



Freshfields Bruckhaus Deringer

Avocats à la Cour

Paris

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
2 rue Paul Cézanne
75008 Paris
T +33 1 44 56 44 56 (Standard)
+33 1 44 56 27 96 (Ligne Directe)
F +33 1 70 39 27 96
Palais J 007
E jerome.philippe@freshfields.com
www.freshfields.com

Madame Isabelle de Silva
Présidente de l'Autorité de la concurrence
11, rue de l'Échelle
75001 Paris

ID Doc
PAR5778222/2

Ref.
PENDING-065733 JP

Paris, le 28 septembre 2018

Objet : Réponse à la deuxième phase de consultation publique de l'Autorité de la concurrence du 7 juin 2018 sur la réforme du droit des concentrations et le contrôle *ex post*

Madame la Présidente,

Nous remercions l'Autorité de la concurrence d'avoir lancé une nouvelle consultation publique visant à approfondir la réflexion commune précédemment engagée concernant l'éventuelle introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post* des concentrations en France.

- (1) En réponse à cette consultation publique, nous sommes d'avis que l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post* n'est pas souhaitable.
- (2) En effet, il ne semble pas que le système actuel présente de lacune justifiant une telle modification (1).
- (3) De plus, et surtout, cette modification, si elle était mise en œuvre, ne pourrait rester limitée à quelques opérations comme le souhaite l'Autorité. En effet, il est illusoire de penser que les entreprises réaliseraient des opérations en prenant le risque qu'elles soient remises en cause. La simple introduction de cette possibilité, même si elle est limitée dans le temps après le *closing*, créera une demande forte de sécurité « en amont », qui ne pourra que se traduire par la mise en place de fait d'un régime complet de notifications optionnelles tel que celui qui existait avant 2001. Cela accroîtra significativement la charge et les coûts des entreprises, de même que la charge de l'Autorité au détriment d'opérations qui méritent plus d'attention (2).

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP est un *partnership* à responsabilité limitée immatriculé en Angleterre et au Pays de Galles sous le numéro OC334789. L'activité du cabinet est soumise à l'autorisation et au contrôle de la Solicitors Regulation Authority en Angleterre, et à celui du Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris en France. Pour toute précision d'ordre réglementaire, veuillez consulter le lien internet suivant : www.freshfields.com/support/legalnotice.

Une liste des membres du *partnership* Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (et des personnes qui ne sont pas membres du *partnership* mais sont néanmoins désignées comme ayant la qualité d'associé) est disponible dans nos bureaux de Londres (65 Fleet Street, London EC4Y 1HS) et de Paris (2, rue Paul Cézanne, 75008 Paris). Les termes « Associé » ou « Partner » désignent tant un membre du *partnership* qu'un consultant ou salarié de celui-ci ou de toute entité affiliée à Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, et stipulé comme tel.

1. *L'introduction d'un contrôle ex post n'apparaît pas répondre à une lacune du droit positif*

- (4) Comme indiqué dans notre précédente contribution à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence du 20 octobre 2017, cette réforme ne répond à aucun « vide juridique ».
- (5) En effet, les seuils applicables à la cible seule, 50 millions d'euros, et dans certains cas 15 millions d'euros, sont généralement considérés comme adaptés, voire même parfois bas au regard de la taille de l'économie française et de ses marchés : en dessous de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires, une cible est peu significative sur un marché dès lors que celui-ci n'est pas un "micromarché".
- (6) D'ailleurs, l'introduction du seuil de 15 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail, si elle a eu tendance à accaparer l'Autorité avec un nombre important d'opérations à contrôler (plus de la moitié des opérations contrôlées le sont du fait de ce seuil), n'a fait apparaître quasiment aucune, si ce n'est aucune, concentration posant des difficultés de concurrence.
- (7) Pour preuve, aucune concentration particulière qui aurait posé un véritable problème concurrentiel ne semble avoir aujourd'hui échappé au contrôle *ex ante* actuel. L'Autorité de la concurrence affirme elle-même, dans une réponse à une récente Consultation publique de la Commission européenne, qu'« elle n'a pas été confrontée à une situation de ce type »¹.
- (8) De plus, le droit positif n'exclut pas toute intervention *ex post* de l'Autorité. En effet, l'article L. 430-9 du Code de commerce permet déjà une intervention *a posteriori* tout en maintenant un certain équilibre avec la sécurité juridique puisqu'il n'est actionnable qu'en cas d'abus de position dominante démontré. Celui-ci permet ainsi à l'Autorité, si un abus de position dominante est commis à la suite d'une concentration, d'intervenir *ex post* sur celle-ci et d'enjoindre de "modifier, compléter ou résilier" la concentration qui a permis l'abus.
- (9) On notera d'ailleurs que, bien que cet article L. 430-9 du Code de commerce existe dans sa substance depuis l'Ordonnance de 1986, il n'a été utilisé que de manière extrêmement rare, ce qui pourrait laisser à penser qu'il ne répond pas nécessairement à un besoin essentiel de l'équilibre du système de contrôle.

2. *L'introduction d'un contrôle ex post recréera un régime complet de notifications facultatives similaires à celui qui existait avant 2001*

- (10) Il nous semble illusoire de croire qu'une possibilité de contrôle *ex post* peut être réintroduite sans déboucher sur la création d'un régime complet de notifications optionnelles.

¹ Voir la réponse de l'Autorité de la concurrence à la Consultation publique de la Commission européenne sur l'évaluation des aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle européen des concentrations page 3 : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/france_autorite_de_la_concurrence_fr.pdf

- (11) En effet, le « risque d'exécution » d'une opération de concentration, une fois que celle-ci a été engagée, est extrêmement coûteux : s'il est en général « gérable » de décider de ne pas faire une transaction au vu d'un risque comme, par exemple, le risque concurrentiel, il l'est beaucoup moins (voire pas du tout) de voir une opération être bloquée ou significativement retardée une fois qu'elle a été engagée. Les coûts financiers, humains, de désorganisation, peuvent alors être très élevés.
- (12) C'est pourquoi, au vu du besoin et de l'attente de sécurité juridique des entreprises, il n'est pas sérieusement envisageable pour une entreprise d'engager une transaction en espérant qu'elle ne se fera pas « appeler », voire bloquer, au titre du contrôle *ex post*.
- (13) Nous sommes ainsi convaincus que, dès qu'il existera le moindre risque, les entreprises voudront s'assurer avant d'engager la transaction. Elles voudront donc demander à l'Autorité de leur indiquer, avant l'engagement de la transaction, que l'Autorité n'entend pas « appeler » cette transaction au titre du contrôle *ex post*.
- (14) L'Autorité pourra alors difficilement refuser de répondre à de telles sollicitations, car cela reviendrait à forcer les entreprises concernées à entrer dans une zone d'insécurité juridique majeure. Or l'objectif de sécurité juridique est légitime, et il est reconnu comme tel par l'Autorité elle-même bien sûr, ainsi que par le Conseil d'Etat².
- (15) Il deviendra alors nécessaire de définir le contenu minimal de la demande qui permettra à l'Autorité de confirmer aux entreprises demanderesses qu'elle n'entend pas « appeler » leur transaction au titre du contrôle *ex post*.
- (16) Pour permettre à l'Autorité de se prononcer, il est très probable que ce contenu minimal ressemble à s'y méprendre à une notification.
- (17) On le voit, l'introduction du contrôle *ex post* conduira nécessairement à la mise en place d'un véritable système de notification volontaire préalable.
- (18) Or un tel système est bien connu : c'est celui qui existait avant la loi sur les Nouvelles Régulations Économiques de 2001, qui était tout entier fondé sur des notifications réalisées volontairement pour se prémunir d'une intervention *ex post* de l'autorité de contrôle en charge à l'époque.
- (19) Ce régime générerait plusieurs dizaines de notifications par an. Bien entendu, un nombre significatif d'entre elles seraient aujourd'hui captées par les seuils de chiffre d'affaires, mais néanmoins tout porte à croire que le nombre de notifications réalisées par sécurité serait bien supérieur au nombre d'opérations que l'Autorité indique souhaiter contrôler *ex post*.

² Conseil d'Etat, Ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et autres, n° 288460 et s, qui indique notamment qu'une nouvelle réglementation ne doit apporter « dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique ».

- (20) Il faut également rappeler que l'entrée en vigueur de la loi NRE a, à l'époque, été saluée, et ce malgré l'instauration du caractère suspensif de l'examen, en raison de la clarification des critères de contrôle et de l'amélioration de la sécurité juridique qu'elle apportait. Le retour au système antérieur, parallèlement au système existant, constituerait aujourd'hui une marche en arrière en termes de sécurité juridique.
- (21) Enfin, l'introduction d'une telle possibilité générerait aussi de nouveaux contentieux, car, de même que des entreprises voudront se prémunir d'un contrôle *ex post* par une notification, des tiers voudront demander à l'Autorité d'engager de tels contrôles *ex post*. En cas de réponse négative, ces tiers chercheront naturellement une voie d'appel : de la même façon que les rejets de plainte en matières de pratiques peuvent donner lieu à des recours, il paraît peu légitime de ne pas permettre à un tiers ayant demandé à l'Autorité d'intervenir contre une concentration de ne pas exercer son droit de recours contre un refus de cette dernière. De sorte que des critères d'intervention devront de fait être définis, soit par l'Autorité soit par les juges d'appel.
- (22) Pour les raisons qui viennent d'être exposées, il nous semble très difficile, pour ne pas dire impossible, d'instaurer une possibilité de contrôle *ex post* sans (re)créer tout un régime de notification volontaire. Il ne nous paraît pas possible que l'Autorité puisse éviter une telle évolution et parvenir à se limiter à un très faible nombre de cas comme elle indique le souhaiter.
- (23) Ce risque de (re)création du régime complet d'avant 2001, parallèlement au régime actuel, nous paraît accentuer encore la disproportion par rapport à un besoin qui ne semble pas réellement perceptible.
- (24) C'est pourquoi nous craignons que le coût d'une telle évolution, tant pour les entreprises que pour l'Autorité elle-même, soit sans commune mesure avec le gain hypothétique et marginal qu'elle pourrait apporter : il nous semble que cette évolution détériorerait significativement l'efficacité du contrôle français telle que l'on peut la mesurer au regard des bénéficiaires et des coûts de ce système.

Nous vous prions de croire, Madame la Présidente, à l'expression de nos respectueuses salutations.



Jérôme Philippe