

Consultation sur le projet de Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations

Novembre 2019



OBSERVATIONS SUR LE PROJET DE LIGNES DIRECTRICES EN MATIERE DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

1. L'Autorité de la concurrence a engagé à l'automne 2017 un travail de réflexion sur la refonte de ses Lignes directrices en matière de contrôle des concentrations. Le 16/09/19, l'Autorité a proposé à la consultation des acteurs du marché une version mise à jour de ses Lignes directrices.
2. En complément des éléments qu'il avait adressés à l'Autorité en décembre 2017, le cabinet Advolis soumet les observations suivantes.

Paragraphe 341, 3e tiret, note de bas de page 28

3. Il nous semble que la note de bas de page est inexacte, la décision référencée étant (à juste titre) la décision *Ryanair Holdings plc c. Commission*, et non la décision *EasyJet*.
4. A cet égard, nous nous interrogeons sur l'extension de la formulation aux « modalités opérationnelles », l'arrêt *Ryanair* portant principalement sur le caractère précis et non ambigu des engagements proposés.
5. D'une manière générale, il ressort de notre expérience que, notamment dans le cas d'engagements comportementaux, une trop grande précision des engagements sur les modalités opérationnelles de ceux-ci peut s'avérer contreproductive. En effet, si l'objectif poursuivi par les engagements doit être énoncé clairement, les moyens pour atteindre cet objectif diffèrent souvent, en pratique, de ce qui a pu être imaginé par les parties lors de la discussion avec le Service d'instruction sur les engagements.
6. Comme nous l'avons suggéré dans notre contribution de décembre 2017, nous préconisons donc de définir clairement, dans les engagements, non pas les moyens opérationnels, mais plutôt les objectifs poursuivis.

Paragraphe 360

7. Dans le cadre d'engagements de cession, les actifs concernés font l'objet d'une description, souvent sommaire en raison des contraintes de temps, par la partie notifiante.
8. Comme nous l'avons fait dans nos précédentes observations et à l'instar de la pratique communautaire, nous suggérons qu'un Form RM soit instauré, permettant de décrire au mieux les actifs concernés, et figer la connaissance qu'en ont l'entreprise et le Service d'instruction au moment de la décision.
9. Ceci pourra être particulièrement pertinent lorsque l'actif concerné est un actif de la cible, sur lequel la partie notifiante peut n'avoir, en réalité, qu'une connaissance très incomplète.

Paragraphe 362

10. La notion d'actif « déficitaire » ne nous paraît pas adaptée. Il faudrait parler de « pertes » même si une société ayant un résultat négatif n'est pas forcément en mauvaise santé. Inversement, une entreprise profitable peut être fragilisée par des problèmes de liquidités. Nous préconisons donc de parler plus généralement d'actifs « faisant face à des difficultés économiques ».

Paragraphe 371

11. Il paraît opportun de préciser que cette liste de critères peut être complétée au cas par cas par d'autres critères spécifiques au cas de l'espèce.



Paragraphe 374 à 377

12. Le recours au « *fix-it-first* » est, à notre connaissance, devenu exceptionnel dans la pratique de la Commission. Elle a été supplantée par le mécanisme de « *upfront buyer* » qui présente des avantages similaires au règlement préalable mais permet également à l'autorité de pouvoir s'appuyer sur l'expertise du mandataire en matière d'analyse de plan d'affaires et des comptes de société ainsi qu'en matière de processus M&A.
13. Nous suggérons donc que des parties souhaitant s'engager dans cette voie en expliquent par ailleurs clairement les raisons.

Paragraphe 378 à 379

14. Le cabinet Advolis a été impliqué dans le contrôle de nombreux engagements de type *up-front buyer*.
15. Nous avons pu constater que bien souvent, les contraintes de temps accrues impactent significativement la robustesse du processus M&A (qualité de l'information fournie, identité de l'acheteur) et peut ainsi grever l'avenir de l'actif désinvesti.
16. Il nous paraît important d'affirmer qu'il convient de rester attentif sur ce processus M&A dans le cadre d'une solution *up-front buyer*.

Paragraphe 383

17. Il nous semble que le délai de cession est, aujourd'hui, souvent supérieur à 1 an, pour tenir compte notamment des périodes de congé estival.
18. A cet égard, nous préconisons un raccourcissement du délai de cession, dans chacune de ses phases (phase de cession par l'entreprise, phase de cession par le mandataire), à l'instar de ce qui se pratique au niveau communautaire.
19. Un délai global de 9 mois (6 mois / 3 mois), assorti le cas échéant d'extensions encadrées de la première et de la deuxième phase, pourrait être envisagé.

Paragraphe 386

20. S'agissant de la suppression des liens structurels, nous suggérons d'étoffer la référence au cas *Vivendi / GCP / TPS (12-DCC-100)* afin de rappeler le système dual mis en place (suppression du lien ; à défaut, intervention du mandataire au sein des organes de direction en remplacement de GCP).

Paragraphe 390

21. Nous suggérons d'ajouter plusieurs mentions illustratives :
 - 1^{er} tiret - accès à des réseaux ou infrastructures : les décisions *Rubis / SARA (15-DCC-54)* et *Rubis / SRPP (15-DCC-104)*
 - 9^e tiret – divulgation d'informations sur une base non exclusive : la décision *ASL / Arianespace (M.7724)*
 - 10^e tiret – séparation juridique et comptable : la décision *Vivendi / GCP / TPS (12-DCC-100)*



Paragraphe 410

22. Nous rappelons l'importance de désigner le mandataire au plus vite suivant l'adoption de la décision d'autorisation, et donc de maintenir le délai accordé aux parties au plus court.
23. A cet égard, il pourrait être envisagé de demander aux parties notifiantes de soumettre, dès le dépôt formel des engagements, une liste préliminaire de noms de mandataires.
24. La publication de l'identité des mandataires retenus par l'Autorité (mentionnée au **paragraphe 413**) permettrait aux entreprises et leurs conseils de préparer cette information plus en amont.

Paragraphe 413

25. Nous rappelons, comme dans nos observations de décembre 2017, l'opportunité de publier, pas tant le nom des mandataires soumis par l'entreprise et agréés par l'Autorité, mais celui du mandataire retenu aux fins de la mission de contrôle.
26. Cette information est indispensable pour que les tiers puissent saisir le mandataire de difficultés dans la mise en œuvre des engagements.
27. Par ailleurs, une mention redondante figure au **paragraphe 422** s'agissant de la publication de l'identité du mandataire.

Paragraphe 420

28. Un des aspects-clef du rôle du mandataire nous semble manquer dans cette description, à savoir le suivi et contrôle du détournage effectué par les parties (propriété intellectuelle, contrats, etc.).
29. En ce qui concerne le processus de cession, l'information doit être suffisante pour permettre aux acheteurs potentiels d'évaluer leur intérêt pour l'actif mais aussi exacte.
30. Par ailleurs, le rapport du mandataire ne porte pas seulement sur l'acquéreur mais aussi sur les termes de la transaction proposée.
31. Il aurait été également intéressant d'énoncer les grandes lignes du rôle du mandataire en cas d'engagements comportementaux, à savoir au-delà du contrôle même de la mise en œuvre de tels engagements, la revue des process et contrôles mis en place ainsi que l'instruction, sous le contrôle de l'Autorité, de plaintes exprimées par des tiers.

Paragraphe 423

32. Dans notre expérience, une solution plus courante consiste à conditionner le *closing* à la nomination effective du mandataire.

Autres observations

33. Comme nous l'avions indiqué dans nos observations précédentes, nous considérons que la communication entre les parties prenantes est primordiale pour assurer la mise en œuvre des engagements.



34. A cet égard, nous proposons que soient prévus, dans le contrat de mandat, des contacts plus réguliers entre le Service d’instruction, le mandataire et les parties aux engagements.
35. Dans les engagements de cession, un premier rendez-vous de cadrage pourrait avoir lieu lors de la nomination du mandataire, afin de préciser les attentes en matière de repreneur et de suivi de la viabilité des actifs. Un contact subséquent pourrait avoir lieu au milieu du délai accordé à l’entreprise pour réaliser la cession.
36. Dans les engagements comportementaux, un rendez-vous de cadrage pourrait être organisé une fois la prise de connaissance de l’entreprise et du périmètre des engagements effectuée par le mandataire, c’est-à-dire dans les premiers 3 mois. Des rendez-vous annuels pourraient également être organisés.
37. D’une façon générale, nous soumettons également l’idée d’un rendez-vous « post mortem », à l’issu des engagements, afin de formaliser la fin de ceux-ci et partager les expériences entre le Service d’instruction, le mandataire et l’entreprise.
38. Enfin, nous proposons qu’un rapport (dont l’étendue serait gardée limitée) soit établi, dans les engagements de cession, 12 mois après la cession des actifs concernés, afin d’informer le Service d’instruction sur la position concurrentielle des actifs cédés.

*

