

**REPONSE DE L'APDC A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA COMMISSION
EUROPEENNE SUR LES AMELIORATIONS DE CERTAINS ASPECTS DU CONTROLE
DES CONCENTRATIONS**

PREAMBULE

A titre liminaire et principal, l'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence (APDC) doute fortement de l'intérêt d'étendre le contrôle des concentrations communautaires aux prises de participation minoritaires non-contrôlantes.

Le droit de la concurrence européen permet aujourd'hui d'appréhender en pratique l'ensemble des atteintes à la concurrence résultant des prises de participation, qu'elles soient majoritaires ou minoritaires, contrôlantes ou non-contrôlantes.

La première question qu'il convient donc de se poser ici est celle de la nécessité d'étendre le contrôle actuel des concentrations.

Répondre par l'affirmative à cette question supposerait tout d'abord que l'on ait pu identifier des cas de prises de participation minoritaires non-contrôlantes, ayant conduit à des effets anticoncurrentiels, et non soumises aux dispositions du droit communautaire en vigueur.

Ensuite, le contrôle actuel des opérations de concentration communautaire est limité aux opérations qui entraînent une modification structurelle et durable du contrôle de l'entreprise cible. Dès lors que le contrôle de l'entreprise cible est modifié, on peut légitimement présumer que son comportement (et celui de l'acquéreur) changera et le contrôle de la concentration vise à s'assurer que ce changement n'aura pas pour effet d'affaiblir la concurrence.

En revanche, en ce qui concerne l'acquisition de participations minoritaires non-contrôlantes, particulièrement celles qui ne donnent pas lieu à représentation au conseil d'administration de l'entreprise cible, il n'existe aucune raison de présumer que le comportement des entreprises parties à l'opération changera.

Certes, selon une approche économique abstraite, il pourrait exister des cas où la prise de participation minoritaire non-contrôlante sans représentation serait un facteur modifiant le rapport coût / bénéfice de certaines stratégies pour le détenteur de la participation minoritaire (par exemple en augmentant pour lui le coût de concurrencer l'entreprise dans laquelle il détient la participation ou en augmentant pour lui le bénéfice d'avoir une relation privilégiée avec l'entreprise distributeur ou fournisseur dans laquelle il a une participation minoritaire) ou pour l'entreprise cible.

Mais rien ne permet de présumer que ces éventuelles modifications des incitations aient un effet suffisamment perceptible pour entraîner, en pratique, un changement effectif dans le comportement concurrentiel des entreprises concernées. L'APDC considère assez éloignée de la réalité de la vie des entreprises l'approche qui consiste à penser que les entreprises modulent l'intensité de leur stratégie concurrentielle si finement que des modifications marginales du coût ou du bénéfice de la concurrence se traduiront probablement ou même possiblement par des modifications de leur comportement.

L'approche qui fait abstraction de l'ensemble des éléments de contexte encadrant la réalisation d'une opération de prise de participation minoritaire non-contrôlante ne se fonde que sur des hypothèses ou sur des situations rarissimes, qui ne justifient pas les contraintes qu'engendrerait une intervention de la Commission sur ce terrain.

Définir le champ du contrôle de la concurrence à partir d'une simple possibilité théorique de modification de comportement des acteurs économiques consécutive à une modulation même minimale de leurs incitations constitue une approche dont on ne voit pas les limites. Déclencher un contrôle des concentrations sans même s'appuyer sur une présomption solide mais sur la base d'une pure éventualité théorique soulève à tout le moins un problème de légitimité et de proportionnalité de l'action publique.

C'est d'ailleurs la position que la Commission a exprimée dans le cadre de l'affaire Phillip Morris. La Commission avait défendu devant la Cour sa décision de ne pas intervenir davantage sur la participation minoritaire de Phillip Morris au capital de Rothmans International en considérant notamment que *« bien que les droits de vote de Philip Morris suffisent pour bloquer certaines décisions de caractère exceptionnel, cette possibilité serait trop hypothétique pour constituer une menace réelle, capable d'avoir une influence sur Rembrandt »*¹.

L'extension du contrôle des concentrations aux participations minoritaires pourrait être envisagée s'il existait des éléments robustes démontrant que les cas de participation minoritaire susceptibles d'entraîner une modification des stratégies de marché des entreprises concernées et de restreindre la concurrence sont nombreux.

Or, on ne dispose d'aucun élément à cet égard ; ce qui doit inciter à la plus grande prudence.

A cet égard, les 20 décisions de contrôle des concentrations impliquant des participations minoritaires problématiques citées par la Commission dans son document de consultation (sur les 5293 cas notifiés à la Commission) ne sauraient constituer une justification suffisante pour la réforme du règlement concentrations. Il apparaît, d'ailleurs, que dans certaines des décisions citées, les problèmes identifiés auraient pu être traités en tout ou partie sur le fondement des articles 101 ou 102 TFUE, ou même du règlement concentrations actuel. Par exemple, dans l'affaire Exxon/Mobil (M.1383), la Commission aurait pu avoir recours à l'article 101 TFUE pour remédier aux possibles effets coordonnés liés aux participations minoritaires qu'elle avait identifiés (s'ils s'étaient matérialisés)². Dans la décision E.ON/MOL (M.3696), les pratiques discriminatoires que MOL aurait pu mettre en place sur certains marchés du gaz en Hongrie en raison de ses participations minoritaires auraient pu être traitées sous l'article 102 TFUE puisque MOL détenait une position dominante sur les marchés en question³. Dans la décision Coca-Cola/Carlsberg (M.833), la Commission avait identifié une participation minoritaire problématique de Carlsberg dans Bryggerigruppen ; toutefois celle-ci était potentiellement déjà couverte par le régime actuel de contrôle des concentrations puisque Carlsberg détenait indirectement une influence déterminante sur Bryggerigruppen⁴.

¹ CJCE, arrêt du 17 novembre 1987, BAT - Reynolds, affaires 142 et 156/84.

² Voir également M.2567 Nordbanken/Postgirot (2001) ; M.3653 Siemens/VA Tech (2005); ou M.4150 Abbott/Guidant (2006).

³ Par ailleurs, dans l'affaire Ryanair/Aer Lingus, le Président du Tribunal a indiqué que *“(…) la requérante pourrait demander à la Commission d'ouvrir une procédure en vertu de l'article [102] CE si elle estime que Ryanair jouit d'une position dominante sur un ou plusieurs marchés et en abuse en interférant dans la stratégie commerciale d'un concurrent direct et/ou en exploitant sa participation minoritaire dans un concurrent direct pour en affaiblir la position.”* (Aff. T-411/07R, para. 104).

⁴ Voir également les décisions suivantes : M.1383 Exxon/Mobil (1999), M.1673 VEBA/VIAG (2000) et M.2431 Allianz/Dresdner (2001).

Par ailleurs, il a été fait mention du fait qu'un nombre non négligeable de cas problématiques avaient été relevés en Allemagne (encore que nombre de ces cas concernent le secteur de l'électricité et soient spécifiques à ce pays). Mais d'autres pays européens ont eu des expériences différentes : la Pologne a ainsi récemment modifié sa loi et renoncé à contrôler les participations minoritaires non-contrôlantes. Les références à des expériences nationales n'est pas décisive, loin s'en faut.

L'APDC craint que si un contrôle des participations minoritaires venait à être adopté à l'initiative de la Commission, les éventuelles transpositions d'un tel contrôle au niveau national ne génèrent des situations incohérentes dans le cadre des différents examens qui pourront être conduits par les autorités nationales de concurrence en Europe.

Si la Commission adoptait un système de contrôle des participations minoritaires non-contrôlantes, il serait alors difficile pour les Etats membres de ne pas étendre leur contrôle aux prises de participation minoritaires non-contrôlantes, quand bien même ils n'y seraient pas favorables.

Le contrôle des concentrations, dans la majorité des Etats membres, est un système basé sur un contrôle *ex ante* et obligatoire. Il s'agit d'un système lourd et contraignant pour les entreprises qui doivent subordonner la réalisation de leurs opérations de prise de contrôle à l'obtention d'une ou plusieurs décisions d'autorisation de différentes autorités de concurrence. Bien souvent, l'obtention des autorisations des autorités de concurrence constitue la dernière des conditions à cocher avant la réalisation d'opérations de rapprochement entre entreprises.

Rappelons par ailleurs, que les Etats auxquels se réfère généralement la Commission pour appuyer sa volonté d'étendre le contrôle aux prises de participation minoritaires non-contrôlantes, à savoir le Royaume-Uni et l'Allemagne, ont fait, en matière de contrôle des concentrations, d'autres choix beaucoup moins contraignants pour les entreprises.

Ainsi, au Royaume-Uni, le contrôle des concentrations repose sur un système de notification volontaire, l'OFT se laissant la possibilité d'intervenir *ex post*, ce qu'elle fait actuellement s'agissant de la prise de participation minoritaire non-contrôlante de RyanAir au capital d'Aer Lingus⁵. Evidemment, un tel système présente l'avantage de laisser la possibilité à l'autorité de concurrence de ne s'intéresser qu'aux opérations susceptibles de présenter des difficultés de concurrence, mais fait l'impasse sur la sécurité juridique nécessaire dans la vie des entreprises.

En Allemagne, l'information qui est demandée aux entreprises dans le cadre de prises de participation minoritaires non-contrôlantes est sommaire et, l'expérience montre que le BkA est capable de répondre très rapidement dans l'immense majorité des cas. Il n'existe aucune assurance pour que cette réactivité et cette souplesse caractéristiques du système allemand soient reproductibles dans d'autres environnements juridiques et administratifs.

L'APDC souhaite donc attirer l'attention de la Commission sur un des dangers des phénomènes d'harmonisation qui peuvent parfois conduire, dans un souci légitime de convergence, à une « multiplication » des axes de contrôle et donc à une lourdeur excessive pour les entreprises.

Cela d'autant plus qu'aucun élément ne permet de soutenir que le rapport avantage / coût d'une extension du champ du contrôle de la concentration aux participations minoritaires non-contrôlantes serait positif et ce quelle que soit la « légèreté » du contrôle proposé.

⁵ Cf. Décision de l'Office of Fair Trading ME/4694/10 du 15 juin 2012 et le Rapport de la Competition Commission du 28 août 2013.

L'APDC relève que depuis de nombreuses années le droit de la concurrence est entré dans une ère de modernisation, qui s'est notamment traduite par l'abandon d'un contrôle *ex ante* des accords et comportements entre entreprises non structurels.

L'APDC considère à ce titre que les prises de participations minoritaires s'accompagnent souvent d'accords de coopération industrielle ou commerciale qui ne font plus l'objet d'un contrôle *ex ante*. Par conséquent, la mise en place d'un contrôle des prises de participation minoritaires qui s'étendrait nécessairement à ces accords constituerait un regrettable retour en arrière de la part de la Commission, par rapport à la nouvelle approche progressiste qu'elle avait adoptée ces dernières années.

L'APDC souligne à cet égard que, aujourd'hui plus que jamais, les entreprises ont un besoin accru de souplesse pour développer leurs activités et que les prises de participations minoritaires constituent un moyen de nouer des accords de coopération et des alliances entre entreprises. Instituer un contrôle des prises de participations minoritaires ne pourrait donc que freiner le développement de ces partenariats et alliances.

L'APDC tient en outre à attirer l'attention sur le fait que l'instauration d'un contrôle communautaire sur les prises de participation minoritaires ne sera certainement pas perçu comme un encouragement à l'investissement, et ce dans une période persistante de grave crise économique et financière.

Dès lors, si un contrôle des participations minoritaires devait néanmoins être adopté contrairement aux recommandations de l'APDC, il devrait au minimum et pour des raisons de proportionnalité, exclure de son champ d'application une multitude de cas concernant les prises de participation purement financières (telles que celles réalisées par des fonds d'investissement), les prises de participation donnant à l'acquéreur une proportion faible du capital (inférieure à 25% par exemple), les prises de participation minoritaires dans des entreprises qui ne sont liées ni verticalement ni horizontalement avec celle qui détient la participation minoritaire, les prises de participation dont le montant en valeur absolue est faible au regard des actifs ou du niveau d'activité de l'entreprise qui détient la participation, les prises de participation minoritaires non-contrôlantes dans des entreprises ayant une faible part de marché, etc.

De même pour réduire l'insécurité juridique, les délais d'action de la Commission devraient être très brefs (quelle que soit la modalité du contrôle choisi) et la Commission devrait, au minimum, publier des lignes directrices sur les conditions dans lesquelles ce type d'opération peut être analysé sous l'angle de la concurrence.

L'APDC considère enfin qu'avant d'envisager un bouleversement du système, il serait utile d'envisager une analyse concrète de la situation actuelle qui permettrait de dresser un « bilan » des avantages d'un système de contrôle des participations minoritaires non-contrôlantes face aux inconvénients que ce système engendrerait pour les entreprises.

* *

*

1. *In your view would it be appropriate to complement the commission's toolkit to enable it to investigate the creation of structural links under the Merger Regulation?*

Comme indiqué en préambule, selon la Commission, les prises de participation minoritaires non-contrôlantes entre concurrents ou entre entreprises verticalement liées seraient susceptibles de conduire à des effets anticoncurrentiels de trois ordres.

- (i) La prise de participation d'une entreprise au capital d'un de ses concurrents peut faciliter la coordination entre ces entreprises du fait de l'accès privilégié à des informations commerciales de l'entreprise actionnaire minoritaire à travers notamment sa participation aux organes de direction (effets coordonnés).
- (ii) La prise de participation au capital d'une entreprise verticalement liée peut également générer des effets anticoncurrentiels. En effet, une entreprise présente sur un marché amont / aval du marché de l'entreprise dans laquelle elle a pris une participation minoritaire sera moins incitée à offrir les intrants / débouchés aux concurrents de cette dernière (effets verticaux).
- (iii) La prise de participation d'une entreprise au capital d'un des ses concurrents est susceptible de l'inciter à ne pas exercer de pression concurrentielle sur son concurrent de façon à ne pas réduire les bénéfices qu'elle pourrait tirer de sa participation, voire même la valeur de cette participation (effets unilatéraux).

L'APDC considère que la Commission dispose déjà, à travers l'article 101 du TFUE, des instruments suffisants pour appréhender, dans le cadre d'un contrôle *ex post*, les effets coordonnés et les effets verticaux des prises de participation minoritaires non-contrôlantes.

L'APDC rappelle à cet égard que l'article 101 TFUE interdit tout accord ou concertation qui a pour objet ou pour effet de fausser la concurrence sur un marché et que c'est d'ailleurs sur ce fondement que la Commission s'est intéressée à la prise de participation non-contrôlante de Phillip Morris au capital de son concurrent, Rothmans International.

Pour mémoire, la Commission avait ouvert une procédure à l'encontre de Philipp Morris et Rembrandt (société-mère de Rothmans International) et les parties s'étaient finalement engagées, pour mettre un terme à cette procédure, à ce que Philipp Morris ne soit pas représentée dans les organes de direction de Rothmans International et à ce qu'aucune information sur Rothmans International susceptible d'influencer le comportement de Philipp Morris ne lui soit communiquée.

Ce sont les concurrents (BAT et Reynolds), visiblement non satisfaits de la décision adoptée et de la façon dont la Commission avait exercé son contrôle, qui ont formé un recours devant la Cour de justice (affaire *BAT/Reynolds* - CJCE, 17 novembre 1987).

La Cour avait alors considéré que : « *si le fait pour une entreprise, de prendre une participation dans le capital d'une entreprise concurrente ne constitue pas en soi un comportement restrictif de concurrence, une telle prise de participation peut néanmoins constituer un moyen apte à influencer sur le comportement commercial des entreprises en cause, de manière à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché (...). Tel serait le cas notamment si (...) l'entreprise qui investit, obtient un contrôle de droit ou de fait sur le comportement commercial de l'autre entreprise ou si l'accord prévoit une coopération commerciale entre les entreprises* »).

A cet égard, la Cour, qui avait finalement confirmé la position de la Commission, a considéré que celle-ci devait faire preuve d'une vigilance particulière pour s'assurer notamment qu'un accord qui, à première vue, ne prévoit qu'un investissement passif dans une entreprise concurrente, ne vise pas en réalité, à prendre le contrôle de l'entreprise ou à instaurer une coopération entre les entreprises en vue d'un partage de marché et ajoute que : « *pour que la Commission puisse constater une infraction à l'article 85, elle doit être en mesure de démontrer que l'accord a pour objet ou pour effet d'influer sur le comportement concurrentiel des entreprises sur le marché en cause.* »

Il en résulte donc que la Commission avait (et a toujours) les moyens d'exercer son contrôle sur les effets coordonnés susceptibles de résulter des prises de participation minoritaires.

Cela étant, il apparaît néanmoins qu'il existerait, selon la Commission, un « *enforcement gap* »⁶ lorsqu'un acteur du marché aurait pris une participation minoritaire non-contrôlante au capital d'un concurrent et, partant, ne serait plus incité à exercer une pression concurrentielle sur ce concurrent.

Comme rappelé plus haut, l'identification de cet « *enforcement gap* » n'est pas sans lien avec la médiatique affaire *RyanAir / Aer Lingus* dans laquelle la Cour de justice a confirmé que la Commission n'était pas compétente pour exercer son contrôle sur les potentiels effets de la détention minoritaire au capital d'*Aer Lingus*. Mais cette affaire est loin d'être terminée. En effet, le très récent Rapport de la Competition Commission identifie certes des atteintes à la concurrence, mais qui apparaissent relever clairement de l'article 101 TFUE par application de la jurisprudence *Philip Morris*.

En effet, dans le cadre du recours devant la Cour de justice, la Commission avait d'ailleurs défendu sa décision de ne pas intervenir davantage sur la base de l'article 85 du Traité UE (aujourd'hui article 101 TFUE) contre la participation de *Phillip Morris* en considérant notamment que « *bien que les droits de vote de Philip Morris suffisent pour bloquer certaines décisions de caractère exceptionnel, cette possibilité serait trop hypothétique pour constituer une menace réelle, capable d'avoir une influence sur Rembrandt* »⁷.

En effet, l'APDC souhaite rappeler ici le caractère exceptionnel d'un contrôle *ex ante*. Cette modalité de contrôle *ex ante* apparaît aujourd'hui d'autant plus exceptionnelle que l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003 a mis fin au régime de notification des accords entre entreprises au niveau communautaire, mais aussi dans de nombreux États membres.

Or, si les opérations de concentration font l'objet d'un tel régime exceptionnel, c'est notamment en raison de leurs effets structurels sur le marché souvent en pratique irréversibles (« *unscrambling the eggs* »). En revanche, les prises de participation minoritaires non-contrôlantes conduisent très rarement à des modifications structurelles telles que suppression ou fusion d'unités de production, d'équipes opérationnelles, des centres de R&D, etc...

⁶ SPEECH/11/166, 10 mars 2011: "I would like to turn to a couple of important issues that will be discussed in this conference: the efforts to foster closer coordination between European and national authorities, and the issue of minority shareholdings, where we are probably looking at an enforcement gap. The Merger Regulation does not apply to minority shareholders, whereas some national systems – both in the EU and outside – make room for the review of such acquisitions. I have instructed my services to look into this issue and see whether it is significant enough for us to try and close this gap in EU merger control".

⁷ CJCE, arrêt du 17 novembre 1987, *BAT - Reynolds*, affaires 142 et 156/84.

Notons par ailleurs qu'il n'existe pas davantage de contrôle *ex ante* pour les accords de coopération verticaux ou horizontaux entre entreprises, qui sont loin d'avoir un effet négligeable sur le marché, ce qui n'a pas empêché la Commission de cesser de les contrôler *ex-ante*. Par exemple, les accords de *joint venture* qui ne sont pas de plein exercice ou des accords de distribution mis en place à l'échelle de l'Union européenne qui relèvent de l'article 101 TFUE, ont des effets sur la concurrence et ne font plus l'objet d'un contrôle *ex ante*.

Pourquoi les prises de participation minoritaires pouvant éventuellement conduire à des effets coordonnés ou verticaux devraient-elles bénéficier d'un régime différent ?

L'APDC considère donc qu'en l'état actuel des informations fournies par la Commission, un contrôle *ex ante* des prises de participation minoritaire non-contrôlantes serait disproportionné au regard de l'objectif poursuivi qui en définitive ne concernerait que des hypothétiques effets unilatéraux résultant de ces prises de participation minoritaires, leurs effets coordonnés pouvant faire l'objet d'un contrôle *ex-post* sur le fondement de l'article 101 TFUE.

S'agissant des effets unilatéraux non coordonnés, l'APDC, contrairement à la Commission, ne considère pas qu'il existerait ici un « *enforcement gap* ». L'APDC considère qu'il s'agit plus simplement de situations qui, même si elles pourraient éventuellement influencer sur la concurrence, ne peuvent pas être considérées comme des atteintes à la concurrence en l'état des règles du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

2. ***Do you agree that the substantive test of the Merger Regulation is an appropriate test to assess whether a structural link would lead to competitive harm?***

Le test de l'« *atteinte significative de la concurrence* » semble en soi adapté à l'appréhension des difficultés de concurrence susceptibles de résulter d'une prise de participation minoritaire.

Néanmoins, dans l'hypothèse où le contrôle des concentrations communautaire viendrait à être étendu aux prises de participation minoritaires, il est impératif de compléter l'ensemble des grilles d'analyse qu'offrent les lignes directrices de la Commission.

Il devrait être envisagé l'adoption de lignes directrices spécifiquement dédiées aux prises de participation minoritaires non contrôlantes.

A cet égard, pour définir avec précision le spectre d'intervention de la Commission, en particulier si un système d'intervention *ex post* était finalement privilégié, il est indispensable de garantir la sécurité juridique des entreprises.

Pour ce faire, la Commission pourrait, d'une part, limiter son intervention aux prises de participation entre concurrents actuels (et non potentiels) et aux prises de participation entre entreprises effectivement liées verticalement.

D'autre part, la Commission pourrait édicter des seuils de parts de marché en dessous desquels une atteinte sensible à la concurrence serait peu probable et elle s'abstiendrait d'intervenir, comme elle l'a fait pour les accords de spécialisation et de production, pour les accords de R&D et les accords verticaux, par l'adoption des règlements d'exemption par catégorie.

En dessous de ces seuils de parts de marché, les entreprises concernées pourraient alors raisonnablement se satisfaire du peu de probabilité que la Commission intervienne.

3. ***Which of the three basic systems set out above do you consider the most appropriate way to deal with the competition issues related to structural links? Please take into account the following considerations:***

La Commission offre le choix entre 3 systèmes distincts : la notification obligatoire, le self-assessment et la transparence (déclaration simple).

a) the need for the Commission, Member States and third parties to be informed about potentially anti-competitive transactions,

Si la Commission était amenée à étendre le contrôle des concentrations aux prises de participation minoritaires, l'APDC considère qu'un mécanisme de transparence consistant en une déclaration simple auprès de la Commission et la publication sur son site internet devrait pleinement permettre aux tiers de faire entendre leur voix sur l'opération envisagée et à la Commission d'intervenir le cas échéant.

b) the administrative burden on the parties to a transaction,

Notification obligatoire : un système de notification obligatoire a pour inconvénient sa lourdeur. Ici, il existe une crainte de multiplication excessive des notifications.

Un tel système de notification obligatoire aura pour conséquence d'obliger les entreprises à un devoir de surveillance renforcé. En effet, ces entreprises devront, à l'occasion de chaque entrée au capital d'une société, vérifier si un tel changement dans la structure du capital ne conduit pas à une obligation de notification. Or ce type de situation est fréquent. Une fois de plus, on peut s'interroger sur l'intérêt de mettre en place un système aussi contraignant alors que les cas posant des problèmes de concurrence sont extrêmement rares.

Un système de notification obligatoire apparaît donc peu adapté.

Dans ces circonstances, se pose la question de la sanction pour défaut de notification, en particulier au regard de la jurisprudence *Electrabel*⁸.

Self-assessment : L'inconvénient majeur réside dans l'absence de sécurité juridique pour les entreprises. Des lignes directrices devraient définir des zones de « *safe harbour* » : < 10% pas de notification et obligation de notifier > 25%. Les lignes directrices devraient également définir les critères d'exercice d'une « *influence sensible* » pour la zone grise entre 10% et 25% de détention capitalistique.

Les notions d'« *influence matérielle* » et d'« *influence concurrentielle significative* » des droits anglais et allemand devraient aussi être traitées.

La notion d'« *influence matérielle* » ou d'« *influence concurrentielle significative* » varie d'un Etat à l'autre en fonction de particularités propres au droit national des sociétés. Par exemple, un actionnaire minoritaire dans une société anonyme de droit français ne bénéficiera peut-être pas des mêmes droits qu'un actionnaire minoritaire d'une société anonyme de droit allemand ou d'une joint stock company de droit anglais.

⁸ TPI, arrêt du 12 décembre 2012, *Electrabel c/ Commission*, aff. T-332/09.

Cela étant, un système de self-assessment qui obligerait la Commission à agir *ex post* imposerait à celle-ci de ne s'intéresser qu'aux cas complexes soulevant réellement des difficultés de concurrence. Un tel système permettrait normalement d'éviter que des entreprises soient engagées dans des processus administratifs longs pour des prises de participation minoritaires qui ne soulèvent, en réalité, aucune difficulté de concurrence.

Si l'option du self-assessment avec possibilité de notifier était retenue, il existe cependant un risque que les entreprises notifient l'ensemble de leurs opérations de prises de participation minoritaires non-contrôlantes.

Il faudra alors limiter le nombre de cas qui devront être contrôlés et veiller à ce que les délais d'examen soient les plus courts possibles. A cet égard, l'APDC relève que les services de la Commission adoptent une attitude souvent extrêmement prudente et en fait quelque peu dissuasive lorsque les entreprises font le choix de notifier leurs opérations en la forme simplifiée.

Une telle attitude peut se concrétiser par la multiplication de questionnaires au stade de la pré-notification permettant aux services de la Commission de s'assurer que les entreprises concernées répondent parfaitement aux conditions du formulaire simplifié communautaire.

Cette pratique conduit à rallonger de façon excessive la phase de pré-notification d'opérations de concentration qui ne soulèvent *in fine* aucune difficulté de concurrence.

c) the potential harm to competition resulting from structural links, both in terms of the number of potentially problematic cases and the impact of each potentially harmful transaction on competition;

La grande majorité des prises de participation minoritaires est sans impact sur la concurrence : prise de participation de fonds d'investissement, d'établissements financiers, de fonds souverains, de fonds de soutien, etc.

Il convient ici de revenir sur les cas topiques visés par la Commission dans son document de travail, à savoir les affaires RyanAir / Aer Lingus et LVMH / Hermès.

Aucun de ces deux exemples n'apparaît déterminant.

RYANAIR / AERLINGUS⁹ :

On l'a déjà évoqué plus haut, les derniers développements de la « saga » RyanAir démontrent d'une part que cette affaire est loin d'être terminée et d'autre part qu'elle ne révèle pas « l'enforcement gap » toujours évoqué à son sujet.

En effet, dans son très récent Rapport du 28 août 2013, la Competition Commission britannique vient de conclure à la nécessité pour RyanAir de réduire sa participation dans Aer Lingus mais ce pour des raisons qui doivent être rappelées car elles évoquent indiscutablement une situation relevant de l'article 101 TFUE au titre de la jurisprudence Philip Morris.

En effet, la Competition Commission a identifié des décisions concurrentielles stratégiques d'Aer Lingus auxquelles RyanAir pourrait s'opposer grâce à l'importance de sa participation minoritaire : d'une part des rapprochements avec d'autres compagnies, d'autre part la cession de slots à Heathrow. De telles prérogatives portant sur des sujets aussi stratégiques eu égard à « l'encadrement » draconien dont Aer Lingus fait l'objet relèvent assurément de l'article 101 TFUE.

Il ne fait aucun doute en effet que la prise de participation minoritaire impose à Aer Lingus de coopérer ou de négocier avec RyanAir pour les décisions essentielles mentionnées ci-dessus et tombe donc sous le coup de la jurisprudence Philip Morris.

Il est donc extrêmement discutable que l'affaire RyanAir puisse constituer le précédent pertinent que la Commission prétend identifier pour justifier le contrôle des prises de participation minoritaires.

On soulignera enfin que la prise de participation de RyanAir dans Aer Lingus ne soulève aucune des hypothèses de théorie économique invoquées à l'appui d'une extension du contrôle.

Ce sont en effet purement et simplement les prérogatives que détient RyanAir sur le comportement d'Aer Lingus par l'effet de ses droits de vote qui sont à l'origine de la limitation à la liberté d'action d'AerLingus.

⁹ Rappelons ici la raison pour laquelle Aer Lingus a saisi la Cour de justice à la suite de la décision d'incompétence de la Commission. Après la privatisation d'Aer Lingus par le gouvernement irlandais en 2006, RyanAir avait acquis une participation de 19,16 % dans le capital de cette société puis avait lancé une offre publique d'achat pour la totalité du capital d'Aer Lingus qu'elle avait notifiée une semaine plus tard à la Commission. Pendant la durée de l'offre publique d'achat, RyanAir a acheté d'autres actions pour détenir fin 2006 25,17 % du capital d'Aer Lingus. Outre la décision par laquelle la Commission déclarait que le projet d'acquisition d'Aer Lingus par RyanAir était incompatible avec le marché commun (Affaire COMP/M.4436 – RyanAir/Aer Lingus), la Commission avait refusé de faire droit à la demande d'Aer Lingus d'enjoindre à RyanAir de se défaire de la totalité des actions d'Aer Lingus détenues par RyanAir, en indiquant qu'il n'était pas en son pouvoir dans le cadre du règlement sur les concentrations d'ordonner à RyanAir de se défaire de sa participation alors que l'acquisition prévue n'avait pas été réalisée et que RyanAir ne détenait qu'une participation minoritaire qui ne lui permettait pas d'exercer un contrôle de jure ou de facto sur Aer Lingus (Affaire COMP /M.4439 - RyanAir/Aer Lingus) . Aer Lingus avait alors introduit un recours en annulation devant le Tribunal contre cette décision. Le Tribunal confirmant que la Commission avait justifié à suffisance de droit et de fait sa décision de ne pas ordonner à RyanAir de se défaire de sa participation dans Aer Lingus était venu préciser que l'acquisition d'une participation qui ne confère pas, en tant que telle, le contrôle d'une société – c'est-à-dire donnant la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise – ne pouvait constituer une concentration réputée réalisée. Par conséquent, en l'absence de prise de contrôle effective d'Aer Lingus par RyanAir, la participation de cette dernière ne pouvait être assimilée à une concentration déjà réalisée donnant le droit à la Commission d'agir.

LVMH / HERMES

L'APDC est tout d'abord surprise que la Commission s'appuie sur un tel exemple pour justifier son initiative d'étendre le contrôle des concentrations aux prises de participations minoritaires alors que l'entrée de LVMH au capital d'Hermès fait aujourd'hui l'objet de procédures pendantes devant les juridictions commerciale et correctionnelle en France.

De plus, la référence à cette opération est également contestable pour les raisons suivantes. L'entrée de LVMH au capital d'Hermès a été réalisée de façon progressive via des véhicules financiers et n'aurait donc pas forcément été soumise au contrôle des participations minoritaires tel que l'entend aujourd'hui la Commission (exclusion des fonds d'investissements / investissements financiers). Cette entrée au capital avait, il nous semble, pour objectif de prendre le contrôle et non de rester un actionnaire dormant. Surtout, on a pu observer qu'au cas d'espèce, LVMH n'a pas exercé la moindre influence sur la société Hermès du fait de la réaction des autorités contrôlantes. Et nul ne soutiendrait que LVMH ait adapté le comportement concurrentiel de ses autres marques de luxe depuis son entrée au capital d'Hermès.

L'exemple de LVMH/Hermès est donc totalement étranger à la typologie des effets anticoncurrentiels que le contrôle des participations minoritaires se propose de préserver.

d) the relative ease to remove a structural link as opposed to the difficulties to separate two businesses after the implementation of full merger;

L'APDC s'interroge sur l'intérêt de comparer les deux situations. Le contrôle des opérations de concentration faisant l'objet d'un contrôle *ex ante* étant accompagné d'une « *stand still obligation* », la situation d'un démantèlement d'une opération de fusion ne se pose donc pas.

En tout état de cause, devoir céder une participation minoritaire dans un délai contraint d'un an conduit généralement à une perte de valeur importante du fait des conditions de négociations contraintes du vendeur.

Or, si la perte de valeur d'une participation minoritaire apparaît *prima facie* moins préjudiciable en comparaison avec le démantèlement d'une fusion, elle l'est tout autant au regard de l'objectif poursuivi de la prise de participation.

Par ailleurs, une prise de participation minoritaire peut répondre à un besoin en financement de l'entreprise cible, dont la remise en cause peut avoir des effets néfastes importants. Il conviendrait de distinguer les prises de participation minoritaires nécessitées par le besoin de financement (augmentation de capital) des prises de participation minoritaires spéculatives.

e) the likelihood that anti-competitive effects resulting from an already implemented structural link can be eliminated at a later stage.

Il est possible que les effets coordonnés et verticaux sur la concurrence résultant d'une prise de participation minoritaire puissent être éliminés à un stade ultérieur, notamment par l'adoption de simples mesures de nature comportementale qui, en soi, peuvent être suffisantes pour y remédier (ex. mesures de firewall, renonciation aux postes d'administrateurs, renonciations à certains droits).

4. In order to specify the information to be provided under the transparency system:

- a) What information do you consider necessary to enable the Commission and Member States to assess whether a case merits further investigation or to enable a third party to make a complaint (e.g. information describing the parties, their turnover, the transaction, the economic sectors and/or markets concerned)?**

Seul le secteur économique doit être précisé car il existe toujours une difficulté d'isoler le marché concerné. Il peut être envisagé de décrire les produits / services vendus par les parties.

- b) What type of information which could be used by the Commission for the purpose of the transparency system is readily available in undertakings, e.g. because of filing requirements under securities laws in case of publicly listed companies? What type of information could be easily gathered?**

Il est important de limiter les informations transmises au strict minimum dans la mesure où les tiers qui pourraient être susceptibles de se plaindre d'une éventuelle prise de participation minoritaire sont généralement des concurrents ou des clients avertis qui n'ont pas besoin d'un haut degré d'information pour faire part de leurs craintes.

A cet égard, il peut être utile de distinguer les informations qui devront être transmises à la Commission de celles qui seront publiées sur le site de la Commission.

5. For the acquirer of a structural link, please estimate the cost of filing for a full notification (under the selective system in case the Commission decides to investigate a case, or under the notification system). Please indicate whether the costs of a provision of information under the transparency system would be considerably less if the information required were limited to the parties, their turnover, the transaction and the economic sectors concerned.

Il est assez difficile de fournir des estimations des coûts induits par la notification ou la simple déclaration de prise de participation minoritaire non contrôlantes, tant les situations peuvent varier en fonction d'éléments internes ou externes aux entreprises.

L'APDC considère néanmoins que les frais engagés par une entreprise pour la notification d'une prise de participation non-contrôlante pourraient être réduits dans le cadre d'une déclaration simple auprès de la Commission. Ils pourraient en revanche être beaucoup plus conséquents dans le cadre de dossiers complexes dans lesquels l'autorité de contrôle multiplierait les questionnaires à l'attention des parties ou dans des dossiers conduisant à une enquête approfondie sur les éventuels risques d'atteinte à la concurrence.

En tout état de cause, les coûts à prendre en compte doivent s'entendre comme ceux résultant du recours à des conseils externes (juridiques et financiers), mais aussi ceux résultant de la mobilisation des équipes en interne.

A cela, peuvent s'ajouter les coûts financiers que sont susceptibles de générer les procédures de notification lorsqu'elles impliquent un report de la date de réalisation d'une opération (ex. crédits relais, coûts de portage etc.).

A ces différents coûts directs, peuvent également s'ajouter les coûts indirects induits par la transparence faite sur des opérations qui n'auraient pas dû être dévoilées au marché.

6. ***Do you consider the turnover thresholds of the Merger Regulation, combined with the possibility of case referrals from Member States to the Commission and vice versa, an appropriate and clear instrument to delineate the competences of the Member States and the Commission?***

Les seuils de chiffres d'affaires apparaissent adaptés aux prises de participation minoritaires dans la mesure où ces seuils permettent généralement de prendre la mesure de la dimension des entreprises en cause.

Cependant, comme nous l'avons déjà rappelé ci-dessus, les effets anticoncurrentiels coordonnés que la Commission cherche à contrôler ont également trait à la nature et à la gouvernance de l'entreprise cible (collusion à travers un échange d'informations du fait de la présence au conseil d'administration, effets de forclusion).

Quant aux effets anticoncurrentiels unilatéraux (réduction de la valeur de la participation minoritaire et des revenus qui en découlent), si ceux-ci peuvent intervenir dans le chef de l'entreprise qui acquiert la participation minoritaire, l'incitation de l'acquéreur à ne pas concurrencer la cible (et donc l'effet sur la concurrence) dépendra également de la valeur de la cible.

Il semble, dès lors, important que la dimension de l'entreprise cible soit prise en compte dans les seuils de notification communautaire.

Par ailleurs, il existe une réelle difficulté dans l'application du mécanisme de renvoi de l'article 4§4 (Commission vers Etats membres). Quid lorsqu'un des Etats membres concernés ne prévoit pas de contrôle des prises de participation minoritaires ? Quid d'une harmonisation des législations nationales sur le sujet ?

7. ***Regarding the Commission's powers to examine structural links, in your view, what would be an appropriate definition of a structural link and what would constitute appropriate safe harbours?***

Cf. réponse à la question 3. b).

8. ***In a self-assessment or a transparency system, would it be beneficial to give the possibility to voluntarily notify a structural link to the Commission? In answering please take into account the aspects of legal certainty, increased transaction costs, possible stand-still obligation as a consequence of the notification, etc.***

A supposer que la Commission persiste dans sa volonté d'introduire un système de contrôle des participations minoritaires non-contrôlantes, la possibilité ouverte aux entreprises de procéder à une notification volontaire est souhaitable.

Cela leur permettrait de sécuriser la réalisation d'opérations (ex. la création d'alliances entre groupes industriels via la prise de participations croisées).

S'agissant de la « *standstill obligation* », à partir du moment où les entreprises optent pour une notification volontaire dans un souci de sécurisation de leur projet, il ne semble pas dans ce cas rédhibitoire pour les parties de suspendre la réalisation de l'opération à l'obtention de l'aval de la Commission.

Il pourrait être envisagé que la « *standstill obligation* » soit limitée à l'exercice des droits de vote et des droits de représentation attachés, ce qui ne pourra pas empêcher la société de fonctionner puisque ces droits ne confèrent pas le contrôle à l'actionnaire minoritaire.

9. *Should the Commission be subject to a limitation period (maximum time period) after which it can no longer investigate/intervene against a structural link transaction, which has already been completed? If so, what would you consider an appropriate time period for beginning a Commission investigation? And should the length of the time period depend on whether the Commission has been informed by a voluntary notification?*

L'APDC rappelle ici qu'elle est opposée à l'extension du contrôle des concentrations aux prises de participation minoritaires non contrôlantes dans la mesure où, d'une part, le droit européen de la concurrence permet aujourd'hui d'appréhender les effets coordonnés résultant des prises de participations minoritaires et, d'autre part, les hypothétiques effets unilatéraux pouvant résulter de telles prises de participations ne justifient certainement pas la mise en place de mécanismes de contrôle tels que ceux envisagés par la Commission.

Si un mécanisme de contrôle des prises de participations minoritaires venait tout de même à être retenu, l'APDC considère qu'il devrait consister en un système de déclaration simple. L'APDC souligne à ce titre que la liste d'informations à fournir par les entreprises devra être sommaire, claire et exhaustive. Ce système ne pourra offrir la sécurité juridique nécessaire aux entreprises que si l'opportunité de la Commission d'initier une phase d'examen approfondie est contrainte dans un délai de rigueur, n'excédant pas, par exemple, 15 jours ouvrés à compter de la réception de la déclaration simple.

* *

*

QUESTIONS RELATIVES A LA REFORME DES MECANISMES DE RENVOI

1. *Do you consider that the suggestions would make the referral system overall less time-consuming and cumbersome?*

Oui.

2. *Regarding the suggestion on Article 4 (5) referrals:*

- a) *Do you support the idea to be able to directly notify to the Commission without preceding Form RS?*

Oui.

- b) *Please try to estimate savings in (a) time and (b) costs resulting from the elimination of the Form RS procedure in a typical case.*

Une notification directe permettra de gagner au moins un mois sur le calendrier de réalisation de l'opération de concentration.

Il est très difficile d'estimer l'économie qui pourrait résulter de la suppression du formulaire RS (même si celle-ci est certaine) dans la mesure où le coût induit dépend d'éléments divers tels que la complexité des dossiers, le degré d'information requis par l'autorité de contrôle, la disponibilité de ces informations, l'organisation des différents intervenants, etc.

- c) *For transactions to be notified in at least three Member States, would you consider that you will use the referral according to Article 4(5) under the suggested system more often than under the current system - or that you will advise your clients to use it more often?*

Une réponse générale n'est pas forcément facile à apporter à cette question, mais il est certain que la moindre lourdeur du nouveau schéma de renvoi incitera sans doute à le considérer de manière plus systématique.

- d) *Do you consider that the 15 working days consultation period could be shortened in order to limit the duration of uncertainty as to whether or not a case will remain in the competences of the Member States?*

Oui, elle pourrait être limitée à 10 jours ouvrés.

- e) *Do you consider it useful if contacts between the Commission and the competent Member States could take place already during a possible pre-notification phase, in order to enable the Member States to assess the referral?*

Oui, sachant qu'en pratique, de tels contacts existent souvent déjà aujourd'hui.

- f) *Do you agree that a broad information exchange between the Commission and the Member State which includes the information gathered in the market investigation should be made possible?*

Oui.

Should the results of the Commission's market investigation be accessible to NCAs also following a veto of a Member State?

Oui car cela permet de gagner du temps et d'éviter peut-être un nouveau test de marché.

What would be in your view appropriate measures to assure that the Member States have a good understanding of the case in order to decide whether or not to ask for a referral (e.g. early information of the Member States, forwarding of a draft notification received by the Commission)? How do you view this suggestion with regard to confidential transactions which are not yet in the public domain?

L'information préalable à la notification des Etats Membres par les parties notifiantes est sans doute le meilleur moyen d'assurer aux Etats Membres un niveau suffisant d'information sur la concentration.

Cela peut être réalisé par la communication du projet de notification, mais aussi un mémorandum ou encore une réunion. Il convient donc de veiller à ce que les autorités de contrôle concernées gardent confidentielles les informations concernées.

- g) *Regarding pre-notification referrals from the Commission to the Member States, Article 4 (4), do you see similar room for improvement to streamline the process and to align it with suggestions on Article 4(5) above, while at the same time safeguarding the interests of all Member States?*

Il existe une différence majeure entre l'article 4(4) et l'article 4(5). L'article 4(4) part du principe selon lequel il doit exister un problème de concurrence sur un marché national. Ce n'est pas le cas de l'article 4(5). Il paraît donc difficile de répliquer les mécanismes envisagés par l'article 4(5) à l'article 4(4) dans sa rédaction actuelle.

3. *Regarding the suggestion on Article 22 referrals:*

- a) *Do you agree with the underlying principle of the envisaged modification, i.e. that Article 22 should enable the Member States to refer cases to the Commission for which the Commission is the more appropriate authority due to cross-border effects?*

Oui.

Do you also agree that the Commission should then have EEA-wide jurisdiction as for all the other cases it is dealing with?

Oui.

- b) *Do you agree that the envisaged modification would lead to a clear delineation of which level - Commission or Member States - should deal with a case, taking account of the one-stop-shop principle?*

Oui.

Do you agree that this would avoid a patchwork approach of parallel proceedings of the Commission and Member States?

Oui.

- c) *Do you agree that the envisaged system would make European merger control more effective and would allow it to obtain cases for which the Commission is the more appropriate authority?*

Oui.

In particular, do you consider it appropriate that only competent Member States can refer cases to the Commission, as opposed to the current system where also non-competent Member States can refer a case?

Oui, notamment parce qu'ils sont les mieux placés pour en juger.

- d) *Do you agree that legal certainty for undertakings would be increased if only a Member State competent under its national law could make a referral request?*

Oui.

- e) *Do you agree that the procedural solutions would prevent the scenario or mitigate the risk that a Member State might have already cleared the transaction before another Member State requests a referral?*

Oui.

In your view what would be appropriate procedural solutions?

Les solutions proposées ci-dessus sont appropriées.

- f) *How do you see the possibility of a making national clearance decision conditional upon no Article 22 referral taking place? Under the law of your respective Member State, would it be possible to issue clearance decisions under the condition that no Article 22 referral takes place?*

Répondre à cette question par l'affirmative reviendrait à considérer qu'une autorité nationale pourrait subordonner son autorisation à l'absence de demande de renvoi d'autres autorités nationales.

Nous n'y sommes pas favorables pour des raisons de sécurité juridique.

- g) *In your view, could the suggestion raise costs for undertakings or would it lead to costs savings due to a better predictability of the system?*

Les cas d'article 22 sont rares. La réforme envisagée ne devrait pas modifier cet état. Il apparaît donc que les coûts ne devraient pas ou peu évoluer.

Regarding Article 22(5) do you consider that the current procedure that the Commission can invite the Member States to refer a case could be improved in terms of procedure? And if so, in which ways?

Oui, l'information des Etats Membres par la Commission doit intervenir dans un délai ferme de 10 jours ouvrés par exemple, une fois la concentration rendue publique.

* *

*



Le groupe de travail ayant contribué à la rédaction de la réponse de l'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence (APDC) était constitué de : Franck Audran, Frédéric de Bure, Hugues Calvet, Juliette Goyer, Joëlle Salzmänn et Didier Théophile.

Les coordinateurs du groupe de travail étaient : Joëlle Salzmänn (salzmänn@gide.com), Franck Audran (audran@gide.com) et (dtheophile@darroisvilley.com).

* *

*