

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

Marc Deschamps¹

1. L'Autorité de la concurrence a rendu public le 16 septembre 2019 son projet révisé de lignes directrices relatives au contrôle des concentrations. Comme elle en a pris l'habitude, ce qu'il convient de saluer, elle a initié une procédure de consultation publique sur ce document. C'est dans ce cadre que nous proposons un certain nombre d'observations, en espérant que celles-ci pourront avoir quelque utilité pour cette dernière.
2. Pour faciliter la lisibilité de nos observations sur le projet de document proposé par l'Autorité de la concurrence (dorénavant désignée par l'acronyme « Adlc »), nous présenterons successivement nos observations formelles, puis celles portant sur des points spécifiques. Dans de nombreux cas nos observations prendront la forme de questions car, en tant qu'observateur extérieur et à l'exception du respect des principes démocratiques, nous avons plus d'interrogations que de certitudes.
3. Nous reprenons certaines des observations que nous avons effectuées lors de la précédente révision de ces lignes directrices

Observations formelles

4. Le document est très volumineux (222 p.) et technique. Cependant, grâce à son site Internet renouvelé et à la publication annoncée sur celui-ci d'un « guide pour connaître les règles », il nous semble que les opérateurs économiques peuvent être en mesure de comprendre l'esprit et les principales règles du contrôle des concentrations.
5. Le document ne propose fort malheureusement pas d'index.

¹ Citoyen français et européen.

Nous nous exprimons ici à titre strictement personnel et ne saurions engager d'une quelconque manière les institutions auxquelles, par ailleurs, nous pouvons appartenir.

6. L'objectif « pédagogique » (§1) du document serait sans doute mieux rempli s'il y avait davantage de schémas de synthèse.
7. Le document proposé à la consultation ne met pas en évidence les modifications (ajouts et suppressions) apportées aux lignes directrices actuelles. De ce fait, l'étude n'en est pas facilitée, même pour ceux ayant une connaissance du sujet, public finalement majoritaire de cette consultation au vu de l'ampleur et de la technicité du document proposé. Peut-être serait-il judicieux, lors d'une prochaine révision, de proposer deux versions du document, dont l'une indiquerait clairement avec un système de double colonne les modifications apportées.
8. Le document ne semble disponible qu'en langue française ce qui réduit très sensiblement le nombre de personnes et d'institutions pouvant proposer des observations.
9. S'agissant des références utilisées, le document pourrait utilement renvoyer les lecteurs aux travaux publiés par l'OCDE depuis 1995 (voir <http://www.oecd.org/daf/competition/roundtables.htm>).
10. Le renvoi vers des articles publiés dans des revues académiques par les membres de l'Adlc (e.g note de bas de page n°21 de la page 48 du document) est à l'évidence une bonne pratique. Cependant on pourra regretter qu'il faille au citoyen payer pour y avoir accès. Il serait sans doute utile que l'Adlc adopte une politique de libre accès (*open access*) pour ce type de document en les mettant systématiquement à disposition sur son site Internet.

Observations spécifiques

11. Afin de mieux faire comprendre aux opérateurs économiques que l'Adlc utilisera tous les moyens à sa disposition pour déterminer si plusieurs opérations sont (ou non) effectivement interdépendantes (§83), peut-être serait-il opportun de préciser que l'expression « les déclarations faites par les parties elles-mêmes » couvre l'ensemble des formes de communication (i.e les procès-verbaux, les documents internes, et les interventions dans les médias).
12. En l'absence d'index, concernant la question des opérations successives (§86), il serait utile d'indiquer dès ce paragraphe que le délai de deux ans commence à partir de la signature d'un accord juridiquement contraignant comme le précise par la suite le document (§114).

13. La rédaction des conditions relatives aux « autres cas d'opérations transitoires » (§94) pourrait selon nous être améliorée en explicitant le fait que les deux conditions sont « cumulatives ».
14. L'appartenance (ou non) au « commerce de détail » (§104 à 106) pourrait être rendue plus claire si l'on disposait d'un (ou plusieurs) critère(s) explicite(s), ou d'une liste complète. En effet il ne nous paraît pas évident, par exemple, de savoir quelles sont les « prestations de service à caractère artisanale » qui y appartiennent et quelles sont celles qui n'y appartiennent pas compte tenu de l'expression utilisée : « un certain nombre » (§104).
15. Concernant la réalisation des opérations (§144), la rédaction indique « et en toute hypothèse à circonstances de droit et de fait inchangées ». Or comment considérer que le temps passant il n'y a pas de changement des faits ? Qu'advient-il, par exemple, en cas de faillite soudaine d'un concurrent ? Autrement dit, l'Adlc ne peut-elle pas assurer une meilleure sécurité juridique aux opérateurs en garantissant que, sauf circonstances exceptionnelles, l'autorisation accordée est valable pour une durée définie ?
16. S'agissant de la mise en œuvre anticipée d'une opération de concentration et du fait que les parties peuvent également se voir sanctionnées au titre de la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle (§178), il serait important que l'Adlc explique plus précisément les situations où ce risque existe.
17. Concernant les discussions méthodologiques relatives aux études économiques (§194), l'Adlc peut-elle s'engager à en détailler précisément le contenu dans sa décision finale ?
18. Pourquoi ne pas envisager de demander une version non-confidentielle des analyses économiques produites devant l'Adlc afin de les publier sur son site Internet avec le nom des personnes qui en sont à l'origine ? Cette approche transparente aurait, à notre sens, au moins trois effets bénéfiques puisqu'elle permettrait à la fois d'obtenir des évaluations externes de ces études, d'améliorer la motivation des décisions de l'Adlc, et de lutter contre d'éventuels conflits d'intérêts.
19. La communication sur la soumission d'études économiques à l'Adlc devrait faire l'objet d'un échange avec les institutions représentatives des économistes (notamment : *Association Française de Science Economique, Association Française d'Economie Politique, European Economic Association, American Economic Association*) ainsi que d'une journée de débats organisée par le service économique avec des académiques et l'ensemble des cabinets d'expertise économique intervenant devant l'Adlc, avec de surcroît une

publication des interventions sur le site Internet de l'Adlc et une diffusion en direct de la journée avec possibilité de téléchargement (§194).

20. Pourquoi le résumé des réponses à un test de marché communiqué aux parties notifiantes (§265) n'est-il pas également public ?
21. L'Adlc n'outrepasse-t-elle pas ses pouvoirs lorsqu'elle « invite » (§270) les parties à proposer des engagements ? Sur quel(s) fondement(s) s'appuie cette initiative de l'Adlc ? Quelle est la forme prise par cette « invitation » ? Est-ce une invitation à proposer ou une invitation stipulant les engagements que les parties pourraient prendre ? Se pose ainsi la question de savoir si les parties ont réellement la possibilité de ne pas proposer d'engagements (§342).
22. L'article L. 430-7-1 alinéa I du code de commerce portant sur le pouvoir du ministre en charge de l'économie de demander le passage à une « phase 2 », dans le cadre d'une opération de concentration, dispose clairement que « le ministre chargé de l'économie *peut* demander à l'Adlc un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7 » (mis en italique par nous). Il n'apparaît nullement prévu que l'Adlc puisse ne pas déférer à la demande du ministre (§284).

A notre sens, le statut d'autorité administrative indépendante de l'Adlc la protège de toute immixtion du pouvoir exécutif (ou autres) dans son analyse concurrentielle, comme dans ses conclusions. Toutefois, si le législateur a choisi de donner cette possibilité au ministre en charge de l'économie il n'en a pas pour autant conféré le pouvoir à l'Adlc de juger de l'opportunité de cette demande (de la même façon que l'Adlc ne peut, sauf si elle est irrecevable, ne pas donner suite à une saisine). Par ailleurs, il serait dommageable que le ministre utilise par la suite le pouvoir d'évocation que lui attribue l'alinéa II de l'article L. 430-7-1 du code de commerce sans avoir pu bénéficier auparavant d'une analyse complète et détaillée des effets concurrentiels de la concentration. Enfin, si l'Adlc devait maintenir son interprétation, il nous semblerait alors cohérent qu'elle indique clairement qu'elle se réserve également le droit de rejeter, par exemple, une demande d'avis d'une commission parlementaire puisque l'alinéa I de l'article L. 462-1 du code de commerce dispose que « L'Autorité de la concurrence *peut* être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de lois ainsi que sur toute question concernant la concurrence » (mis en italique par nous). La même logique devant en outre également s'appliquer pour les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers

ou les chambres de commerce et d'industrie, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, compte tenue de la formulation prévue par l'alinéa II de l'article L. 462-1 du code de commerce.

Au vu des enjeux démocratiques que soulève cette question il conviendrait sans doute que l'Adlc se rappelle que son indépendance ne signifie pas qu'elle n'est pas à la disposition des représentants du peuple français, de ceux qui sont en charge de son gouvernement ou de ses corps intermédiaires, puisque eux aussi sont en charge de l'intérêt général. L'Adlc est heureusement une autorité administrative indépendante dans l'exécution des missions qui lui sont confiées par la loi mais, tant l'esprit que la lettre de cette dernière ne nous paraissent pas l'autoriser à refuser une simple demande d'analyse plus complète et détaillée.

23. Dans l'hypothèse où (a) il existe une condition suspensive liée à l'obtention d'une autorisation de phase 1, (b) il y a ouverture d'une phase 2, et (c) l'offreur ne fait pas connaître son intention, l'Adlc cesse t-elle son analyse ou doit-elle explicitement interroger l'offreur (§286) ?
24. Les engagements à ne pas débaucher postérieurement à une cession le « personnel essentiel » pendant deux années ne risquent-ils pas d'être vidés de leur substance si, d'une part c'est le « personnel essentiel » qui sollicite lui-même les parties notifiantes ou, d'autre part si tout ou partie du « personnel essentiel » décide de s'installer à son compte et de facturer des services ou prestations aux parties notifiantes ? (§360).
25. Comment assurer la viabilité des actifs cédés jusqu'à la réalisation de la cession lorsque la date de celle-ci est incertaine et que des décisions ayant un impact de moyen ou de long terme doivent être prises (§363 et 419) ?
26. Dans le cadre d'un engagement de type « règlement préalable » (§374 à 377), l'Adlc ne devrait-elle pas organiser elle-même les rencontres entre entreprises afin d'éviter tout échange d'informations et risque de coordination ? En effet, comment se prémunir contre une entreprise qui utiliserait stratégiquement la procédure du contrôle des concentrations et, dans un cas extrême, réaliserait un faux projet de concentration uniquement pour pouvoir se coordonner avec un (ou plusieurs) concurrent(s) ?
27. Afin de favoriser l'intervention de tiers concernant le suivi des mesures correctives (§406), ne serait-il pas possible que l'Adlc fournisse sur son site Internet une page dédiée à la question du suivi pour toutes les opérations ?
28. Dans le cas d'une société agréée (§410) comment l'Adlc vérifie-t-elle l'existence (ou non) de conflits d'intérêts liés à une personne physique travaillant dans cette société ?

29. L'Adlc devrait exiger que le mandataire indépendant soit localisé hors des locaux des parties notifiantes afin d'éviter tout conflit d'intérêts durant l'exécution de sa mission (§411).
30. Ne peut-on envisager que les rapports remis par le mandataire indépendant dans le cadre du suivi de la mise en œuvre des mesures correctives (§418) soient publiés sur le site Internet de l'Adlc (*a minima* dans une version non confidentielle) ?
31. Concernant le montant des astreintes en cas de non-respect des mesures correctives, la limite de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen (§443) est-elle calculée sur le dernier exercice clos ?
32. Pourquoi ne pas évoquer également les ententes concernant les effets coordonnés (§486) ?
33. Outre les moyens auxquels l'Adlc peut recourir pour réunir les indices nécessaires à la détermination du marché pertinent et donc, en particulier, à la mise en œuvre du test du monopoleur hypothétique (§493), il conviendrait d'ajouter que l'article L. 463-8 du code de commerce prévoit que le rapporteur général peut décider, sans recours, de faire appel à un (ou plusieurs) expert(s) sur demande d'un rapporteur ou d'une partie.
34. L'Adlc pourrait donner un exemple concernant les outils analytiques ne nécessitant pas de définir précisément des marchés pertinents pour apprécier l'impact d'une concentration sur la concurrence (§495).
35. L'illustration des tests UPP, GUPPI et IPR (§628-634) par des exemples chiffrés pourrait être utile.
36. La notion de surplus du consommateur (§714) mériterait sans doute d'être expliquée aux opérateurs économiques.
37. L'exigence de quantification concernant les contributions au progrès économique ne devrait-elle pas aller de pair avec l'exigence de quantification de la part de l'Adlc des effets anticoncurrentiels (§748) ?
38. Le schéma du calendrier de la procédure du contrôle des concentrations (p. 208) pourrait être, selon nous, utilement complété avec le positionnement de la lettre de confort et les recours possibles à chaque étape.

Conclusions

39. A l'exception regrettable du paragraphe 284 du document qui ne nous semble ni respecter le droit, ni la légitimité démocratique du ministre en charge de l'économie, le projet révisé des lignes directrices de l'Adlc relatives au contrôle des concentrations apporte de nombreuses améliorations au document de référence actuel (notamment grâce à des exemples) et le travail de l'Adlc doit donc être salué.

A titre de suggestion finale, nous souhaiterions attirer l'attention de l'Adlc sur le fait que l'inégalité des moyens dont elle souffre par rapport aux parties, tant dans les affaires de concentrations que de pratiques anticoncurrentielles, devrait l'inciter à se rapprocher fortement et de manière continue des milieux académiques. Il existe en effet, sur tout le territoire français, des juristes, des gestionnaires, des mathématiciens et des économistes compétents, avec des grilles d'analyses diverses, qu'elle pourrait mobiliser pour lutter contre cette asymétrie. Créer un réseau durable avec les diverses instances représentatives de ces professions ne pourrait qu'améliorer le brassage des analyses portant sur la concurrence dont l'Adlc devrait se nourrir pour préserver l'ordre concurrentiel.