



Commentaire de l'APDC sur le projet de création d'un contrôle *ex post* en droit français des concentrations

28 septembre 2018

1. Dans son communiqué du 7 juin 2018 relatif à la modernisation et à la simplification du contrôle des concentrations¹, l'Autorité de la concurrence (ci-après "**l'Autorité**") a dressé un premier bilan de sa réflexion à l'issue de 8 mois de consultation publique. L'APDC constate avec grande satisfaction que de nombreuses recommandations émises dans sa contribution² en date du 30 novembre 2017 ont été accueillies favorablement par l'Autorité. En particulier, l'APDC se réjouit d'avoir été suivie sur les points suivants :
 - les seuils de droit commun applicables aux concentrations n'ont pas été revus à la hausse ;
 - le projet d'introduction d'un nouveau seuil en valeur de transaction a été abandonné ;
 - le projet d'introduction d'un nouveau seuil en parts de marché a également été écarté.
2. L'APDC regrette néanmoins que ses positions sur les points ci-après n'aient pas reçu un accueil favorable :
 - l'Autorité souhaite maintenir le seuil spécifique au commerce de détail, que l'APDC avait proposé de supprimer ;
 - l'étude d'un système de réévaluation régulière des seuils de droit commun pour prendre en compte l'inflation (à l'instar du mécanisme existant aux Etats-Unis) n'a pas été retenue par l'Autorité, en dépit d'une proposition de l'APDC ;

¹ Communiqué de l'Autorité du 7 juin 2018 : Modernisation et simplification du contrôle des concentrations.

² Voir la réponse de l'APDC à la Consultation publique de l'Autorité de la concurrence relative à la réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/apdc_ld_concentrations17.pdf



- l'Autorité a décidé de poursuivre l'étude d'un éventuel contrôle *ex post* des concentrations et a lancé une nouvelle consultation publique sur ce sujet, en dépit des réserves très sérieuses exprimées par l'APDC.
3. Dans le cadre de cette nouvelle consultation publique initiée par l'Autorité, l'APDC présente ci-après de nouvelles observations plus détaillées sur l'introduction d'une voie de contrôle *ex post*, qu'elle considère comme inopportune pour les raisons suivantes :
- il n'est pas démontré qu'il existerait une faille dans le contrôle des concentrations qu'il conviendrait de combler ;
 - un contrôle des concentrations *ex post* est générateur d'insécurité juridique et donc très pénalisant pour la vie des affaires ;
 - l'introduction d'une voie de contrôle *ex post* entraverait le mouvement d'harmonisation du droit français avec le droit communautaire ;
 - il est probable qu'un mécanisme de contrôle *ex post* serait déclaré inconstitutionnel ;
 - l'étude des systèmes étrangers de contrôle *ex post* ne plaide pas en la faveur de son introduction en France ;
 - à tout le moins, le seuil de chiffre d'affaires déclenchant un éventuel contrôle *ex post* doit faire l'objet d'un débat spécifique.
- 1. L'AUTORITE N'APPORTE AUCUN ELEMENT SUGGERANT QU'IL EXISTERAIT UNE FAILLE (« ENFORCEMENT GAP ») DANS LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS**
4. Afin de justifier l'extension du contrôle actuel des concentrations par l'introduction d'un nouveau mécanisme *ex post*, il faudrait dans un premier temps démontrer une faille dans le contrôle français des concentrations, qu'il conviendrait de combler. Or l'existence d'une telle faille n'est aucunement établie.
5. Au demeurant, l'Autorité dispose d'ores et déjà d'un moyen d'intervention *ex post* si elle constate un abus de position dominante commis à la suite d'une concentration. Le fait que ce moyen d'intervention ne soit presque jamais mis en œuvre confirme l'absence d'« *enforcement gap* ».

1.1 *L'autorité n'invoque aucun exemple d'opération problématique ayant échappé à son contrôle*

6. Dans sa synthèse sur le contrôle *ex post*, l'Autorité ne fournit **aucun exemple d'opération problématique** ayant échappé à son contrôle, ce qui crée un doute sur la nécessité d'instaurer une voie de contrôle supplémentaire. L'APDC estime que cette absence de motivation résulte en réalité de l'absence d'exemples pertinents.
7. L'Autorité avait déjà fait, en quelque sorte, ce même constat dans sa réponse à la Consultation publique de la Commission européenne sur l'évaluation des aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle européen des concentrations (Octobre 2016)³. S'inscrivant dans le cadre de travaux qui avaient pour objet de promouvoir un réexamen cohérent de la législation européenne, cette consultation portait notamment sur l'efficacité des seuils européens fondés sur le chiffre d'affaires.
8. Dans sa réponse, l'Autorité s'est prononcée sur l'opportunité d'introduire, au niveau communautaire, un nouveau seuil de notification, qui serait fondé sur une donnée autre que le chiffre d'affaires. A cet égard, après avoir admis que « *certaines opérations susceptibles de soulever des questions de concurrence échapperaient au contrôle des concentrations en raison de la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise cible* », l'Autorité a cependant affirmé qu'elle n'avait « *pas été confrontée à une situation de ce type* ».
9. La rareté du nombre d'affaires problématiques, qui auraient échappé à tout contrôle, s'explique par le champ déjà très large du contrôle *ex ante* de l'Autorité résultant du triple système de seuils français :
 - les seuils de droit commun ;
 - les seuils spécifiques au commerce de détail ;
 - les seuils spécifiques aux départements et collectivités d'outre-mer.
10. Ces seuils actuels, qui n'ont fait l'objet d'aucune réévaluation depuis l'ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004, sont déjà bas au regard de la taille de l'économie française. Il en

³ Voir la réponse de l'Autorité de la concurrence à la Consultation de la Commission européenne sur l'évaluation des aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle européen des concentrations: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/france_autorite_de_la_concurrence_fr.pdf

résulte que l'Autorité traite chaque année un nombre élevé d'opérations qui entrent dans le champ de son contrôle (252 opérations notifiées en 2017⁴).

11. Loin de démontrer l'existence d'un vide juridique ou d'une quelconque carence dans le régime actuel du contrôle des concentrations en France, l'Autorité a procédé à un bilan qui suggère, au contraire, que le système actuel est satisfaisant. L'APDC considère de ce fait qu'il n'y a pas d'intérêt à l'introduction d'une nouvelle voie de contrôle.

1.2 L'article L.430-9 du Code de commerce permet déjà une intervention ex post de l'Autorité si un abus de position dominante est commis à la suite d'une concentration

12. L'introduction d'un mécanisme de contrôle ultérieur à l'opération apparaît d'autant plus inutile que **l'article L. 430-9 du Code de commerce** permet déjà à l'Autorité d'intervenir *ex post* si un abus de position dominante est commis à la suite d'une concentration qui n'aurait pas été soumise à son contrôle *ex ante*.
13. Cette disposition permet, en effet, à l'Autorité de prononcer des remèdes pouvant aller jusqu'au démantèlement de la concentration et est applicable à tout abus ayant été rendu possible par la concentration de la puissance économique, que cette concentration ait fait, ou non, l'objet d'une procédure d'autorisation devant l'Autorité de la concurrence ou, antérieurement, le Ministre. L'Autorité peut ainsi enjoindre « *de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus* ».
14. Ce mécanisme, qui nécessite la démonstration préalable d'un abus de position dominante découlant d'une concentration antérieurement réalisée, apparaît proportionné aux objectifs de sécurité juridique, ce qui ne serait pas le cas d'un mécanisme *ex post* étendu (voir Partie 2 ci-dessous).
15. Cette disposition n'a été utilisée par l'Autorité qu'une seule fois à ce jour, il y a plus de 15 ans⁵. Le cas d'espèce concernait les sociétés Compagnie générale des eaux (CGE) et Lyonnaise des eaux (SLDE), qui détenaient des entreprises communes. Ces deux sociétés s'abstenaient de candidater à des appels d'offre lorsque l'une de leurs entreprises communes y candidatait déjà. Après avoir établi que la CGE et la SLDE détenaient une position dominante collective sur le marché national de la gestion déléguée du service de

⁴ Rapport d'activité 2017 de l'Autorité de la concurrence.

⁵ Décision n° 02-D-44 du 11 juillet 2002.

distribution d'eau et sur le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement, l'Autorité a considéré que le fait, pour ces deux sociétés, de renoncer aux appels d'offres auxquels leurs entreprises communes candidaient, constituait un abus de position dominante. En conséquence l'Autorité a demandé au ministre chargé de l'économie « *d'enjoindre aux sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux de **modifier, compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes qui ont conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes qu'elles ont créées conjointement, dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement*** ».

16. L'APDC s'oppose ainsi à une extension du contrôle des concentrations dans la mesure où l'arsenal législatif français existant permet aujourd'hui d'appréhender les opérations problématiques : l'Autorité n'indique aucun exemple de situation problématique qui aurait échappé à son contrôle et l'article L.430-9 lui confère d'ores et déjà la faculté d'ordonner le démantèlement d'une concentration, qui a permis un abus de position dominante.

17. Or, pour démontrer une faille dans le contrôle des concentrations français, l'Autorité devrait établir l'existence de situations soulevant des préoccupations de concurrence (i) ayant échappé au champ de contrôle des seuils du contrôle français des concentrations et (ii) insusceptibles d'être contestées via une procédure au titre de l'article L.430-9. A défaut, l'Autorité prendrait le risque de créer un nouveau seuil, facteur d'insécurité juridique, sans qu'il n'existe un véritable besoin au plan économique.

2. UN CONTROLE *EX POST* SERAIT GENERATEUR D'INSECURITE JURIDIQUE ET DONC TRES PENALISANT POUR LA VIE DES AFFAIRES

18. Un système de contrôle exclusivement *ex ante* des concentrations, tel que celui que nous connaissons aujourd'hui en France, permet d'offrir aux entreprises la garantie qu'une fois que leur opération de concentration a été réalisée, celle-ci est définitive (sauf application de l'article L.430-9). Une telle certitude vaut pour toute opération, qu'elle ait préalablement fait l'objet d'un contrôle *ex ante* de l'Autorité ou non.

19. Cette garantie disparaîtrait pour les opérations ne passant pas les seuils de notification obligatoire si un système de contrôle *ex post* venait à être introduit. Toute concentration n'ayant pas été contrôlée préalablement à sa réalisation, car n'atteignant pas les seuils du code de commerce pourrait, au moins en théorie, être remise en cause ou soumise à engagements par l'Autorité, puisque cette dernière disposerait d'un pouvoir d'évocation lui permettant d'imposer aux entreprises de notifier leur opération antérieurement réalisée.

20. Cette faculté constituerait une véritable source d'insécurité juridique pour les entreprises, tout particulièrement au regard du **caractère nécessairement flou et imprécis du critère**

de déclenchement d'un contrôle *ex post*, comme le démontre la consultation de l'Autorité elle-même en proposant de retenir un critère tenant à l'existence de « *préoccupations substantielles de concurrence* »⁶.

21. En outre, le délai envisagé par l'Autorité pour déclencher l'exercice de son contrôle *ex post*, qui serait compris entre 6 mois et 2 ans suivant la réalisation d'une opération, est extrêmement préoccupant. Une **période d'incertitude aussi étendue** aggraverait encore davantage pour les entreprises le degré d'insécurité juridique inhérent à la possibilité d'un contrôle *ex post*.
22. En conséquence, les entreprises seraient incitées à adopter un comportement excessivement précautionneux. Nous anticipons dès lors une série de **conséquences "en cascade"** hautement problématiques :
 - un **nombre significatif de consultations informelles** : en pratique, les entreprises auront intérêt à présenter informellement au Service des Concentrations leurs opérations se situant sous les seuils de notification obligatoire, afin de se mettre à l'abri d'un contrôle *ex post* ;
 - la **saturation des services de contrôle des concentrations** de l'Autorité, qui résultera nécessairement de la multiplication des consultations informelles ;
 - une **augmentation significative des délais de réalisation** de l'ensemble des opérations de concentration qui se situent aujourd'hui sous les seuils de notification obligatoire.
23. La création d'un contrôle *ex post* aurait ainsi en pratique pour conséquence l'instauration d'un régime volontaire (proche de celui existant à l'époque de l'Ordonnance de 1986), en ce qui concerne les opérations de concentration qui se situent aujourd'hui sous les seuils de notification obligatoire.
24. L'introduction de cette nouvelle voie de contrôle serait d'autant plus surprenante que notre système actuel a été construit sur une double exigence d'objectivité et de transparence. L'ajout de ce mécanisme *ex post* viendrait directement **réduire à néant les avancées**

⁶ Dans sa synthèse sur le contrôle *ex post*, l'Autorité propose, en plus du dépassement d'un certain seuil en valeur de chiffre d'affaires, le critère de "préoccupations substantielles de concurrence" comme critère de déclenchement de son contrôle *ex post*.

fondamentales réalisées par le législateur en 2001⁷, et ce au détriment de la part la plus fragile du tissu économique français (les PME et les ETI).

3. L'INTRODUCTION D'UN SYSTEME DE CONTROLE *EX POST* VIENDRAIT ENTRAVER LE MOUVEMENT D'HARMONISATION DU DROIT FRANÇAIS AVEC LE DROIT COMMUNAUTAIRE

25. Il convient de rappeler que la création d'un système de contrôle ex ante, fondé sur une obligation de notification au-dessus de certains seuils de chiffre d'affaires, a permis au système français de s'aligner sur le système communautaire, **objectif déjà reconnu en 2001 :**

« Une harmonisation avec le dispositif européen étant devenue nécessaire, le projet de loi vise à instaurer une procédure systématique et lisible, avec une notification obligatoire au-dessus de seuils de chiffre d'affaires définis de manière objective »⁸.

26. Aujourd'hui, cet objectif d'harmonisation est plus que jamais d'actualité. En janvier 2018, cette préoccupation a été soulevée par une commission *ad hoc* du Club des juristes, sous la présidence de Guy Canivet et Frédéric Jenny, dans son Rapport pour une réforme du droit de la concurrence : *« Parfaire l'harmonisation européenne exige, tant en droit antitrust que dans le contrôle des concentrations, de supprimer les différences conceptuelles, réglementaires et même les quelques incompatibilités qui persistent ou qui ont été introduites depuis 1986, entre notre droit et le droit de la concurrence de l'Union européenne [...] »⁹.*
27. Nous abondons dans ce sens, d'autant que la multiplicité de réglementations ne nous semble pas propice à leur bonne compréhension par les entreprises.

⁷ La loi de 2001 sur les nouvelles régulations économiques, qui a introduit notre système actuel de contrôle *ex ante* des concentrations avec notification obligatoire, a renforcé la sécurité juridique du régime français, en le rendant suffisamment prévisible. Le choix du critère unique de dépassement de seuils en chiffre d'affaires, marquant l'abandon du critère alternatif de seuils en parts de marché, a rendu notre régime plus lisible: *« A l'inverse du chiffre d'affaires aisé à déterminer, la notion de parts de marché apparaît, en effet, beaucoup plus floue et difficile à appréhender »* (Travaux préparatoires de la loi LOI n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Rapport n°2327 de M. Eric Besson, rapporteur de la commission des finances, Tome I, Examen des articles).

⁸ M. Michel Hunault, député, lors de la 2ème séance du mardi 25 avril 2000 des débats parlementaires à l'Assemblée nationale.

⁹ *« Pour une réforme du droit de la concurrence », Enjeux et perspectives du droit de la concurrence, http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2018/01/rapport_pour_une_reforme_du_droit_de_la_concurrence_jan-2018-1.pdf, pt. 231.*

28. En s'éloignant du système de contrôle communautaire, l'introduction d'un nouveau mécanisme *ex-post* s'inscrirait d'ailleurs en **porte à faux par rapport à l'objectif de simplification du droit des concentrations**, qui est actuellement poursuivi par l'Autorité. Une telle introduction reviendrait à aller à l'inverse de la démarche entreprise par l'Autorité en octobre 2017, en rendant le contrôle des opérations de concentration inutilement plus complexe.

4. UN SYSTEME DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS EX POST SERAIT PROBABLEMENT INCONSTITUTIONNEL

29. En 2015, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur un projet d'extension des pouvoirs de l'Autorité¹⁰, introduit par le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹¹. Les dispositions contestées, figurant à l'article 39 de ce projet de loi, étaient les suivantes :

« En cas d'existence d'une position dominante et de la détention par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail d'une part de marché supérieure à 50 %, qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés que l'entreprise ou le groupe d'entreprises pratique en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné, l'Autorité de la concurrence peut faire connaître ses préoccupations de concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, qui peut dans un délai de deux mois lui proposer des engagements dans les conditions prévues pour ceux de l'article L. 464-2.

[...]

Si l'entreprise ou le groupe d'entreprises ne propose pas d'engagements ou si les engagements proposés ne lui paraissent pas de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence, l'Autorité de la concurrence peut, par une décision motivée, prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause et à l'issue d'une séance devant le collège, leur enjoindre de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder deux mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les pratiques constatées en matière de prix ou de marges. Elle peut, dans les mêmes conditions, leur enjoindre de procéder à la cession d'actifs si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une

¹⁰ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015.

¹¹ Voir le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta-pdf/2934-1-art_49-3.pdf

concurrence effective. L'Autorité de la concurrence peut sanctionner l'inexécution de ces injonctions dans les conditions prévues à l'article L. 464-2 ».

30. Ce pouvoir d'injonction structurelle a été censuré par le juge constitutionnel, qui a caractérisé une atteinte à deux principes protégés par la Constitution : le **droit de propriété** et la **liberté d'entreprendre**.
31. L'APDC soutient que le Conseil serait susceptible de faire le même constat d'inconstitutionnalité s'agissant du projet de contrôle *ex post* des concentrations actuellement envisagé.
32. En effet, l'ouverture d'un contrôle pouvant mener au démantèlement d'une concentration, alors que cette dernière a d'ores et déjà été réalisée, constitue une entrave au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre.
33. Pour que la constitutionnalité d' telle entrave soit admise, cette dernière doit être justifiée par un motif d'intérêt général et **proportionnée à l'objectif poursuivi**. A défaut, les dispositions prévoyant cette entrave encourent la censure du Conseil constitutionnel.
34. Dans le projet de loi de 2015, le champ d'application du pouvoir d'injonction donné à l'Autorité s'étendait « *sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine et à l'ensemble du secteur du commerce de détail, alors même qu'il ressort des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire ; [...]* ».
35. Cette discordance avait conduit le Conseil à juger l'atteinte aux droits fondamentaux disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi, et donc anticonstitutionnelle.
36. Aujourd'hui, l'Autorité n'a dessiné aucune limite sectorielle à la capacité de contrôle *ex post* qu'elle pourrait exercer. Plus globalement, les seules limites qu'elle évoque, résident en l'existence de « préoccupations substantielles de concurrence » (un critère particulièrement flou, voir Partie 2), un seuil de chiffre d'affaires à franchir (voir Partie 6), et une période de temps suivant la réalisation de l'opération à ne pas dépasser¹². Elle s'octroie donc un **champ des possibles extrêmement vaste**.

¹² Voir la synthèse de l'Autorité de la concurrence sur le contrôle *ex post* : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/note_controle_expost.pdf

37. Or l'Autorité explique que ce projet « *vise à répondre de manière ciblée aux manques identifiés »*¹³, et qu'il ne concernera qu'un « *nombre très limité d'opérations qui pourraient s'avérer problématiques »*¹⁴.
38. Eu égard à **l'ampleur du champ d'application** du pouvoir de contrôle *ex post* envisagé par l'Autorité, une telle disposition porterait **une atteinte manifestement disproportionnée** au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif d'intérêt général (que l'on peut imaginer être du même ordre que celui de 2015).
39. Il convient également de rappeler que l'article L.430-9 du code de commerce, comme développé précédemment dans ces observations (voir partie 1.2), confère déjà à l'Autorité le pouvoir d'enjoindre à une entreprise reconnue coupable d'un abus de position dominante de « *modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus »*. L'existence de ce pouvoir, reconnu à l'Autorité de longue date, laisse penser que l'entrave aux principes constitutionnels causée par l'introduction d'un pouvoir de contrôle *ex post* excessivement étendu serait d'autant moins justifiée.
40. L'APDC soutient à cet égard que le projet d'introduction d'un contrôle *ex post* tel que présenté par l'Autorité a de fortes chances d'être déclaré inconstitutionnel, si jamais un texte de loi reprenant les positions actuelles de l'Autorité devait être examiné par le Conseil constitutionnel.
5. **L'ETUDE DES SYSTEMES ETRANGERS DE CONTROLE EX POST NE PLAIDE PAS EN FAVEUR DE SON INTRODUCTION EN FRANCE**
41. Pour tenter de justifier la piste de l'introduction dans le droit français d'un nouveau contrôle *ex post*, l'Autorité fait référence aux modèles pratiqués dans de nombreux pays était une piste à explorer.
42. L'Autorité a pris comme exemples des pays tels que le Royaume-Uni, la Suède, la Hongrie, l'Irlande, la Lituanie, le Brésil, les Etats-Unis, le Canada ou encore le Japon. En conséquence, l'APDC a procédé à un examen de ces différents régimes (voir l'analyse comparative de la mise en œuvre du contrôle *ex post*, produite ci-après en Annexe 1).
43. A titre liminaire, on remarque que l'immense majorité des autorités de concurrence ne disposent pas d'un contrôle *ex post*.

¹³ Synthèse de l'Autorité sur le contrôle *ex post*.

¹⁴ Communiqué de l'Autorité du 7 juin 2018 : Modernisation et simplification du contrôle des concentrations.

44. S'agissant des juridictions citées par l'Autorité, la référence au Royaume-Uni surprend dans la mesure où l'existence d'un tel contrôle entre les mains de la CMA est justifiée exclusivement par la nature volontaire du régime de notification britannique. Or tel n'est pas le cas en France.
45. De manière similaire, la référence aux Etats-Unis et au Canada ne semble pas pertinente dans la mesure où, dans ces juridictions, le contrôle *ex post* est justifié par le faible niveau de formalisme des procédures *ex ante* dans la quasi-totalité des cas (faible coût pour les entreprises), le nombre important d'autorisations tacites (aux Etats-Unis) et la caducité du « standstill » après une certaine période (au Canada). Aux Etats-Unis, le contrôle *ex post* est essentiellement appliqués dans des cas de très fort pouvoir de marché ou de hausses de prix excessives, se rapprochant de situations visées par l'article L430-9 du code de commerce en France.
46. S'agissant des autres juridictions prises comme modèles, et en s'intéressant de plus près notamment à la pratique des autorités suédoise et lituanienne, il ressort qu'en plus de vingt ans d'exercice du contrôle *ex post* en Suède et en six ans pour la Lituanie, une seule décision d'interdiction est intervenue dans chacune de ces juridictions. Toutes les autres affaires examinées à l'aune de leur régime national *ex post* ont été autorisées.
47. Même constat pour l'Irlande où la totalité des opérations ayant fait l'objet d'un contrôle *ex post* ont été *in fine* autorisées, sans compter la Hongrie où l'unique procédure *ex post* enclenchée a finalement été abandonnée, le Brésil où la seule décision rendue à l'issue d'un contrôle *ex post* a été une décision d'autorisation sans engagement et le Japon où un tel contrôle n'a même encore jamais été mis en œuvre.
48. Par conséquent, aucun déficit de mise en œuvre du contrôle *ex ante* n'a pu être observé dans aucune des juridictions où un contrôle *ex ante* similaire à celui pratiqué en France existe et mentionnées comme « modèles » par l'Autorité.
49. Autre remarque vis-à-vis de ces juridictions « modèles », le contrôle *ex post* y a été introduit afin de répondre aux problématiques bien spécifiques de certains marchés. Ainsi, en Suède il s'agissait de viser les marchés concentrés, en Hongrie les marchés locaux, et en Lituanie des secteurs spécifiques tels que la publicité en ligne.
50. Or en France, les marchés locaux sont d'ores et déjà soumis à des seuils moins élevés. Il en est ainsi des opérations dans les DOM-TOM et surtout dans le secteur de la distribution de détail.

51. Il résulte de ce qui précède que :
- l'immense majorité des autorités de concurrence ne disposent pas d'un pouvoir de contrôle *ex post* ;
 - lorsqu'elles en disposent, cela est dû à des raisons très particulières tenant à des circonstances de fait locales;
 - en tout état de cause, ce pouvoir ne leur permet que très rarement d'appréhender une opération problématique.
52. En l'espèce, la consultation ne donne aucun élément permettant de faire valoir qu'un tel contrôle *ex post* permettrait de répondre à des problématiques particulières rencontrées en France en contrôle des concentrations.
53. L'APDC estime donc que l'existence d'un système de contrôle *ex post* dans un nombre limité de pays étrangers ne constitue pas un argument en faveur de son introduction en France, l'analyse de la pratique décisionnelle dans les pays concernés ne révélant aucunement la pertinence d'un tel système, qui est un grave facteur d'insécurité juridique (voir Partie 2).
- 6. LE SEUIL DE CHIFFRE D'AFFAIRES DECLENCHANT UN EVENTUEL CONTROLE EX POST DOIT FAIRE L'OBJET D'UN DEBAT SPECIFIQUE**
54. Dans sa synthèse sur le contrôle *ex post*, l'Autorité indique qu'elle envisage de mettre en place un seuil en chiffre d'affaires pour déterminer les opérations qu'elle pourrait contrôler postérieurement à leur réalisation: « *Il est également envisageable de limiter le champ d'application de la mesure aux opérations pour lesquelles le CA total HT mondial cumulé des entreprises dépasse un certain seuil (par exemple le seuil actuel de 150 millions d'euros).* »
55. En pratique, un tel seuil global signifierait que le contrôle ex-post pourrait s'appliquer à toute acquisition, quel que soit le chiffre d'affaires de la cible, dès lors l'acquéreur aurait un chiffre d'affaires consolidé mondial de plus de 150 millions d'euros: l'Autorité pourrait ainsi enquêter, plusieurs mois après la finalisation des opérations juridiques relatives à une concentration, sur des acquisitions ou des fusions concernant des cibles dont le chiffre d'affaires pourrait être de quelques millions d'euros.
56. Si jamais l'Autorité devait persister dans sa volonté de création d'un contrôle *ex post*, il lui incomberait, à tout le moins, d'ouvrir un débat beaucoup plus concret et détaillé sur les

seuils de chiffres d'affaires qui seraient éventuellement applicables et qui devraient, à tout le moins, inclure un seuil sur la cible.

Annexe 1: Analyse comparative de la mise en œuvre du contrôle *ex post*

Pays	Date/Motifs d'introduction du contrôle	Seuils de déclenchement du contrôle <i>ex post</i>	Délai d'intervention	Nombre de cas/Décision finale
Royaume-Uni	Introduit en 2002 dans le cadre du <u>système de notification volontaire</u>	(i) CA > €79.8 millions <u>OU</u> (ii) PDM > 25% au Royaume-Uni	4 mois	1/3 des affaires examinées par la CMA Décisions d'autorisation pour la grande majorité <u>1 décision d'interdiction</u>
Suède	Introduit en 1997 pour cibler les <u>marchés concentrés</u>	(i) CA > €106.9 millions <u>ET</u> (ii) Existence de raisons particulières de notifier	2 ans	18 cas <u>1 décision d'interdiction</u> ; 10 décisions d'autorisation en phase 1 ; 4 décisions en phase 2 ; 3 procédures abandonnées pendant la phase 2
Hongrie	Introduit en 2017 pour cibler les <u>marchés locaux</u>	(i) CA > €16.2 millions <u>ET</u> (ii) Réduction sensible de la concurrence sur le marché pertinent, par création ou renforcement d'une position dominante	6 mois	1 cas Procédure abandonnée
Lituanie	Introduit en 2012 pour <u>cibler certains secteurs d'activités</u> (i.e. publicité en ligne)	(i) Création ou renforcement d'une position dominante <u>OU</u> (ii) Entrave significative l'exercice d'une concurrence effective sur le marché pertinent	12 mois	3 cas <u>1 décision d'interdiction</u> et 2 décisions d'autorisation

Irlande	Introduit en 2002	Risque d'entrave à la concurrence	Aucun délai légal	Pas de nombre déterminé mais un pouvoir de plus en plus utilisé par l'autorité irlandaise <u>Aucune décision d'interdiction</u>
Brésil	Régime actuel introduit en 2011 , concomitamment au contrôle <i>ex ante</i> obligatoire en cas de dépassement de certains seuils (au préalable, régime unique de contrôle <i>ex post</i> obligatoire en cas de dépassement de certains seuils)	Effets au Brésil (i.e. la cible est une entité brésilienne, ou l'entité combinée dispose d'actifs ou réalise un chiffre d'affaires au Brésil)	1 an à compter de la réalisation de l'opération	1 cas Décision d'autorisation sans engagement (1 procédure en cours)
Canada	Introduit en 1986 , concomitamment au régime de notification <i>ex ante</i> obligatoire actuel	Risque de suppression de ou d'entrave à la concurrence	1 an à compter de la réalisation de l'opération	Nombre de décisions annuelles irrégulier mais de nombreuses décisions au total
Etats - Unis	Introduit en 1976 , concomitamment au régime de notification <i>ex-ante</i> obligatoire actuel	Risque d'entrave à la concurrence	Aucun délai légal	Quelques décisions par an, plus d'une trentaine au cours des dix dernières années
Japon	-	Risque d'entrave à la concurrence	Aucun délai légal	0