



*Strictement Confidentiel*  
28 septembre 2012

## **POINTS D'AMÉLIORATION DE LA PROCÉDURE DE « CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS »**

La présente note vise à identifier les points d'amélioration possibles de la procédure de contrôle des concentrations, telle qu'elle est aujourd'hui mise en œuvre en France par l'Autorité de la concurrence (*l'Autorité*).

De manière générale, l'APDC estime que le contrôle des concentrations en France fonctionne de façon relativement satisfaisante. Sur le plan procédural, les parties notifiantes et les tiers sont à même de faire valoir utilement leur point de vue sur les opérations soumises au contrôle de l'Autorité de façon équilibrée. Sur le fond, la pratique de l'Autorité se caractérise par une cohérence, une lisibilité et une prévisibilité qui méritent d'être saluées.

Au-delà de ce constat positif, l'APDC observe néanmoins que la mise en œuvre par l'Autorité de sa mission de contrôle pourrait encore être améliorée sur plusieurs points.

Le principal domaine dans lequel l'APDC estime que des marges d'amélioration existent est celui du délai d'instruction des dossiers (entre les premiers contacts de pré-notification et l'obtention de la décision d'autorisation) (1). D'autres questions plus ponctuelles pourraient par ailleurs faire l'objet d'une réflexion en vue d'une éventuelle adaptation de la pratique actuelle (2).

### **1. LE DÉLAI DE TRAITEMENT DES DOSSIERS : PRINCIPALES DIFFICULTÉS IDENTIFIÉES**

La question du délai de traitement des dossiers recouvre en réalité une série de problématiques qui surgissent à partir du dépôt du dossier de pré-notification, jusqu'à l'obtention de l'autorisation.

#### **1.1. Délai d'attribution des affaires / délai de réaction sur les projets de notification**

Les membres de l'APDC ont pu constater que, très fréquemment, un délai non négligeable (parfois une semaine ou 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 la prise de connaissance du dossier par les rapporteurs, et donc la réception, par les conseils des entreprises, des questions (parfois nombreuses et complexes) que le projet peut susciter (et *in fine* la date de la notification).

Afin de remédier à cette difficulté, l'APDC souhaiterait formuler les deux suggestions suivantes :

- 1. Les dossiers devraient être attribués dès réception à un ou plusieurs rapporteurs. La composition de l'équipe chargée du cas devrait être communiquée le jour même (ou au plus tard le lendemain) du dépôt du premier projet de notification, aux conseils des entreprises. De même, lorsqu'un membre du Collège est nommé pour examiner les affaires les plus complexes, son nom devrait être communiqué dès que possible aux parties notifiantes.**
- 2. Le délai dans lequel les services d'instruction devraient faire part de leurs réactions sur le projet de notification ne devrait pas excéder 5 jours ouvrables, sauf pour des notifications particulièrement volumineuses ou complexes (ce délai de 5 jours est celui qui figure dans les *Best Practices* de la Commission).**

## **1.2. Délivrance de l'avis de complétude du dossier – départ des délais**

L'APDC estime que la question de la complétude devrait, sauf circonstances exceptionnelles, être réglée *de façon définitive* avec le dépôt de la notification officielle, comme c'est le cas au niveau communautaire (où la complétude est réputée acquise dès la notification et n'est remise en cause que dans des circonstances très particulières, extrêmement rares en pratique).

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

En d'autres termes, sauf problématique nouvelle majeure révélée par le test de marché après la notification, les rapporteurs devraient, une fois que le dossier contient toutes les informations utiles à leur analyse, autoriser le dépôt de la notification et délivrer *immédiatement* un avis de complétude confirmant le départ du délai *au jour de la notification*.

L'envoi de la lettre de complétude plusieurs semaines après le dépôt de la notification, voire quelques jours avant la date d'autorisation, pratique hélas fréquente, crée une incertitude très préjudiciable aux entreprises.

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 au cours de la prénotification et (ii) des contacts de prénotification 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.

**Ainsi, s'agissant de la complétude, l'APDC souhaite formuler les suggestions suivantes :**

- 1. Au terme de la phase de pré-notification, les rapporteurs devraient confirmer qu'ils n'ont pas d'objection à une notification formelle, compte tenu des informations en leur possession.**

2. La notification formelle devrait être **immédiatement suivie de l'envoi d'une lettre de complétude** (qui pourrait être retirée en cas de circonstances exceptionnelles) 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.**
3. 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...).

### **1.3. Temps d'examen du dossier lors de la phase de prénotification**

L'APDC constate que les périodes de prénotification ont tendance à devenir de plus en plus longues.

L'APDC reconnaît que le maintien d'un délai d'examen strict de cinq semaines à compter de la notification formelle suppose une phase de prénotification suffisamment approfondie, notamment pour les opérations donnant lieu à de nombreux marchés affectés ou à des problématiques complexes.

Toutefois, l'ampleur et le nombre des questions posées lors de la prénotification semblent parfois sans rapport avec les enjeux du dossier, en particulier pour les opérations ne posant visiblement pas de difficulté (et pour lesquelles les risques de recours sont faibles).

L'APDC souhaiterait que le processus de notification, qui génère pour les entreprises une charge de travail considérable s'ajoutant à celle résultant de leur activité quotidienne, soit limité à ce qui est strictement nécessaire à l'examen des effets réels de l'opération notifiée.

### **1.4. Information régulière des parties lors de la phase d'instruction**

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* »). En effet, 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 stratégiques, pour retarder une opération.

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.

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).

## **2. AUTRES DIFFICULTÉS OBSERVÉES**

- Dérogation à l'effet suspensif : interprétation trop stricte des conditions du Code de commerce

En pratique, on observe que la dérogation à l'effet suspensif n'est accordée que pour les cas de reprise d'une entreprise en difficulté à la barre du tribunal de commerce. Si cette pratique doit être encouragée et poursuivie, elle devrait également être appliquée à un certain nombre d'autres situations : opérations réalisées par des fonds d'investissement ne soulevant aucune difficulté sur le plan du droit de la concurrence ; opérations impliquant des problèmes de droit social ; opérations sans difficulté sur le plan du droit de la concurrence pour lesquelles un plan de financement serré est accordé par les établissements bancaires ; achat d'un « bloc » non contrôlant suivi d'une offre publique sur plus de 50% du capital, etc.

- Rôle des économistes de l'Autorité : implication et interaction avec les entreprises

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.

L'APDC souhaiterait donc, dans le cadre de la concertation avec l'Autorité de la concurrence, s'entretenir des points évoqués ci-dessus.

Elle en remercie l'Autorité par avance.

\* \* \*

\*