 et 11-DCC-34, *GDF / NE VARIETUR*, 2011

manière satisfaisante. Ainsi, l'obtention d'une décision d'autorisation conditionnelle, notamment en phase 1, peut être facilitée.

Toutefois, l'APDC estime que l'obligation d'information des Parties dans ce domaine devrait rester cantonnée à ce qui est strictement nécessaire à l'appréciation du caractère adéquat des engagements. De plus, et même si cela paraît aller de soi, il conviendrait que les lignes directrices précisent que les Parties n'ont l'obligation d'informer l'Autorité que des risques dont elles ont connaissance, ou devraient raisonnablement avoir connaissance au moment où les engagements sont proposés et soumis au *market test*.

Alors que les engagements sont souvent proposés à un moment critique de la procédure (lors de laquelle l'Autorité continue de solliciter des informations sur le fond de l'opération et où le texte des mesures correctives lui-même fait l'objet de négociations poussées), il peut s'avérer difficile pour les entreprises de faire face à la charge supplémentaire que représente le fait de devoir rassembler des éléments très détaillés sur des aspects plus ou moins périphériques des activités cédées.

L'APDC a pu constater une certaine dérive sur ce plan au niveau communautaire (avec l'usage du Formulaire RM, très rigide et très détaillé) qu'elle souhaiterait éviter de voir reproduite en France.

2.2. L'interdiction de rachat des actifs cédés pendant dix ans

105. Cette nouvelle disposition est directement inspirée de la pratique communautaire¹⁶.

L'APDC regrette qu'une durée spécifique figure « noir sur blanc » dans le Projet et plaide pour davantage de flexibilité permettant une analyse au cas par cas de la durée d'obligation de non-rachat. L'APDC craint que la mention d'une durée précise ne rigidifie inutilement la pratique de l'Autorité.

2.3. La cession d'actifs alternatifs dits « bijoux de la couronne »

106. Le Projet prévoit que l'Autorité pourra recourir aux « bijoux de la couronne » « par exemple lorsqu'il existe des incertitudes sur la cessibilité, la viabilité ou la compétitivité des cessions proposées » (point 574).

L'APDC préconise tout d'abord de restreindre ces hypothèses de cessions d'actifs alternatifs uniquement aux cas où il existe de telles incertitudes. Par ailleurs, il serait opportun de rappeler que la définition du périmètre des remèdes alternatifs devrait rester dictée par l'impératif de remédier aux difficultés de concurrence identifiées par l'Autorité.

107. Enfin, il serait souhaitable de rappeler le caractère alternatif des solutions de « bijoux de la couronne » et d'*up-front buyer* dans les cas où la faisabilité et la viabilité de la cession est incertaine¹⁷. Ainsi, les Parties notifiantes auraient le choix de recourir à l'*up-front buyer* si

¹⁶ Point 43 de la Communication 2008/C 267/01

¹⁷ Cette option est clairement établie au point 46 de la Communication 2008/C 267/01. En outre, en 2011, il a été rappelé par le Comité de l'OCDE sur le contrôle des concentrations que « The use of crown jewels and upfront buyers are related: if there is doubt that the offered package is viable or sellable, the Agencies can insist on an upfront buyer[...], or may instead agree to a crown jewel provision » (DAF/COMP(2011)13)

elles souhaitent échapper à une solution de type « joyaux de la couronne » dont elles jugeraient le périmètre excessif. A l'inverse, les Parties pourraient préférer la solution des « joyaux de la couronne », s'il est essentiel de procéder rapidement au *closing* de l'opération.

2.4. L'identification de l'acquéreur

108. L'APDC s'étonne de la formulation des points 578 et 579 du Projet, qui laisse sous-entendre que l'*up-front buyer* et le *fix-it-first* pourraient devenir des modalités de mises en œuvre habituelles des engagements de cession.

Une telle dérive serait lourde de conséquences puisqu'elle retarderait considérablement la réalisation des opérations de concentration, déjà ralenties par des procédures de contrôle dont les délais ont tendance à s'allonger¹⁸. Aussi, le recours à l'*up-front buyer* et au *fix-it-first* devrait être strictement encadré, à l'instar de ce qui prévaut au niveau communautaire, conformément à la Communication de la Commission sur les mesures correctives¹⁹.

Ces solutions d'*up-front buyer* et de *fix-it-first* ne devraient ainsi être envisagées que dans les cas où la cession se heurte à de sérieux obstacles, ou lorsqu'il existe des risques sérieux quant au maintien de la compétitivité et de la négociabilité des actifs cédés pendant la période transitoire ou, s'agissant plus spécifiquement du *fix-it-first*, lorsque l'identité de l'acquéreur est un paramètre crucial de l'efficacité de la cession.

Il serait très regrettable de voir l'Autorité exiger autrement que de façon très exceptionnelle l'une de ces deux modalités de mises en œuvre des engagements de cession, alors même qu'elles restent rarement utilisées au niveau européen. L'étude réalisée par la Commission en 2005, analysant un panel de quatre-vingt-seize engagements couvrant quarante transactions approuvées entre 1996 et 2000, indique en effet qu'un seul engagement incluait un *up-front buyer*. Depuis 2000, même si l'on relève plusieurs exemples de recours à l'*up-front buyer*²⁰, ce schéma reste rare. Ainsi, sur la période 2010-2012, parmi les vingt-et-une propositions d'engagements de cession approuvées par la Commission, une seule contenait un schéma d'*up-front buyer* (M.5611, *Argilent/Varian*, 2010)²¹.

2.5. La nomination du mandataire dans les opérations de cession

109. L'APDC regrette que l'Autorité ouvre la possibilité de retarder le *closing* de l'opération jusqu'à l'expiration d'un délai ayant permis la nomination du mandataire. Une partie de ce

18 L'APDC observe que si l'*up-front buyer* est souvent privilégié aux Etats-Unis, la phase de contrôle proprement dite des opérations de concentration, même complexes, dans ce pays est incomparablement plus rapide qu'en Europe où la procédure est, de fait, allongée par des phases de pré-notification souvent très longues.

19 Points 53-57 de la Communication 2008/C 267/01

20 Voir par exemple les décisions M.2544 *Masterfoods/Royal Canin*, 2002 ; M.1915 *The Post Office/TPG/SPPL*, 2001 ; M.2337 *Nestle/Raltson Purina*, 2001

21 Le recours au *fix-it-first* est encore moins fréquent. Sur la période 2010-2012, cette possibilité n'a jamais été utilisée.

processus de nomination échappe en effet aux Parties et il n'est, du côté de l'Autorité, enfermé dans aucun délai contraignant.

Selon l'APDC la nomination du mandataire peut en effet parfaitement se régler une fois l'autorisation obtenue, les Parties étant dans l'obligation de faire des propositions dans des délais stricts, conformément au modèle d'engagement de cession.

Par ailleurs, l'APDC estime que la solution consistant à confier la cession des actifs directement au mandataire est à proscrire. Le recours au mandataire ne devrait intervenir que dans un second temps, si la recherche d'acquéreurs par les Parties demeure infructueuse. Confier la cession directement à un mandataire porterait inutilement atteinte aux droits des Parties et serait par ailleurs inefficace. Un mandataire ayant par hypothèse une connaissance limitée des actifs cédés éprouvera en effet bien plus de difficultés que les Parties à identifier des acquéreurs potentiels et à mener à bien un processus de cession. Dans la décision *Tarmac/Eurovia*, l'Autorité avait elle-même souligné que la nomination d'un mandataire chargé de la cession des actifs ne devait intervenir qu'« *en cas de difficulté pour réaliser l'intégralité des engagements dans le délai de cession prévu* »²².

3. Les mesures comportementales

3.1. La durée minimale des mesures comportementales

110. L'APDC déplore l'insertion dans les dispositions relatives aux mesures comportementales d'une durée minimale de cinq ans, éventuellement renouvelable.

Toujours en vue de conserver l'approche pragmatique jusqu'à présent suivie par l'Autorité, l'APDC suggère de supprimer cette durée minimale qui n'est pas en phase avec la réalité économique. De fait, certains marchés évoluent si rapidement qu'une durée minimale de cinq ans paraît disproportionnée et inadaptée. Ainsi, comme l'a souligné la Commission dans sa communication sur les mesures correctives, la durée des remèdes comportementaux doit être appréciée au cas par cas²³.

De même, le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Société Métropole Télévision*²⁴, a rejeté l'argument avancé par la Société Métropole Télévision soutenant que la durée des engagements prévus pour cinq ans était insuffisante. La juridiction suprême a jugé que la requérante n'apportait « *aucun élément de nature à établir que, compte tenu des changements rapides et de toutes natures qui affectent le secteur audiovisuel, des engagements d'une durée plus longue ou une clause de réexamen, à les supposer pertinents, eussent été proportionnés à l'objectif de maîtrise des effets propres de l'opération et de prévention des atteintes à la concurrence qui sont susceptibles d'en résulter* ».

22 Décision n° 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia, point 163

23 Points 70 de la Communication 2008/C 267/01 « L'acceptabilité d'un délai et d'une durée dépendra des circonstances particulières du cas d'espèce »

24 Conseil d'Etat, 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision*, No 338197

Si l'Autorité venait à conserver cet ajout, l'APDC préconise à défaut de remplacer les termes « *éventuellement renouvelable* » par « *renouvelable à titre exceptionnel* ». Une autre option serait de réduire la durée minimale à trois ans et de prévoir une clause de rendez-vous.

3.2. Le rôle du mandataire dans la surveillance de la mise en œuvre des engagements

111. A titre préliminaire, l'APDC rappelle que le suivi des engagements est un rôle qui incombe à l'Autorité et que le mandataire n'est qu'un auxiliaire chargé d'assister l'Autorité dans cette mission.

L'APDC tient à mettre en garde l'Autorité contre le risque de dérive consistant à « déléguer » au mandataire le suivi des engagements.

112. Le Projet prévoit par ailleurs la désignation systématique d'un mandataire pour surveiller la réalisation des engagements comportementaux et en rendre compte à l'Autorité (point 608). L'APDC suggère de limiter cette intervention du mandataire aux « cas les plus complexes », ainsi que les lignes directrices actuelles le prévoient (point 556). Ce maintien des dispositions actuelles évitera des pertes de temps liées à la nomination d'un mandataire dans les cas simples où son intervention est superflue.

113. L'APDC estime qu'il serait en outre utile que soit intégrée aux nouvelles lignes directrices une disposition prévoyant que le suivi des engagements doit être assuré par l'Autorité dès l'adoption de la décision d'autorisation même si elle n'est pas devenue définitive.

114. L'APDC considère également souhaitable d'intégrer aux nouvelles lignes directrices des dispositions veillant à encadrer l'action du mandataire conformément au principe du contradictoire. De telles dispositions pourraient prendre la forme d'échanges tripartites réguliers entre l'Autorité, le mandataire et les Parties.

115. Enfin, comme il a été précédemment souligné, l'APDC insiste sur le fait que toute difficulté de mise en œuvre des engagements qui serait signalée par le mandataire devrait être instruite rapidement par l'Autorité.

IV/ANNEXES

A) Les questions spécifiques aux Fonds Communs de Placement (FCP)

L'Annexe D du Projet traite désormais de la question de l'application du droit commun des concentrations aux FCP et non plus des fonds d'investissement comme dans les lignes directrices actuellement en vigueur.

116. Analyse concurrentielle

Le Projet ajoute au point 671 que « *dans le cadre de l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité, l'autonomie de gestion doit être démontrée par les parties sur la base des informations fournies au point 2 (b) du dossier de notification* » (soulignement ajouté).

L'APDC préconise que soit reconnue une présomption d'autonomie de la société de gestion de portefeuille vis-à-vis de ses actionnaires comme des investisseurs dans les fonds qu'elles gèrent, dans la mesure où, le plus souvent, les sociétés de gestion de portefeuille disposent d'une telle autonomie, du reste légalement reconnue par le Code monétaire et financier afin de pouvoir revendiquer un tel statut sur le plan juridique.

117. Contenu du dossier de notification

Le Projet indique (point 662) qu'au titre du point 2 (b) du dossier de notification, les fonds d'investissement devront fournir un certain nombre d'informations dont l'identité des principaux investisseurs du fonds avec le montant investi par chaque investisseur dans le fonds.

L'APDC y est fortement défavorable dans la mesure où l'identité des investisseurs et leur investissement respectif dans le fonds, quel qu'en soit le montant, ne permettent pas de qualifier un contrôle au sens du droit de la concurrence. Ces informations apparaissent ainsi dépourvues de pertinence pour les besoins de l'analyse de la concentration. De surcroît, 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. Enfin, il s'agit souvent d'une information confidentielle que les fonds se sont engagés vis-à-vis de leurs investisseurs à ne pas révéler – ce qui rend une telle communication souvent très problématique.

118. Délai d'instruction du dossier

Le Projet indique au point 666 que lorsqu'une analyse *prima facie* permet d'écarter tout risque d'atteinte à la concurrence, les parties peuvent demander le bénéfice d'une autorisation dans un délai raccourci de 15 jours ouvrés au lieu des 25 jours ouvrés habituels.

L'APDC préconise que l'Autorité s'engage sur l'application automatique du délai raccourci de 15 jours ouvrés 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.

B) Questions relatives aux coopératives agricoles

Propos préliminaires

119. A titre préliminaire, et bien qu'il s'agisse d'éléments conjoncturels, l'APDC considère utile de rappeler l'environnement économique actuel auquel fait face le secteur agricole français et, au sein de celui-ci, la place des coopératives. Cette question a un intérêt direct pour l'application du contrôle des concentrations à ce secteur.
120. Quel que soit leur domaine d'intervention, tous les acteurs agricoles sont confrontés à des facteurs communs, liés à l'adoption d'une nouvelle politique agricole commune, d'inspiration très différente des règles du passé, à une mondialisation forte et à une demande de sécurité alimentaire. Ces facteurs ont rendu omniprésentes les problématiques de volatilité des cours des matières premières et de concurrence.
121. Cette évolution a engendré un consensus en faveur de la nécessité de la concentration de l'offre²⁵, qui est selon un rapport récent de l'European Competition Network²⁶ accompagné positivement par toutes les autorités nationales de concurrence et la Commission européenne. Il est vrai qu'en matière agricole, les décisions d'interdiction sont rarissimes pour ne pas dire inexistantes.
122. Toutefois, on peut estimer que ce satisfecit général prouve uniquement que le contrôle des concentrations n'a pas fait obstacle aux restructurations de l'économie agricole européenne. Il n'épuise toutefois pas la question de son accompagnement, ni de la restructuration en cours de ce secteur, notamment en France où il est en pleine restructuration, comme le prouve l'accroissement des notifications de concentrations dans ce secteur depuis 2008.
123. A cet égard, le secteur coopératif agricole français demeure peu concentré au regard de la situation prévalant dans les pays du Nord de l'Europe, les groupes coopératifs français présentant, en outre, une taille bien inférieure à celle de leurs concurrents allemands ou néerlandais²⁷. Se pose alors la question de la prise en compte de la compétitivité internationale des coopératives agricoles françaises, qui ne semble pas toujours pleinement figurer dans l'analyse concurrentielle des opérations de concentration (cf. infra point 4).

25 Voir en particulier les Avis de l'Autorité de la concurrence 08-A-07 (filrière fruits et légumes), 09-A-48 (secteur laitier), 11-A-11 (filrière de l'élevage dans le contexte de volatilité des prix des matières premières agricoles), Voir également les interventions du Ministre de l'agriculture Bruno Le Maire et du Ministre de l'économie François Baroin au cours du colloque « Atelier de la DGCCRF – Agriculture et Concurrence », 26 septembre 2011, Concurrence Consommation n° 171-172, p 17 à 58 et encore récemment l'étude externe publiée par la Commission européenne « EP pilot project : support for farmers' coopératives », Final Report, Novembre 2012 : http://ec.europa.eu/agriculture/external-studies/support-farmers-coop_en.htm.

26 ECN Activities in the Food Sector, report on competition law enforcement and market monitoring activities by european competition authorities in the food sector

27 Les Echos, 13 décembre 2012, Les coopératives agricoles françaises en quête de taille critique

124. Les observations qui suivent visent, pour l'essentiel, à souligner la nécessité de tenir compte dans l'application des règles du contrôle des concentrations, des spécificités inhérentes au modèle coopératif.

1. Introduction

125. De manière générale, l'APDC relève avec satisfaction que l'Autorité souhaite prendre en compte la spécificité des entreprises agricoles constituées sous forme de coopératives ou unions de coopératives, en reprenant leurs principales spécificités légales, mettant ainsi en valeur leurs différences au regard du droit des sociétés (§. 674 et 675).

126. Toutefois, d'une part, ces spécificités ne semblent pas, au regard de la pratique synthétisée dans le Projet, être suffisamment intégrées dans l'analyse juridique et concurrentielle appliquée au contrôle des concentrations, notamment au sujet des regroupements entre coopératives et des relations entre les coopératives et leurs adhérents ; d'autre part, la prise en considération de ces spécificités - toutes d'origine légale ou réglementaire - est incomplète et ne prend pas suffisamment en compte celles plus « concrètes » qui caractérisent l'essence même de la relation entre une coopérative et ses adhérents.

127. Au-delà de cette remarque d'ordre général, l'APDC considère que le paragraphe 676 est incomplet et demeure source de confusion :

- L'Autorité précise que les coopératives agricoles peuvent être concernées par le contrôle des concentrations au titre des regroupements « *qui peuvent prendre la forme de fusion, de créations d'unions de coopératives ou d'entreprise commune si celles-ci sont de plein exercice* » (soulignement ajouté). Il pourrait être ajouté qu'une autre forme, basique, de regroupement consiste en une acquisition simple d'un contrôle exclusif ou conjoint d'une entreprise existante par une coopérative. Néanmoins, et dès lors que les formes de regroupement des coopératives ne sont, dans leur structure, pas différentes de celles des sociétés commerciales, il nous semblerait préférable de ne pas chercher à lister les différentes formes de regroupement susceptibles d'exister dans le secteur agricole et de renvoyer simplement aux dispositions générales du Projet.
- Par ailleurs, cette rédaction semble impliquer que les unions de coopératives relèveraient du contrôle des concentrations indépendamment de leur caractère ou non de plein exercice, tandis que les entreprises communes, non constituées sous la forme d'unions de coopératives, ne le seraient que si elles revêtaient un tel caractère. Il faut attendre le paragraphe 680 pour que le Projet précise sans équivoque qu'une union de coopératives doit être de « plein exercice » pour relever du contrôle. Afin d'éviter tout risque d'interprétation divergente, il serait préférable de ne faire, dans le § 676, qu'un renvoi aux dispositions générales du droit des concentrations spécifiées à l'article L.430-1 du Code de commerce et détaillées par l'Autorité aux paragraphes 18 à 58 du Projet (fusions, prise de contrôle ou création d'une entreprise commune de plein exercice), pour les entreprises communes autres que celles constituées sous la forme d'unions de coopératives.

2. Les diverses formes de regroupements des coopératives

128. Le principal commentaire que l'APDC souhaite formuler sur cette section concerne l'insuffisante prise en compte des spécificités des unions coopératives agricoles dans l'appréciation du caractère de plein exercice de ces dernières.

129. A titre préliminaire, deux remarques d'ordre plus général peuvent être formulées :

- L'Autorité précise au paragraphe 681 que « *si aucune d'entre elles (coopératives associées) ne peut exercer seule une influence significative sur l'union et s'il n'existe pas de pacte d'associés ou de communautés d'intérêt entre les associés, il ne s'agit pas d'une entreprise commune* ».

Cette rédaction nous semble source de confusion pour les opérateurs. En effet, une union ne sera logiquement pas considérée comme une entreprise commune si une seule de ses coopératives mères exerce une influence significative sur celle-ci (car alors il s'agit d'un contrôle exclusif). En revanche, elle le sera si, conjointement, deux ou plusieurs d'entre elles sont en mesure d'exercer une telle influence, cette dernière pouvant résulter d'une parité de droit de vote (si les associés sont au nombre de deux), de l'existence d'un pacte d'associés ou d'une communauté d'intérêt entre deux ou plusieurs de ces associés. Il semblerait dès lors préférable de préciser, sous une forme positive, quelles sont les conditions pour qu'une union de coopératives soit considérée comme étant contrôlée conjointement par ses associés et non l'inverse.

- L'Autorité examine successivement les unions de coopératives (traitées aux paragraphes 679 à 682) puis les entreprises communes qui seraient constituées par deux coopératives, sous une autre forme que des unions de coopératives (paragraphe 683). Comme indiqué ci-dessus, dans la mesure où les règles applicables à ces dernières ne sont pas distinctes de celles applicables aux sociétés commerciales, l'APDC considère qu'il serait préférable de ne pas aborder la question de ces entreprises communes dans l'annexe réservée aux questions relatives aux coopératives agricoles, pour ne se consacrer qu'à la question des unions de coopératives.

130. Concernant le caractère de plein exercice de celles-ci, l'APDC considère que, s'il ne s'agit pas de fixer des règles distinctes dans l'appréciation de ce critère pour les unions de coopérative, il conviendrait néanmoins de prendre en compte les spécificités qui les caractérisent dans le cadre de cette appréciation. Or, à ce stade, cette prise en compte paraît insuffisante. Certains critères de l'autonomie, qui peuvent être valablement retenus pour l'analyse des sociétés commerciales, ne peuvent être pertinents au même titre pour les unions de coopératives.

- D'abord, par rapport à des sociétés commerciales « classiques », il convient de relever que le fait d'entretenir des relations d'exclusivisme avec les sociétés mères ne résulte pas d'un choix de l'union de coopératives mais de dispositions statutaires, réglementairement encadrées, limitant la faculté de celles-ci de réaliser, par branche d'activités, plus de 20% de leur chiffre d'affaires avec des tiers non associés. Dans ces

circonstances, le critère traditionnel prévu par la communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne, selon lequel si, sur le plan commercial, l'entreprise commune réalise moins de 20% de ses prévisions de vente avec des tiers, elle ne peut être considérée comme étant de plein exercice, ne nous semble pas transposable au cas des unions de coopératives. En particulier, il semblerait inapproprié et injustifié d'appliquer de façon automatique ce critère aux unions, en lui conférant un caractère déterminant pour l'analyse. Cela reviendrait à dénier purement et simplement le caractère de plein exercice à de nombreuses unions de coopératives. Cette limitation de 20%, qui a une origine liée au régime fiscal des coopératives, ne doit en effet pas avoir d'incidence sur l'analyse, au sens du contrôle des concentrations, de l'autonomie sur le plan fonctionnel d'une union de coopératives. D'autant que, d'un point de vue pratique, cette règle n'empêche pas les unions d'avoir une réelle autonomie sur le marché vis-à-vis de leurs fournisseurs ou de leurs clients, en particulier dans la détermination de leur politique commerciale.

- Ensuite, les statuts types des unions de coopérative prévoient que celles-ci sont chargées de commercialiser ou s'approvisionner « *pour le compte de leurs adhérents* ». Ce qui est exprimé ici est le fait que les unions de coopératives, sociétés de l'économie sociale, ont vocation à réaliser des profits pour le compte de leurs associés, d'une façon légèrement différente des sociétés commerciales. Dès lors qu'une union de coopératives réalise des opérations commerciales (achat d'intrants ou achat pour revente de la collecte de ses adhérents) en son nom et pour son propre compte, il importe peu que d'un point de vue statutaire, son objet soit dédié au bénéfice de leurs adhérents.
- Enfin, certaines unions de coopératives prévoient explicitement qu'elles n'ont pas vocation à réaliser une marge commerciale. Là encore, il convient de ne pas en déduire que cette union n'est pas présente sur le marché et qu'elle ne fait que rendre des services à ses membres. En réalité, il s'agit d'une traduction, par les entreprises du secteur, de la caractéristique même des entreprises de l'économie sociale, qui n'ont pas vocation à réaliser un profit capitalistique, mais à dégager un bénéfice, sous quelque forme que ce soit (cf. infra sur la redistribution des coopératives aux adhérents), au profit de leurs adhérents.

131. Le constat selon lequel une entreprise commune contrôlée en commun est ou non de plein exercice résulte d'un faisceau d'indices, et ne saurait dépendre d'un seul²⁸. Ainsi, afin de qualifier le caractère de plein exercice d'une union de coopératives, une attention particulière devrait être accordée aux autres éléments du faisceau d'indices que l'Autorité retient généralement (autonomie fonctionnelle, accès au marché). Cette méthode permettrait, si elle était appliquée en considération des spécificités des unions de coopératives, de ne pas exposer systématiquement ces dernières à une insécurité juridique dommageable pour le secteur agricole.

28 Voir notamment Lettre C 2005-23 du 25 mai 2005 : « Parmi les éléments composant le faisceau d'indices caractérisant le caractère de plein exercice de la CFII, il convient de souligner : la relative indépendance de la chaîne vis-à-vis de ses fondatrices en ce qui concerne l'approvisionnement en images et en programmes ».

132. Cette question est d'autant plus importante que le regroupement des activités de commercialisation peut constituer une alternative aux fusions pures et simples de coopératives.

3. Les relations entre les coopératives et leurs adhérents

133. Les relations entre les coopératives et leurs adhérents sont particulières car elles combinent les liens entre, d'une part, un associé et sa société ; d'autre part, un client et un fournisseur de produits et services d'aide à la production ; enfin, entre un fournisseur de matière première agricole et un négociant.
134. L'Autorité reconnaît aux paragraphes 685 et 690 la nature hybride des relations au sein des coopératives, sans toutefois en tirer toutes les conséquences, dans la mesure où elle systématise les conclusions tirées de sa pratique.
135. Afin de d'évaluer fidèlement les relations entre les coopératives et leurs adhérents et l'éventuelle puissance de marché de la première sur les seconds, il convient ainsi de prendre pleinement en compte les spécificités reconnues des relations entre ces deux entités, dont une partie seulement est reprise par l'Autorité dans le Projet.
136. Ce dernier rappelle ainsi à juste titre les éléments suivants : la définition statutaire des zones de collecte de la coopérative, le droit pour les associés coopérateurs au renouvellement de leur adhésion, obligation pour la coopérative d'acheter la production de ses adhérents, garantie en termes de débouchés de vente, redistribution des bénéfices, etc.
137. Cependant, comme le relève un rapport d'information du Sénat récent²⁹, ainsi que la Commission européenne dans son étude précitée de novembre 2012 sur le soutien aux coopératives agricoles, d'autres éléments doivent également être pris en compte : les règles de gouvernance interne des coopératives agricoles, le pouvoir de contrôle des associés coopérateurs sur ces dernières, les caractéristiques plus concrètes des relations entre les coopératives et leurs adhérents, tels que le fait pour les agriculteurs de ne pas se trouver en relation exclusive avec la coopérative en ce qu'ils disposent d'une concurrence à la marge auprès d'autres opérateurs (négociants ou même autres coopératives).
138. La relation d'un coopérateur avec sa coopérative est plus complexe qu'une simple relation d'investisseur, attendant un retour sur investissement donné. Elle se rapproche d'une relation d'entrepreneur dans un contexte de mutualisation. Cette spécificité avait du reste été prise en compte par les autorités de la concurrence³⁰, mais il n'est pas certain que toutes les conséquences en aient été tirées³¹.
139. L'appréciation portée par l'Autorité sur les modalités de « redistribution des bénéfices par l'intermédiaire du principe coopératif » (paragraphe 689) ne doit pas être, dans ce cadre,

29 Sénat, rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques par le groupe de travail sur l'économie sociale et solidaire, par Mme Marie-Noëlle Lienemann, Sénatrice, 25 juillet 2012, page 83.

30 Décision de la Commission du 9 mars 1999, M.1313, Danish Crown et Décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011, Agrial / Elle & Vire

31 Décision n° 11-DCC-150 précitée.

purement financière ou « court-termiste », mais devrait tenir compte de la stratégie à long terme de développement de la coopérative, nécessairement profitable aux producteurs³².

140. Si l'Autorité indique examiner « de façon concrète et au cas par cas les incitations des coopératives à répercuter sur leurs bénéfices d'éventuelles baisses de coûts d'approvisionnement ou hausses de prix des produits qu'elles commercialisent » (Ibid, paragraphe 689), cette vérification du niveau de redistribution semble critiquable : d'une part, parce qu'elle a pour effet de fixer une forme de taux de retour sur investissement ; d'autre part, parce que l'ensemble des investissements réalisés par la coopérative, par exemple au niveau des débouchés, n'est pas pris en compte par l'Autorité dans ce cadre.
141. Ainsi, une prise en compte concrète des modalités de redistribution des coopératives et de leurs unions est souhaitable pour les besoins de l'analyse concurrentielle, intégrant en particulier toutes les formes de ristournes ou compléments de prix, dividendes versés, mise à disposition d'investissements / acquisitions d'infrastructures ou d'actifs liés aux débouchés, nécessairement réalisés au bénéfice de tous les adhérents.
142. Tout comme la relation entre associés coopérateurs et coopérative ne doit pas être assimilée à la relation entre un actionnaire et une société commerciale dont il détient des actions, la relation entre la coopérative et ses clients-fournisseurs ne doit pas être analysée sur la base d'un modèle purement commercial. Or l'un des objectifs de l'Autorité est de « protéger les producteurs indépendants »³³ contre le pouvoir de la coopérative. Or ce contrôle ne doit pas s'effectuer dans une logique uniquement commerciale, qui irait à l'encontre même des objectifs d'une coopérative.
143. On constatera que la Commission, dans l'affaire *Danish Crown*³⁴, regroupant à l'issue de la concentration l'ensemble des producteurs nationaux, avait relevé « l'impossibilité pour les parties à l'opération d'utiliser la relation qu'elles entretiennent avec leurs adhérents dans le sens traditionnellement donné à la position d'acheteur dominant ». Ce constat avait du reste été intégralement repris par l'Autorité dans sa décision 09-DCC-90 du 29 novembre 2000.
144. On mesure ici l'évolution de l'analyse concurrentielle de l'Autorité à l'occasion d'opérations d'une ampleur considérablement moindre réalisées par des coopératives françaises, reprise par le Projet pour illustrer sa pratique décisionnelle récente.
145. Ainsi, par exemple, concernant la relation d'agrofourniture, la coopérative Agrial³⁵, loin de réunir tous les producteurs laitiers de France (part de marché de 0-5% au niveau national et 20-30% au niveau régional), a dû s'engager à modifier deux clauses de ses statuts : (i) la première, qui prévoyait un engagement pour les coopérateurs associés de se procurer auprès d'elle au moins 80% des produits nécessaires à leur exploitation –a été réduite à un niveau de 50% ; (ii) la seconde, qui conditionnait l'engagement des associés coopérateurs de livrer la totalité de leur production de lait à la souscription d'engagements d'approvisionnement (en produits d'agrofourniture) et de services, a dû être supprimée.

32 Décision 11-D-150 précitée, § 129.

33 B. Lasserre, audition au Sénat du 22 juin 2012, précitée, page 2.

34 M.1313, *Danish Crown*.

35 Décision n° 11-DCC- 150, précitée.

146. De même, dans une autre décision³⁶, l'Autorité n'a pas exigé la prise d'engagements particuliers par les parties en cause, après avoir relevé que « *l'engagement d'approvisionnement pesant sur les coopérateurs associés figurait dans le règlement intérieur de la coopérative et pouvait faire l'objet d'une renégociation annuelle* ».
147. Selon l'Autorité, l'engagement pris par la société Agrial dans la décision précitée permet « *de continuer de mettre en concurrence l'ensemble des vendeurs de produits d'agrofourriture dans la perspective de pouvoir bénéficier des meilleurs prix* »³⁷.
148. Le fait de permettre au producteur, afin de pouvoir obtenir de meilleurs prix, de n'en référer à la coopérative commercialisant sa collecte de lait que pour 50% de ses besoins et d'acheter ainsi ses intrants de façon dispersée en fonction des opportunités, va très au-delà de l'analyse de la Commission européenne menée dans l'affaire *Danish Crown* précitée, selon laquelle les agriculteurs membres de la coopérative regroupant tous les producteurs d'un Etat doivent pouvoir disposer d'une marge de liberté de vente limitée à 15% de leur production.
149. L'interprétation par l'Autorité du lien « producteur-adhérent/coopérative » semble donc ici quelque peu divergente de celle opérée par la Commission et va même au-delà du raisonnement tenu par de cette dernière.
150. La question de la proportionnalité de ces engagements se pose également au regard du lien de conseil et d'assistance à la production qui existe entre la coopérative et ses producteurs.
151. La coopérative, qui doit garantir à ses clients (l'industrie agro-alimentaire) des produits remplissant des critères de qualité d'autant plus drastiques qu'il convient d'assurer une production constante, aide le producteur à remplir ces critères de qualité, en lui vendant les intrants nécessaires. Elle lui délivre également des conseils et une expertise. C'est en somme ce « contrôle de la chaîne alimentaire » qui garantit la qualité des produits transformés.
152. Par exemple, l'engagement pris devant l'Autorité, dans l'affaire 11-DCC-50 précitée, de réduire les moyens du contrôle par la coopérative des intrants utilisés par ses agriculteurs induit des charges supplémentaires pour celle-ci, en termes de suivi de la qualité, en même temps qu'il détruit la relation de confiance et d'assistance à la production entre le producteur-adhérent et la coopérative.
153. Le rapport d'information du Sénat de 2012 souligne précisément les conséquences d'une telle analyse de la relation entre les coopératives et leurs adhérents. Il souligne à cet égard que les « *obligations d'approvisionnement ou de livraison ne s'imposent aux coopérateurs que si ces derniers en ont décidé ainsi* » et qu'« *en vertu du principe coopératif de libre adhésion, aucun agriculteur n'est forcé d'adhérer à une coopérative* ».
154. Toujours selon ce Rapport, « *s'ingérer de la sorte dans la relation contractuelle entre les coopérateurs et leur coopérative est non seulement discutable du point de vue des principes mais introduit une menace pour le modèle économique coopératif agricole, puisque l'existence d'un lien entre l'obligation d'approvisionnement et l'obligation de collecte contribue à la compétitivité de ce modèle* ».

36 Décision 12-DCC-42, précitée § 94.

37 Ibid, § 190.

155. Enfin, l'APDC attire également l'attention de l'Autorité sur la nécessité de continuer à prendre en compte, dans le cadre de son analyse concurrentielle, du pouvoir d'achat de la grande distribution, lequel vient non seulement contrebalancer l'éventuel puissance commerciale des coopératives agricoles, mais également de mettre en lumière l'importance de ce pouvoir pour les agriculteurs, notamment pour assurer les débouchés de leurs productions. Il constitue à ce titre un facteur essentiel dans l'appréciation des relations entre les coopératives et leurs adhérents, dont les intérêts sont intrinsèquement liés face au pouvoir de la grande distribution.
156. Comme relevé par la Commission, « les coopératives agricoles jouent un rôle important dans le soutien aux agriculteurs pour capter une part plus importante de valeur ajoutée dans la chaîne agroalimentaire de tous les pays membres. Les fonctions clé de toutes les coopératives de transformation sont l'amélioration du pouvoir de négociation de leurs membres et la possibilité de bénéficier d'économies d'échelle. En plus, les coopératives réduisent les risques de marché, réduisent les coûts de transaction, fournissent des ressources, et renforcent leur position compétitive par l'innovation de produit et en garantissant la qualité et la sécurité alimentaire. (...) Comme les chaînes d'approvisionnement agroalimentaire sont généralement caractérisées par des déséquilibres dans le pouvoir de négociation entre les agriculteurs et leurs partenaires de l'amont et de l'aval, les coopératives jouent un rôle clé dans le renforcement du pouvoir de négociation et donc dans la maximisation de la part de la valeur ajoutée pour leurs membres. Cependant, en général, le contre-pouvoir des coopératives vis à vis de leurs clients de détail est limité. Le besoin de renforcer encore leur pouvoir de négociation conduira très probablement à plus de fusions (internationales) entre les coopératives, tandis que ces fusions sont également induites par la recherche d'économies d'échelle en R & D et l'image de marque. (...) »³⁸.
157. **Au total, il semble à l'APDC que l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité dans sa pratique décisionnelle récente, telle que reprise dans son Projet, ne tient pas suffisamment compte de la nature spécifique de la relation producteur-adhérent / coopérative, examinant souvent le premier comme susceptible de se trouver dans une situation de « quasi-dépendance économique » vis-à-vis de la seconde. Cette interprétation semble aller au-delà de la pratique décisionnelle de la Commission européenne (cf. aff. Danish Crown) et apparaît même divergente de la position récemment prise par les pouvoirs publics (cf. Rapport d'information du Sénat de 2012). Il en résulte une évidente insécurité juridique pour les opérateurs du secteur qu'il conviendrait de clarifier.**

4. La définition géographique des marchés agricoles

158. La question de la délimitation géographique des marchés agricoles fait débat depuis de nombreuses années, puisqu'elle avait déjà été évoquée par M. Mario Monti, alors

³⁸ Etude externe publiée par la Commission européenne « *EP pilot project : support for farmers' coopératives* », Final Report, Novembre 2012 : http://ec.europa.eu/agriculture/external-studies/support-farmers-coop_en.htm, soulignement ajouté.

Commissaire en charge de la concurrence en 2003³⁹, par Monsieur Lasserre, Président de l'Autorité en 2010⁴⁰ et par le Ministre de l'économie, Monsieur Barouin, en 2011⁴¹.

159. Pour les opérations intervenant dans le secteur agricole, l'Autorité analyse les parts de marché au niveau local, s'agissant de marchés amont mettant en relation les coopératives agricoles et leurs adhérents (marchés de la collecte de céréales, oléagineux et protéagineux, d'animaux ; marchés de l'approvisionnement en produits d'agrofourriture, etc.). Rappelons, à titre d'exemple, que la Commission européenne a toujours examiné le marché laitier au niveau national.
160. Or le territoire dans lequel les coopératives peuvent intervenir est désigné par leurs statuts de manière réglementaire. Par conséquent, les parts de marché des coopératives sur le territoire sur lequel elles interviennent sont facilement élevées. Il convient également de rappeler que les coopératives bénéficient d'un agrément administratif du Haut Conseil de la coopération agricole, lequel vérifie la cohérence entre le projet présenté et le contexte économique dans lequel il s'insère (article L. 525-1 du Code rural) notamment s'agissant de la circonscription territoriale définie par la coopérative.
161. Cette « méthode » conduit à une évaluation des parts de marché qui ne rend pas bien compte de l'absence de puissance de marché des entreprises concernées.
162. Le rapport d'information du Sénat précité⁴² met d'ailleurs en exergue le risque d'une approche trop restrictive de l'Autorité. Selon ce rapport, « *Il faut veiller [...] à harmoniser la définition de ces marchés au niveau européen pour ne pas que les coopératives françaises soient bridées dans leur développement en raison d'une approche trop restrictive du régulateur national* ».
163. Par ailleurs, l'APDC rappelle qu'il conviendrait de prendre en compte d'autres critères pour la définition des marchés pertinents, tels que la présence croissante des coopératives étrangères (allemandes ou danoises notamment qui commencent à collecter ou à distribuer en France), l'internationalisation des marchés et plus concrètement, le développement du stockage à la ferme (particulièrement pertinent en ce qui concerne les produits non périssables comme les céréales), la concurrence des négociants (organismes stockeurs) qui récoltent en bout de champ pendant les semaines de collecte et qui peuvent intervenir partout (puissance de marché nationale grâce à la rotation de camions et la location temporaire de capacité), l'installation rapide de plateformes de collecte par des concurrents, etc.
164. L'Autorité ne semble pas hermétique à prendre en compte toutes ces variables d'ajustement, mais elle ne leur accorde de pertinence que dans l'analyse concurrentielle et non dans la définition des marchés.

³⁹ Cette question a été évoquée par : Monsieur Mario Monti, Discours prononcé le 13 novembre 2003 au cours de la conférence COGECA, Helsinki (document joint sur le site Internet <http://tomsgarciaazcarate.eu/documents-interessants/291-2003?lang=fr>).

⁴⁰ Monsieur Bruno Lasserre dans son discours prononcé au cours de son audition par le groupe de travail conjoint du Sénat sur la réforme de la PAC du 22 juin 2010 (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention_gpe_travail_pac_22juin10.pdf).

⁴¹ Monsieur Barouin, intervention du 26 septembre 2011, Concurrence et Consommation, n° 171-172, voir en particulier page 43.

⁴² Sénat, rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques par le groupe de travail sur l'économie sociale et solidaire, par Mme Marie-Noëlle Lienemann, Sénatrice, 25 juillet 2012, page 83.

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

165. A titre préliminaire, concernant le traitement sur le fond des opérations de reprises d'entreprises en difficulté, l'APDC renvoie à ses commentaires *supra* (section III), en particulier concernant la « théorie de l'entreprise défaillante » ou l'effet suspensif.

En outre, concernant les modifications apportées par le Projet sur les dérogations à l'effet suspensif du contrôle telles que prévues à l'article L.430-4 du Code de commerce, en particulier sur la caducité d'office des dérogations dans un délai de trois mois après la réalisation de l'opération alors que le dossier de notification n'a pas fait l'objet d'un accusé de réception, l'APDC renvoie à ses commentaires précédents visés en section II A).

166. Le Projet envisage de reprendre l'annexe E dans son intégralité, des modifications mineures, de pure forme, y étant apportées. L'APDC souhaite néanmoins attirer l'attention de l'Autorité sur les quelques points suivants :

1. Conditions de recevabilité des demandes de dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations

167. En premier lieu, l'APDC se félicite que les demandes de dérogations à l'effet suspensif ne soient, en pratique, pas accordées uniquement dans les cas expressément mentionnés dans les lignes directrices actuelles (à savoir les procédures de liquidation judiciaire et de redressement), mais également aux autres situations dans lesquelles des difficultés économiques et financières importantes touchent les entreprises, en particulier dans le cadre de procédures de sauvegarde ou de conciliation.

Il serait dès lors utile de préciser dans les Lignes Directrices ces autres hypothèses comme étant couramment éligibles à la demande de dérogation à l'effet suspensif.

Il serait, en outre, utile d'indiquer que de telles demandes de dérogation peuvent également être octroyées à des entreprises justifiant de graves difficultés financières qui justifient l'urgence de procéder à la reprise des activités concernées, sans pour autant être engagées dans des procédures collectives.

168. En second lieu, l'APDC invite l'Autorité de la concurrence à faire preuve de la plus grande souplesse possible quant au contenu du dossier de notification soumis lors de l'octroi de la demande de dérogation (point 698) dans la mesure où le candidat à la reprise n'a souvent qu'un accès très limité aux informations concernant la cible.

A cet égard et plus généralement, dans la mesure où, dans le cadre de la reprise d'entreprises en difficulté, l'accès au *management* de la cible est souvent relativement difficile eu égard à l'importance des opérations à mener dans des délais très brefs, l'APDC invite également l'Autorité, pour des opérations ne posant pas de problèmes de concurrence, à limiter les demandes d'informations concernant les marchés sur lesquels la cible est présente. Cela devrait en particulier être le cas en l'absence de tout chevauchement horizontal ou de tout lien vertical ou connexe entre la cible et l'acquéreur.

2. Délais pour la demande de dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations

169. S'il est légitime pour l'Autorité d'encourager les candidats à la reprise d'entreprises en difficulté à se rapprocher d'elle dans les meilleurs délais, l'APDC souhaite néanmoins indiquer que le délai de 5 jours ouvrés avant la décision du Tribunal de Commerce pour présenter une demande de dérogation à l'effet suspensif ne présente pas la même utilité selon les procédures en cause (cf. *supra*, points 28 et suivants).

Si cette exigence peut être plus appropriée pour les procédures dans lesquelles l'offre de reprise peut entraîner son exécution immédiate dès la validation par le Tribunal de Commerce du choix du repreneur (reprise à la barre)⁴³, elle apparaît moins justifiée dans les autres cas.

A cet égard, l'APDC souligne que le délai d'« au moins 5 jours » ouvrés (prévu au point 125 du Projet) 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, l'article L.430-4 du Code de commerce ne prévoyant pas expressément un tel délai.

170. Concernant ce délai, l'APDC souhaite également souligner la difficulté pour les repreneurs potentiels à déposer en pratique une demande de dérogation avant le dépôt de l'offre de reprise qui justement détermine le périmètre de l'activité en cause.

D) Les contrats-types de cession et de mandat

171. L'introduction dans les lignes directrices de contrats-types de cession et de mandat répond à une logique d'harmonisation avec la pratique européenne. Les modèles proposés par l'Autorité sont d'ailleurs calqués sur ceux de la Commission. Bien que l'APDC reconnaisse l'intérêt de ces contrats-types, notamment en termes de rapidité et de transparence, elle met en garde l'Autorité contre le risque de rigidité qu'ils génèrent. Un tel risque pourrait être avéré si l'Autorité venait à exiger des Parties de motiver toute proposition qui s'écarterait du modèle (cf *supra*, section III.G).

⁴³ Sans pour autant que cela conduise à refuser automatiquement les demandes de dérogations présentées dans un délai plus restreint, voire postérieurement au jugement du Tribunal de Commerce, les circonstances particulières dans le cadre de reprise d'entreprises en difficulté justifiant une certaine souplesse.