

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Autorité
de la concurrence



Lignes directrices de
l’Autorité de la concurrence
relatives au contrôle des concentrations

2019

PROJET

Introduction	5
I. Le champ d'application du contrôle des concentrations	7
A. La notion de concentration	7
1. Les notions d'entreprise et de personne.....	8
2. La notion de fusion.....	9
3. La notion de contrôle	11
4. La notion d'entreprise commune de plein exercice.....	20
5. Cas particuliers	22
B. Les seuils de contrôle	27
1. Les seuils applicables au contrôle national des concentrations	27
2. Les modalités de calcul du chiffre d'affaires.....	32
II. La procédure.....	40
A. L'obligation de notification.....	40
B. L'effet suspensif de la procédure et les dérogations.....	41
1. La dérogation à l'effet suspensif du contrôle prévue à l'article L. 430-4.....	41
2. La dérogation à l'effet suspensif du contrôle prévue à l'article R. 430-5.....	43
C. Les sanctions prévues à l'article L. 430-8 du code de commerce	44
1. Le défaut de notification (I de l'article L. 430-8).....	44
2. Le « gun jumping » (II de l'article L. 430-8).....	47
3. L'omission ou la déclaration inexacte (III de l'article L. 430-8).....	48
D. Les différentes phases de la procédure	49
1. La demande de désignation d'un rapporteur	49
2. La phase de pré-notification.....	50
3. La phase 1	52
4. La phase 2 (ou phase d'examen approfondi)	66
5. Le pouvoir d'évocation du ministre chargé de l'économie	71
E. Les renvois et la coopération entre autorités de concurrence	72
1. Les renvois.....	72
2. La coopération entre autorités de concurrence	76
3. La protection des intérêts légitimes nationaux dans le cadre des concentrations communautaires	77
F. Les mesures correctives.....	78
1. Principes relatifs aux mesures correctives.....	78
2. Le suivi des mesures correctives	94
3. Le réexamen des mesures correctives	97
4. Le non-respect des mesures correctives	100

G.	Les recours	105
1.	<i>Les délais de recours</i>	106
2.	<i>Les référés</i>	107
3.	<i>Les recours au fond</i>	110
4.	<i>Annulation ou réformation d'une décision par le Conseil d'État</i>	112
III.	L'examen au fond d'une opération de concentration	114
A.	La délimitation des marchés pertinents	115
1.	<i>L'objectif</i>	115
2.	<i>Les critères utilisés</i>	117
3.	<i>La prise en compte d'indices qualitatifs et quantitatifs</i>	119
4.	<i>Les méthodes quantitatives</i>	128
B.	L'analyse concurrentielle	130
1.	<i>Identification des caractéristiques des marchés concernés</i>	130
2.	<i>Les effets horizontaux d'une concentration</i>	144
3.	<i>Les effets verticaux d'une concentration</i>	161
4.	<i>Les effets congloméraux d'une concentration</i>	175
5.	<i>La création ou le renforcement d'une puissance d'achat</i>	180
6.	<i>Les effets coordonnés</i>	182
7.	<i>Les contributions au progrès économique</i>	195
8.	<i>L'exception de l'entreprise défaillante</i>	202
9.	<i>Les restrictions accessoires</i>	205
IV.	Annexes	208
A.	Calendrier de la procédure du contrôle des concentrations	208
B.	L'analyse des réseaux de distribution.....	209
1.	<i>Réseaux de distribution et influence déterminante</i>	209
2.	<i>Le calcul du chiffre d'affaires</i>	213
3.	<i>L'appréciation du pouvoir de marché</i>	213
4.	<i>Le contenu du dossier de notification et la procédure simplifiée</i>	214
C.	L'analyse locale dans les concentrations dans le secteur du commerce de détail .	217
D.	La prise en compte des ventes en ligne	221

Introduction

Un outil pédagogique et dynamique, qui éclaire sur la procédure et la pratique de l'Autorité en matière de contrôle des concentrations

1. Le présent guide, dépourvu en lui-même de toute portée normative, a pour objectif de fournir aux entreprises et à leurs conseils une présentation pédagogique sur le champ d'application du contrôle des concentrations en France, du déroulement de la procédure devant l'Autorité de la concurrence (« l'Autorité ») et sur les objectifs, critères et méthodes employés pour les analyses au fond. Il se substitue aux lignes directrices publiées en juillet 2013, en s'appuyant sur dix ans de pratique du contrôle des concentrations par l'Autorité.
2. Ce guide ne saurait exposer en détail toutes les applications possibles de la méthode d'analyse de l'Autorité en matière de contrôle des concentrations. Il constitue, pour l'Autorité, une directive opposable aux entreprises et invocable par elles. Afin de leur garantir le maximum de sécurité juridique, l'Autorité s'engage à appliquer les lignes directrices pour examiner une concentration, sous réserve qu'aucune circonstance particulière à cette opération ou aucune considération d'intérêt général ne justifient qu'il y soit dérogé.
3. Afin de tenir compte des évolutions dans sa pratique décisionnelle, des modifications réglementaires ou législatives ou de la jurisprudence du Conseil d'État, des mises à jour peuvent intervenir.

Les sources du droit des concentrations en France

4. Le contrôle des concentrations a été créé en France par la loi du 19 juillet 1977. Son fonctionnement a été amélioré notamment par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, qui a transféré ce pouvoir du ministre chargé de l'économie à l'Autorité, qui l'exerce depuis le 2 mars 2009.
5. Le contrôle des concentrations s'inscrit dans le cadre légal défini par les [articles L. 430-1 à L. 430-10](#) du code du commerce. Sa mise en œuvre est précisée par les [articles R. 430-2 à R. 430-10](#) de la partie réglementaire du code du commerce.
6. Certaines dispositions du [règlement \(CE\) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises \(« le règlement 139/2004 »\)](#) sont également directement applicables, notamment :
 - l'article premier, qui fixe la limite des compétences respectives de la Commission européenne (« la Commission ») et des autorités de concurrence nationales en fonction des chiffres d'affaires des entreprises concernées par la concentration ;
 - l'article 5, qui précise le mode de calcul des chiffres d'affaires mentionnés à l'article

[L. 430-2](#) du code de commerce ;

- les articles 4 (paragraphe 4 et 5), 9 et 22, qui prévoient les mécanismes de renvoi d'une concentration entre la Commission et les autorités nationales de concurrence des États membres.
7. Les autres dispositions du [règlement 139/2004](#) ne sont pas directement applicables au contrôle des concentrations par l'Autorité. Toutefois, dans un souci de cohérence et d'harmonisation avec la pratique européenne, les différentes notions relatives au contrôle des concentrations utilisées dans le code de commerce sont alignées sur celles utilisées dans le [règlement 139/2004](#). Les différentes communications publiées par la Commission sur ces sujets constituent pour l'Autorité des guides d'analyse utiles.
 8. Par ailleurs, l'organisation de l'Autorité, ses attributions, les règles générales de procédure, de décision et de recours sont définies par le [Titre VI du Livre IV](#) relatif à la liberté des prix et à la concurrence du code de commerce. [Le règlement intérieur de l'Autorité](#) précise plusieurs modalités pratiques sur la procédure.
 9. L'application de ces textes a été éclairée par la jurisprudence du Conseil d'État, juge en matière de décisions de contrôle des concentrations.
 10. L'Autorité se réfère à sa pratique décisionnelle et à celle de la Commission, ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne¹ (« CJUE »).
 11. Enfin, pour garantir l'effectivité du contrôle des concentrations, lorsque l'interprétation littérale d'une disposition ne permet pas d'en apprécier la portée exacte, il convient de l'interpréter en se fondant tant sur sa finalité que sur son économie globale.
 12. Les décisions de l'Autorité en matière de contrôle des concentrations, qui ne sont pas des sanctions, n'entrent pas dans le champ d'application de l'[article 6 de la convention européenne des droits de l'homme](#).

¹ Anciennement Cour de justice de la Communauté européenne (« CJCE »).

I. Le champ d'application du contrôle des concentrations

13. Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles [L. 430-1](#) et [L. 430-2](#) du code du commerce. L'article [L. 430-1](#) définit ce qu'est une concentration. L'article [L. 430-2](#) fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable.
14. Ces dispositions sont applicables en France métropolitaine, dans les départements et collectivités d'outre-mer, à l'exception de la Polynésie française conformément à l'article [L. 940-1](#).
15. Ces dispositions, ainsi que l'ensemble du livre IV du code de commerce, ne s'appliquent pas à la Nouvelle Calédonie, comme le précise l'article [L. 930-1](#).

A. LA NOTION DE CONCENTRATION

Article L. 430-1 du code de commerce

I. Une opération de concentration est réalisée :

1° lorsque deux ou plusieurs [entreprises](#) antérieurement indépendantes [fusionnent](#) ;

2° lorsqu'une ou plusieurs [personnes](#), détenant déjà le [contrôle](#) d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

II. La création d'une [entreprise commune](#) accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

III. Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une [influence déterminante](#) sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions *des organes d'une entreprise*.

16. Pour déterminer si une opération est une concentration, l'Autorité analyse aussi bien les circonstances de fait que de droit, conformément au III de l'article [L. 430-1](#). En effet, le contrôle des concentrations ne pourrait être efficace si l'examen se limitait aux seuls éléments de droit : toute opération, dès l'instant où elle constitue une concentration économique, ayant pour effet de modifier la structure des marchés, doit être soumise au contrôle, quels que soient les

montages juridiques retenus.

1. LES NOTIONS D'ENTREPRISE ET DE PERSONNE

a. La notion d'entreprise

17. Une entreprise peut être définie comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »², l'activité économique étant entendue comme « consistant à offrir des biens et des services sur le marché »³.
18. Une concentration peut porter sur une ou plusieurs entreprises, mais aussi sur des éléments d'actifs constituant une partie d'une entreprise, comme des marques ou des brevets, dès l'instant où ces éléments d'actifs constituent une activité se traduisant par une présence sur un marché à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté⁴.
19. Par exemple, l'acquisition d'actifs immobiliers constitue une concentration lorsque ces actifs génèrent, au moment de l'acquisition, un chiffre d'affaires (notamment des loyers) avec un ou plusieurs tiers indépendants des parties. Lorsque l'actif immobilier ne génère pas de chiffre d'affaires au moment de l'acquisition du contrôle, l'opération ne constitue une concentration que lorsque l'existence d'un chiffre d'affaires est rendue certaine à terme, par exemple dans un délai maximal de trois ans à compter de l'acquisition. C'est notamment le cas d'une « pré-commercialisation », même partielle, du bien auprès d'un ou plusieurs tiers indépendants des parties⁵. En revanche, lorsqu'aucun chiffre d'affaires ne peut être rattaché à l'actif, par exemple dans le cadre d'une vente en l'état de futur achèvement non pré-commercialisé, cet actif n'est pas une entreprise et l'opération ne constitue pas une concentration au sens de l'article [L. 430-1](#).
20. Dans la suite du présent guide, le terme d'« entreprise » sera utilisé de manière générique, qu'il s'agisse d'une entreprise dans son ensemble ou seulement d'éléments d'actifs répondant aux critères ci-dessus ou d'une activité économique contrôlée par une personne.

b. La notion de personne

21. Une « personne », au sens de l'article [L. 430-1](#), comprend les personnes morales de droit privé,

² Arrêt de la CJCE C-41/90 du 23 avril 1991 Höfner et Elser.

³ Arrêt de la CJCE 118/85 du 16 juin 1987 Commission européenne c/ Italie.

⁴ Décisions de la Commission M. 3867 du 22 décembre 2005 Vattenfall/Elsam and E2 Assets et de l'Autorité n° 18-DCC-192 du 6 novembre 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de six fonds de commerce « PSA Assur » par ECL.

⁵ Décision de l'Autorité n° 15-DCC-156 du 7 décembre 2015 relative à la prise de contrôle conjoint d'un actif immobilier à usage de bureaux par Sogecap et Predica.

les organismes de droit public⁶, y compris l'État lui-même, lorsqu'ils agissent par l'intermédiaire d'une entreprise⁷, et les personnes physiques. Cependant, une prise de contrôle ou la création d'une entreprise commune par des personnes physiques n'est susceptible de constituer une concentration que si ces personnes exercent des activités économiques pour leur compte propre ou si elles contrôlent au moins une autre entreprise avant l'opération.

Exemple : dans sa lettre n° 09-DCC-73 du 9 décembre 2009, l'Autorité a considéré que la prise de contrôle conjoint de la société Ormoison par la société ITM Entreprises d'une part et M. et Mme. Somnard, personnes physiques, d'autre part, n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article L. 430-1 du code de commerce, dans la mesure où M. et Mme. Somnard ne détenaient le contrôle d'aucune entreprise au moment de l'opération.

2. LA NOTION DE FUSION

22. Selon les dispositions de l'article [L. 430-1](#), une concentration est constituée « *lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent* ».

a. La fusion de droit

23. Aux termes du premier alinéa de l'article [1844-4](#) du code civil, « *une société [...] peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion* ».
24. Ainsi, les fusions de droit se réalisent selon ces deux modalités. En cas d'absorption, l'opération entraîne la disparition de la personnalité morale de l'entreprise absorbée (l'entreprise A absorbe l'entreprise B qui disparaît au sein de A) tandis que la fusion conduit à la disparition de la personnalité morale de l'ensemble des entreprises qui fusionnent (l'entreprise A et l'entreprise B deviennent l'entreprise C).

b. La fusion de fait

25. Les fusions de fait sont soumises au contrôle des concentrations comme les fusions de droit, lorsque l'opération conduit à la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique. En effet, il peut y avoir fusion d'un point de

⁶ Décision de la Commission IV/M.157 du 5 octobre 1992 Air France/Sabena en ce qui concerne l'État belge ou décision de l'Autorité n° 12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participation.

⁷ Le point 193 de la communication consolidée de la Commission ne doit pas être lu comme excluant l'État ou les entreprises publiques de la notion d'entreprise ou de personne. En effet, lorsqu'il est précisé que si « *les États membres ou d'autres organismes de droit public ne sont pas considérés comme des entreprises, au sens de l'article 5, paragraphe 4, pour la simple raison qu'ils ont des intérêts dans d'autres entreprises remplissant les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 4* » (soulignement ajouté), ce n'est qu'aux fins du calcul du chiffre d'affaires. Il se poursuit d'ailleurs comme suit : « *Le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques ne prend donc en considération que les entreprises appartenant au même ensemble économique doté du même pouvoir de décision autonome.* »

vue économique sans qu'il y ait fusion au sens juridique. Tel est notamment le cas lorsque les entreprises parties à l'opération conservent chacune leur personnalité juridique.

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-115 du 21 juillet 2017, l'Autorité a considéré que l'acquisition de la société Hopps Group par MM. Pommier et Pons constituait une fusion de fait entre Hopps Group et la société Colis Privé, elle-même détenue par MM. Pommier et Pons, ces derniers ayant ainsi accès à des informations détaillées et stratégiques sur les activités de chaque entreprise.

26. L'existence d'une gestion économique unique et durable est une condition nécessaire et suffisante pour déterminer si l'on est en présence d'une telle concentration. À cette fin, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit et de fait permettant de qualifier l'opération. Elle peut, de plus, tenir compte dans son appréciation de différents facteurs tels que l'existence de participations croisées, la consolidation de leurs comptes, la compensation des profits et des pertes entre les entreprises réunies par l'opération, la répartition des recettes entre les différentes entités, ou leur responsabilité solidaire.
27. Le fait pour une entreprise d'adhérer à une association sommitale, à un groupement d'intérêt économique (GIE) ou à toute structure permettant notamment la mutualisation de moyens financiers, le dépôt de comptes combinés, le développement de solidarités financières et dont le conseil d'administration définit les orientations stratégiques des adhérents, doit être analysé comme une fusion.

Exemple 1 : dans sa décision n° 17-DCC-104 du 5 juillet 2017, l'Autorité a considéré que la création d'une UMG (union mutualiste de groupe) prévoyant une concertation sur les orientations stratégiques de ses membres, la mise en place d'une gouvernance centralisée, la création de mécanismes de solidarité financière et la combinaison des comptes afin d'assurer une coordination centralisée sur les décisions financières, constituait une fusion de fait.

Exemple 2 : dans sa décision n° 11-DCC-154 du 24 octobre 2011, l'Autorité a pris en compte le fait qu'un GIE assurait pour ses membres un certain nombre de prestations, telles que la direction financière et juridique, le secrétariat général, la direction du personnel, la direction technique et la recherche et développement, que le conseil d'administration du GIE était chargé de la prise de décisions commerciales stratégiques pour le compte de ses membres, qu'il exerçait également un pouvoir de sanction et était composé majoritairement de membres des conseils d'administration de ses membres. Par ailleurs, tous les membres du GIE avaient le même directeur général et le GIE intervenait dans le recrutement des personnels dirigeants.

28. L'Autorité a également constaté que l'existence de participations croisées et une solidarité financière entre les membres du GIE, ainsi qu'une politique d'ensemble, notamment en termes de communication, constituaient des indices suffisants pour caractériser une fusion de fait.
29. Dans le secteur mutualiste, les structures utilisées pour le rapprochement (union mutualiste de

groupe (UMG) ou société de groupe d'assurance mutuelle (SGAM)), qui impliquent des liens de solidarité financière importants et durables entre les entités concernées et la combinaison de leurs comptes, sont constitutives de fusions de fait.

Exemple : dans sa décision n° 13-D-01 du 31 janvier 2013, l'Autorité a considéré qu'une convention de partenariat entre deux groupes paritaires de protection sociale, instituant un comité de pilotage étudiant les synergies possibles entre ses membres, constituait une fusion de fait.

30. Une fusion de fait peut enfin résulter de dispositions légales telles que l'article [L. 931-2-2](#) du code de la sécurité sociale ou certaines dispositions du code monétaire et financier.

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-185 du 2 décembre 2016, et suite à l'adoption de l'ordonnance n° 2015-378 du 2 avril 2015 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance qui a permis au groupe paritaire de prévoyance Confluent de se transformer en société de groupe assurantiel de protection sociale (ci-après « SGAPS », entreprise au sens du droit de la concurrence) nommé Apicil, l'Autorité a considéré que l'entrée de la Mutuelle du bâtiment et des travaux publics du Sud-Est et de la Mutuelle du bâtiment et des travaux public du Nord au sein de la SGAPS Apicil constituait une fusion de fait, car elle conduisait à la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un même ensemble économique.

3. LA NOTION DE CONTRÔLE

31. Dans un arrêt C-248/16 [du 7 septembre 2017](#), la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») a rappelé que la notion de concentration doit être définie de telle sorte qu'elle couvre les opérations entraînant un changement durable du contrôle des entreprises concernées et donc de la structure d'un marché.
32. La détermination de l'indépendance antérieure des entreprises en cause est un point essentiel, une opération pouvant s'avérer n'être qu'une restructuration interne d'un groupe, auquel cas elle ne constitue pas une concentration au sens de l'article [L. 430-1](#).

Exemple : dans sa lettre n° 09-DCC-44 du 10 septembre 2009, l'Autorité a considéré que l'affiliation de MutRé Union à la société MutRé SA constituait une restructuration interne, dans la mesure où ces deux entités agissaient antérieurement à l'opération comme un seul et même ensemble économique.

33. Cette détermination repose sur la notion de contrôle qui s'apprécie selon les principes exposés ci-après. Si aucune des entreprises impliquées ne subit un changement en ce qui concerne l'identité des entreprises ou personnes qui la contrôle ou la qualité de ce contrôle (contrôle exclusif ou contrôle conjoint), l'opération n'est pas une concentration.

34. Une entreprise est contrôlée par une autre entreprise si l'entreprise contrôlante peut exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise contrôlée. Cette possibilité doit être réelle, mais il n'est néanmoins pas nécessaire de démontrer que [l'influence déterminante](#) est ou sera effectivement exercée. Par ailleurs, le contrôle ne suppose pas que l'entreprise contrôlante ait le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, c'est son pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée.
35. Ces notions de « contrôle » et d'« influence déterminante » sont spécifiques au droit national et au droit européen du contrôle des concentrations, qui en retiennent la même définition. La notion de « contrôle » en droit national du contrôle des concentrations n'est toutefois pas identique à la notion de « contrôle » au sens du droit des sociétés ou d'autres domaines tels que les règles prudentielles, la fiscalité, le transport aérien ou les médias. La notion d'« influence déterminante » ne se confond pas non plus avec celle d'« influence notable », utilisée en matière de consolidation comptable.

a. Critères d'appréciation d'une influence déterminante

Les droits conférés à l'actionnaire majoritaire

36. L'existence d'une influence déterminante s'apprécie au regard du pouvoir dont dispose une entreprise sur la prise des décisions stratégiques d'une autre entreprise, lesquelles concernent :
- les décisions relatives au plan stratégique ;
 - les décisions relatives aux investissements en-deçà d'un certain montant⁸ ;
 - les décisions relatives au budget ;
 - les décisions relatives à la nomination et à la révocation des principaux dirigeants.
37. Ce sont généralement les droits de vote conférés à l'actionnaire majoritaire pour plusieurs de ces décisions qui déterminent l'exercice du contrôle sur une entreprise.

Les droits conférés aux actionnaires minoritaires

38. Il est exceptionnel qu'une entreprise puisse disposer d'une influence déterminante sans aucune participation au capital.

⁸ Ce montant est apprécié au cas d'espèce, en particulier en tenant compte du secteur économique concerné et des montants des investissements réalisés par l'entreprise concernée au cours des trois dernières années.

Exemple : dans son avis [n° 91-A-09](#) du 15 octobre 1991, le Conseil de la concurrence a considéré que la détention par Gillette d'obligations convertibles en actions d'Eemland, qui détenait la marque Wilkinson, ainsi que l'existence d'accords permettant à Gillette d'influencer la politique commerciale de la marque Wilkinson, bien que ne conférant aucun droit de vote, conféraient à Gillette une influence déterminante sur Eemland et devait s'analyser comme une concentration.

39. D'autres éléments, telles des relations contractuelles ou des relations financières, ajoutés aux droits conférés à un actionnaire minoritaire, peuvent établir un contrôle de fait.
40. L'ensemble de ces critères est apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices convergents de nature juridique ou économique, même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante.
41. En particulier, il ressort de la pratique décisionnelle de l'Autorité que, dans le cas de certains réseaux de distribution, la combinaison de participations très minoritaires au capital des sociétés d'exploitation, des dispositions des statuts-type qui leur sont imposés et de celles des contrats d'enseigne, confère à la tête de réseau un contrôle conjoint sur ces sociétés.
42. Dans le cas du réseau E. Leclerc, une influence déterminante a été constatée alors que la tête de réseau ne détient aucune participation au capital des sociétés d'exploitation mais impose aux adhérents de l'Association des centres distributeurs E. Leclerc des statuts-types très spécifiques qui se combinent avec les dispositions du contrat d'enseigne. Outre les précisions apportées ci-dessous, les questions spécifiques aux réseaux de distribution et au contrôle exercé par la tête de réseau sur les magasins indépendants sont abordées à l'annexe **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** du IV au présent document.
43. Une participation minoritaire peut également permettre à un actionnaire d'exercer une influence déterminante si elle est assortie de droits qui excèdent ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers ou si ces droits, examinés selon la méthode du faisceau d'indices, sont de nature à démontrer l'existence d'une influence déterminante.

Exemple : dans sa décision n° 11-DCC-10 du 25 janvier 2011, l'Autorité a considéré que la détention, par un actionnaire minoritaire, d'un droit de veto sur l'approbation du budget annuel ainsi que sur la modification du plan d'affaires, afin de protéger ses intérêts financiers, lui conférerait la possibilité d'exercer une influence déterminante sur la cible.

44. Pour déterminer si un actionnaire minoritaire dispose d'une influence déterminante, l'Autorité examine, en premier lieu, les droits qui lui sont conférés et leurs modalités d'exercice. Elle tient compte, par exemple :
 - des droits de veto, en particulier ceux portant sur le plan stratégique, la nomination

des principaux dirigeants, les investissements et le budget ;

- de la possibilité de bénéficier de droits particuliers conférant immédiatement ou dans le futur une part déterminante dans les décisions de l'entreprise ;
 - de la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise ;
 - de la possibilité de monter dans le capital ultérieurement, soit du fait d'accords particuliers, soit par la détention de titres convertibles en actions, ou encore en raison de l'existence d'options d'achat ; en elles-mêmes, de telles options ne peuvent conférer un contrôle sur la période antérieure à leur exercice, à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants, mais elles peuvent venir conforter d'autres indices d'une influence déterminante ;
 - de la détention de droits de préemption ou de préférence ;
 - de la possibilité d'obtenir des informations détaillées sur les activités de l'entreprise, en particulier celles généralement réservées aux dirigeants ou à l'actionnaire majoritaire.
45. L'Autorité analyse aussi si l'éparpillement de l'actionnariat n'est pas susceptible de donner à la participation de l'actionnaire minoritaire un impact concret plus important dans les délibérations. En cas de nécessité, cet examen s'appuie sur les procès-verbaux des conseils d'administration sur plusieurs années, qui peuvent être utilisés pour déterminer la répartition et l'influence réelle des votes des actionnaires.

Exemple 1 : dans sa décision [M.4994](#) du 29 avril 2008, la Commission a considéré qu'Electrabel, bien qu'actionnaire minoritaire, détenait le contrôle exclusif de CNR, dès lors qu'il était le premier actionnaire face à un actionnariat dispersé et qu'il détenait la majorité absolue des droits de vote présents ou représentés.

Exemple 2 : dans sa décision n° 11-DCC-182 du 2 décembre 2011, l'Autorité a considéré qu'un actionnaire minoritaire pouvait détenir la majorité des votes exprimés en assemblée générale ordinaire, en raison d'un droit de vote double, lui permettant fréquemment de représenter plus de la moitié des votes exprimés lors de l'assemblée générale.

46. Dans certains cas, il est nécessaire d'apprécier si certains actionnaires sont amenés à coordonner leurs décisions :
- en raison d'un pacte d'actionnaires ou de tout autre accord expès les conduisant à

agir de concert ou à faciliter la coordination de leurs votes⁹ ;

- en raison d'intérêts communs suffisamment puissants les conduisant à ne pas s'opposer les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits¹⁰.

Les relations contractuelles

47. À elles seules, des relations contractuelles ne sont susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise que dans des cas très particuliers. Ainsi, le point 18 de la [communication consolidée de la Commission](#) rappelle que « *afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels).* »
48. Le III de l'article [L. 430-1](#), de même que [l'article 3, paragraphe 2, point a\) du règlement 139/2004](#) mentionnent les droits de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise comme pouvant entraîner le contrôle de cette entreprise. Ainsi, une convention de location-gérance, par laquelle l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés, peut constituer une prise de contrôle dès lors que cette convention induit une modification structurelle du marché.

Exemple 1 : dans sa décision n° 09-DCC-46 du 28 septembre 2009, l'Autorité a considéré que la prise en location-gérance de l'hypermarché cible constituait une opération de concentration dans la mesure où le contrat conférait au locataire le contrôle de la direction et des ressources et modifiait structurellement le marché.

Exemple 2 : dans sa décision n° 18-DCC-65 du 27 avril 2018, l'Autorité a considéré que le contrat de location-gérance de la cible n'induisait pas une modification structurelle du marché, en raison de la durée limitée de la relation contractuelle, de la brièveté du préavis pour résilier le contrat et de la faculté de dénonciation par chacune des parties.

49. En ce qui concerne plus particulièrement les contrats de franchise, comme l'indique la Commission dans sa [communication consolidée](#), « *les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur* ». Pour plus de précisions concernant les

⁹ Décisions de l'Autorité n° 12-DCC-98 du 20 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Financière TWLC, Swiss Fashion Time, PT Switzerland, PE Time Design, Swiss Watch Group FZCO, Fortune Concept Limited et PT Far East Limited par la société L Capital Management SAS et n° 13-DCC-37 du 26 mars 2013 relative à la création d'une entreprise commune regroupant les activités d'alimentation animale d'Unicor, Qualisol et InVivo dans le sud de la France.

¹⁰ Décision de l'Autorité n° 10-DCC-06 du 21 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Thémis Grains par le groupe coopératif Unéal.

contrats de franchise, il convient de se rapporter au **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** u IV du présent document.

Les autres éléments susceptibles de permettre l'exercice d'un contrôle

50. L'Autorité tient aussi compte, dans son appréciation, des liens économiques entre les entreprises, comme, par exemple :

- le fait d'être le principal actionnaire industriel d'une entreprise, actif sur son secteur ou dans des secteurs connexes, alors que les autres actionnaires sont des investisseurs financiers ou des actionnaires disposant d'une part faible des droits de vote ;
- l'existence d'importants contrats de livraison à long terme avec l'entreprise ;
- L'existence de relations commerciales très privilégiées, tels des contrats commerciaux exclusifs, des droits d'usage ou de partage de marques, de brevets, de réseaux de distribution, d'unités de production ;

Exemple : dans sa décision n° 13-DCC-37 du 26 mars 2013, l'Autorité a considéré que la conclusion d'un contrat de fourniture avec licence de marque et d'un contrat de fourniture avec exclusivité ne suffisaient pas à caractériser une influence déterminante.

- le fait de représenter une part très élevée du chiffre d'affaires de l'entreprise au point qu'une rupture des relations commerciales mettrait en péril, à court terme, sa survie ;
- le fait d'intervenir de manière significative en tant que prêteur auprès de l'entreprise. Dans une [décision du 31 janvier 2007](#), le Conseil d'État a ainsi considéré que la société BFCM exerçait une influence déterminante sur la société EBRA en tenant compte de ses droits de veto et de son rôle de prêteur : « [...] *qu'en outre, la BFCM a financé seule, pour un montant total de 189 millions d'euros, la reprise de la SA Delaroche par la société EBRA, dont le capital ne dépasse pas 38 000 euros ; que cette situation de prêteur conforte son pouvoir d'influence sur les décisions stratégiques de cette dernière, alors surtout qu'elle est par ailleurs en mesure, compte tenu des règles de vote prévues en la matière par l'article 19 des statuts de la société, de s'opposer, au sein de l'assemblée des actionnaires, à toute augmentation des fonds propres ; que la circonstance que, par une convention de compte courant en date du 22 mai 2006, la BFCM s'est engagée à ne pas exiger de remboursement de son prêt avant l'expiration d'une période de trois ans n'est pas de nature à réduire ce pouvoir compte tenu, notamment, de l'ampleur des difficultés financières rencontrées par la SA Delaroche et de l'importance du prêt par rapport au chiffre d'affaires annuel de cette dernière* ».

b. Les modalités d'exercice du contrôle

51. Le contrôle peut être exclusif, c'est-à-dire exercé par une entreprise agissant seule, ou conjoint lorsque qu'il est exercé par au moins deux entreprises indépendantes. Il peut également ne pas exister de contrôle au sens du droit des concentrations.
52. L'analyse de la nature du contrôle exercé sur une entreprise (ou de l'absence de contrôle) s'apprécie sur la base d'éléments de droit et de fait.

Le contrôle exclusif

53. Une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Deux modalités d'exercice de ce type de contrôle peuvent être distinguées :
- lorsqu'une entreprise détient seule le pouvoir de prendre les décisions stratégiques d'une autre entreprise (« contrôle exclusif positif ») ;
 - lorsqu'elle est la seule en mesure de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise, sans être toutefois en mesure d'imposer, à elle seule, ces décisions (contrôle exclusif « négatif »).

Exemple : dans sa décision n° 12-DCC-98 du 20 juillet 2012, l'Autorité a considéré qu'un contrôle exclusif négatif était caractérisé par l'existence d'un droit de veto sur les prises de décisions stratégiques.

54. Lorsqu'une opération permet au détenteur d'un contrôle exclusif négatif de passer à un contrôle exclusif positif, la qualité du contrôle n'est pas considérée comme étant modifiée par l'opération, qui n'est pas une concentration, au sens de l'article [L. 430-1](#)¹¹. En effet, un tel changement n'a pas d'influence sur les motivations de l'actionnaire qui perd son contrôle négatif puisqu'il n'était pas nécessairement tenu de collaborer avec des actionnaires particuliers lorsqu'il exerçait un contrôle négatif.
55. Un contrôle exclusif est normalement acquis de plein droit lorsqu'une entreprise obtient la majorité du capital et des droits de vote d'une société ou de la société-mère d'un groupe de sociétés. Un contrôle exclusif peut également découler, de droit, d'une participation minoritaire au capital, lorsque des droits de vote spéciaux sont attachés à cette dernière comme des droits de vote double par exemple, ou lorsque l'actionnaire minoritaire dispose, du fait de dispositions inscrites dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaires, de droits de veto spécifiques, ou lorsque les statuts lui permettent de disposer d'une majorité dans les organes dirigeants de l'entreprise.

¹¹ *A fortiori*, le passage d'un contrôle exclusif « positif » à un contrôle exclusif négatif n'est pas une concentration.

Exemple : dans sa décision n° 11-DCC-13 du 31 janvier 2011, l’Autorité a considéré qu’un actionnaire pouvant désigner le directeur général ainsi 3 des 5 membres du conseil d’administration, qui prend les décisions stratégiques à la majorité simple des votes, acquérait le contrôle exclusif de la cible.

56. Un actionnaire qui ne dispose pas de la majorité absolue des droits de vote peut, sous certaines conditions, détenir un contrôle exclusif de fait. C’est, par exemple, le cas lorsqu’il a la quasi-certitude d’obtenir la majorité à l’assemblée générale, compte tenu du niveau de sa participation et de la présence effective des actionnaires à l’assemblée générale au cours des années antérieures, généralement au cours des trois années précédant la modification de la participation au capital susceptible de matérialiser l’acquisition du contrôle.

Exemple 1 : dans sa décision [M.4994](#) du 10 juin 2009, la Commission a considéré qu’en raison du taux de participation aux assemblées générales, Electrabel, bien que ne disposant pas de la majorité absolue des droits de vote, détenait de fait cette majorité absolue et donc le contrôle de fait de la CNR.

Exemple 2 : dans sa décision n° 11-DCC-182 du 2 décembre 2011, l’Autorité a considéré qu’un actionnaire minoritaire pouvait détenir la majorité absolue en assemblée générale, avec ou sans droit de vote double et ainsi détenir un contrôle exclusif de fait.

57. À l’inverse, une participation majoritaire n’emporte pas forcément un contrôle exclusif ou même conjoint, même si ce cas de figure est rare.
58. Les entreprises doivent être attentives au moment où elles sont susceptibles d’acquérir le contrôle exclusif. Dans un [arrêt du 26 octobre 2017](#), T-704/14 – Marine Harvest ASA/Commission européenne (sous pourvoi) le Tribunal de l’Union européenne a validé l’interprétation de la Commission selon laquelle une entreprise avait acquis le contrôle exclusif d’une autre entreprise lors de la prise de participation minoritaire au capital de cette dernière et non lors de l’acquisition de la majorité du capital et des droits de vote en raison du fait qu’elle avait la quasi-certitude d’obtenir une majorité aux assemblées générales des actionnaires.

Le contrôle conjoint (ou contrôle en commun)

59. Lorsque deux ou plusieurs entreprises ont la possibilité d’exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, le contrôle est conjoint. Chacune des entreprises contrôlantes doit avoir la possibilité de bloquer les décisions stratégiques de l’entreprise contrôlée et les actionnaires sont donc appelés à collaborer et à s’entendre sur la stratégie de l’entreprise contrôlée.
60. Le contrôle conjoint s’apprécie sur la base de toutes circonstances de droit et de fait. La forme la plus classique du contrôle conjoint est celle où deux entreprises contrôlantes se partagent à parité les droits de vote d’une entreprise contrôlée. Néanmoins, une situation de contrôle

conjoint peut également advenir en l'absence de parité entre les deux entreprises contrôlantes en termes de votes ou de représentation dans les organes de décision ou lorsque plus de deux entreprises contrôlantes se partagent ce contrôle.

Exemple : dans sa décision n° 10-DCC-34 du 22 avril 2010, l'Autorité a considéré que l'actionnaire minoritaire, détenant autant de représentants que l'actionnaire majoritaire au sein du conseil d'orientation, qui délibérait sur les décisions stratégiques à la majorité simple, disposait du contrôle conjoint avec l'actionnaire majoritaire.

61. L'entrée d'un nouvel actionnaire au capital d'une entreprise, qui faisait auparavant l'objet d'un contrôle exclusif ou conjoint, constitue une concentration si postérieurement à cette opération chacun des actionnaires dispose du pouvoir de bloquer les décisions stratégiques de l'entreprise.
62. Lorsque deux ou plusieurs entreprises acquièrent une entreprise cible en vue d'en répartir immédiatement, et de façon durable, les actifs entre elles, l'opération n'est pas constitutive d'une prise de contrôle conjoint, mais d'une prise de contrôle exclusif par chacune des entreprises contrôlantes sur les actifs qu'elle acquiert. Il s'agit alors de deux opérations distinctes du point de vue du contrôle des concentrations.

L'absence de contrôle

63. Il est possible que certaines entreprises ne soient pas contrôlées, au sens du droit des concentrations, lorsqu'aucun actionnaire ou aucune autre entreprise n'est en mesure d'exercer une influence déterminante. Tel est le cas, notamment, lorsque le capital est réparti équitablement entre plusieurs actionnaires, sans qu'aucun élément de droit ou de fait ne permette de dégager une majorité stable au cours de la procédure de prise de décision et qu'une majorité peut se dégager au coup par coup suivant les combinaisons possibles des voix des actionnaires minoritaires. L'entreprise est alors soumise à une majorité fluctuante.

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-104 du 5 juillet 2017, l'Autorité a considéré que dans une union mutualiste de groupe, le fait que chaque adhérent soit représenté par un nombre de délégué proportionnel à sa contribution au fonds d'établissement ne permettait à aucun d'eux de détenir seul la majorité absolue lors de l'assemblée générale.

64. L'acquisition d'un contrôle exclusif ou conjoint sur une entreprise non contrôlée constitue une concentration. En revanche, si l'entrée d'un ou plusieurs nouveaux actionnaires au capital d'une entreprise se traduit par une situation d'absence de contrôle, cette opération ne constitue pas une concentration.

4. LA NOTION D'ENTREPRISE COMMUNE DE PLEIN EXERCICE

65. Le II de l'article [L. 430-1](#) dispose que « *la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens [de cet] article* ». La création d'une telle entreprise commune peut résulter :
- de la création d'une structure commune totalement nouvelle ;
 - de l'apport d'actifs que les sociétés-mères détenaient auparavant à titre individuel à une entreprise commune déjà existante, dès l'instant où ces actifs, qu'il s'agisse de contrats, d'un savoir-faire ou d'autres actifs, permettent à l'entreprise commune d'étendre ses activités ;
 - de l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante.
66. S'agissant de cette dernière situation, dans un [arrêt du 7 septembre 2017](#), C-248/16 – Austria Asphalt GmbH & Co. OG/Bundeskartellanwalt, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé « *qu'une concentration n'est réputée réalisée à l'issue du changement de la nature du contrôle exercé sur une entreprise existante, qui, antérieurement exclusif, devient conjoint, qu'à la condition que l'entreprise commune issue d'une telle opération accomplisse de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ».
67. Ainsi, dans le cas d'un passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint sur une entreprise, dans le cas où l'entreprise qui contrôlait antérieurement l'entreprise cible de manière exclusive continue à exercer un contrôle sur cette dernière, l'Autorité considère que les critères de l'entreprise commune de plein exercice doivent être remplis afin de pouvoir qualifier cette opération de concentration.
68. Une entreprise commune est réputée de plein exercice lorsque (a.) elle est contrôlée conjointement, (b.) elle fonctionne de manière durable et (c.) elle accomplit toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

a. L'entreprise doit être commune

69. L'entreprise doit être contrôlée conjointement par au moins deux entreprises indépendantes. Le test du caractère conjoint du contrôle est celui exposé aux paragraphes 59 et suivants ci-dessus.

b. L'entreprise doit avoir un caractère durable

70. L'entreprise commune doit fonctionner de manière durable. Ainsi, si elle est constituée pour une période déterminée de courte durée, comme la construction d'un ouvrage d'art, et destinée

à être dissoute au terme de ce projet, sa création n'est pas une concentration, au sens de l'article [L. 430-1](#).

71. *A contrario*, le fait que l'accord passé entre les sociétés-mères prévoit la dissolution de l'entreprise commune en cas d'échec ne fait pas obstacle à sa qualification de concentration.

c. L'entreprise doit accomplir toutes les fonctions d'une entité économique autonome

72. Pour être qualifiée de plein exercice, l'entreprise commune doit opérer sur un marché, en y accomplissant toutes les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché. Cette notion de plein exercice ne se confond pas avec celle de l'autonomie par rapport à sa société-mère telle qu'elle a été définie par l'Autorité en contentieux des pratiques anticoncurrentielles.
73. Premièrement, l'entreprise commune est de plein exercice si elle bénéficie de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché et notamment de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes (ressources humaines, budget, responsabilité commerciale). Les moyens nécessaires à son activité peuvent être transférés par ses sociétés-mères notamment en ce qui concerne le personnel, les actifs incorporels (marques...), ou encore l'expertise dans le domaine de la conception, de la fabrication et de la commercialisation, par transfert de l'ensemble de leurs activités dans ce secteur, des contrats, des salariés, ainsi que de tous les droits nécessaires à l'exercice de l'activité.

Exemple : dans sa décision n° 11-DCC-171 du 25 novembre 2011, l'Autorité a considéré que le fait de déterminer de manière autonome la politique commerciale et de mise en marché en adoptant le budget annuel, le plan d'affaire, la politique tarifaire, la qualité des services auprès des clients, les opérations promotionnelles ou les campagnes publicitaires conférait une autonomie suffisante à l'entreprise commune pour la considérer de plein exercice.

74. Deuxièmement, l'entreprise commune doit avoir une activité allant au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés-mères. Comme le souligne le point 95 de la [communication consolidée de la Commission](#), une « *entreprise commune n'est pas 'de plein exercice' lorsqu'elle ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économiques de ses sociétés-mères, sans disposer de son propre accès au marché ou être elle-même présente sur le marché* ». C'est le cas, par exemple, des centrales d'achat agissant pour le compte de leurs sociétés-mères ou des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production, comme l'a jugé le Conseil d'État dans une [décision du 31 mai 2000](#).
75. Troisièmement, l'entreprise commune ne doit pas être totalement tributaire de ses sociétés-mères, que ce soit pour ses ventes ou ses achats. Dans le cas où les ventes, ou les achats, de

l'entreprise commune à ses sociétés-mères présentent un caractère durable (au-delà de sa phase de démarrage), l'Autorité examine si l'entreprise commune est appelée à jouer un rôle actif sur le marché indépendamment de ces ventes et peut être considérée comme étant économiquement autonome d'un point de vue fonctionnel.

Exemple : dans sa décision n° 09-DCC-94 du 31 décembre 2009, l'Autorité a considéré qu'une entreprise ne pouvait être considérée comme étant commune de plein exercice dès lors qu'elle ne réalisait des prestations que pour le compte de ses mères, ces dernières déterminant par ailleurs le prix des prestations.

76. Toutefois, le fait que les sociétés-mères représentent une part importante des ventes ou des achats de l'entreprise commune ne fait pas obstacle à la qualification de concentration, sous réserve que l'entreprise commune traite, sur le plan commercial, avec ses sociétés-mères de la même manière qu'avec les tiers et entretienne avec elles des relations commerciales aux conditions de marché.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-86 du 23 juin 2014, l'Autorité a considéré que le fait que la filiale commune disposait d'un personnel propre et s'approvisionne auprès de ses mères aux conditions de marché lui permettait de disposer des ressources nécessaires pour opérer de façon indépendante sur le marché.

77. Le point 97 de la [communication consolidée de la Commission](#) précise que « *le fait que, pendant une phase de démarrage uniquement, l'entreprise commune soit presque totalement tributaire des ventes à ses sociétés-mères ou des achats auprès de celles-ci ne remet normalement pas en cause son caractère de 'plein exercice'* », cette phase de démarrage ne devant pas, en principe, dépasser une durée de trois ans, en fonction des conditions spécifiques du marché concerné.

Exemple : dans sa lettre n° 12-DCC-13 du 1^{er} février 2012, l'Autorité a considéré que si une entreprise commune réalisait à long terme seulement un quart de ses ventes auprès de tiers, les mères s'étant engagées à s'approvisionner exclusivement chez la filiale commune, alors la filiale commune ne pouvait être considérée comme étant de plein exercice.

5. CAS PARTICULIERS

a. Les opérations interdépendantes

78. Le considérant 20 du [règlement 139/2004](#) précise qu'il convient de traiter comme une concentration unique les opérations étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel.
79. L'Autorité considère, en ligne avec les paragraphes 38 et suivants de la [communication](#)

[consolidée de la Commission](#), que des opérations multiples constituent une seule et même concentration dès lors qu'elles sont interdépendantes, au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre. En revanche, si les opérations ne sont pas interdépendantes, c'est-à-dire dans le cas où les parties peuvent mener à son terme l'une des opérations même en cas d'échec des autres, elles doivent être évaluées individuellement et chaque opération constitue une concentration distincte.

80. Pour être qualifiées d'interdépendantes, les opérations doivent remplir trois conditions cumulatives : (i) il doit exister un lien conditionnel entre les opérations, (ii) les opérations doivent être réalisées par le même acquéreur et (iii) chaque opération doit constituer, en elle-même, une concentration.
81. Premièrement, afin de déterminer s'il existe un lien conditionnel entre les opérations, l'Autorité prend en compte leurs aspects juridiques et économiques. Les opérations peuvent être considérées comme liées entre elles en droit, lorsque les accords eux-mêmes sont liés par une conditionnalité réciproque.

Exemple 1 : dans sa décision n° 14-DCC-82 du 12 juin 2014, l'Autorité a considéré que deux opérations de prise de contrôle conjoint, liées par une conditionnalité réciproque et réalisées simultanément par les mêmes acquéreurs, étaient interdépendantes.

Exemple 2 : dans sa décision n° 17-DCC-94 du 27 juin 2017, l'Autorité a considéré que quatre opérations de prise de contrôle auprès de quatre cédants différents constituaient des opérations interdépendantes lorsque pour chaque opération, la réalisation des trois autres constituait une condition suspensive.

82. La démonstration du caractère interdépendant de plusieurs opérations peut également découler d'éléments attestant que, sur le plan économique, les opérations ne peuvent se faire l'une sans l'autre et, partant, s'inscrivent dans le cadre d'un projet global.

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-139 du 25 août 2017, l'Autorité a considéré que les acquisitions des sociétés Terrena grand Public et Agralys Distribution par la société InVivo Retail s'inscrivaient dans un projet économique global. En effet, le procès-verbal du conseil d'administration du groupe InVivo présentait ces deux opérations comme faisant partie d'un même projet, intitulé « Solstice ».

83. Afin de déterminer si plusieurs opérations sont effectivement interdépendantes, l'Autorité peut prendre en considération différents éléments, tels que la formalisation des opérations au sein d'un seul et même instrument¹², la conclusion simultanée de leurs accords¹³ ou les déclarations

¹² Décision de l'Autorité n° 15-DCC-84 du 8 juillet 2015 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Avenir Danton Défense et Avenir Grande Armée par la société Gecina.

¹³ Le point 43 de la communication consolidée de la Commission souligne à cet égard qu'une « absence manifeste de simultanéité pour des

faites par les parties elles-mêmes¹⁴.

84. Deuxièmement, des opérations ne peuvent être considérées comme une concentration unique que si, pour chacune d'elles, le contrôle est acquis par la ou les mêmes entreprises (ou des entreprises appartenant au même groupe)¹⁵. Par exemple, lorsque plusieurs entreprises se partagent des actifs, l'Autorité considère chaque opération de façon distincte, même si chacune de ces acquisitions est conditionnée par la réalisation des autres.
85. Troisièmement, chacune des opérations doit constituer individuellement une concentration. Des opérations qui n'emportent pas une prise de contrôle, comme, par exemple l'acquisition de participations minoritaires non contrôlantes, ne peuvent pas être considérées comme formant un tout indissociable des opérations concernant la prise de contrôle d'entreprises, même si ces deux types d'opérations sont liés entre elles.

b. Les opérations successives

86. Aux fins du calcul des chiffres d'affaires des entreprises concernées, l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, du [règlement 139/2004](#) prévoit que deux ou plusieurs opérations « *qui ont eu lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont à considérer comme une seule concentration intervenant à la date de la dernière opération* ».
87. En application de cet article, des opérations successives (chacune d'entre elles entraînant une prise de contrôle) effectuées au cours d'une période de deux années entre les mêmes entreprises, ou par des entreprises appartenant aux mêmes groupes, doivent être traitées comme une seule concentration même si ces opérations ne sont pas subordonnées les unes aux autres.

Exemple : dans sa décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011, l'Autorité a considéré que la cession d'une branche d'activité intervenue moins de deux ans avant la fusion des parties à la cession devait être incluse dans le périmètre de l'opération à examiner en l'espèce, alors même que la cession n'était pas notifiable en elle-même.

88. Selon la [communication consolidée de la Commission](#), cette règle ne s'applique pas « *lorsqu'à ces mêmes personnes ou entreprises se joignent d'autres personnes ou entreprises pour certaines seulement des opérations en question* ».
89. Elle précise par ailleurs que « *dans les situations impliquant une double opération débouchant, l'une, sur un contrôle exclusif et, l'autre, sur un contrôle en commun, l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, ne s'applique pas, à moins que l'autre ou les autres sociétés-mères exerçant un*

opérations faisant juridiquement l'objet d'un lien conditionnel sera [...] de nature à susciter le doute quant à leur véritable interdépendance ».

¹⁴ Décision de l'Autorité n° 11-DCC-117 du 26 juillet 2011 relative à la fusion par absorption d'Eovi Mutuelle creusoise, Eovi Mutuelle du Limousin, Eovi la Mif, Eovi Roanne Mutuelle, Eovi Mutuelles Présence, Eovi Mutuelle Drôme Arpica par Eovi Novalia Mutuelle et à l'apport de portefeuille d'Eovi Languedoc Mutualité, union de mutuelles, à Eovi Novalia Mutuelle.

¹⁵ Décision de l'Autorité n° 17-DCC-122 du 4 août 2017 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société Eurosic par la société Gecina.

contrôle en commun, parties à cette dernière opération, soient la ou les cédantes de la participation conférant le contrôle exclusif dans le cadre de la première opération ».

Exemple : dans sa décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011, l'Autorité a considéré que l'absorbée ayant cédé deux ans plus tôt une branche d'activité à l'absorbante, qui en avait donc pris le contrôle exclusif, il y avait donc bien lieu d'examiner les deux opérations successives comme une seule et même concentration.

c. Les opérations transitoires

Acquisition par un établissement de crédit ou autres établissements financiers aux fins de la revente, dites « opération de portage »

90. L'article 3, paragraphe 5, du [règlement 139/2004](#) précise qu'une opération de concentration n'est pas réalisée « *lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition; ce délai peut être prorogé sur demande par la Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti* ».
91. La Commission a fait application de cette disposition dans sa décision [M.2978](#) du 7 janvier 2004, confirmée par un arrêt T-279/04 [du 13 septembre 2010](#) du tribunal de l'Union européenne.
92. L'Autorité s'inspire de cette pratique décisionnelle européenne pour apprécier dans quelle mesure l'acquisition provisoire d'un actif cible par un établissement financier, un établissement de crédit ou une société d'assurance, en vue de sa revente à un tiers, constitue une concentration ou non. Elle vérifie pour cela que l'acquéreur à titre provisoire ne peut exercer, seul ou conjointement, une influence déterminante sur les actifs cibles pendant la durée du portage. Par exemple, soit il n'exerce pas les droits de vote attachés aux titres qu'il a acquis, soit il est représenté par un ou plusieurs administrateurs indépendants. Dans la mesure où il n'acquiert pas une influence déterminante sur les actifs cibles, leur acquisition provisoire ne constitue pas une opération de concentration. Comme la Commission, l'Autorité considère que cette acquisition est provisoire si le portage des actifs ainsi réalisé par l'établissement financier ne dépasse pas un an. Seule l'opération de concentration consistant en la revente de ces actifs à

l'acquéreur final est donc susceptible d'être notifiée à l'Autorité si les seuils de chiffres d'affaires mentionnés à l'article [L. 430-2](#) sont atteints.

93. L'Autorité vérifie également, en application de l'article [L. 430-4](#), que l'opération de portage ne confère pas à l'acquéreur final, avant le débouclage final, une influence déterminante sur les actifs cibles¹⁶, entraînant une réalisation sans autorisation de l'opération. Par ailleurs, le dénouement de l'opération de portage et donc la revente des actifs à l'acquéreur final ne peut intervenir avant que l'Autorité ait rendu sa décision. Celle-ci peut être subordonnée à des engagements ou être assortie d'injonctions.

Autres cas d'opérations transitoires

94. Une concentration implique une modification durable du contrôle sur une entreprise. Deux conditions doivent être remplies pour apprécier si une opération transitoire constitue une modification non durable du contrôle. D'une part le caractère transitoire de l'opération doit être convenu entre les différents acquéreurs de manière juridiquement contraignante, et, d'autre part, il ne doit pas exister de doute quant à la célérité de la deuxième étape. Si ces deux conditions ne sont pas remplies, il y a lieu de considérer la première étape comme une concentration distincte.

Exemple 1 : dans sa décision n° 15-DCC-145 du 27 octobre 2015, l'Autorité a considéré que l'exercice par une société d'une influence déterminante sur la cible pendant une période de plus de trois ans avant la prise de contrôle exclusif n'était pas une opération purement transitoire.

Exemple 2 : dans sa décision n° 17-DCC-32 du 14 mars 2017, l'Autorité a considéré que l'exercice d'un contrôle conjoint pendant plus de deux ans avant l'acquisition d'un contrôle exclusif ne revêtait pas le caractère d'une opération transitoire.

95. Il est également envisagé le cas où la revente n'est que partielle « [...] *dans le cadre d'opération en série, une entreprise accepte de prendre d'abord le contrôle exclusif d'une entreprise cible, pour ensuite directement céder certaines parties de la participation acquise dans l'entreprise cible à une autre entreprise, les deux acquéreurs contrôlant finalement en commun la société cible. Si les deux acquisitions font l'objet d'un lien conditionnel, les deux opérations constituent une concentration unique et seule l'acquisition du contrôle en commun, qui est le résultat final des opérations, sera examinée par la Commission* »¹⁷.
96. L'Autorité s'inspire de ces dispositions pour apprécier la contrôlabilité de prises de contrôle d'actifs destinés à être revendus à courte échéance. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'acquisition provisoire par un établissement financier dans le cadre d'une opération de portage, l'opération transitoire confère bien à l'acquéreur provisoire une influence déterminante

¹⁶ Dans l'hypothèse où le tiers pressenti pour être l'acquéreur final exerçait déjà un contrôle conjoint sur la cible, l'Autorité veille à ce que le portage ne lui permette pas d'acquérir le contrôle exclusif de ces actifs.

¹⁷ Communication consolidée de la Commission, point 47.

sur les actifs acquis et le caractère juridiquement contraignant du dénouement du portage ainsi que sa célérité sont des éléments essentiels. L'Autorité considère ainsi que l'acquisition par la tête de réseau d'un groupement de commerçants indépendants d'une société d'exploitation en vue de sa revente à de nouveaux exploitants n'a pas à être notifiée dès lors que l'acquisition par un acquéreur identifié est certaine et qu'elle doit intervenir dans un délai inférieur à un an. Seule cette seconde opération est éventuellement notifiable si elle constitue une opération de concentration et si les seuils de chiffres d'affaires mentionnés à l'article [L. 430-2](#) sont atteints.

Exemple : dans sa décision n° 10-DCC-07 du 25 janvier 2010, l'Autorité a considéré que le fait pour la tête de réseau d'acquérir les titres de la société d'un franchisé pour les revendre le jour même à un tiers ne constituait qu'une seule et même opération de concentration.

B. LES SEUILS DE CONTRÔLE

1. LES SEUILS APPLICABLES AU CONTRÔLE NATIONAL DES CONCENTRATIONS

97. Aux côtés des seuils de chiffres d'affaires applicables à l'ensemble des opérations (a), il existe des seuils spécifiques (b) pour les opérations impliquant des entreprises exploitant des magasins de commerce de détail et (c) pour les opérations impliquant des entreprises exerçant leur activité dans les départements et certaines collectivités d'outre-mer.

a. Les seuils applicables à l'ensemble des opérations

98. En vertu de l'article [L. 430-2](#) du code du commerce qui définit les seuils du contrôle national des concentrations et de l'article 3 du [règlement 139/2004](#) qui définit les seuils européens, une concentration est soumise au contrôle de l'Autorité si les trois conditions suivantes sont cumulativement remplies :
- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;
 - le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ; et
 - l'opération ne rentre pas dans le champ de compétence de la Commission (elle n'est pas de « dimension européenne »).
99. Aux termes de l'article premier, paragraphes 2 et 3 du [règlement 139/2004](#), une opération est de dimension européenne si :

« 2. a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et
b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.

3. Une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ;
- dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;
- dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et
- le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. »

b. Les seuils applicable aux entreprises actives dans le commerce de détail

100. Le commerce de détail fait l'objet de dispositions spécifiques en ce qui concerne les seuils applicables à la contrôlabilité des concentrations dans ce secteur.

101. Selon le II de l'article [L. 430-2](#) :

« II.- Lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, est soumise aux dispositions des articles [L. 430-3](#) et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article [L. 430-1](#), lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce

de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ;

- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du [règlement \(CE\) n° 139/2004 du Conseil](#), du 20 janvier 2004, précité. »

102. Cette disposition permet à l'Autorité de contrôler des concentrations non soumises au contrôle des concentrations en vertu des seuils du I de l'article [L. 430-2](#), qui pourraient affaiblir substantiellement la concurrence dans certaines zones locales de chalandise.
103. Pour vérifier qu'une opération excède le premier seuil de 75 millions d'euros, il convient de tenir compte de l'ensemble des activités des entreprises concernées, et pas seulement celles relatives au commerce de détail. En revanche, le second seuil de 15 millions d'euros ne s'applique qu'aux activités de commerce de détail elles-mêmes.
104. La notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue, pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Est incluse la vente d'objets d'occasion (brocante, dépôts vente, etc.). Sont traditionnellement assimilés à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de prestations de service à caractère artisanal : pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien de véhicules et montage de pneus.
105. Sont toujours exclues de la notion de commerce de détail les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance, ou les agences de voyage), ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques, les vidéothèques ou les salles de sport), et les restaurants.
106. Sont également exclues de la notion de commerce de détail les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne ou par correspondance, ou encore via des livraisons directes aux consommateurs, le II de l'article [L. 430-2](#) précisant que ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin.

Exemple : dans sa lettre n° 10-DCC-141 du 25 octobre 2010, l'Autorité a considéré que les seuils définis au II de l'article L. 430-2 du code de commerce ne pouvaient être appliqués, dans la mesure où l'activité de la cible consistait en la distribution de fioul domestique et de lubrifiant à des particuliers et entreprises, par livraison directe aux utilisateurs avec des camions citernes et non par l'intermédiaire de magasins.

107. Enfin, même si une entreprise exploite au moins un magasin de commerce de détail, le chiffre d'affaires qu'elle réalise le cas échéant *via* la vente en ligne, par correspondance ou par livraisons directes aux consommateurs ne sera pas pris en compte au titre du II de l'article [L. 430-2](#) pour le calcul du seuil de 15 millions d'euros.

Exemple 1 : une opération impliquant deux entreprises, l'une réalisant 30 millions d'euros de chiffre d'affaires au total, exclusivement dans le commerce de détail, l'autre réalisant 50 millions d'euros de chiffre d'affaires au total, dont 20 millions d'euros dans le commerce de détail, sera soumise au contrôle des concentrations. En effet, l'ensemble des entreprises concernées réalisent un chiffre d'affaires total supérieur à 75 millions d'euros. Le premier seuil est donc franchi (même si elles ne réalisent, au total, que 50 millions d'euros de chiffre d'affaires dans le commerce de détail). Chacune réalisant plus de 15 millions d'euros dans le commerce de détail, le second seuil est également franchi.

Exemple 2 : une entreprise détient un ensemble de magasins réalisant ensemble 17 millions d'euros de chiffre d'affaires, 12 millions d'euros en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique, le solde provenant d'activités connexes réalisées sur les mêmes surfaces de vente, telles que des ventes à des clients professionnels ou de la location de matériel. Les magasins de l'entreprise réalisent plus de la moitié de leur chiffre d'affaires en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Ces magasins sont donc considérés comme des magasins de commerce de détail. Leur chiffre d'affaires étant supérieur à 15 millions d'euros, l'entreprise franchit le second seuil prévu au II de l'article [L. 430-2](#).

Exemple 3 : un fabricant de produits manufacturés à destination des particuliers vend une partie de ses produits dans des magasins détenus en propre, une autre *via* des distributeurs indépendants. Si ce fabricant réalise un chiffre d'affaires total de 50 millions d'euros, dont 10 millions d'euros dans ses propres magasins, l'entreprise ne franchit pas le second seuil prévu au II de l'article [L. 430-2](#). En effet, elle ne réalise que 10 millions d'euros de chiffre d'affaires dans le secteur du commerce de détail.

Exemple 4 : si une entreprise réalise 10 millions d'euros de chiffres d'affaires *via* un ensemble de magasins auprès de consommateurs pour un usage domestique et 8 millions d'euros par la vente en ligne, cette entreprise ne réalise qu'un chiffre d'affaires de 10 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail et, par conséquent, ne franchit pas le second seuil du II de l'article [L. 430-2](#).

108. Les seuils prévus au II de l'article [L. 430-2](#) ne s'appliquent qu'aux entreprises exploitant au moins un magasin de commerce de détail en France. Une entreprise qui exploite des magasins de commerce de détail à l'étranger, mais aucun en France, ne sera pas soumise aux seuils du II de l'article [L. 430-2](#). Elle reste, en revanche, soumise aux seuils applicables à l'ensemble des opérations, prévus au I de l'article [L. 430-2](#).

c. Les seuils applicables aux entreprises actives dans les départements et certaines collectivités d'outre-mer

109. Pour les concentrations qui concernent les départements et certaines collectivités d'outre-mer, le III de l'article [L. 430-2](#) précise :

« III. - Lorsque au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer, dans le Département de Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna ou dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, est soumise aux dispositions des articles [L. 430-3](#) et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article [L. 430-1](#), lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;

- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros, ou à 5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail sans qu'il soit nécessaire que ce seuil soit atteint par l'ensemble des entreprises concernées dans le même département ou la même collectivité territoriale ;

- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du [règlement \(CE\) n° 139/2004 du Conseil](#), du 20 janvier 2004, précité. »

110. Le seuil individuel qui doit être réalisé dans au moins un département ou collectivité territoriale doit être franchi par au moins deux entreprises. Pour apprécier si ce second seuil est franchi, il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans l'ensemble des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer.

Exemple 1 : si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à la Réunion, et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, cette entreprise franchit le seuil de 15 millions d'euros.

Exemple 2 : si l'une des entreprises réalise un chiffre d'affaires total hors taxes supérieur à 15 millions d'euros à la Réunion, tandis que l'autre entreprise n'a pas d'activité sur ce territoire, mais réalise un chiffre d'affaires total hors taxes supérieur à 15 millions d'euros à Mayotte, alors le second seuil est franchi.

2. LES MODALITÉS DE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES

111. Le V de l'article [L. 430-2](#) dispose que les modalités de calcul de chiffre d'affaires applicables au contrôle national des concentrations sont celles énoncées à l'article 5 du [règlement 139/2004](#). Ces modalités ont été commentées et explicitées par la Commission, dans sa [communication consolidée](#) aux points 157 à 220.
112. L'ensemble de ces dispositions vise à faire en sorte que les chiffres d'affaires calculés reflètent la force économique réelle et actuelle des entreprises concernées sur le marché, tout en restant de mise en œuvre relativement aisée afin de permettre aux entreprises de déterminer facilement si une opération est contrôlable, et si elle est de dimension européenne ou nationale.
113. L'article 5, paragraphe 2, du [règlement 139/2004](#) comporte une disposition spécifique permettant d'assurer que des entreprises ne scindent pas une opération en une série de cessions d'actifs réparties dans le temps, afin d'échapper au contrôle des concentrations en passant sous les seuils de contrôlabilité : il s'agit du cas particulier des [opérations successives](#).
114. Dans le cas d'opérations successives, la concentration doit être notifiée à l'Autorité dès que le chiffre d'affaires consolidé des entreprises concernées atteint les seuils de notification obligatoire, en ce qui concerne tant le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises concernées, que leurs chiffres d'affaires individuels. La mesure du délai écoulé entre deux opérations successives doit être faite entre les dates de signature des accords juridiquement contraignants relatifs à ces opérations dans la mesure où la date à laquelle la contrôlabilité d'une opération doit être appréciée est celle de la notification à l'Autorité et où une opération de concentration peut être notifiée dès lors qu'un accord suffisamment contraignant est conclu.

Exemple : dans sa décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011, l'Autorité a considéré que constituaient des opérations successives une cession d'actif conclu le 30 juin 2009 et un projet de traité de fusion en date du 15 février 2011. La cession d'actif intervenue deux ans plus tôt a donc été intégrée au périmètre de la concentration.

115. Le présent document se limite à rappeler les points clefs du calcul des chiffres d'affaires, le lecteur étant invité à se reporter à la [communication consolidée de la Commission](#) pour toute question plus spécifique que soulèverait un cas d'espèce (notamment les paragraphes 157 et suivants).

a. La notion d'entreprise concernée

116. Alors que le code de commerce utilise l'expression d'« entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration », le [règlement 139/2004](#) utilise celle d'« entreprises concernées ». Dans la mesure où ces deux expressions recouvrent la même

réalité, cette dernière expression est utilisée dans le présent guide.

117. L'identité d'une entreprise concernée dépend du type de concentration examinée :

- dans les cas des fusions, les entreprises concernées sont les entreprises qui fusionnent ;
- dans les cas d'une prise de contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible ;
- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise déjà existante, les entreprises concernées sont les entreprises qui acquièrent le contrôle et l'entreprise préexistante acquise¹⁸ ; toutefois, lorsque la société préexistante se trouvait sous le contrôle exclusif d'une société et qu'un ou plusieurs nouveaux actionnaires en prennent le contrôle en commun, alors que la société-mère initiale subsiste, les entreprises concernées sont chacune des sociétés exerçant le contrôle en commun (y compris donc l'actionnaire initial). En ce cas, la société cible n'est pas une entreprise concernée et son chiffre d'affaires fait partie de celui de la société-mère initiale ;
- dans le cas d'une transformation d'un contrôle conjoint en contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible, les entreprises cédantes n'étant pas considérées comme concernées ;
- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise commune nouvellement créée, les entreprises concernées sont les entreprises contrôlantes. L'entreprise nouvellement créée n'est pas considérée comme « concernée », n'ayant pas de chiffre d'affaires qui lui est propre avant l'opération. Si l'une des entreprises contrôlantes apporte à l'entreprise nouvellement créée des actifs, le chiffre d'affaires qui leur est rattaché est pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires de cette entreprise contrôlante.

118. Dans le cas particulier des [opérations interdépendantes](#) auprès de vendeurs différents, les seuils individuels de chiffres d'affaires sont calculés pour chacune des entreprises cibles.

¹⁸ Cette règle s'applique également dans le cas du passage d'un contrôle conjoint à un autre contrôle conjoint, comme le mentionne la communication consolidée de la Commission aux points 143 et 144.

Exemple : dans le cas d'acquisitions par l'entreprise A des entreprises cibles B et C contrôlées par des sociétés ne faisant pas partie d'un même groupe, qualifiées de « *concentration unique* », les « entreprises concernées » sont A, B et C. En conséquence, dans l'hypothèse où ni le chiffre d'affaires individuel réalisé par B ni celui réalisé par C n'atteint les seuils individuels de chiffre d'affaires prévus par l'article [L. 430-2](#), l'opération de « *concentration unique* » en cause n'a pas à faire l'objet d'une notification à l'Autorité dans la mesure où les seuils de chiffre d'affaires individuels ne sont pas atteints par au moins deux des entreprises concernées. En revanche, si B ou C atteint le seuil individuel, l'opération est notifiable, même si la deuxième entreprise cible n'atteint pas ce seuil.

b. La notion de chiffre d'affaires

119. Le calcul des chiffres d'affaires doit permettre d'apprécier la force économique de l'entreprise concernée dans son ensemble, et pas seulement celles des entités juridiques impliquées dans le montage de l'opération.
120. Dans le cadre d'une prise de contrôle, pour chacun des acquéreurs, le calcul doit prendre en compte toutes les activités du groupe et non celles des seules filiales directement impliquées dans l'opération ou celles relatives aux marchés concernés ou affectés par l'opération. Pour le cédant, seul le chiffre d'affaires de l'entreprise cédée est pris en compte, le paragraphe 2 de l'article 5 du [règlement 139/2004](#) disposant que « *lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la concentration est pris en considération dans le chef du ou des cédants* ».
121. Le paragraphe 4 de l'article 5 du [règlement 139/2004](#) précise que le chiffre d'affaires total à prendre en compte pour une entreprise concernée est déterminé comme suit :
- « Sans préjudice du paragraphe 2, le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent règlement résulte de la somme des chiffres d'affaires :*
- a) de l'entreprise concernée ;*
 - b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement ;*
 - i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation ;*
 - ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote ;*
 - iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ;*
 - iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise ;*

c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;

d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;

e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux points a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ».

122. Les critères utilisés pour identifier les entreprises dont le chiffre d'affaires peut être attribué à l'entreprise concernée sont différents des critères de [l'influence déterminante](#) utilisés pour établir l'exercice d'un contrôle. En effet, une entreprise peut exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, sans disposer de la moitié du capital, du pouvoir d'exercer la moitié des droits de vote, du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ou du droit de gérer les affaires de l'entreprise.
123. Les aides publiques accordées aux entreprises doivent entrer dans le calcul du chiffre d'affaires, dès l'instant où elles sont directement liées à la vente de produits et de services de cette entreprise, puisqu'elles renforcent le poids économique de l'entreprise sur le marché en lui permettant de vendre à des prix inférieurs à ceux qu'elle pourrait pratiquer en l'absence de ces aides publiques.

Le traitement du chiffre d'affaires « interne »

124. Le paragraphe 1 de l'article 5 du [règlement 139/2004](#) précise que « *le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article* ». Cette exclusion des activités intra-groupe a pour objet d'éviter la double comptabilisation du chiffre d'affaires concerné lorsque l'ensemble des activités du groupe doit être pris en considération. Ne pas exclure les ventes intragroupes reviendrait en effet à surévaluer artificiellement le poids économique des entreprises sur les marchés puisque les échanges intra-groupes seraient comptabilisés une première fois au niveau de l'entreprise amont alors que ces produits sont destinés à être revendus (éventuellement après transformation) et entrent donc aussi dans le calcul du chiffre d'affaire de l'entreprise aval.
125. En revanche, lorsqu'une partie seulement d'une entité économique est vendue, l'exclusion du chiffre d'affaires interne entre la partie cédée et la partie cédante empêcherait la prise en compte d'une partie, voire de la quasi-totalité, de l'activité économique de la partie vendue, ce qui est contraire au principe général selon lequel le calcul du chiffre d'affaires est destiné à mesurer le poids économique réel de chaque entreprise impliquée dans une concentration. Le point 163 de la [communication consolidée de la Commission](#) précise que lorsqu'une entité n'avait que des revenus internes dans le passé, et que son acquisition constitue une concentration, le chiffre

d'affaires doit normalement être calculé en se fondant sur le chiffre d'affaires que ces activités réalisaient précédemment en interne, sauf si celui-ci ne semble pas correspondre à la valeur de marché des activités en question.

Exemple : dans sa décision n° 11-DCC-214 du 29 décembre 2011, l'Autorité a considéré que lorsqu'une partie d'une entité économique était vendue, l'exclusion du chiffre d'affaire interne entre la partie cédée et la partie cédante empêchait la prise en compte de l'activité économique de la partie vendue.

126. C'est également le cas lorsque certaines activités auparavant assurées en interne sont externalisées, les actifs qui leur sont associés faisant l'objet d'une prise de contrôle par un tiers.
127. Lorsque l'opération se traduit par le passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif d'une entreprise exercé par l'une des sociétés-mères, afin d'éviter une double imputation du chiffre d'affaires de l'entreprise commune, le chiffre d'affaires de l'entreprise acquérant le contrôle exclusif doit être calculé sans prendre en compte le chiffre d'affaires de l'entreprise cible et le chiffre d'affaires de l'entreprise cible doit être calculé sans prendre en compte celui de l'actionnaire acquéreur.

Exemple : dans sa décision n° 09-DCC-18 du 20 juillet 2009, l'Autorité a considéré que dans le passage d'un contrôle commun à un contrôle exclusif, les entreprises concernées dont le chiffre d'affaire devait être pris en compte étaient l'acquéreur et l'entreprise commune.

128. Dans le cas particulier d'entreprises communes entre plusieurs entreprises concernées, le chiffre d'affaires des entreprises communes réalisé auprès de tiers est imputé à parts égales aux différentes entreprises concernées, quelle que soit la part du capital ou des droits de vote qu'elles détiennent.

Les ajustements du chiffre d'affaires

129. Les parties doivent fournir des chiffres d'affaires qui reflètent la situation économique des entreprises concernées au moment de la signature de l'acte contraignant ou du projet suffisamment abouti qui permet la notification. Tous les chiffres d'affaires doivent être évalués à la date du dernier exercice clos sur la base des comptes vérifiés. Ils ne peuvent être corrigés, le cas échéant, que pour tenir compte de modifications permanentes de la réalité économique de l'entreprise, à la suite d'opérations de fusion, de cession ou d'acquisition ou à la suite de fermetures d'activité survenues postérieurement.

Exemple : dans sa décision n° 10-DCC-44 du 25 mai 2010, l'Autorité a considéré que lorsqu'une société avait acquis l'année précédant l'opération notifiée un fonds de commerce, le chiffre d'affaire de ce dernier, bien que non encore certifié, devait être pris en compte dans le chiffre d'affaire réalisé par l'acquéreur.

130. De même, lorsqu'une entreprise a été créée en cours d'année, la prise en compte du chiffre

d'affaires sur une durée de quelques mois ne permet pas de rendre compte de la réalité économique de l'entreprise. Une année complète à cheval sur deux exercices peut alors être prise en compte.

Exemple : dans sa décision n° 09-DCC-45 du 28 septembre 2009, l'Autorité a considéré que, pour tenir compte de la réalité économique d'une entreprise, il fallait prendre en compte une année complète d'activité. Aussi, pour une entreprise dont l'activité n'avait débuté qu'au mois de juin 2008, l'Autorité avait retenu le chiffre d'affaire réalisé entre juin 2008 et mai 2009.

131. En revanche, conformément à la [communication consolidée de la Commission](#), lorsque des accords de vente d'actifs de l'entreprise ont été signés mais que la vente n'a pas encore été réalisée, ils ne sont pas pris en compte à moins que la vente ne soit une condition préalable à l'opération notifiée.

L'affectation géographique du chiffre d'affaires

132. En ce qui concerne l'affectation géographique du chiffre d'affaires, celui-ci doit être affecté au lieu où la concurrence s'exerce, c'est-à-dire, en règle générale, au lieu où se trouve le client. En ce qui concerne la vente de biens, le lieu où le contrat a été conclu et le lieu de livraison priment sur l'adresse de facturation. En ce qui concerne les services, c'est leur lieu de fourniture qui doit être pris en compte.
133. En outre, le contrôle des concentrations s'applique à toutes les entreprises, quelles que soient leur nationalité ou leur localisation, qu'elles possèdent ou non des actifs ou une structure en France, et que l'opération soit réalisée ou non en dehors du territoire national, dès lors qu'elles réalisent un chiffre d'affaires en France et dépassent les [seuils de contrôlabilité](#).

Exemple : dans sa décision n° 12-DCC-83 du 13 juin 2012, l'Autorité a considéré que la fusion entre plusieurs coopératives agricoles allemandes était notifiable en France, deux des parties à la fusion ayant réalisé plus de 50 millions d'euros de chiffre d'affaire en France.

Les secteurs d'activités spécifiques

134. Dans le cas particulier des établissements de crédit et des établissements financiers, l'article 5 paragraphe 3 du [règlement 139/2004](#) précise que le chiffre d'affaires est remplacé par la somme des intérêts et produits assimilés, des revenus de titres (revenus d'actions, de parts et d'autres titres à revenu variable, revenus de participations, revenus de parts dans des entreprises liées), des commissions perçues, du bénéfice net provenant d'opérations financières, et des autres produits d'exploitation, déduction faite, le cas échéant, de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts liés à ces produits, par le produit bancaire brut.
135. Pour les entreprises d'assurance, la notion de chiffre d'affaires est remplacée par « *la valeur des primes brutes émises qui comprennent tous les montants reçus et à recevoir au titre de contrats d'assurance établis par elles ou pour leur compte, y compris les primes cédées aux*

réassureurs et après déduction des impôts ou des taxes parafiscales perçus sur la base du montant des primes ou du volume total de celui-ci ».

136. Dans certains secteurs d'activité, tels que les voyages à forfait ou la publicité, où la vente du service peut s'effectuer à travers des intermédiaires, le point 159 de la [communication consolidée de la Commission](#) indique que « *même si l'intermédiaire facture la totalité du montant au client final, le chiffre d'affaires de l'entreprise intervenant comme intermédiaire repose uniquement sur le montant de sa commission. En ce qui concerne les voyages à forfait, l'ensemble du montant payé par le client final est attribué au voyageur qui utilise l'agence de voyages comme réseau de distribution. Pour la publicité, seuls les montants reçus (sans la commission) sont considérés comme constituant le chiffre d'affaires de la chaîne de télévision ou du magazine, étant donné que les agences de presse, en leur qualité d'intermédiaires, ne représentent pas le canal de distribution des vendeurs d'espace publicitaire, mais sont choisies par les clients, c'est-à-dire les entreprises désireuses de placer de la publicité.* »
137. Dans le cas des réseaux de distribution impliquant des adhérents indépendants coordonnés par une tête de réseau (réseaux de franchise, coopératives, etc.), les modalités générales d'affectation du chiffre d'affaires prévues au paragraphe 4 de l'article 5 du [règlement 139/2004](#) s'appliquent (voir paragraphe 121 ci-avant). En règle générale, le chiffre d'affaires de la tête de réseau n'inclut donc pas les ventes réalisées par les adhérents auprès du public. Il inclut en revanche les ventes réalisées par la tête de réseau à ses adhérents pour les approvisionner ou la rémunération des prestations de services que la tête de réseau facture à ses adhérents.

c. Le cas des entreprises publiques

138. Dans son considérant 22, le [règlement 139/2004](#) pose le principe de non-discrimination entre secteurs public et privé mais, comme le précise la [communication consolidée de la Commission](#), les États membres ne sont pas, en soi, considérés comme des « entreprises », au sens de l'article 5, paragraphe 4, car ils ont des intérêts dans d'autres entreprises remplissant les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 4 et que, pour les besoins du contrôle des concentrations, « *le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques ne prend donc en considération que les entreprises appartenant au même ensemble économique doté du même pouvoir de décision autonome* ». Il convient donc, pour le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques concernées par une opération de concentration, d'aller au-delà du critère de détention de plus de la moitié du capital ou des droits de vote.
139. Dans les cas où une entreprise est acquise par une entreprise publique, afin de déterminer le périmètre à prendre en compte pour le calcul du chiffre d'affaires, il convient :
- premièrement, de s'interroger sur le fait de savoir si l'entreprise cible aura, après opération, un pouvoir autonome de décision (en cas de réponse positive l'opération

ne constitue pas une concentration) ;

- deuxièmement, si l'entreprise cible ne constitue pas à elle seule un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, de déterminer quelle sera « l'entité acquérante » qui constituera avec cette entreprise cible un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome ;
- troisièmement, de déterminer quelles entreprises ou unités détenues par cette « entité acquérante » doivent être prises en compte pour le calcul du chiffre d'affaires.

140. Le caractère autonome du pouvoir de décision d'une entreprise publique est déterminé par la méthode d'un faisceau prenant en compte divers indices selon le cas d'espèce (analyse de la gouvernance et des pactes d'actionnaires, présence ou non d'administrateurs communs aux entreprises, mode de gestion des participations par l'État, dispositions régissant la communication d'informations et de documents stratégiques, constatations sur le comportement concurrentiel passé des entreprises concernées, etc.).

II. La procédure

A. L'OBLIGATION DE NOTIFICATION

141. Dès qu'une opération de concentration est contrôlable au sens des articles [L. 430-1](#) et [L. 430-2](#) du code du commerce, elle doit être notifiée à l'Autorité.
142. Conformément à l'article [L. 430-3](#), l'obligation de notification « *incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement* ». Dans le cas particulier de l'entrée de nouveaux actionnaires qui acquièrent un contrôle conjoint, l'ensemble des parties disposant du contrôle conjoint, y compris celles qui disposaient déjà du contrôle avant l'opération, doivent notifier conjointement. Par ailleurs, le renvoi à l'Autorité de tout ou partie d'une concentration notifiée à la Commission, sur le fondement de l'article 9 du [règlement 139/2004](#), vaut notification au sens de l'article [L. 430-3](#).
143. En vertu du premier alinéa de l'article [L. 430-3](#), « *l'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique* ». L'appréciation du caractère d'un projet « suffisamment abouti » se fait au cas par cas. De façon générale, il est possible de déclarer recevable un projet si les parties assurent l'Autorité de leur intention de conclure un engagement ferme et en apportent la preuve, indiquent l'objet et les modalités de la concentration envisagée, l'identité des parties à l'opération, le périmètre de la concentration et le calendrier prévisionnel.
144. Si aucune disposition ne limite dans le temps la validité des autorisations accordées par l'Autorité, les opérations doivent néanmoins être réalisées dans un délai raisonnable et en toute hypothèse à circonstances de droit et de fait inchangées. Si un projet est autorisé, mais subit des modifications significatives avant sa réalisation, la décision d'autorisation n'est plus valable. En effet, dans ce cas, l'Autorité se sera prononcée sur un projet différent de celui qui a été réalisé concrètement. Les parties sont donc invitées à notifier à nouveau l'opération, avant sa réalisation, afin d'obtenir l'autorisation du projet qui sera réellement mis en œuvre. Pour vérifier le respect de ces dispositions, l'Autorité peut demander aux parties ayant bénéficié d'une décision d'autorisation sur la base d'un projet d'accord de lui communiquer les accords irrévocables une fois ceux-ci signés.

B. L'EFFET SUSPENSIF DE LA PROCÉDURE ET LES DÉROGATIONS

145. En vertu de l'article [L. 430-4](#), « *la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'article [L. 430-7-1](#), celui du ministre chargé de l'économie* ». Cette disposition contraint les parties à notifier l'opération avant sa réalisation, comme exposé ci-dessus, mais également, une fois que l'opération est notifiée, à ne pas réaliser l'opération avant que l'Autorité ou, le cas échéant le ministre chargé de l'économie, ait rendu une décision.
146. La réalisation d'une opération est effective dès l'instant où le contrôle, au sens du III de l'article [L. 430-1](#), est constitué. Par exemple, dans une opération où les droits de jouissance sur l'entreprise cible sont transmis avant les droits de propriété, l'opération est réalisée dès le transfert des droits de jouissance.

1. LA DÉROGATION À L'EFFET SUSPENSIF DU CONTRÔLE PRÉVUE À L'ARTICLE L. 430-4

147. Le deuxième alinéa de l'article [L. 430-4](#) prévoit qu'« *en cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci* ». Si l'octroi d'une telle dérogation est, par définition, exceptionnel, les offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou redressement judiciaire en bénéficient couramment, car de telles offres peuvent conduire les parties à se retrouver automatiquement en infraction vis-à-vis de l'article [L. 430-4](#), à la suite de la décision du tribunal de commerce leur attribuant le contrôle de l'entreprise concernée.
148. D'autres circonstances exceptionnelles, comme le risque de disparition imminente de l'entreprise cible, l'ouverture d'une procédure collective, la nécessité pour l'acquéreur d'apporter des garanties ou d'obtenir des financements pour assurer la survie de la cible, etc. peuvent également justifier l'octroi de cette dérogation.
149. Il appartient aux parties, au moment du dépôt de leur dossier de notification, de préciser les raisons de leur demande de dérogation. En particulier, cette demande écrite, distincte du dossier de notification, doit préciser le contexte de l'opération, les procédures en cours et leur calendrier. Outre la question de la viabilité de l'entreprise concernée, le caractère urgent nécessitant l'octroi de la dérogation doit également être mis en avant. Cette demande de dérogation peut également être déposée ultérieurement dans le cours de la procédure. Toute demande fait l'objet d'un examen spécifique par l'Autorité.

150. Il est demandé aux entreprises qui souhaiteraient bénéficier de cette dérogation, d'en faire la demande au moins cinq jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal, en la joignant à un dossier de notification (et non un dossier de prénotification), aussi complet que possible, qui inclut, a minima, une présentation des parties et de l'opération, la justification de la demande de dérogation, une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération et le mandat des conseils, le cas échéant.
151. Durant l'instruction de cette demande, le rapporteur peut échanger avec les parties et leur demander tous documents professionnels jugés nécessaires. Par ailleurs, dès l'envoi du courrier d'octroi de la dérogation, l'Autorité peut signaler les risques de concurrence potentiels qu'elle anticipe dans cette opération.
152. L'octroi d'une dérogation par l'Autorité ne préjuge toutefois en rien de la décision finale qui sera prise par le tribunal compétent. Il est possible qu'une entreprise en redressement collectif fasse l'objet de plusieurs offres de reprise concurrentes. L'Autorité peut ainsi octroyer plusieurs dérogations pour procéder à l'acquisition d'une même entreprise. Il est également possible que le tribunal retienne l'offre d'une entreprise qui n'était pas soumise à l'obligation de notifier l'opération (dans le cas où les entreprises concernées ne franchissaient pas les [seuils de contrôlabilité](#)). En revanche, si le tribunal de commerce retient une offre de reprise faite par une entreprise ayant bénéficié d'une dérogation, le service des concentrations instruit cette opération comme il le ferait pour une opération n'ayant pas bénéficié d'une dérogation.
153. Outre les documents listés à [l'annexe 4-3](#) du code de commerce, détaillant le contenu d'un dossier de notification complet, dans le cas de procédures devant le tribunal de commerce, le jugement du tribunal doit également être impérativement transmis afin que le dossier puisse être déclaré complet.
154. L'octroi d'une dérogation par l'Autorité ne préjuge pas non plus du sens de la décision finale qui sera prise à l'issue de l'instruction. L'Autorité pourra ainsi imposer des mesures correctives, voire même interdire l'opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence.

Exemple : dans sa décision n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018, l'Autorité a considéré après un examen approfondi que, bien qu'une dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations ait été accordée à Cofigeo, l'opération était susceptible de dégrader fortement la concurrence. Afin d'autoriser l'opération, elle a fait usage de son pouvoir d'injonction et a enjoint Cofigeo à céder une marque et des capacités de production.

155. Les parties doivent donc veiller, pendant la période précédant la décision finale, à s'abstenir de prendre des actes ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible ou mettre en œuvre leur l'opération de manière irréversible.
156. La dérogation porte sur l'interdiction de réaliser l'opération avant qu'elle ait été autorisée et n'a

pas pour effet de dispenser l'opération de cette autorisation. Les dérogations accordées par l'Autorité sont donc d'office caduques si, dans un délai de trois mois après la réalisation de l'opération, le dossier de notification n'a pas fait l'objet de l'accusé de réception prévu au troisième alinéa de l'article [R. 430-2](#), c'est-à-dire s'il n'a pas été complété par les parties, empêchant ainsi son examen par l'Autorité.

2. LA DÉROGATION À L'EFFET SUSPENSIF DU CONTRÔLE PRÉVUE À L'ARTICLE R. 430-5

157. Un second dispositif dérogatoire à l'effet suspensif de la procédure est prévu par l'article [R. 430-5](#) : « *Lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision de l'Autorité de la concurrence ne fait pas obstacle au transfert desdits titres* ». Ainsi, le transfert de propriété des titres ne valant pas réalisation de la concentration, il peut être effectué avant que l'opération soit approuvée par l'Autorité.
158. Cette dérogation ne s'applique pas à l'usage des droits de vote associés au transfert de titres. Aussi longtemps que l'opération n'a pas été autorisée par l'Autorité, l'exercice de ces droits, sauf en cas de dérogation individuelle prévue au second alinéa de l'article [L. 430-4](#), réalise la concentration et, de ce fait, est passible d'une sanction en vertu de l'article [L. 430-8](#). Ce mécanisme s'applique pour les offres publiques d'achat (OPA), les offres publiques d'échange (OPE), ou l'acquisition d'un contrôle par simple achat de titres sur un marché réglementé sans lancement d'OPA.
159. Dans le cas où le contrôle est obtenu par simple acquisition de titres sur un marché réglementé sans lancement d'une OPA (ou sans que celle-ci, si elle est rendue obligatoire par le droit boursier, soit nécessaire pour l'obtention du contrôle), les parties peuvent également bénéficier de la dérogation automatique s'agissant du seul transfert des titres.
160. Un autre cas de figure peut résulter de l'acquisition, par un accord de gré à gré, d'une participation dite « de contrôle » entraînant une obligation de dépôt d'une OPA sur le capital restant. Le caractère indissociable des différentes étapes de prise de contrôle découle dans ce cas de la loi ou des règles de place (en France, le code monétaire et financier). Le fait générateur du contrôle de la concentration est alors constitué par les deux événements pris ensemble, qui se succèdent d'ailleurs à courte échéance, à savoir la conclusion de l'accord hors marché et le dépôt de l'OPA. De telles opérations de transfert de titres en deux étapes indissociables peuvent être notifiées au stade de la conclusion de l'accord hors marché, si le projet de concentration est suffisamment abouti, ou à l'issue du lancement de l'OPA, lorsque la concentration est engagée de façon irrévocable. Dans ce cas, la suspension de la réalisation effective de l'opération au sens de l'article [L. 430-4](#) s'applique aussi bien à l'exercice des droits attachés

aux titres acquis hors marché qu'à celui des droits attachés aux titres faisant l'objet de l'offre publique.

161. Dans l'hypothèse d'offres « privées » sur des marchés non soumis aux règles d'OPA relatives aux marchés réglementés (marché libre ou hors cote), aucune dérogation automatique n'est prévue à la suspension de la réalisation de l'opération. En conséquence, contrairement aux opérations en deux étapes donnant lieu à intervention sur un marché réglementé (OPA), les opérations analogues mais dont la seconde étape ne consisterait qu'en une offre dite « privée » de rachat de titres sur un marché hors cote, sont soumises à l'obligation de notification dès l'acquisition du contrôle par tout moyen.

C. LES SANCTIONS PRÉVUES À L'ARTICLE L. 430-8 DU CODE DE COMMERCE

1. LE DÉFAUT DE NOTIFICATION (I DE L'ARTICLE L. 430-8)

162. Les entreprises qui réaliseraient une opération de concentration contrôlable sans l'avoir préalablement notifiée s'exposent aux sanctions prévues au I de l'article [L. 430-8](#) :

« I. Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article [L. 464-2](#), aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. La procédure prévue aux articles [L. 430-5](#) à [L. 430-7](#) est alors applicable.

En outre, l'Autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros ».

163. Ce dispositif sanctionne aussi bien une infraction intentionnelle qu'une omission par simple négligence. L'Autorité tient notamment compte, dans son appréciation, des circonstances ayant mené au défaut de notification et du comportement des entreprises au cours de la procédure.
164. L'application de cet article fait l'objet d'une procédure contradictoire devant le collège de l'Autorité. En application du III de l'article [L. 462-5](#), le rapporteur général propose à l'Autorité de se saisir d'office de la situation de l'entreprise concernée au regard du I de l'article [L. 430-8](#). Si l'Autorité se saisit, un rapport est communiqué aux entreprises concernées, qui ont deux mois pour présenter leurs observations en réponse. Les entreprises sont ensuite entendues en séance par le collège de l'Autorité. La décision est notifiée aux parties et publiée sur le site de l'Autorité.

165. La conformité de cette procédure « *aux principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante* » a été validée par le Conseil constitutionnel dans la [décision n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012](#) Société Canal Plus et autre...
166. Depuis sa création, l'Autorité a sanctionné à trois reprises des groupes n'ayant pas notifié une opération relevant de l'application des dispositions des articles [L. 430-3](#) et suivants¹⁹.
167. L'Autorité a considéré qu'il résultait de l'économie des articles [L. 430-1](#), [L. 430-3](#) et [L. 430-8](#) que le défaut de notification d'une opération de concentration doit être imputé à la ou aux personne(s) physique(s) ou morale(s) sur lesquelles pesait l'obligation de notification, c'est-à-dire à celle(s) acquérant de façon ultime le contrôle de la cible, et non à la seule personne juridiquement signataire de l'accord d'acquisition.
168. Sur ce point, dans une [décision du 14 décembre 2012](#), le Conseil d'État a rejeté la demande de renvoi devant le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée à l'appui d'une requête en annulation contre la décision n° 12-D-12 du 11 mai 2012. Il a en particulier considéré que les articles [L. 430-3](#) et le I de l'article [L. 430-8](#) désignaient de façon suffisamment claire l'auteur du manquement à l'obligation de notification d'une opération de concentration, qui est également la personne physique ou morale susceptible d'être sanctionnée.
169. Par ailleurs, l'Autorité a considéré qu'en l'absence de disposition relative à la prescription spécifique à l'application du I de l'article [L. 430-8](#), l'article [L. 462-7](#) disposant que « *l'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* » visait, sans distinction, l'ensemble des « faits » que l'Autorité peut être conduite à sanctionner. En conséquence, la prescription quinquennale est applicable aux faits relevant du I de l'article [L. 430-8](#).²⁰
170. S'agissant du point de départ de cette prescription, l'Autorité a considéré que les faits visés au I de l'article [L. 430-8](#) concernent l'omission d'une notification devant intervenir à un moment précis, et que la réalisation d'une concentration intervient en un trait de temps, même si ses effets sont appelés à se poursuivre. En conséquence, la réalisation d'une concentration sans qu'elle ait été notifiée préalablement constitue une infraction permanente dont la prescription commence à courir au jour où se matérialise le changement de contrôle.

¹⁹ Décisions de l'Autorité n° 12-D-12 du 11 mai 2012 relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce (confirmée par le Conseil d'État), n° 13-D-01 du 31 janvier 2013 relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce (non contestée par les parties) et n° 13-D-22 du 20 novembre 2013 relative à la situation du groupe Castel au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce (confirmée sur le fond par le Conseil d'État, seul le montant de l'amende a été réduit).

²⁰ Dans sa [décision précitée du 12 octobre 2012](#), le Conseil constitutionnel a considéré que l'article [L. 462-7](#) s'appliquait aux faits relevant du IV de l'article [L. 430-8](#).

Exemple : dans sa décision n° 12-D-12 du 11 mai 2012, l'Autorité a retenu un délai de prescription quinquennal pour l'infraction prévue à l'article L. 430-8-I du Code de commerce. Elle a considéré que cette infraction était permanente, et que la prescription avait donc commencé à courir au jour de la formation des contrats de cessions des titres, matérialisant le changement de contrôle des sociétés. .

171. S'agissant des déterminants de la sanction, l'Autorité prend en compte la gravité des faits, eu égard aux circonstances de l'espèce et à la situation individuelle des entreprises en cause. Sur la gravité, le non-respect de l'obligation prévue à l'article [L. 430-3](#) constitue, par nature, une infraction grave à l'ordre public économique dans la mesure où ce manquement prive l'Autorité de toute possibilité de contrôler un projet de concentration préalablement à sa réalisation, et ce, quels que puissent être les effets possibles de l'opération projetée sur la concurrence. La caractérisation du manquement sanctionné par le I de l'article [L. 430-8](#) ne nécessite donc pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par la concentration non notifiée. L'Autorité n'en tient pas moins compte, dans la détermination du montant de la sanction, des circonstances concrètes du cas d'espèce, qu'elles soient aggravantes ou atténuantes, parmi lesquelles :

- le caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité de l'opération ;
- la taille de l'entreprise et les moyens, notamment juridiques, dont elle dispose ;
- le fait que l'entreprise a spontanément porté l'absence de notification à l'attention de l'Autorité ;
- l'éventuelle volonté de ses responsables de contourner l'obligation légale de notification, en particulier lorsque l'opération était susceptible de porter une atteinte substantielle à la concurrence ; ou
- la coopération apportée par l'entreprise au cours de la procédure.

Exemple : dans sa décision n° 12-D-12 du 11 mai 2012, l'Autorité a considéré que l'acquéreur avait délibérément ignoré son obligation légale de notification afin de réaliser rapidement la concentration envisagée.

Au contraire, dans la [décision du 15 avril 2016](#), faisant suite au recours formulé par la société Copagef contre la décision n° 13-D-22, le Conseil d'État a considéré que l'Autorité n'avait pas apporté la preuve suffisante de l'intention de contourner les règles de concurrence. De plus, selon lui, le fait que l'entreprise ait finalement notifié l'opération peu de temps après les premières questions posées par l'Autorité aurait dû être pris en compte au titre des circonstances atténuantes. Le Conseil d'État a ainsi réduit la sanction infligée par l'Autorité de 4 à 3 millions d'euros.

2. LE « GUN JUMPING » (II DE L'ARTICLE L. 430-8)

172. Le II de l'article [L. 430-8](#) dispose que « *si une opération de concentration notifiée et ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article L. 430-4 a été réalisée avant l'intervention de la décision prévue au premier alinéa du même article, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.* », soit, pour les personnes morales, 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise, et, pour les personnes physiques, 1,5 million d'euros.
173. Cette disposition vise à garantir l'exercice effectif, par l'Autorité, de son pouvoir de contrôle de l'opération qui lui est notifiée et à éviter toute modification structurelle des marchés concernés par l'opération dans l'hypothèse où les parties viendraient à y renoncer, en tout ou en partie, de leur propre fait ou du fait même de la procédure de contrôle des concentrations.
174. L'objectif de cet article est d'empêcher que les parties à l'opération cessent, avant la date d'autorisation, de se comporter comme des concurrents pour agir comme une entité unique et que l'acquéreur exerce de manière anticipée un contrôle de droit ou de fait sur la cible.
175. Lorsqu'elle apprécie si une opération a été réalisée de façon anticipée, l'Autorité analyse notamment si le comportement de l'acheteur l'a conduit, d'une quelconque façon, à exercer une influence déterminante sur la cible de façon anticipée, en s'appuyant sur une grille d'analyse analogue à celle qui est utilisée pour apprécier le caractère concentratif d'une opération. Pour cela, elle prend notamment en compte le comportement concret des parties à l'opération, afin d'apprécier dans quelle mesure elles ont continué à se comporter comme des concurrentes qui défendent leurs intérêts respectifs ou, au contraire, comme une entité unique partageant d'ores et déjà un objectif unique.
176. Certains comportements requièrent, à cet égard, une vigilance toute particulière de la part des entreprises. Les protocoles d'accord, s'ils peuvent comporter certaines dispositions destinées à protéger la valeur de l'investissement de l'acquéreur, ne doivent pas conduire ce dernier à prendre le contrôle de la cible avant l'autorisation de l'opération par l'Autorité. Lorsqu'elle apprécie la compatibilité d'un protocole d'accord avec les dispositions du III de l'article L. 430-8 du code de commerce, l'Autorité prend en compte la lettre du contrat mais également les modalités concrètes de son application. Les informations échangées avant l'opération entre l'acquéreur et la cible nécessitent également une vigilance particulière quant à la nature des données échangées, aux personnes à qui elles sont communiquées et aux modalités pratiques desdits échanges. Enfin, la période préparatoire à l'opération ne doit pas conduire les parties à adopter des comportements commerciaux qu'elles n'auraient pas adoptés avant l'opération, par exemple en concluant des accords commerciaux qui dérogeraient complètement à la pratique

normale de marché²¹.

177. Le II de l'article [L. 430-8](#) a été mis en œuvre dans une seule affaire à ce jour.

Dans sa décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016, l'Autorité a établi que les comportements mis en œuvre par les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group ont conduit à la réalisation avant autorisation des opérations de prise de contrôle exclusif par le groupe Altice de la société SFR, d'une part, et du groupe Omer Telecom Limited, d'autre part. L'Autorité a notamment constaté le rôle actif du groupe Altice dans la gestion opérationnelle à la fois des sociétés SFR et Omer Telecom Limited et l'existence d'échanges d'informations stratégiques entre les parties. S'agissant de la prise de contrôle de la société SFR, l'Autorité a notamment constaté que, pendant la période suspensive du contrôle des concentrations, le groupe Altice est intervenu dans la gestion opérationnelle de la société SFR avant autorisation (validation de décisions stratégiques, suspension de promotion), que les parties se sont coordonnées pour le rachat du groupe Omer Telecom Limited et ont, plus généralement, renforcé leurs liens économiques afin de mettre en place des stratégies coordonnées et qu'elles ont échangé des informations stratégiques. Concernant la prise de contrôle de la société Omer Telecom Limited, l'Autorité a constaté que, pendant la période suspensive du contrôle des concentrations, le groupe Altice a été amené à prendre des décisions stratégiques et a mis en place une surveillance hebdomadaire des performances économiques. En outre, le groupe Altice a eu accès à des informations commercialement sensibles. En conséquence, l'Autorité a sanctionné le groupe Altice à hauteur de 80 millions d'euros²².

178. Il convient enfin de rappeler que la mise en œuvre anticipée d'une opération de concentration peut également conduire à la sanction des entreprises en cause au titre de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse de la qualification d'entente illicite ou d'abus de position dominante. Un tel risque est d'autant plus important en présence d'une opération entre concurrents.

3. L'OMISSION OU LA DÉCLARATION INEXACTE (III DE L'ARTICLE L. 430-8)

179. Le III de l'article [L. 430-8](#) prévoit qu'« *en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire* ». Cette sanction, en vertu du I de l'article [L. 430-8](#), peut s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires pour les personnes morales.

180. Pour déterminer le montant de l'amende, l'Autorité tient compte, notamment, des circonstances

²¹ Pour plus de précisions sur ce point, voir l'article d'Isabelle de Silva : « *Gun-jumping : Quelles sont les pratiques à éviter ?* », septembre 2018, Revue Concurrences N° 3-2018, Art. N° 87364, pp. 55-66.

²² Cette décision n'a pas fait l'objet de recours devant le Conseil d'État.

ayant abouti à l'omission ou à la déclaration inexacte, et du comportement des entreprises en cause au cours de la procédure. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire devant le collège de l'Autorité.

181. En outre, lorsque l'omission ou l'inexactitude entachant la notification est constatée postérieurement à la décision autorisant la réalisation de l'opération, la sanction peut s'accompagner du retrait de cette décision. En ce cas, « *à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont alors tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision* », sauf à encourir les sanctions prévues pour réalisation d'une opération sans notification préalable.

Dans sa lettre [C2006-96](#) du 13 novembre 2006, le ministre chargé de l'économie a sanctionné la société Vico à hauteur de 10 000 euros, pour avoir omis de signaler l'acquisition d'une autre société exerçant son activité sur le même marché de produits que celui concerné par l'opération. En outre, la société Vico avait déclaré à tort que la cible n'était pas présente sur certains segments d'activité. Toutefois, les inexactitudes et omissions ont été relevées à l'initiative des parties et avant que l'opération soit réalisée, ce qui témoignait de leur caractère involontaire. De plus, les inexactitudes et les omissions relevées n'étaient pas de nature à modifier le sens de la décision. Le ministre chargé de l'économie a ainsi tenu compte de ces circonstances pour le calcul du montant de l'amende en infligeant à la société Vico une sanction modérée. Comme le ministre avait déjà rendu sa décision d'autorisation en se fondant sur des motifs erronés, il a procédé à son retrait et adopté une nouvelle décision.

D. LES DIFFÉRENTES PHASES DE LA PROCÉDURE

182. Le contrôle des concentrations est caractérisé par différentes phases, généralement encadrées par des délais légaux, qui se succèdent : pré-notification (2.), phase 1 (3.), phase 2 (4.), évocation du ministre chargé de l'économie (5.). La procédure s'achève par la publication de la décision de l'Autorité (6.). Des opérations peuvent par ailleurs faire l'objet de renvois (de ou vers la Commission) (7.). En amont de ces différentes phases, la partie notifiante peut formuler une demande de désignation d'un rapporteur (1.).

1. LA DEMANDE DE DÉSIGNATION D'UN RAPPORTEUR

183. Afin d'anticiper la notification prochaine d'une opération de concentration, les entreprises peuvent se rapprocher du service des concentrations en vue de formuler une demande de désignation d'un rapporteur, qui sera en charge de l'examen du dossier.
184. Cette demande, qui est facultative, doit être adressée directement par courrier électronique à

l'adresse : controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr. Elle doit comporter les éléments suivants :

- les coordonnées des parties notifiantes et, le cas échéant, de leur(s) conseil(s) ;
- des informations précises sur le type de dossier concerné (demande de confort, notification d'une opération avec ou sans phase de pré-notification, en procédure normale ou simplifiée, à la suite d'un renvoi de la Commission européenne) ;
- les entreprises concernées et leurs chiffres d'affaires respectifs ;
- la description précise de l'opération envisagée (nature de l'opération, activité des parties, marchés concernés et, le cas échéant, affecté, présentation des effets concurrentiels résultant de l'opération) ;
- le cas échéant, les autres États membres dans lesquels l'opération est également notifiable ;
- la date prévisible d'envoi du projet de pré-notification et/ou de notification.

185. À la suite de cette demande, le nom du ou des rapporteurs chargés de l'examen du dossier est communiqué aux parties dans un délai de cinq jours ouvrés.

2. LA PHASE DE PRÉ-NOTIFICATION

186. La phase de pré-notification, qui est facultative, est déclenchée à l'initiative des entreprises qui souhaiteraient présenter leur projet de concentration au service des concentrations, en particulier lorsque des incertitudes pèsent sur la contrôlabilité de l'opération ou pour anticiper des discussions sur des délimitations de marché ou une analyse concurrentielle complexe. Une pré-notification peut également être faite lorsque les parties envisagent un renvoi à la Commission.

187. Une prise de contact en amont de la notification permet aux entreprises d'échanger de manière informelle avec le service des concentrations pour compléter leur dossier de notification et être en mesure de présenter un dossier susceptible de recevoir l'accusé de réception au jour de son dépôt. L'expérience de l'Autorité montre qu'un dossier de notification ayant fait l'objet d'une phase de pré-notification efficace, au terme de laquelle l'entreprise a été informée que les informations communiquées étaient jugées suffisantes pour son instruction, est généralement déclaré complet au jour où il est déposé.

188. La phase de pré-notification est par ailleurs utile pour l'analyse des effets anticoncurrentiels, en particulier lorsque les entreprises envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques *ad hoc*.

189. Pour déclencher cette phase, les parties peuvent adresser une présentation de l'opération,

comprenant une description des entreprises concernées, de l'opération envisagée et d'une analyse de la contrôlabilité de la concentration, complétée le cas échéant par des informations relatives aux marchés pertinents, concurrents, et parts de marché, ou une version préliminaire de leur dossier de notification à partir de [l'annexe 4-3](#).

190. Le dossier de pré-notification peut être adressé directement par courrier électronique à l'adresse : controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr. Il n'est pas nécessaire de joindre l'intégralité des annexes envisagées. Elles pourront être transmises ultérieurement, à la demande du rapporteur, s'il estime qu'elles sont nécessaires à l'examen du dossier au stade de la pré-notification. À la suite de cet envoi, si la partie notifiante n'a pas fait usage du mécanisme de demande de désignation d'un rapporteur décrit précédemment, le nom du ou des rapporteurs chargés de l'examen de la notification est communiqué aux parties dans un délai de cinq jours ouvrés. Une réunion de présentation peut être organisée, si le service des concentrations l'estime utile.
191. La phase de pré-notification peut être initiée par les entreprises quel que soit le degré d'aboutissement du projet de concentration celui-ci doit toutefois être suffisamment avancé pour ne pas constituer une opération théorique. Cependant, si le principal objectif poursuivi par les parties est de minimiser le risque d'incomplétude du dossier de notification, la consultation du service des concentrations doit être engagée suffisamment en amont de la date à laquelle les parties ont prévu de notifier l'opération, sur la base d'éléments d'information relatifs à l'opération et aux marchés concernés aussi détaillés que possible, et enfin le projet de dossier de notification doit effectivement être complété en fonction des questions posées par le rapporteur.
192. Lorsque les interrogations des parties portent sur la contrôlabilité d'une opération, le service des concentrations examine les éléments fournis. S'il s'avère, au vu de ces éléments, que l'opération envisagée n'est pas contrôlable par l'Autorité, les parties en sont informées par l'envoi d'une lettre de confort signée du chef du service des concentrations. Néanmoins, si la contrôlabilité pose des questions nouvelles, les entreprises peuvent être invitées à notifier l'opération afin que ces questions puissent être tranchées par l'Autorité dans le cadre d'un examen formel.
193. Les services de l'Autorité ne sont néanmoins pas habilités à répondre à des demandes de consultation juridique, et ne peuvent donc répondre à des demandes, notamment de contrôlabilité, portant sur des cas théoriques.
194. Lorsque les parties envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques *ad hoc*, des réunions de travail peuvent être organisées avec le service des concentrations et le service économique, en particulier pour s'assurer que la méthodologie proposée est suffisamment robuste pour que les résultats des études puissent être admis dans le cadre de l'instruction. Plus ces réunions interviennent en amont de la procédure, plus elles sont

susceptibles de permettre une contribution efficace des études économiques à l'analyse réalisée par l'Autorité. Pour de plus amples détails, il convient de se reporter aux recommandations formulées par l'Autorité pour la soumission d'études économiques.

195. L'ensemble de la phase de pré-notification est strictement confidentiel : elle ne donne lieu ni à publicité sur le site Internet de l'Autorité, ni à des contacts avec des tiers. Néanmoins, sous réserve de l'accord préalable écrit des parties, une consultation de marché (tests de marché) peut être effectuée afin de réunir des informations plus précises sans attendre la notification et de contribuer ainsi à minimiser le risque d'incomplétude de la notification ou à anticiper d'éventuels problèmes de concurrence.

3. LA PHASE 1

a. Le dépôt du dossier de notification

196. Pour les dossiers qui ne sont pas éligibles à la procédure de notification dématérialisée²³, un exemplaire en version papier du dossier de notification doit être adressé au service des concentrations à l'adresse suivante :

<p><i>Autorité de la concurrence</i></p> <p><i>À l'attention du chef du service des concentrations</i></p> <p><i>11, rue de l'Échelle F-75001 Paris (France)</i></p>
--

197. Le dossier de notification peut aussi être déposé les jours ouvrés entre 9 heures et 19 heures à la réception de l'Autorité, 11 rue de l'Échelle, à Paris. Lors de leur réception ou de leur dépôt, les dossiers de notification sont marqués d'un timbre indiquant leur date d'arrivée à l'Autorité.
198. De plus, l'article 27 du règlement intérieur de l'Autorité précise qu'un exemplaire doit être également fourni en version numérique au format PDF. Cet exemplaire peut être joint à l'exemplaire en version papier, sur un support matériel, ou adressé directement et concomitamment au dépôt du dossier papier à l'adresse controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr en mentionnant, le cas échéant, la référence du dossier sous laquelle la prénotification a été enregistrée.
199. Dès réception du dossier de notification, l'Autorité en adresse un exemplaire numérique au ministre chargé de l'économie (article [L. 430-3](#)).
200. À la suite de ce dépôt, si la partie notifiante n'a pas fait usage du mécanisme de demande de désignation d'un rapporteur décrit précédemment et si l'opération n'a pas été prénotifiée, le nom du ou des rapporteurs chargés de l'examen de la notification est communiqué aux parties

²³ La procédure de notification dématérialisée est décrite aux paragraphes 219 et suivants ci-dessous.

dans un délai de cinq jours ouvrés.

201. Le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que le dossier est complet. Si le dossier est incomplet, le service des concentrations adresse aux parties une lettre d'incomplétude détaillant les éléments devant être complétés ou rectifiés.
202. Lorsque certains documents requis par l'annexe 4-3 de la partie réglementaire du code de commerce sont rédigés dans une langue étrangère, la traduction desdits documents exigée par le point 1. a) de l'annexe précitée peut se limiter aux passages nécessaires pour permettre à l'Autorité d'exercer son office en matière de contrôle des opérations de concentrations.
203. Lorsque le dossier de notification est considéré comme complet, un accusé de réception, mentionnant le cas échéant la date du jour de réception des derniers éléments complétant le dossier, est adressé aux parties en vertu du III de l'article [R. 430-2](#). La comptabilisation des délais d'instruction démarre à 0 heure du jour ouvré suivant celui mentionné sur l'accusé de réception.

b. La publication du communiqué relatif au dépôt du dossier

204. L'article [L. 430-3](#) prévoit que l'Autorité publie un communiqué lors de la réception d'un dossier de notification ou du renvoi total ou partiel d'une opération de concentration de dimension européenne, dans un délai de cinq jours ouvrés. Ce communiqué est mis en ligne sur le site Internet de l'Autorité.
205. Il contient les éléments prévus à l'article [R. 430-4](#) :
 - les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;
 - la nature de l'opération (fusion, prise de contrôle, création d'entreprise commune) ;
 - les secteurs économiques concernés ;
 - le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations ;
 - le résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties ; et
 - une mention spécifique s'il s'agit d'un renvoi d'une opération de concentration de dimension européenne.
206. Le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations est généralement de quinze jours ouvrés à compter de la date de cette publication. Il est généralement réduit à dix jours ouvrés lorsque l'opération est éligible à une procédure simplifiée.
207. Ce délai n'est pas impératif : toutes observations parvenues à l'Autorité avant que sa décision ne soit rendue sont susceptibles d'être prises en compte dans l'examen de l'opération.

Néanmoins, compte tenu toutefois des délais internes de traitement des dossiers, une observation reçue au-delà du délai court le risque de ne pouvoir être prise en compte dans la décision.

208. Les entreprises sont invitées à prendre en compte les conséquences de cette publication dans l'organisation de la communication relative à leur opération, en particulier vis-à-vis des représentants du personnel de leur entreprise.

c. Le contenu du dossier de notification

209. L'article [R. 430-2](#) précise que « *Le dossier de notification mentionné à l'article [L. 430-3](#) comprend les éléments énumérés aux annexes [4-3](#) à [4-5](#) du présent livre.* ». Un formulaire type de notification est disponible sur le site Internet de l'Autorité. Il comprend cinq parties :

- une description de l'opération ;
- la présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;
- la présentation des [marchés concernés](#) (délimitation des marchés, parts de marché des parties) ;
- une présentation détaillée de chacun des [marchés affectés](#) ;
- une déclaration sur l'exactitude et la complétude des informations fournies.

210. La description de l'opération doit inclure un résumé non confidentiel de l'opération, destiné à être publié sur le site Internet de l'Autorité. Ce résumé, limité à 500 mots, vise essentiellement à expliciter le périmètre de l'opération pour que les tiers soient en mesure de formuler leurs observations sur la concentration envisagée. Ce résumé ne doit pas contenir d'éléments préliminaires d'appréciation sur les effets de l'opération.

211. Au titre de la description de l'opération, les parties doivent également préciser la liste des États dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications. Si l'opération est notifiable dans d'autres États de l'Union européenne, l'Autorité informera rapidement les autorités des autres États membres et la Commission qu'un dossier de notification a été déposé et leur précisera le nom et les coordonnées du rapporteur en charge du dossier à l'Autorité, conformément au guide de procédure du Réseau des autorités européennes de concurrence (ECA) sur les échanges d'informations mutuels dans les notifications multiples. Cet échange peut éventuellement permettre aux autorités compétentes de coordonner leurs calendriers, autant qu'il est possible, ainsi que d'échanger un certain nombre d'éléments non confidentiels, comme par exemple une appréciation sur les définitions des marchés pertinents. Avec l'accord des parties, elles peuvent procéder à des échanges d'informations confidentielles. Par ailleurs, ce mécanisme peut aussi faciliter la mise en œuvre conjointe du renvoi de

l'opération à la Commission prévu par l'[article 22 du Règlement 139/2004](#).

212. Une présentation détaillée des marchés n'est demandée que lorsqu'un marché est affecté, au sens de l'[annexe 4-3](#), afin d'alléger le dossier de notification pour les opérations les plus simples.
213. Par ailleurs, lorsque l'instruction le nécessite, l'analyse concurrentielle de zones locales pourra s'appuyer, pour les marchés affectés, sur des cartes délimitant ces zones, figurant la localisation des magasins des parties et de leurs concurrents et indiquant les courbes isochrones pertinentes pour le marché considéré (c'est-à-dire les courbes en temps de trajet à partir des points de vente considérés).
214. S'agissant des marchés affectés, les parties doivent apporter une attention particulière aux indications relatives à leurs principaux concurrents, clients et fournisseurs. Ces informations doivent être soigneusement vérifiées car elles serviront, le cas échéant, à l'envoi de questionnaires pour la réalisation d'un test de marché. Les parties sont invitées à fournir les coordonnées (adresse électronique individuelle et numéro de téléphone d'une ligne directe) d'interlocuteurs qualifiés ou, à défaut, du responsable des entreprises concernées.
215. Enfin, il convient de joindre au dossier de notification une copie des actes juridiques nécessaires à la bonne compréhension de l'opération, comme, par exemple, les accords entre les parties, les contrats de distribution, les contrats de franchise, la décision de tribunal du commerce dans le cas des entreprises reprises dans le cadre des procédures collectives, etc. Dans une [décision du 9 avril 1999](#), le Conseil d'État, amené à se prononcer sur la nature de ces informations, a notamment inclus les « *informations nécessaires pour identifier les entreprises avec lesquelles la société The Coca Cola Company se trouve économiquement liée ainsi que pour déterminer les marchés à prendre en compte et pour calculer les parts détenues sur ces marchés par les parties à l'opération de concentration* ».
216. En cas de doute sur le contenu précis du dossier, les parties peuvent contacter le service des concentrations, en amont de la notification, afin de préciser quels sont les éléments nécessaires à l'examen de la concentration envisagée.
217. Le dossier de notification est strictement confidentiel à l'égard des tiers. La Commission d'accès aux documents administratifs (« CADA ») a estimé que les éléments du dossier de notification, autres que le résumé dont la publication est prévue à l'article [L. 430-3](#), et ses annexes, relèvent soit du secret des informations économiques et financières, soit du secret des stratégies commerciales et qu'ils sont à ce titre protégés par le II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 relative à la communication des documents administratifs²⁴. Par ailleurs, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, a exempté l'ensemble des « *documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre*

²⁴ [Avis de la CADA n° 20141669 du 22 mai 2014](#).

de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision » du champ d'application des dispositions organisant l'accès aux documents administratifs.

Les marchés concernés

218. Selon la définition énoncée à l'[annexe 4-3](#), un marché concerné est un « *marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte* ».
219. La notification doit ainsi comprendre une définition de chaque marché concerné, ainsi qu'une description précise des arguments ayant conduit à la délimitation proposée, compte-tenu notamment de la pratique décisionnelle antérieure des autorités nationales et européennes de concurrence.
220. Les informations liées à la définition des marchés et aux parts de marché représentent le motif le plus fréquent d'incomplétude d'un dossier et doivent donc faire l'objet d'une attention particulière. Les parties doivent présenter leurs parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles retenues ou envisagées par la pratique décisionnelle des autorités nationale et européenne de concurrence.

Les marchés affectés

221. Selon [l'annexe 4-3](#), un marché concerné est considéré comme affecté si au moins l'une des trois conditions suivantes est vérifiée :
- deux ou plusieurs entreprises concernées ou groupes auxquels elles appartiennent exercent des activités sur ce marché et leurs parts de marché cumulées atteignent 25 % ou plus ;
 - une entreprise concernée au moins exerce des activités sur ce marché et une autre de ces entreprises ou groupes exerce des activités sur un marché situé en amont, en aval ou connexe, qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble de ces entreprises ou groupes détiennent plus de 30 % de parts de marché ;
 - l'opération conduit à la disparition d'un concurrent potentiel sur l'un des marchés sur lesquels les parties sont actives.
222. Pour chaque marché affecté, les parties doivent fournir une présentation détaillée du marché et des entreprises qui y sont actives. [L'annexe 4-3](#) énumère les informations devant obligatoirement figurer dans le dossier.
223. Lorsque les parties rencontrent des difficultés pour réunir les informations requises, elles le signalent rapidement au rapporteur désigné, notamment, le cas échéant, au cours de la phase de prénotification du dossier.

Le calcul des parts de marché

224. Pour chaque marché concerné et affecté, les parties doivent estimer les parts de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent, ainsi que celles de leurs principaux concurrents.
225. Afin de permettre une instruction rapide du dossier, les parties sont invitées à présenter leurs parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, envisagées ou retenues par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, en particulier les plus étroites, même si elles ne partagent pas l'analyse ayant conduit à ces délimitations.
226. En règle générale, la part de marché d'une entreprise se calcule en rapportant son chiffre d'affaires hors taxes au chiffre d'affaires hors taxes du marché concerné. Néanmoins, dans certains cas, il n'est pas possible ou peu pertinent de ne prendre en compte dans l'analyse que la part de marché en valeur calculée à partir des chiffres d'affaires. Des données en volume ou en capacité peuvent parfois offrir une mesure alternative de la position des entreprises. Par exemple, il est usuel, pour les marchés de la distribution au détail (en magasins physiques), d'analyser les parts de marché calculées à partir des surfaces de vente, en plus ou à défaut des parts de marchés en valeur. Les parties peuvent proposer des modes alternatifs de calcul des parts de marché en justifiant leur proposition, sans que cela les dispense de soumettre des parts de marché calculées selon la méthode usuelle.
227. L'appréciation des parts de marché dépend de la fiabilité des données sources utilisées. Les parties sont invitées à indiquer quelles sont leurs sources, et, le cas échéant, à joindre les données correspondantes, qu'il s'agisse de données publiques, de statistiques professionnelles, d'études de marché ou de toute autre source.
228. L'Autorité peut être amenée à confronter les estimations fournies par les parties avec des informations obtenues auprès de leurs concurrents, fournisseurs ou clients. Ce travail de recoupement est réalisé en protégeant le secret des affaires des parties et des tiers interrogés. Il est donc important que les parties précisent si les sources utilisées sont publiques et disponibles pour l'ensemble des entreprises sur un marché (comme, par exemple, les données publiées par l'Arcep dans les télécommunications) ou si elles sont confidentielles.

Les dossiers simplifiés

229. Le contenu du dossier de notification peut être allégé pour les entreprises qui procèdent à un nombre important de notifications par an, comme des fonds d'investissement ou des acteurs importants du commerce de détail. Elles peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Elles peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux informations spécifiques

à l'opération, sauf s'il survient un événement majeur en cours d'année et sous réserve de l'actualisation des chiffres d'affaires à la suite des acquisitions (ou des cessions) réalisées.

230. Le contenu du dossier de notification peut également être allégé pour les opérations suivantes :

- lorsque la part de marché cumulée des entreprises concernées est inférieure à 25 % ;
- en cas de chevauchement d'activité entre les parties, lorsque la part de marché cumulée des entreprises concernées est inférieure à 50 % et l'incrément de parts de marché résultant de l'opération inférieur à 2 points ;
- en cas de présence sur des marchés liés verticalement, lorsque la part de marché cumulée des entreprises concernées sur l'un ou l'autre de ces marchés est inférieure à 30 % ;
- en cas de présence sur des marchés connexes, lorsque les parts de marché des entreprises concernées sur des marchés liés sont inférieures à 30 % ;
- en cas d'acquisition de contrôle exclusif d'entreprises, lorsque l'acquéreur exerçait un contrôle conjoint de la cible préalablement à l'opération ;
- lorsque l'opération porte sur la création d'une entreprise commune de plein exercice exclusivement active en dehors du territoire national ;
- lorsque l'opération concerne la prise de contrôle conjoint d'un actif immobilier en vente en l'état futur d'achèvement (VEFA).

231. Pour ces opérations, dont il est supposé *a priori* qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'[annexe 4-3](#) :

- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos ;
- au point 2e, ne pas fournir « *la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens* » ;
- au point 3, se borner à donner la liste de leurs activités.

232. Le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que l'opération remplit les conditions exposées précédemment et est éligible à la procédure simplifiée. Dans l'affirmative, la partie notifiante en sera informée dans un délai de 10 jours ouvrés à compter de l'envoi de la notification.

233. Cependant, quand bien même une opération remplirait, *prima facie*, les conditions susvisées, un dossier complet, conforme aux dispositions de l'[annexe 4-3](#), peut toujours être demandé aux

parties si les spécificités de l'espèce le justifient. Dans ce cas, la transmission des informations complémentaires demandées sera exigée préalablement à l'envoi d'un accusé de réception du dossier.

La procédure de notification dématérialisée

234. Certaines opérations simplifiées sont éligibles à la procédure de notification dématérialisée. Cette procédure entièrement dématérialisée permet aux entreprises de notifier :
- toute opération en application du II de l'article [L. 430-2](#) (mais non du I du même article) sous réserve qu'elle n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés et que les parts de marché cumulées des parties demeurent inférieures à 50 % ;
 - toute opération qui ne se traduit pas par un chevauchement d'activités entre les parties, qu'il soit de nature horizontale, verticale ou conglomerale.
235. La première condition couvre essentiellement les nombreuses opérations réalisées par les têtes de réseau des grands groupes de distribution à dominante alimentaire pour la gestion de ces réseaux. En ce qui concerne les opérations concernant des concessions automobiles, les marques de véhicules des concessionnaires automobiles peuvent être considérées comme une enseigne et les opérations relatives à l'acquisition de concessions automobiles peuvent bénéficier de cette procédure simplifiée lorsque les seuils du I de l'article L. 430-2 ne sont pas franchis.
236. La seconde condition englobe la plupart des opérations menées par des fonds d'investissement. Elle est également remplie quand les entreprises concernées ne comptent aucun fonds d'investissement mais ne sont pas présentes simultanément sur les mêmes marchés ou sur des marchés connexes ou reliés verticalement. En revanche, les opérations qui concernent des fonds d'investissement détenant des participations contrôlantes dans des entreprises situées sur les mêmes marchés ou sur des marchés connexes ou reliés verticalement à ceux des actifs cibles ne bénéficient pas de cette procédure simplifiée.
237. Les opérations concernant les départements d'outre-mer, le département de Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna ou les collectivités d'outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy bénéficient de cette procédure simplifiée si les conditions exposées ci-dessus sont remplies.
238. Cependant, l'Autorité peut, lorsqu'elle l'estime nécessaire, décider d'établir une décision en dehors de cette procédure, dans les délais prévus au II de l'article L. 430-5, même si l'opération remplit les conditions précisées ci-dessus.
239. Pour chaque type d'opération, il existe un formulaire de prénotification permettant des échanges entre la partie notifiante et le rapporteur en charge du dossier, et un formulaire de notification.

240. Pour chacun de ces formulaires, les informations demandées sont les suivantes :

- le mandat ou les coordonnées du représentant de la partie notifiante ;
- les actes soumis à notification ;
- le résumé de l'opération ne contenant aucune information confidentielle, destiné à être publié sur le site Internet de l'Autorité ;
- la description des aspects juridiques de l'opération ;
- les pays dans lesquels l'opération sera notifiée ;
- la présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent : description des entreprises et leurs comptes sociaux ou comptes consolidés ;
- le tableau récapitulatif des données financières du dernier exercice clos (un modèle est disponible en ligne) ;
- la liste des opérations de concentration réalisées au cours des deux dernières années (un modèle est disponible en ligne) ;
- les marchés concernés identifiés par la pratique décisionnelle et l'analyse concurrentielle (un modèle est disponible en ligne) ;
- la déclaration concluant la notification.

d. Les délais d'examen

241. Les délais qui régissent le contrôle des concentrations sont exprimés en jours ouvrés. Les jours ouvrés ne comprennent ni les samedis et dimanches, ni les jours fériés. La liste des jours fériés est celle donnée par l'article [L. 3133-1](#) du code du travail dans la rédaction en vigueur le jour du dépôt de la notification.

L'encadrement des phases de procédure

242. La phase 1 débute le jour ouvré au maximum suivant la date de réception par l'Autorité du dossier de notification complet et dure 25 jours ouvrés (I de l'article [L. 430-5](#)). Cette date est matérialisée par un accusé de réception du dossier complet adressé aux parties. La phase 1 est automatiquement prolongée de 15 jours ouvrés en cas de réception par l'Autorité d'engagements proposés par les parties (II de l'article [L. 430-5](#))²⁵. Par ailleurs, le délai ne pourra jamais être inférieur au délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations, qui est précisé dans le communiqué de l'Autorité mis en ligne sur son site Internet.

243. La phase 2 débute le jour ouvré de l'ouverture de l'examen approfondi et dure au maximum 65

²⁵ Les délais peuvent aussi être suspendus en cas de mise en œuvre de l'article 22 du règlement 139/2004.

jours ouvrés (I de l'article [L. 430-7](#)). L'ouverture de l'examen approfondi est matérialisée par une décision d'ouverture d'examen approfondi. Lorsque les parties transmettent des engagements ou des modifications à des engagements déjà proposés moins de 20 jours ouvrés avant la fin du délai de phase 2, le délai de phase 2 expire 20 jours ouvrés après leur réception dans la limite de quatre-vingt-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi (II de l'article [L. 430-7](#)).

La suspension des délais à l'initiative de l'Autorité

244. En vertu des articles [L. 430-5](#) et [L. 430-7](#), l'Autorité dispose, à son initiative, d'une procédure dite « d'arrêt des pendules ». Ce mécanisme permet de suspendre le délai d'examen de l'opération dans deux cas :

- Si les parties manquent à une obligation d'information de tout fait nouveau dès sa survenance au cours de l'instruction, le délai peut être suspendu à partir de la survenance du fait nouveau et ce jusqu'à la date à laquelle les parties informent l'Autorité. Ce dispositif est proche de celui retenu en droit européen. En effet, l'article 9, paragraphe 3, c) du [règlement \(CE\) n° 802/2004](#) précise que lorsque les parties omettent d'informer la Commission de modifications des faits ou d'informations nouvelles, les délais sont suspendus « *pendant la période comprise entre la modification des faits en question et la réception des informations complètes et exactes* ». L'article 9, paragraphe 4 du même [règlement](#) dispose en outre que : « *La suspension des délais commence le jour suivant celui de la survenance du motif de suspension. Elle expire à la fin du jour de la disparition du motif de la suspension. Si ce jour n'est pas un jour ouvrable, la suspension expire à la fin du premier jour ouvrable qui suit.* » ;
- Si les parties ne fournissent pas à l'Autorité, en tout ou en partie, les informations qui leur ont été demandées dans le délai fixé ou si les parties empêchent, de quelque façon que ce soit, des tiers de répondre à des demandes d'informations formulées par l'Autorité, les délais peuvent être suspendus pendant la période comprise entre la fin du délai fixé dans la demande d'informations et la réception des informations complètes et exactes requises dans cette demande.

245. Lorsque l'un ou l'autre de ces cas justifiant la mise en œuvre de cette procédure se présente, les parties sont informées du déclenchement de la suspension des délais au moyen d'une lettre du chef du service des concentrations.

246. Dans tous les cas, les délais ne courent à nouveau que lorsque la cause génératrice de la suspension aura disparu, des informations complètes et exactes ayant été communiquées à l'Autorité. Les parties sont avisées de la fin de la suspension des délais par une lettre du chef du service des concentrations.

La suspension des délais à l'initiative des parties

247. Les parties peuvent également demander une suspension des délais d'examen dans la limite de quinze jours ouvrés (II de l'article [L. 430-5](#) et article [L. 430-7](#)). Cette demande peut intervenir « *en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements* ». Elle doit, par conséquent, être motivée.

e. La conduite de l'examen de phase 1

248. Compte tenu de son caractère très bref, justifié par le souci de ne pas retarder de façon non nécessaire la réalisation d'opérations de concentration sur lesquelles pèsent de fortes contraintes économiques, l'examen de phase 1 est nécessairement conduit dans un esprit de coopération entre les parties et l'Autorité afin des réunir les éléments nécessaires à une décision motivée.

249. L'examen de l'opération envisagée est réalisé par le service des concentrations, un ou plusieurs rapporteurs étant désignés dans les cinq jours ouvrés qui suivent la réception d'un dossier de prénotification ou de notification. Le service des concentrations s'appuie, en tant que de besoin, sur le service économique et le service juridique de l'Autorité.

250. Conformément à l'article [L. 450-1](#), les rapporteurs du service des concentrations, en tant qu'agents des services d'instruction de l'Autorité habilités à cet effet par le rapporteur général, peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions du titre III (concentration économique) du code de commerce, sur l'ensemble du territoire national.

251. En application de l'article [L. 450-3](#), les rapporteurs peuvent demander communication de tous documents professionnels et recueillir les renseignements et justifications qu'ils jugent nécessaires à l'instruction des affaires dont ils ont la charge, aussi bien auprès des parties que des tiers. Les demandes d'informations complémentaires faites aux parties ne suspendent pas nécessairement le délai déclenché à la date mentionnée par l'accusé de réception de complétude d'un dossier de notification, mais les parties sont invitées à y répondre avec toute la diligence requise afin de lever les doutes résultant d'une information incomplète.

252. Le V de l'article [L. 464-2](#) prévoit que « *lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un des agents visés au I de l'article [L. 450-1](#) dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les titres V et VI du livre IV, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte, dans la limite prévue au II. Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette*

dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. »

253. Par ailleurs, l'article [L. 450-8](#) précise qu'« est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article [L. 450-1](#) sont chargés en application du présent livre ».
254. Le rapporteur désigné vérifie si l'opération est contrôlable en vertu des articles [L. 430-1](#) et [L. 430-2](#), analyse si la délimitation des marchés pertinents proposées par les parties est adaptée, évalue les effets de l'opération sur la concurrence, et, le cas échéant, la pertinence des engagements proposés. Les objectifs, méthodes et critères utilisés pour les analyses au fond sont détaillés au III du présent document.
255. Le président de l'Autorité, qui est compétent en phase 1 pour prendre la décision au nom de l'Autorité, peut déléguer un vice-président pour statuer sur une opération. Il peut également, dans tous les cas, désigner un ou plusieurs référents, choisis parmi les vice-présidents ou les membres du collège, pour l'éclairer par un avis informel.
256. Pour mener son analyse, le rapporteur s'appuie sur les données et les arguments fournis par les parties. Au cours de son instruction, il peut demander aux parties des informations complémentaires nécessaires à l'approfondissement de certains aspects de la concentration. Il confronte ces informations avec la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, toutes les informations publiques disponibles et tout élément porté à sa connaissance par des tiers, en particulier dans le cadre d'un test de marché. Lorsque le secteur concerné par l'opération le justifie, le rapporteur peut également contacter les autorités administratives indépendantes ou les services administratifs compétents pour l'éclairer sur le fonctionnement d'un secteur et les enjeux de l'opération étudiée.
257. L'Autorité considère que le partage rapide du diagnostic concurrentiel et l'échange franc et constructif avec les parties, notamment lorsque des mesures correctives sont envisageables, constituent un gage de succès du contrôle des concentrations. L'organisation de réunions avec les parties à des points clefs de la procédure peut contribuer à cet objectif. Cette démarche volontaire et facultative peut en effet aider l'Autorité à compléter son information, lui donner l'opportunité de faire le point sur le dossier avec les parties et permettre à ces dernières d'anticiper la préparation des étapes ultérieures de la procédure. L'Autorité pourra donc être amenée à prendre l'initiative d'organiser de telles réunions au cas par cas.
258. Lorsque l'instruction le nécessite, le rapporteur peut réaliser divers actes de procédure, notamment :
- l'envoi de questionnaires aux parties ;

- la réalisation d'un test de marché auprès de clients, de fournisseurs et de concurrents des parties ;
- l'audition des parties ou de tout autre acteur du marché ;
- la demande de communication de documents internes des parties.

259. Les entreprises actives sur des secteurs sur lesquels une concentration est envisagée sont vivement invitées à communiquer toute information et tout commentaire quant aux risques que pourrait faire courir l'opération pour la concurrence. Néanmoins, l'objectif du contrôle des concentrations est de préserver la concurrence et non les concurrents considérés individuellement. Par conséquent, les tiers ne peuvent se prévaloir d'un droit à ce que leurs observations soient reprises dans les analyses de l'Autorité, ou d'un droit à obtenir certaines mesures correctives ou certains types de décision.
260. Les tiers intéressés sont invités à transmettre leurs observations par courrier électronique (controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr) en précisant les références de l'opération sur laquelle ils désirent apporter une contribution. Ils peuvent également contacter le service des concentrations par téléphone en appelant au +33 1 55 04 01 72. Le délai indicatif dans lequel les tiers peuvent présenter des observations est précisé sur le site de l'Autorité lors de la publication du communiqué relatif au dépôt de la notification.
261. Conformément à l'article [L. 430-10](#), les tiers peuvent demander la confidentialité pour leurs réponses aux questionnaires, comme pour leurs auditions ou les observations transmises à l'Autorité.
262. Par conséquent, les tiers sont invités à joindre à leurs contributions une version non confidentielle susceptible d'être communiquée aux parties. Les tiers peuvent également demander l'anonymat de leurs réponses.
263. En matière de gestion du secret des affaires, un régime particulier est prévu pour le contrôle des concentrations, à l'article [R. 463-15-1](#), différent de celui applicable aux autres procédures de l'Autorité, afin d'éviter des délais préjudiciables pour les entreprises.
264. Ainsi, s'il y a lieu de communiquer à des tiers ou aux parties des documents qui, dans une version complète, comportent des informations couvertes par un secret d'affaires signalé par les personnes ayant apporté ces éléments à l'Autorité, le rapporteur peut préparer une version non-confidentielle des documents concernés ou transmettre directement la version non-confidentielle préparée par ces dernières.
265. À la demande des parties, un résumé des réponses des tiers au test de marché, tenant compte des demandes de confidentialité éventuellement faites, peut leur être fourni, en général par oral.
266. Lorsque l'instruction laisse subsister des doutes sérieux quant aux effets de l'opération sur la concurrence, le service des concentrations fait part de son analyse aux parties et les met en

mesure de donner leur point de vue et éventuellement de le soutenir par la communication d'éléments complémentaires.

267. Les parties sont informées oralement du fait que l'opération soulève des doutes sérieux dans un délai raisonnable avant la fin du délai prévu à l'article [L. 430-5](#).

f. Les engagements de phase 1

268. Le II de l'article [L. 430-5](#) précise : « *les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue* ».

269. Ces engagements peuvent être proposés à tout moment au cours de l'instruction. Ils peuvent être discutés en pré-notification, joints au dossier de notification ou proposés durant le déroulement de la phase 1.

270. Lorsque des engagements paraissent nécessaires mais que les parties n'en ont pas proposé, l'Autorité les invite à le faire.

271. Le dépôt d'engagements signés prolonge automatiquement le délai maximal de phase 1 de quinze jours ouvrés. Par ailleurs, les délais d'examen peuvent être suspendus, sur demande des parties, dans la limite de quinze jours ouvrés en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements.

272. Les engagements prennent la forme d'une lettre, signée par le représentant légal ou les conseils des parties, qui doit comporter une liste précise, détaillée et exhaustive des actions ou comportements auxquels les parties s'engagent pour pouvoir réaliser l'opération envisagée.

273. En cas [d'engagements structurels](#), les parties doivent prévoir les moyens permettant de garantir, pendant la période transitoire entre l'autorisation de l'opération et la réalisation des cessions, l'indépendance, la viabilité économique, la valeur et la compétitivité de ces actifs.

274. En cas [d'engagements comportementaux](#), les parties doivent démontrer leur faisabilité opérationnelle et les moyens proposés pour en assurer la vérification.

275. Quels que soient les engagements proposés, ils doivent explicitement faire référence aux moyens de leur suivi par l'Autorité. Pour plus de détails sur la nature des engagements, il convient de se reporter à la section sur les [mesures correctives](#).

276. Le rapporteur évalue la recevabilité des engagements proposés, en fonction des atteintes à la concurrence que l'opération est susceptible de provoquer. Ces engagements peuvent être testés auprès d'acteurs des marchés concernés, dans le respect du secret des affaires des parties. Pour ce faire, les parties doivent transmettre une version non confidentielle de leurs engagements. Si

la proposition transmise par les parties doit être amendée avant communication aux tiers, les parties en sont informées.

g. Les décisions de phase 1

277. Le III de l'article [L. 430-5](#) prévoit que : « l'Autorité de la concurrence peut :

soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles [L. 430-1](#) et [L. 430-2](#) ;

soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ;

soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article [L. 430-6](#) ».

278. Le IV de l'article [L. 461-3](#) précise que les décisions prévues à l'article [L. 430-5](#) peuvent être prises par le président ou un vice-président qu'il désigne.

279. La décision est notifiée aux parties ainsi qu'au ministre chargé de l'économie (article [R. 430-7](#)).

280. Le ministre peut, en vertu du I de l'article [L. 430-7-1](#), demander à l'Autorité l'ouverture d'une phase 2 dans un délai de cinq jours ouvrés. L'échéance de ce délai est précisée aux parties dans le bordereau de notification adressé par le service des concentrations.

281. En outre, conformément au IV de l'article [L. 430-5](#), si l'Autorité n'a pris aucune décision dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation, au terme du délai ouvert au ministre par le I de l'article [L. 430-7-1](#) (autorisation dite par « accord tacite »).

282. En vertu de l'article [R. 430-6](#), l'Autorité rend public le sens de la décision dans les cinq jours ouvrés qui la suivent en publiant sur son site Internet l'information selon laquelle l'opération a fait l'objet (i) d'une constatation de l'inapplicabilité de son contrôle, (ii) d'une autorisation, (iii) d'une autorisation sous réserve d'engagements, (iv) d'un accord tacite ou (v) d'un examen en phase 2.

4. LA PHASE 2 (OU PHASE D'EXAMEN APPROFONDI)

a. Le déclenchement de la phase 2

283. Le déclenchement de la phase 2 peut intervenir :

- soit à l'initiative de l'Autorité, conformément au III de l'article [L. 430-5](#), lorsque subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence à l'issue de la phase 1 ;

- soit à la demande du ministre chargé de l'économie. Le I de l'article [L. 430-7-1](#) énonce en effet que « *dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article [L. 430-5](#), le ministre chargé de l'économie peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles [L. 430-6](#) et [L. 430-7](#) » ». La décision de l'Autorité prise à l'issue de la phase 1 étant communiquée simultanément aux parties et au ministre, la date à laquelle le ministre reçoit la décision est la même que celle de sa notification aux parties.*
284. S'agissant de la demande d'un examen approfondi par le ministre, l'Autorité, qui a le statut d'une autorité administrative indépendante, examine le bien-fondé d'une telle demande mais n'est pas tenue d'y accéder. L'Autorité se prononce sur une éventuelle demande dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de sa réception. Elle informe les parties de l'existence de cette demande dès sa réception et leur communique sa décision en même temps qu'au ministre. En revanche, l'Autorité n'informe pas les parties de l'absence de mise en œuvre de cette disposition par le ministre.
285. Un doute sérieux d'atteinte à la concurrence peut, notamment, subsister lorsque :
- la pratique décisionnelle n'est pas suffisamment établie sur les marchés concernés et l'analyse concurrentielle nécessite d'être approfondie, par exemple en ce qui concerne la [définition des marchés pertinents](#), l'importance des [barrières à l'entrée](#), l'existence d'une atteinte à la concurrence ou de [gains d'efficacité](#) ;
 - des évolutions importantes et récentes sur les marchés concernés sont susceptibles de justifier une modification significative de la pratique décisionnelle ;
 - malgré les atteintes à la concurrence identifiées en phase 1, les parties n'ont pas proposé d'engagements ou ont proposé des engagements insuffisants ou dont la mise en œuvre opérationnelle est incertaine.
286. L'ouverture d'une phase 2 peut, dans certains cas, emporter la caducité d'une opération de concentration. En effet, l'article [231-11](#) du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (« AMF ») permet aux entreprises d'introduire dans leurs offres publiques une condition suspensive liées à l'obtention d'une autorisation de phase 1. Dans l'hypothèse où une telle condition a été stipulée, la décision de passage en phase 2 entraîne automatiquement la caducité de l'offre. Malgré cette caducité, l'instruction du dossier de concentration peut poursuivre son cours lorsque l'offreur fait connaître à l'Autorité son intention de poursuivre son projet.

b. La conduite de l'examen en phase 2

287. Afin d'accroître la visibilité des parties sur le déroulé de l'examen de l'opération en phase 2, le service des concentrations communique à la partie notifiante, au début de la phase 2, un calendrier prévisionnel retraçant les principales étapes de la procédure à venir (par exemple, questionnaires complémentaires, réunions d'états des lieux, date anticipée d'envoi du rapport et de tenue de la séance). Ce calendrier est toutefois susceptible d'être modifié notamment dans l'hypothèse où de nouvelles informations susceptibles d'influencer l'analyse concurrentielle de l'opération par l'Autorité sont versées au dossier.
288. Le déroulement de la phase 2 est encadré par l'article [L. 430-6](#). Durant cette phase de l'instruction, le rapporteur approfondit les points clefs de la définition des marchés pertinents et de l'analyse concurrentielle sur lesquels la phase 1 n'avait pas permis de conclure. Les objectifs, critères et méthodes utilisés pour l'analyse au fond sont détaillés au [chapitre III du présent guide](#).
289. Des engagements peuvent également être proposés par les parties au cours de la phase 2. Le II de l'article [L. 430-7](#) énonce qu'« *après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération* ».
290. Si les parties les transmettent à l'Autorité moins de 20 jours ouvrés avant la fin du délai d'instruction, celui-ci expire 20 jours ouvrés après la date de réception des engagements dans la limite de 85 jours ouvrés.
291. Le formalisme à respecter et la procédure du test des engagements sont les mêmes qu'en phase 1.
292. Les actes de procédure de phase 2 suivent les mêmes modalités qu'en phase 1, notamment en ce qui concerne la protection du secret des affaires.
293. L'Autorité recueille en outre l'avis de l'autorité de régulation sectorielle compétente. Cette procédure est spécifiquement prévue pour le secteur audiovisuel (le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel étant consulté en vertu de [l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986](#)) et le secteur de la banque/assurance (l'Autorité de contrôle prudentiel en vertu de [l'article L. 612-22 de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010](#) portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance).
294. L'Autorité saisit les autorités administratives compétentes par l'envoi d'un document présentant l'opération.
295. Cette consultation permet de clarifier certains aspects du fonctionnement des marchés concernés, qui sont soumis à des réglementations particulières, mais aussi de mieux articuler le contrôle des concentrations et les procédures de régulation propres à ces secteurs.

296. Le cas échéant, l'autorité de régulation sectorielle interrogée dispose alors, pour faire part de ses observations éventuelles, d'un délai réduit à un mois pour cause d'urgence.
297. Les observations sont jointes au dossier. L'Autorité n'est pas tenue d'obtenir l'avis d'une autorité de régulation sectorielle pour rendre sa décision. Cette procédure de consultation n'induit aucune incidence sur les délais impartis à l'Autorité.
298. L'article [R. 463-9](#) prévoit également, en matière contentieuse, que « *le rapporteur général communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du présent livre toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités administratives disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier.* ». L'[annexe 4-6 du livre IV du code de commerce](#) modifiée par l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 - art. 18 (V), liste les autorités suivantes :
- l'Autorité des marchés financiers (AMF) ;
 - la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ;
 - le Médiateur du cinéma ;
 - l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ;
 - le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ;
 - l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ;
 - la Commission de régulation de l'énergie (CRE).
299. Il en est de même pour l'ARAFER, en application de l'article 27 de la [loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009](#) relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports et pour l'ARJEL, en application de l'article 39 de la [loi n° 2010-476 du 12 mai 2010](#) relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.
300. Sous le régime antérieur à la loi LME, les institutions énumérées ci-dessus pouvaient transmettre leur avis à la suite de la communication par le Conseil de la concurrence de la saisine ministérielle déclenchant une phase 2. Ce mécanisme obligatoire est devenu caduc depuis le 2 mars 2009, mais l'Autorité se réserve la possibilité de recueillir l'avis des institutions concernées (le cas du CSA et de l'ACPR relevant d'un régime différent, en application de la loi) chaque fois que cette consultation lui apparaîtra utile.
301. L'instruction de phase 2 donne lieu à la rédaction d'un rapport qui présente les parties, l'opération, les marchés pertinents, l'analyse concurrentielle de l'opération et, le cas échéant, ses gains d'efficacité économique et une analyse des engagements proposés par les parties et des mesures correctives envisagées par l'Autorité. Le service des concentrations veille, dans la

rédaction du rapport, à la protection du secret des affaires des parties comme à celui des tiers conformément aux prescriptions de l'article [L. 463-4](#).

302. Ce rapport est ensuite transmis aux parties, ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui disposent d'un délai de 15 jours ouvrés pour faire part de leurs observations en réponse. Conformément à l'article [L. 463-2](#), le rapport est accompagné des documents sur lesquels se fonde le service des concentrations.
303. Le président de l'Autorité attribue le cas, lorsqu'il est en état d'être examiné par le collège, à une des formations énumérées au deuxième alinéa de l'article [L. 461-3](#). Une séance est ensuite organisée selon les modalités énoncées par l'article [L. 463-7](#) et le titre IV du règlement intérieur de l'Autorité. Au cours de la séance, le rapporteur expose tout d'abord les conclusions de son instruction. Le rapporteur général, ou le rapporteur général adjoint, ainsi que le commissaire du Gouvernement présentent ensuite leurs observations. Le collège peut également entendre, au cours de la séance, des tiers intéressés, ainsi que les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération. Ces témoins, qui sont invités à répondre aux questions des membres du collège, n'assistent pas à la totalité de la séance. Ils sont entendus en l'absence des parties, invitées à quitter la salle des séances. Le collège entend enfin les parties qui peuvent présenter leur propre analyse et répondre aux questions des membres de la formation.

c. Les décisions de phase 2

304. La formation compétente de l'Autorité délibère selon les règles définies au titre V du règlement intérieur.
305. Lorsqu'à l'issue d'une analyse approfondie, le collège de l'Autorité envisage de prononcer une décision d'autorisation sous réserve d'injonctions ou une décision d'interdiction, le projet de décision est transmis aux parties afin qu'elles puissent faire leurs observations, dans un délai raisonnable. Ce délai est apprécié en tenant compte notamment de la date à laquelle les parties ont transmis les dernières informations nécessaires à la prise de décision de l'Autorité.
306. L'Autorité notifie sa décision aux parties, ainsi qu'au ministre chargé de l'économie.
307. Comme pour les décisions de phase 1, après réception de la décision, les parties disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer les mentions relevant du secret des affaires qu'elles souhaitent voir occultées (article [R. 430-7](#)). Comme pour les décisions de phase 1, la publication se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties et des tiers.
308. En outre, conformément au V de l'article [L. 430-7](#), si l'Autorité n'a pris aucune des décisions prévues aux III et IV dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre chargé de l'économie. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie par le II de l'article [L. 430-7-1](#) (décision dite d'« accord tacite »).

309. Quelle que soit la décision finale prise en application de l'article [L. 430-7](#), l'Autorité en rend public le sens dans les cinq jours ouvrés suivant la décision (article [R. 430-6](#)) : (i) autorisation, (ii) autorisation sous réserve d'engagements, (iii) autorisation sous réserve d'injonctions et prescriptions, (iv) interdiction ou (v) accord tacite.
310. Enfin, l'Autorité assure la publicité de ses décisions par leur mise en ligne sur son site Internet, y compris pour les accords tacites, une fois purgées de tout secret des affaires.

5. LE POUVOIR D'ÉVOCATION DU MINISTRE CHARGÉ DE L'ÉCONOMIE

311. Ce pouvoir est prévu au II de l'article [L. 430-7-1](#).
312. La date à laquelle le ministre reçoit la décision de l'Autorité est la même que celle de la notification de la décision aux parties, la décision étant transmise parallèlement au ministre et aux parties.
313. Dans les cinq jours ouvrés suivant sa décision, le ministre en rend public le sens (article [R. 430-6](#)).
314. Les décisions motivées du ministre sont également rendues publiques dans l'édition électronique du [Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes](#) (article [D. 430-8](#)). La publication des décisions du ministre se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties et des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués (article [D. 430-8](#)).
315. Depuis l'adoption en 2008 du nouveau cadre législatif applicable au contrôle des concentrations, le ministre chargé de l'économie a fait usage de son pouvoir d'évocation à une seule reprise au terme de l'examen de phase 2 dans une décision [du 21 juin 2018](#) relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par Financière Cofigeo. Cette opération, autorisée par l'Autorité sous réserve d'une injonction de cession de marque et d'une usine, a été évoquée pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, à savoir le maintien de l'emploi et le développement industriel. Dans une [décision du 19 juillet 2018](#), le ministre a finalement autorisé l'opération sans la condition de la cession des actifs initialement imposée par l'Autorité, mais sous réserve d'un engagement relatif au maintien de l'emploi.
316. Les décisions du ministre prises en application du II de l'article [L. 430-7-1](#) sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État. Dans une [décision du 21 décembre 2012](#), ce dernier a confirmé que, dans la mesure où la décision de l'Autorité n° 12-DCC-10 du 23 juillet 2012 ne préjudiciait pas à l'intérêt général lié au maintien de l'emploi ou à un intérêt général autre que le maintien de la concurrence, le ministre n'avait commis ni erreur de droit, ni erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas faire usage de son pouvoir d'évocation.

E. LES RENVOIS ET LA COOPÉRATION ENTRE AUTORITÉS DE CONCURRENCE

1. LES RENVOIS

317. Le [règlement 139/2004](#) définit les seuils de chiffre d'affaires fixant la limite des compétences respectives de la Commission et des autorités de concurrence des États membres en matière de contrôle des concentrations. Cependant, il prévoit en outre à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22 des mécanismes de renvoi permettant, dans certains cas particuliers, l'examen d'opérations de dimension nationale par la Commission et, inversement, l'examen d'opérations de dimension européenne par les autorités nationales de concurrence. Le bénéfice des articles 4(4) et 4(5) est demandé par les entreprises au stade de la pré-notification. Celui des articles 9 et 22 est demandé par les États membres après réception de la notification.
318. Ces mécanismes de renvoi répondent à deux objectifs : permettre qu'une concentration soit examinée par l'autorité de concurrence la mieux placée pour mener l'examen ou permettre aux entreprises de bénéficier d'un « guichet unique », rôle joué par la Commission, dans les opérations impliquant des notifications multiples dans l'Union européenne.
319. Ces mécanismes sont précisés par la [communication de la Commission sur le renvoi d'affaires en matière de concentrations du 5 mars 2005](#).

a. Renvois aux autorités nationales

320. Les renvois d'affaires de dimension européenne vers les autorités nationales de concurrence peuvent être effectués soit à la demande des entreprises, soit à la demande des États membres, éventuellement sur invitation de la Commission.

L'article 4(4)

321. Les parties concernées par une opération de concentration entrant dans le champ d'application du [règlement 139/2004](#) peuvent demander à la Commission le renvoi, total ou partiel, de l'opération envisagée aux autorités compétentes d'un État membre, en vertu de l'article 4 paragraphe 4 du [règlement 139/2004](#). Pour ce faire, avant même de notifier la concentration, les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (dénommé « Formulaire RS ») « *que la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qu'elle doit par conséquent être examinée, en tout ou partie, par cet État membre* ». La Commission transmet alors sans délai le mémoire à tous les États membres. L'État membre visé dans le mémoire motivé doit, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son accord ou son désaccord sur la demande de renvoi de l'affaire. Au-delà de ce délai, il est réputé avoir accepté le renvoi. La

Commission rend sa décision de renvoyer ou non l'affaire vers les autorités nationales dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la date où elle a reçu le mémoire motivé. En cas d'acceptation par la Commission d'une demande de renvoi d'une opération vers l'Autorité, le droit national des concentrations s'applique. Il appartient dès lors aux parties de déposer un dossier de notification auprès de l'Autorité. En cas de refus par la Commission de la demande, les parties doivent notifier leur opération auprès de la Commission.

L'article 9

322. Le renvoi, total ou partiel, d'une opération de concentration notifiée à la Commission peut être demandé par les autorités compétentes d'un État membre en application des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 9 du [règlement 139/2004](#) lorsque « *la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct* » (article 9.2.a), ou qu'« *une concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun* » (article 9.2.b), ce dernier cas visant notamment les marchés de dimension géographique régionale ou locale. L'État membre peut décider de demander le renvoi de l'affaire pour examen de la totalité des marchés de produits ou services situés sur son territoire ou d'une partie d'entre eux seulement. La demande ne peut porter sur des marchés pertinents situés hors du territoire national. Néanmoins, le renvoi d'affaires affectant des marchés locaux dans les zones frontalières est possible si, pour des raisons liées au fonctionnement du marché, seule la partie nationale doit être incluse dans le marché pertinent.

Exemple 1 : dans sa décision [M.2898](#) du 13 décembre 2002 la Commission a considéré que sur les marchés de la vente au détail, les autorités nationales étaient mieux placées pour examiner les effets de l'opération Leroy Merlin/Brico, en raison des caractéristiques locales des marchés concernés.

Exemple 2 : dans sa décision [M.3373](#) du 4 juin 2004, la Commission a considéré que la demande de renvoi partiel de la France sur le marché des casinos dans l'opération Accor-Barrière recevable, car ce marché était local et dans les zones affectées, les éléments tendaient à montrer que les casinos étrangers n'exerçaient aucune pression concurrentielle sur les casinos français.

323. La demande doit être formulée dans les quinze jours ouvrables qui suivent la réception par l'autorité nationale concernée de la copie de la notification déposée par les parties à la Commission. Elle peut être faite à l'initiative de l'État membre, exercée en France par l'Autorité, ou sur invitation de la Commission. La demande doit être motivée « *selon une analyse préliminaire* » par l'État membre requérant. La Commission apprécie la pertinence et le bien-fondé de la demande au regard des conditions posées par l'article 9. Toutefois, dans le

cas d'une demande fondée sur l'article 9.2.b, si la Commission constate que les conditions sont réunies, elle ne dispose pas de la faculté de refuser le renvoi demandé. En cas d'acceptation par la Commission de la demande de renvoi, la décision de la Commission vaut notification en droit national, les délais du contrôle national commencent donc à courir à partir de la date de la décision de renvoi.

324. Le fait qu'une demande de renvoi selon l'article 9 est fondée sur une menace d'affectation significative de la concurrence ne préjuge en rien, si le renvoi est accepté, de l'examen mené au fond par l'Autorité. Le TPICE l'a rappelé dans son arrêt T-119/02 Royal Philips Electronics NV contre Commission européenne du [3 avril 2003](#). Des concurrents de la société Seb avait contesté la décision de renvoi de la Commission vers la France, en invoquant la contradiction existant entre la motivation de la décision de renvoi, fondée sur une atteinte à la concurrence, et la décision du ministre chargé de l'économie qui a autorisé l'opération sans conditions, considérant que l'argument de l'entreprise défaillante s'appliquait. Les parties soutenaient que les autorités de concurrence françaises étaient liées par les termes de la décision de renvoi et qu'elles ne pouvaient pas approuver l'opération sans demander des engagements. Le tribunal a rejeté ce moyen aux motifs que les deux décisions en cause n'avaient pas le même objet et qu'il n'existait pas de lien entre elles. Le Tribunal a confirmé que l'examen de la situation concurrentielle, effectué par la Commission à l'occasion du renvoi, était un examen *prima facie*, qui avait uniquement pour but de déterminer si les conditions du renvoi étaient réunies : « *la Commission ne saurait, sous peine de priver [l'article 9, paragraphe 3, premier alinéa sous b](#) de sa substance, se livrer à un examen de la compatibilité de la concentration de nature à lier les autorités nationales concernées quant au fond, mais elle doit se borner à vérifier, au terme d'un examen *prima facie*, si, sur la base des éléments dont elle dispose au moment de l'appréciation du bien-fondé de la demande de renvoi, la concentration faisant l'objet de la demande de renvoi menace de créer ou de renforcer une position dominante sur les marchés concernés* ». Les résultats de cet examen *prima facie* ne préjugent donc pas des conclusions des autorités nationales de concurrence à l'issue de l'analyse détaillée qu'elles pourront faire de l'opération.
325. En vertu de l'article [L. 430-3](#), le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension européenne fait l'objet d'un communiqué publié par l'Autorité. Ces opérations sont publiées sur le site Internet de l'Autorité, sous la rubrique dédiée aux opérations en cours d'examen, au même titre que les opérations notifiées directement à l'Autorité.

b. Renvois vers la Commission

326. Des concentrations de dimension nationale peuvent être renvoyées devant la Commission à la demande des entreprises en vertu du paragraphe 5 de l'article 4 du [règlement 139/2004](#) ou à la demande des États membres en vertu de l'article 22.

L'article 4(5)

327. Lorsqu'une concentration n'est pas de dimension européenne mais devrait être notifiée dans trois États membres ou plus, le [règlement 139/2004](#), dans le souci de « *garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée sont évitées dans toute la mesure du possible* », permet aux parties de demander un renvoi à la Commission avant toute notification aux autorités nationales compétentes.
328. Les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (« formulaire RS ») qu'elles souhaitent lui notifier l'opération. Cette demande peut être adressée à la Commission dès lors que la concentration est susceptible d'être examinée par au moins trois États membres, aucune autre justification n'étant nécessaire. La Commission transmet sans délai le mémoire des parties à tous les États membres. Tout État membre compétent pour examiner la concentration en application de son droit national peut alors, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son désaccord sur la demande de renvoi. Faute de réponse dans ce délai, l'autorité nationale est réputée avoir donné son accord. Lorsqu'au moins un État membre a exprimé son désaccord dans le délai requis, la Commission en informe les parties et les États membres et l'opération n'est pas renvoyée : les parties doivent alors la notifier auprès de chacune des autorités de concurrence des États membres concernés. Si, en revanche, aucun État membre ne s'oppose au renvoi, les parties notifient l'opération auprès de la Commission. Le droit européen du contrôle des concentrations s'applique alors.

L'article 22

329. L'article 22 du [règlement 139/2004](#) prévoit la possibilité pour un ou plusieurs États membres de demander à la Commission d'examiner une concentration qui n'est pas de dimension européenne mais qui « *affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande* ».
330. Les membres de l'ECA ([European Competition Authorities](#)) ont défini comme suit les principaux critères justifiant la mise en œuvre de l'article 22 :
- « - *la dimension géographique du (des) marché(s) pertinent(s) affecté(s) par la concentration est plus large que nationale, et le principal effet de la concentration sur la concurrence est en rapport avec ce(s) marché(s) ;*
 - *les autorités nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés dans la collecte des informations en raison de la localisation des parties concernées ou des principales parties tierces en dehors de leur État membre ;*
 - *il existe des risques potentiellement significatifs d'atteinte à la concurrence sur un certain nombre de marchés nationaux ou régionaux de l'EEE, et les autorités*

nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés pour identifier et/ou appliquer si nécessaire les remèdes appropriés et proportionnés, en particulier dans les cas où les remèdes adéquats ne peuvent être mis en œuvre par les autorités nationales de concurrence en application de leur droit national ou en établissant une coopération entre elles ».

331. La Commission informe de cette demande les autorités compétentes des États membres mais aussi les entreprises concernées. Les autres États membres disposent alors de quinze jours ouvrables pour se joindre à la demande initiale. Ainsi, l'Autorité peut mettre en œuvre l'article 22 du [règlement 139/2004](#) pour des opérations notifiées en France ou dans un autre État membre.

Exemple : en 2018, la France s'est jointe à la demande de renvoi formulée par l'Autriche s'agissant de la prise de contrôle de la société Shazam par la société Apple. La même année, elle a formulé une demande de renvoi concernant la prise de contrôle exclusif de la société Les Chantiers de l'Atlantique par la société Fincantieri, à laquelle l'Allemagne s'est jointe.

332. Au terme de ce délai de quinze jours ouvrables, la Commission doit décider sous dix jours ouvrables d'examiner ou non la concentration et en informer les États membres et les entreprises concernées. Par défaut, sans décision formelle, la Commission est réputée avoir accepté la demande. Les délais nationaux sont suspendus jusqu'à cette décision. Dès qu'un État membre informe la Commission et les entreprises concernées qu'il ne souhaite pas se joindre à la demande, la suspension de ses délais nationaux prend fin. Si la Commission accepte le renvoi, tous les États membres ayant demandé ou s'étant joints à la demande n'appliquent plus leur droit national à la concentration concernée. En outre, la Commission peut demander aux entreprises concernées de lui notifier l'opération.

2. LA COOPÉRATION ENTRE AUTORITÉS DE CONCURRENCE

333. Comme le précise le considérant 14 du [règlement 139/2004](#), afin d'assurer l'examen des opérations par l'autorité la plus appropriée tout en évitant les notifications multiples dans toute la mesure du possible, il est nécessaire de disposer d'un mécanisme efficace d'échanges d'informations et de consultation :
334. Chaque État membre est destinataire de toutes les notifications reçues par la Commission et des dispositions assurent la diffusion de l'information en ce qui concerne la mise en œuvre des mécanismes de renvoi.
- Pour les opérations faisant l'objet de notifications parallèles dans plusieurs États membres, les États membres réunis au sein de l'[ECA](#) ont organisé depuis 2001 un dispositif systématisant l'échange du minimum d'informations destinées à

permettre des contacts plus approfondis lorsque cela est nécessaire. Pour toutes les opérations qui sont notifiables dans plusieurs États, les États membres compétents établissent, à la réception de la notification, une fiche qui décrit l'opération et donne un contact utile. Cette fiche est diffusée à l'ensemble des États membres et à la Commission ;

- Enfin, un guide des bonnes pratiques sur la coopération entre autorités nationales de concurrence en matière de contrôle des concentrations a été élaboré dans le cadre du Réseau Européen de Concurrence (REC) et publié le 8 novembre 2011. Les autorités nationales de concurrence peuvent ainsi s'assurer qu'elles disposent d'informations convergentes et échanger leurs points de vue sur les opérations, les caractéristiques et le fonctionnement des marchés concernés, ainsi que les remèdes envisagés et limiter ainsi les risques de décisions discordantes. La protection des secrets d'affaires communiqués par les entreprises est assurée. En particulier, l'accord des entreprises est demandé pour échanger des informations sur les opérations qui n'ont pas encore été notifiées mais pour lesquelles les entreprises concernées ont pris des contacts dans le cadre d'une pré-notification.

3. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS LÉGITIMES NATIONAUX DANS LE CADRE DES CONCENTRATIONS COMMUNAUTAIRES

335. Le [règlement 139/2004](#) rappelle au paragraphe 3 de l'article 21 que la Commission dispose d'une compétence exclusive pour le contrôle des opérations entrant dans son champ de compétence. Les États membres ne peuvent pas appliquer leur propre législation sur la concurrence à ces opérations, sauf en cas de renvoi par la Commission.

336. Toutefois, pour les concentrations de dimension européenne, en vertu du paragraphe 4 de ce même article 21, les États membres « *peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit [européen].*

Sont considérés comme intérêts légitimes [...] la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles

Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit [européen] avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. La Commission notifie sa décision à l'État membre concerné dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à dater de ladite communication. »

337. La Commission a déjà admis que d'autres champs pouvaient légitimement faire l'objet d'une

application du paragraphe 4 de l'article 21.

Exemple : dans sa décision [M.567](#) du 21 décembre 1995, la Commission a qualifié d'intérêt légitime le fait pour la Grande Bretagne d'invoquer le respect de la réglementation relative au service essentiel de la distribution d'eau et à la protection spécifique des consommateurs en la matière.

F. LES MESURES CORRECTIVES

1. PRINCIPES RELATIFS AUX MESURES CORRECTIVES

a. Définitions

338. Lorsqu'une concentration porte atteinte à la concurrence de manière significative, que les gains d'efficacité économique qu'elle apporte sont insuffisants pour compenser cette atteinte et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'opération ne peut être autorisée que si elle est corrigée par des mesures remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence.
339. Ces mesures peuvent prendre la forme d'engagements pris par les parties au titre du II de l'article [L. 430-5](#) en phase 1 ou du II de l'article [L. 430-7](#) en phase 2. Elles peuvent alternativement prendre la forme d'injonctions et de prescriptions, lesquelles sont imposées par l'Autorité au titre du III de l'article [L. 430-7](#) à l'issue d'une procédure contradictoire, en phase 2 uniquement.
340. Ce sont les parties qui sont tenues de proposer des engagements suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés par l'Autorité et de fournir les informations nécessaires aux fins de l'appréciation de ces engagements. L'Autorité peut toutefois estimer que les engagements proposés sont insuffisants, notamment en ce qu'ils ne permettent pas de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés.
341. De façon plus précise, pour être acceptés, les engagements doivent être appréciés globalement et répondre à plusieurs critères :
- ils doivent être nécessaires et efficaces, c'est-à-dire qu'ils permettent effectivement de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées²⁶. Il est notamment impératif que l'efficacité des engagements ne puisse dépendre de la diligence des parties ;
 - ils doivent être proportionnés, un engagement n'ayant pas vocation à accroître le

²⁶ Décisions du Conseil d'État n° 390457 et 390774 du 6 juillet 2016 annulant partiellement la décision n° 15-DCC-53 du 15 mai 2015.

degré de concurrence qui existait sur un marché avant l'opération de concentration²⁷ ;

- leur mise en œuvre ne doit pas soulever de doute, ce qui implique qu'ils soient rédigés de manière précise, sans ambiguïté et que les modalités opérationnelles pour les réaliser soient suffisamment détaillées²⁸ ;
- leur mise en œuvre doit être rapide, la concurrence n'étant pas préservée tant qu'ils ne sont pas réalisés ;
- ils doivent être contrôlables. Les parties doivent prévoir un dispositif de contrôle, le cas échéant en proposant la nomination d'un mandataire indépendant, permettant à l'Autorité de s'assurer de leur réalisation effective.

342. Le recours aux injonctions et prescriptions est rare. En effet, l'Autorité n'envisage d'imposer ce type de remèdes que lorsque les parties refusent de proposer des engagements alors que l'opération porte atteinte à la concurrence de manière significative ou que les engagements proposés sont insuffisants.

343. L'Autorité veille à ce que :

- les injonctions soient neutres : leur objectif est de protéger la concurrence en tant que telle, et non des concurrents spécifiques. En particulier, le pouvoir d'injonction de l'Autorité n'est pas un outil protectionniste visant à protéger des acteurs économiques nationaux ;
- les injonctions soient nécessaires et proportionnées, c'est-à-dire que les charges imposées aux entreprises, qui vont à l'encontre du principe de liberté d'entreprendre, soient strictement nécessaires pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante²⁹ et que le même résultat ne peut pas être obtenu par d'autres mesures moins contraignantes³⁰. En prononçant des injonctions, l'Autorité veille à remédier aux préoccupations de concurrence qu'elle a identifiées, tout en permettant le maintien de l'intérêt économique de l'opération pour les parties³¹.

344. Le fait que l'exécution de ces injonctions puisse imposer aux parties de modifier leur structure juridique ne saurait être considéré comme un motif suffisant pour considérer que celles-ci sont,

²⁷ Décision du Conseil d'État n° 373065 du 5 novembre 2014 Société Wienerberger.

²⁸ Décision du Tribunal de l'Union européenne T-342/07 du 6 juillet 2010 Easyjet Airline.

²⁹ À cet égard, le Conseil d'État a rappelé, dans sa décision rendue dans l'affaire Groupe Canal Plus, qu'« il incombe à l'Autorité de la concurrence d'user des pouvoirs d'interdiction, d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties, qui lui sont conférés par les dispositions des articles L. 430-6 et suivants du code de commerce, à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération ».

³⁰ Décision de l'Autorité n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus et décision du Conseil d'État du 21 décembre 2013.

³¹ Décision de l'Autorité n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018 relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle « plats cuisinés » ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo.

a priori, inenvisageables.

345. De manière générale, tant pour les engagements que pour les injonctions, le critère de proportionnalité n'impose pas qu'il soit remédié aux atteintes à la concurrence nettes des gains d'efficacité éventuellement liés à l'opération. Néanmoins, dès lors qu'il est possible de remédier tout aussi efficacement aux effets anticoncurrentiels de l'opération tout en préservant ces gains d'efficacité, les mesures correctives correspondantes ont *a priori* la préférence de l'Autorité.

b. Principes généraux de procédure

Procédure de dépôt des engagements

346. Les engagements peuvent être proposés par les parties à différents moments de la procédure :

- pendant la phase de pré-notification ;
- à l'occasion de la notification ;
- à tout moment avant l'expiration du délai de la procédure de phase 1, tant que la décision de l'Autorité n'est pas intervenue ; lorsque les engagements sont reçus par l'Autorité, le délai de la procédure est automatiquement prolongé de quinze jours ouvrés. Pour finaliser leurs engagements, les parties peuvent également demander à l'Autorité de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de quinze jours ouvrés ;
- en cas de procédure de phase 2, après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi et à tout moment avant l'expiration du délai de la procédure de phase 2, tant que la décision de l'Autorité n'est pas intervenue ; lorsque des engagements ou des modifications apportées à des engagements déjà proposés sont transmis à l'Autorité moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai de soixante-cinq jours initialement prévu, le délai dans lequel elle doit prendre sa décision expire vingt jours ouvrés après la date de leur réception, dans la limite de quatre-vingt-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi ;
- en cas d'évocation de l'affaire par le ministre chargé de l'économie, dont la décision peut être conditionnée à leur mise en œuvre effective. L'objet des engagements acceptés dans ce cadre peut éventuellement être élargi aux motifs d'intérêt général (autres que le maintien de la concurrence, notamment le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi) sur le fondement desquels le ministre statue sur l'opération en cause.

347. La teneur des engagements dépend de la phase à laquelle ils sont proposés. Les engagements de phase 1 ne doivent pas répondre au même standard de preuve que ceux de phase 2 dans la

mesure où les premiers ont pour objectif de dissiper des doutes, alors que les seconds visent à empêcher la réalisation d'une restriction de concurrence³². Les engagements pris à l'issue d'une décision de phase 2 ont en effet pour objet de prévenir une atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante, alors que les engagements de phase 1 ont pour finalité de dissiper tout doute sérieux à ce sujet³³.

348. Les engagements proposés, s'ils ne sont pas *prima facie* insuffisants, sont susceptibles d'être testés auprès des acteurs du marché. Par ailleurs, les présenter à un stade trop avancé de la procédure peut entraîner l'interdiction de l'opération ou nécessiter l'imposition d'injonctions.

Procédure du prononcé des injonctions par l'Autorité

Injonction pour défaut d'engagements suffisants

349. À l'issue d'une procédure de phase 2, en cas d'absence d'engagement ou d'engagements insuffisants et si une décision d'interdiction de l'opération apparaît disproportionnée au regard des effets anticoncurrentiels identifiés, l'Autorité peut imposer des mesures ciblées adéquates pour compenser ces effets. À l'instar des engagements, ces mesures pourront être testées auprès des acteurs du marché.
350. L'Autorité peut imposer des injonctions si elle considère, sur la base des éléments réunis au cours de l'instruction, que la proposition d'engagements, qui n'apporte que des évolutions marginales à la structure et à la portée de l'engagement initialement proposé, n'est pas de nature à répondre aux préoccupations de concurrence identifiées.
351. Les injonctions ainsi imposées ne sauraient excéder ce qui est nécessaire au rétablissement d'une concurrence suffisante, conformément à ce qu'a jugé le Conseil d'État dans une [décision du 21 décembre 2012](#) relative au recours formulé contre la décision n° 12-DCC-100 par la société Groupe Canal Plus.

Injonction pour inexécution d'engagements

352. Depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, le troisième alinéa du IV de l'article [L. 430-8](#) prévoit qu'en cas d'inexécution d'un engagement, l'Autorité peut « *Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article [L. 464-2](#), aux parties auxquelles incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée* ».
353. En vertu de ces dispositions, lorsque l'Autorité constate qu'un engagement pris n'a pas été respecté, elle peut être amenée à le remplacer par une ou des injonctions nouvelles qui fixent un nouveau calendrier d'exécution des obligations souscrites dans les premiers engagements en plaçant leur exécution éventuellement sous le contrôle d'un mandataire. À ces injonctions,

³² Décision du Tribunal de l'Union européenne du 4 juillet 2006 T-177/04 EasyJet Airline Co. Ltd.

³³ Décision du Tribunal de l'Union Européenne du 7 juin 2013 T-405/08 Spar Österreichische Warenhandels.

l'Autorité peut ajouter une sanction pécuniaire.

Publicité des mesures correctives

354. La publicité donnée aux mesures correctives diffère selon leur type. Certains éléments des mesures structurelles peuvent être soumis au secret (le calendrier des cessions, par exemple), alors que les mesures comportementales sont généralement rendues publiques dans leur intégralité, ce qui permet aux autres acteurs du marché de surveiller leur respect pendant toute la durée de leur exécution.

c. Les mesures structurelles

Objectifs spécifiques des mesures structurelles

355. Les mesures correctives structurelles ont généralement pour objectif de garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents. Ce type de mesures est particulièrement pertinent pour remédier à des problèmes de concurrence horizontaux.

356. L'ensemble des mesures suivantes peut répondre à ce type d'objectifs, en fonction des circonstances de l'espèce :

- cession d'actif(s) matériels : filiales, magasins, usines, dépôts, agences, contrats ;
- cession d'actifs immatériels : contrats, marques, autorisations d'exploitation ;
- rupture d'un contrat de franchise ;
- non-acquisition d'un actif inclus dans le périmètre initial ;
- modification définitive de clauses statutaires ou contractuelles ;
- suppression d'un lien structurel avec un concurrent ;
- cession de participation capitalistique minoritaire.

357. Cette liste et les exemples qui suivent ne sont pas limitatifs, des mesures correctives spécifiques pouvant être adaptées à chaque cas d'espèce.

358. Les principales mesures structurelles sont détaillées ci-après.

La cession d'activité

Les caractéristiques de l'activité cédée

359. Pour qu'une cession d'activité puisse constituer un remède efficace, elle doit comprendre tous les actifs et l'ensemble du personnel nécessaires à son bon fonctionnement.

360. Ce périmètre doit être décrit, avec précision et sans ambiguïté, dans la mesure corrective. Les

immobilisations corporelles et incorporelles cédées (marques, droits de propriété intellectuelle, savoir-faire et fonds de commerce) doivent être détaillées. Les parties doivent préciser quelles sont les licences, permis et autorisations délivrés par les organismes publics, nécessaires au développement de l'activité cédée, et les inclure explicitement dans le périmètre de cession. Elles doivent expliciter quels sont les contrats clients transmis. Elles doivent aussi indiquer, de manière générale, quel est le personnel transféré, y compris le personnel détaché, et mentionner les équipes ou les membres essentiels à la viabilité et la compétitivité de l'activité qu'elles s'engagent à transférer avec la propriété de l'activité et à ne pas débaucher postérieurement à la réalisation de la cession, cette mesure étant généralement prise pour une période de deux ans. Enfin, elles doivent mentionner la détention par des tiers de droits leur permettant de s'opposer à la cession ou d'en contraindre les termes (associés, bailleurs, partenaires dans l'exécution d'un contrat important pour la viabilité de l'entreprise, etc.) et, de façon plus générale, tout risque, avéré ou potentiel, de nature à mettre en cause la viabilité, la compétitivité ou la cessibilité des actifs (procédures contentieuses en cours, changements de réglementation, mise aux normes, etc.).

361. Afin d'apprécier si ces critères sont remplis, l'Autorité peut demander aux parties de lui communiquer les informations prévues par l'article [L. 141-1](#) du code de commerce qui dresse la liste des mentions obligatoires à faire figurer sur l'acte de cession d'un point de vente, en particulier :
- l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;
 - le chiffre d'affaires réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente ;
 - les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ;
 - le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.
362. L'actif objet de la mesure corrective doit présenter toutes les caractéristiques structurelles de nature à garantir *prima facie* la mise en œuvre de ladite mesure sans difficulté. Ainsi, par exemple, l'Autorité pourra interroger les parties sur la viabilité économique de l'actif objet de la mesure corrective en analysant notamment ses comptes sociaux et son rapport annuel. L'actif cédé ne pourra pas être déficitaire, sauf à apporter des éléments de preuve suffisants relatifs à la cessibilité dudit actif. Afin de lever tout doute sur la cessibilité de l'actif, les parties peuvent envisager de soumettre à l'Autorité un engagement de type « règlement préalable » (ou « *fix-it-first* », résiliation anticipée des engagements). Elles peuvent également s'engager à procéder à des investissements ou à réaliser des travaux, prévus avant le projet d'opération.
363. Il est demandé aux cédants de s'engager à préserver, jusqu'à la réalisation de la cession, la viabilité des actifs cédés (voir les paragraphes 78 et suivants).
364. Sur les marchés sur lesquels la concurrence s'organise essentiellement autour d'appels d'offres,

les cessions peuvent comprendre à titre essentiel, avec l'accord des autorités organisatrices, les contrats détenus par les opérateurs, éventuellement accompagnés des actifs nécessaires à leur mise en œuvre.

Exemple 1 : dans sa décision n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, l'Autorité a considéré que le fait de céder des délégations de service public et les actifs afférant à ces réseaux permettait à de nouveaux acteurs ou des concurrents existants de contourner les barrières à l'entrée et d'acquérir une expérience valorisable dans de futurs appels d'offres, où le nombre de candidatures devrait augmenter à l'avenir.

Exemple 2 : dans sa décision n° 11-DCC-34 du 25 février 2011, l'Autorité a considéré que le fait de proposer aux collectivités locales de résilier unilatéralement les contrats de délégation de service public permettait de donner aux concurrents une opportunité d'implantation locale et ainsi de résoudre les problèmes de concurrence.

365. La cession peut aussi porter sur des actifs incorporels comme des brevets, des licences ou des marques, de façon autonome si cette cession est suffisante pour remédier aux atteintes à la concurrence identifiées ou en complément de la cession d'autres types d'actifs.
366. L'Autorité a également accepté, afin de remédier à des effets horizontaux, l'engagement d'une entreprise consistant à céder son portefeuille de clients et à ne pas solliciter ou réaliser de ventes auprès des clients cédés pendant une période de cinq ans.

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-12 du 31 janvier 2017, l'Autorité a considéré que la cession d'un portefeuille client, avec rupture des contrats des clients refusant le transfert, et l'interdiction de renouer une relation commerciale avec les cédés pendant 5 ans, accompagnée d'une proposition de licence exclusive pour fabriquer et vendre les produits sur les marchés affectés par l'opération, permettait d'écarter les risques d'atteinte à la concurrence.

367. Les parties peuvent s'engager à céder des actifs de substitution, par exemple lorsqu'il existe des incertitudes sur la cessibilité³⁴, la viabilité ou la compétitivité des actifs proposés par les parties³⁵. Dans une [décision du 15 avril 2016](#) relative au recours de la société Primagaz contre la décision n° 15-DCC-53, le Conseil d'État a précisé toutefois que, lorsque l'Autorité accepte un engagement de substitution, celui-ci constitue un « *élément de sa décision d'autorisation, qui ne saurait, sans qu'il soit porté atteinte à la possibilité de contester la légalité de celle-ci devant le juge de l'excès de pouvoir, rester confidentiel* ». Dès lors, les engagements de substitution et leurs modalités de mise en œuvre sont rendus publics à l'égard des tiers.
368. L'engagement de substitution peut consister en la substitution *stricto sensu* de l'objet de l'engagement par un autre, si et seulement si le second permet de résoudre, de manière au moins

³⁴ Décision de l'Autorité n° 18-DCC-148 du 24 août 2018, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Jardiland par la société InVivo Retail.

³⁵ Décision de l'Autorité n° 19-DCC-36 du 28 février 2019 relative à la prise de contrôle du groupe Marie Brizard par la société Cofepp.

équivalente au premier, le problème de concurrence observé. Un tel engagement de substitution peut également consister en l'extension du périmètre du premier engagement, lorsque celui-ci n'est pas réalisé dans un délai déterminé.

Exemple : dans sa décision n° 19-DCC-36 du 28 février 2019, l'Autorité a considéré que l'extension du périmètre de cession d'une marque au niveau mondial si jamais la cession au niveau national n'intervenait pas dans les délais constituait un engagement de substitution valable.

369. Par ailleurs, les parties peuvent s'engager à céder un actif, parmi plusieurs, lesquels sont tous considérés par l'Autorité comme résolvant le problème de concurrence identifié.

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-95 du 23 juin 2017, l'Autorité a considéré qu'Elsan pouvait s'engager à céder une clinique parmi une liste de trois afin de résoudre les risques d'atteintes à la concurrence dans la région Auvergne.

370. Enfin, les mesures correctives doivent prévoir que les cédants ne fassent pas l'acquisition des actifs qu'ils ont cédés pendant une période généralement fixée à dix ans à compter de la décision de l'Autorité.

Les caractéristiques de l'acquéreur approprié

371. Une cession d'activité n'est efficace que si l'acquéreur est approprié, c'est-à-dire si :

- il est indépendant des parties, d'un point de vue capitalistique et contractuel ;
- il possède les compétences et la capacité financière adéquates pour exploiter de manière pérenne et développer l'activité qu'il a acquise et concurrencer efficacement les parties ;
- l'acquisition n'est pas susceptible de créer de nouvelles atteintes à la concurrence.

372. L'Autorité ne dispose que de la possibilité d'agréer ou non un acquéreur qui lui est présenté et de vérifier qu'il est un concurrent actuel ou potentiel viable, indépendant des parties et sans aucun lien avec elles, qui possède des ressources financières, des compétences confirmées et la motivation nécessaire pour pouvoir préserver et développer la capacité de l'activité, mais également concurrencer activement les parties. Dans le cadre de l'instruction de cette demande d'agrément, l'Autorité prend en compte l'activité actuelle du repreneur envisagé, mais aussi son projet pour l'exploitation de l'actif repris, afin de vérifier que ce repreneur est en mesure de rétablir une concurrence effective et suffisante sur le(s) marché(s) concerné(s). L'Autorité fonde sa décision relative à la demande d'agrément sur les termes de la décision d'autorisation,

en particulier au regard des effets que les engagements visaient à résoudre³⁶.

373. L'identification de l'acquéreur peut se faire selon trois modalités :

- avant l'adoption de la décision (« règlement préalable ») ;
- après l'adoption de la décision d'autorisation par l'Autorité, mais avant la réalisation de l'opération (« *up-front buyer* ») ;
- dans un délai fixé après l'adoption de la décision par l'Autorité et la réalisation de l'opération.

L'engagement de type « règlement préalable »

374. Les parties peuvent notifier l'opération en présentant d'emblée un acquéreur pour l'activité ou la partie de l'activité dont l'acquisition pose des problèmes de concurrence. Dans ce cas, l'Autorité apprécie les effets de l'opération en tenant compte de la cession prévue.

Exemple : dans sa décision n° 19-DCC-15 du 29 janvier 2019, l'Autorité a considéré que la proposition de Dr. Oetker de conclure un contrat de licence de la marque Ancel pour les desserts à préparer avec Sainte Lucie, avant la prise de contrôle effective d'Alsa, constituait un engagement proportionné et répondant aux problématiques de concurrence.

375. Dans une [décision du 6 juillet 2016](#), Totalgaz SAS, le Conseil d'État a toutefois rappelé que, nonobstant le caractère contraignant pour les parties d'un tel engagement, elles se devaient de proposer un engagement suffisant pour prévenir les atteintes à la concurrence sur le marché concerné.

376. Les mesures de règlement préalable peuvent s'imposer lorsque l'identité de l'acquéreur est essentielle à l'efficacité de la mesure corrective proposée. [La communication consolidée de la Commission](#) précise à ce sujet qu'« *il s'agit de situations dans lesquelles, compte tenu des circonstances, seul un nombre très restreint d'acquéreurs potentiels peuvent être jugés appropriés, eu égard notamment au fait que l'activité cédée n'est pas viable en tant que telle mais ne pourra l'être que grâce à certains actifs de l'acquéreur, ou dans lesquelles l'acquéreur doit présenter des caractéristiques spécifiques pour que la mesure corrective permette de résoudre les problèmes de concurrence* ».

377. La cession peut ne pas être encore réalisée, voire être conditionnée à la réalisation de l'opération notifiée, mais elle ne doit pas être une simple hypothèse et doit avoir fait l'objet d'accords contraignants. En fonction de l'état d'avancement de la réalisation de cette cession, elle peut soit faire partie des éléments notifiés, tout retour en arrière mettant alors en cause la sincérité de la notification elle-même, soit faire explicitement l'objet d'engagements. La solution du règlement préalable présente pour les parties l'avantage de pouvoir négocier la cession des

³⁶ Décisions du Conseil d'État du 26 juillet 2018 n° 414657 et 414654 Fnac et M. A et autres.

actifs concernés en dehors de la contrainte liée à l'existence d'engagements pris devant l'Autorité, qui peuvent encourager des comportements attentistes ou opportunistes de la part d'acquéreurs potentiels. L'Autorité est cependant attentive à ce que cette solution ne favorise pas une coordination des comportements sur les marchés en cause.

L'engagement de type « up-front buyer »

378. La décision d'autorisation peut être prise sous réserve que les parties s'engagent à ne pas procéder à la réalisation effective de l'opération avant que l'Autorité ait agréé un acquéreur approprié pour les actifs concernés. Cette modalité modifie les incitations des parties et limite le risque qu'elles s'engagent à céder des actifs lorsqu'elles ont connaissance de difficultés particulières susceptibles de s'opposer à la cession alors que ces difficultés n'ont pas été explicitement portées à la connaissance de l'Autorité.

Exemple : dans sa lettre [C2002-14](#) du 17 mai 2002, le ministre chargé de l'économie a considéré qu'en raison des doutes sur la possibilité de trouver un repreneur viable pour les actifs que Panzani s'engageait à céder, ce dernier devait suspendre la réalisation de la prise de contrôle de Lustucru jusqu'à ce que l'Autorité agréé un repreneur pour les actifs cédés.

379. Les engagements de « règlement préalable » et d'« up front buyer » pourront être favorisés lorsque les circonstances le justifient, en particulier :

- lorsqu'aucun acquéreur potentiel n'a pu être identifié pendant l'instruction ;
- lorsqu'il existe des incertitudes liées à des droits de préemption détenus par des tiers, à la possibilité de transférer des contrats clés ou des droits de propriété intellectuelle ;
- lorsqu'il existe de sérieux doutes sur la viabilité et la cessibilité des actifs ou des risques de dégradation de la valeur de l'activité.

L'engagement déposé après l'adoption de la décision et la réalisation de l'opération, dans un délai fixé

380. Lorsque les mesures doivent être mises en œuvre dans un délai fixé par les engagements, les parties, une fois l'acquéreur identifié, doivent en informer l'Autorité qui donne son agrément si cet acquéreur répond aux conditions ci-dessus. Cette modalité a été la plus couramment utilisée jusqu'à présent, mais l'expérience de l'Autorité en la matière montre que les incitations des parties à proposer de céder des actifs, libres de toute contrainte quant à leur cessibilité et suffisamment viables et compétitifs pour intéresser d'éventuels repreneurs, sont alors faibles. Les délais encadrant la décision de l'Autorité et les fortes asymétries d'information qui existent entre l'Autorité et les parties font qu'il est difficile de compenser cette faible incitation par l'analyse de la viabilité et de la compétitivité des actifs proposés à laquelle procède le service des concentrations, même en s'appuyant sur une consultation des acteurs du marché.

381. De ce fait, un nombre trop important d'engagements de cession sont difficilement réalisés, dans des délais trop longs, ou doivent faire l'objet de demandes de révision, aucun repreneur ne pouvant être trouvé pour les cessions prévues par les engagements initiaux. Or, la cession vise à remédier aux effets de l'opération, lesquels perdurent tant qu'elle n'a pas été réalisée. De plus, le maintien de la viabilité des actifs dépend souvent de la rapidité avec laquelle la cession est exécutée. Un engagement de substitution, portant sur des actifs dont la cessibilité et la viabilité posent *a priori* moins de difficultés, peut constituer une solution de second rang, dans la mesure où elle suppose l'échec dans un premier temps de la cession d'un premier ensemble d'actifs.

Les délais de cession

382. Les délais de cession, dans le cas où ils sont fixés par les mesures correctives sans que la réalisation effective de l'opération soit conditionnée à l'agrément d'un acquéreur, doivent être les plus brefs possibles. En effet, la concurrence n'est pas préservée tant que la cession n'est pas réalisée et l'efficacité de mesures de transition visant à maintenir la viabilité et la compétitivité des actifs ne peut être assurée que pendant une période limitée. Pour apprécier le délai de cession proposé, l'Autorité tient compte des circonstances de l'espèce et de l'intérêt légitime des parties à protéger la valeur de leurs actifs.

383. Ce délai varie selon la complexité de la mise en œuvre de l'opération, mais il est généralement inférieur à un an.

La suppression de liens structurels entre des concurrents

384. Dans certains cas, pour rompre le lien avec un concurrent important, les mesures correctives peuvent prévoir la cession de participations minoritaires chez ce concurrent ou dans une entreprise détenue en commun, afin de réduire ou supprimer les effets d'un chevauchement de parts de marché ou les effets de la présence des parties sur un marché verticalement relié ou connexe.

385. Les mesures correctives peuvent aussi, à titre exceptionnel, consister en un renoncement aux droits liés à des parts minoritaires, sans céder ces parts. Le renoncement doit avoir les mêmes effets concurrentiels qu'une cession de part. Il doit être permanent et couvrir tous les droits susceptibles d'avoir une influence sur les comportements concurrentiels, tels que la représentation à un conseil d'administration, des droits de veto et des droits à l'information.

386. Des mesures correctives visant à supprimer les liens structurels entre des concurrents ont été mises en œuvre dans différentes opérations.

Exemple 1 : dans sa décision [M.2690](#) du 9 avril 2002, la Commission a accepté un engagement de sortie d'une entreprise commune qui visait à rompre certains liens structurels susceptibles de favoriser l'adoption et la stabilité d'un comportement coordonné.

Exemple 2 : dans sa décision [M.2567](#) du 8 novembre 2001, la Commission a accepté un

engagement consistant en la suppression de représentants au conseil d'administration d'une entreprise concurrente. Une telle mesure a également fait l'objet d'une injonction de l'Autorité dans sa décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012, s'agissant de la participation minoritaire détenue par la société Groupe Canal Plus dans la société Orange Cinéma Séries.

La résiliation des contrats de franchise

387. L'objet des mesures correctives structurelles peut également porter sur les relations contractuelles entre une entreprise franchiseur et un ou plusieurs de ses magasins franchisés. Afin de supprimer un chevauchement d'activités et permettre à un concurrent d'exercer une pression concurrentielle sur les magasins de la nouvelle entité, les parties peuvent proposer la résiliation unilatérale par le franchiseur (la partie notifiante ou la cible) du contrat de franchise du point de vente faisant l'objet desdites mesures. Cette résiliation doit être réalisée dans un délai fixé par la lettre d'engagements ou par les injonctions, à compter de la date de notification de la décision. Compte tenu des incertitudes de mise en œuvre pesant sur ce type d'engagements, ils ne seront en général acceptés que si des cessions d'actifs sont impossibles.
388. Les parties doivent rechercher, aux côtés de l'entité qui exploite le ou les magasins concerné(s), une solution de remplacement auprès d'un franchiseur concurrent, actif sur le même marché que celui affecté par l'opération.

d. Les mesures comportementales

Objectifs spécifiques des mesures comportementales

389. Les mesures correctives comportementales ont généralement pour objectif de préserver ou de favoriser l'accès des concurrents actuels ou potentiels au marché. Cet accès est généralement menacé par des risques de verrouillage des marchés amont ou aval, directement liés aux effets verticaux de l'opération, ou par l'exercice d'un effet de levier lié aux effets congloméraux de l'opération. Plus rarement, des mesures visant à abaisser les barrières à l'entrée sur un marché peuvent permettre de remédier aux effets d'une addition de parts de marché en l'absence de mesures structurelles adaptées.
390. L'ensemble des mesures suivantes peut répondre à ce type d'objectifs en fonction des circonstances de l'espèce :
- l'octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures, de manière non-discriminatoire et transparente ;
 - l'interdiction de ventes couplées³⁷ ;

³⁷ Décisions de l'Autorité n° 17-DCC-12 du 31 janvier 2017 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Anios par le groupe Ecolab et n° 16-DCC-55 du 22 avril 2016 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Groupe Aqualande par la société Labeyrie Fine Foods et

- l'octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies³⁸ ;
- la modification de clauses statutaires ou contractuelles pour une durée déterminée ;
- l'aménagement des conditions de distribution, ou d'approvisionnement d'un produit³⁹ ;
- l'encadrement de comportements commerciaux⁴⁰ ;
- l'encadrement de l'organisation d'appels d'offres privés⁴¹ ;
- la non-divulgence d'informations sensibles⁴² ;
- la divulgation d'informations sur une base non exclusive ;
- la séparation juridique, commerciale ou comptable des entités concernées.

391. Cette liste et les exemples qui suivent ne sont pas limitatifs, des mesures correctives spécifiques pouvant être adaptées à chaque cas d'espèce et certaines d'entre elles pouvant faire l'objet d'une mesure de règlement préalable.

392. En ce qui concerne l'accès des concurrents aux intrants, les mesures peuvent, par exemple, porter sur l'accès à des infrastructures, à des informations ou à tout autre type d'intrant, directement ou via la limitation des exclusivités dont peut bénéficier la nouvelle entité.

Exemple 1 : dans sa décision n° 10-DCC-02 du 12 janvier 2010, l'Autorité a accepté un engagement consistant à garantir aux concurrents de l'opérateur de transport de personnes urbain et interurbain un accès non-discriminatoire aux informations et services propres à favoriser l'intermodalité entre transport routier et transport ferroviaire.

Exemple 2 : dans sa décision n° 17-DCC-42 du 3 avril 2017, l'Autorité a accepté un engagement des parties consistant à mettre à disposition des concurrents potentiels un ensemble d'informations nécessaires pour formuler la demande d'agrément permettant d'entrer sur le marché ou d'exercer la mission d'éco-organisme, une fois agréé.

la coopérative agricole Les Aquaculteurs Landais.

³⁸ Décision de la Commission M.8124 du 6 décembre 2016 Microsoft/LinkedIn.

³⁹ Décision de l'Autorité n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux.

⁴⁰ Décision de l'Autorité n° 18-DCC-142 du 23 août 2018 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés SDRO et Robert II par la société Groupe Bernard Hayot.

⁴¹ Décision de l'Autorité n° 16-DCC-167 du 31 octobre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Aéroports de Lyon par la société Vinci Airports.

⁴² Décision de l'Autorité n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire.

Exemple 3 : dans ses décisions n° 11-DCC-134 du 2 septembre 2011 et n° 18-DCC-142 du 23 août 2018, l'Autorité a considéré que la position du Groupe Bernard Hayot sur les marchés de l'approvisionnement en produits de grande consommation à la Martinique justifiait des engagements visant à préserver l'accès de ses concurrents sur les marchés de la distribution à dominante alimentaire aux produits et aux budgets de coopération commerciale.

393. En ce qui concerne l'accès à la clientèle, l'Autorité a également accepté à plusieurs reprises des engagements comportementaux.

Exemple 1 : dans sa décision n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009, l'Autorité a accepté les engagements pris par le groupe SNCF à l'occasion de la prise de contrôle de la société Novatrans s'agissant de l'organisation d'une mise en concurrence par voie d'appel d'offres entre les différentes entreprises ferroviaires pour la traction des trains.

Exemple 2 : dans sa décision n° 16-DCC-167 du 21 octobre 2016, l'Autorité a accepté que la société Vinci Airports s'engage à appliquer des règles précises lors de la passation de marchés de travaux, de fourniture et de services afin de prévenir des effets verticaux.

394. En ce qui concerne les mesures comportementales visant à empêcher l'exercice d'un effet de levier, elles consistent souvent en un encadrement des pratiques commerciales des entreprises concernées.

Exemple 1 : dans sa décision n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009, l'Autorité a accepté un engagement visant à mettre en place une commercialisation séparée des espaces publicitaires sur TF1, d'une part, et TMC-NT1, d'autre part, par des régies distinctes.

Exemple 2 : dans sa décision n° 12-DCC-20 du 7 février 2012, l'Autorité a accepté que la société Électricité de Strasbourg s'engage à ne pas commercialiser d'offres couplées s'appuyant sur sa capacité à offrir des tarifs réglementés en gaz ou en électricité.

Exemple 3 : dans sa décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014, l'Autorité a considéré que sur les marchés de la télévision payante et gratuite, les mesures correctives consistant en des interdictions d'achats couplés étaient nécessaires pour prévenir l'exercice par le groupe Canal Plus d'un effet de levier entre sa puissance d'achat sur les marchés de la télévision payante et ses acquisitions de droits de diffusion pour la télévision gratuite.

395. Des mesures correctives comportementales visant à limiter les barrières à l'entrée pour de nouveaux entrants ont été mises en œuvre dans le cadre notamment de la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 concernant une fusion sur un marché en duopole, ainsi que dans les décisions n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, n° 15-DCC-104 du 30 juillet 2015 et n° 15-DCC-54 du 13 mai 2015.

396. Dans certains cas, des atteintes à la concurrence par effets coordonnés ont été corrigées par

l'octroi d'une garantie d'accès, visant à renforcer des opérateurs rivaux. De telles mesures ont, par exemple, été acceptées par la Commission dans le cadre de sa décision [M.2389](#) du 20 décembre 2001.

La durée des mesures comportementales

397. Les mesures correctives comportementales sont toujours prévues pour une durée déterminée. Sauf circonstances exceptionnelles, une durée minimale de cinq ans, éventuellement renouvelable à l'issue d'une nouvelle analyse concurrentielle, est généralement jugée nécessaire pour compenser les effets sur la structure des marchés d'une opération de concentration. Toutefois, la durée des mesures correctives peut être plus longue pour préserver le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés.

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-167 du 31 octobre 2016, l'Autorité a considéré que les engagements comportementaux de Vinci dans le cadre de la prise de contrôle exclusif d'Aéroports de Lyon devaient durer le temps du contrat de concession, soit 30 ans.

e. L'articulation entre les mesures comportementales et les mesures structurelles

398. À l'instar de la Commission, l'Autorité recherche, en priorité, des mesures structurelles qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents.

399. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération. Dans certains cas, des mesures comportementales seules peuvent être retenues, par exemple lorsqu'aucun repreneur ne peut être trouvé pour les actifs qui pourraient être cédés pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés.

400. Le choix du type de mesure corrective le plus adapté est également fonction des effets de l'opération. Lorsque l'opération porte atteinte à la concurrence essentiellement en raison du chevauchement horizontal des activités entre les parties, les cessions d'actifs sont les mesures correctives les plus efficaces. En revanche, lorsqu'il faut remédier à des risques de verrouillage de marchés en amont ou en aval, des mesures comportementales visant à garantir l'accès des concurrents aux intrants ou à la clientèle peuvent s'avérer suffisantes, tout en préservant les gains d'efficacité liés à l'intégration verticale. Il en est de même pour les concentrations conglomerales.

Les mesures comportementales assorties de mesures structurelles de substitution

401. De manière générale, les mesures comportementales peuvent poser le problème de leur contrôlabilité dans le temps. Il peut ainsi être prévu une mesure structurelle de substitution au cas où les parties ne parviendraient pas au résultat voulu grâce à la mesure comportementale initiale.
402. Les mesures comportementales peuvent également être envisagées comme un préalable, temporaire ou non, à des mesures structurelles, en particulier lorsqu'une cession est difficilement envisageable.

Les mesures comportementales en complément des mesures structurelles

403. Les mesures comportementales peuvent être envisagées en complément de mesures structurelles. Par exemple, pour plusieurs opérations sur lesquelles la Commission a conclu qu'elles portaient atteinte à la concurrence du fait de la disparition d'un concurrent potentiel, des engagements combinant cessions d'actifs et obligations de conférer l'accès à des infrastructures essentielles ont été pris afin de renforcer la crédibilité des concurrents restant sur le marché.

Exemple 1 : dans sa décision [M.1630](#) du 18 janvier 2000, la Commission a considéré que la désignation d'un tiers par Air Liquide pour gérer une participation dans une entreprise commune, l'octroi de licences sur des brevets dans des conditions non discriminatoires ainsi que des cessions d'actifs permettaient d'écarter le risque de création d'une position dominante collective sur les marchés de gros de l'hélium et des gaz spéciaux destinés à l'industrie électronique.

Exemple 2 : dans sa décision [M.1853](#), du 7 février 2001, la Commission a considéré que l'engagement d'EDF de renoncer à ses droits de vote et son siège au conseil d'administration de CNR permettait à cette dernière de devenir une force concurrentielle, et que cet engagement ainsi que l'accès donné aux concurrents d'EDF à ses capacités de production par le biais d'enchères permettaient d'éliminer le renforcement de la position dominante d'EDF sur le marché français.

Exemple 3 : dans sa décision [M.1439](#) du 13 octobre 1999, la Commission a considéré que l'engagement de Telia et Telenor de laisser à leurs concurrents l'accès à la boucle locale dans des conditions non discriminatoires combiné avec des cessions dans le secteur de la télévision par câble permettait aux consommateurs de profiter du dégroupage de la boucle locale.

Exemple 4 : dans sa décision [M.7353](#) du 26 novembre 2014, la Commission a autorisé la création d'une entreprise commune entre les sociétés Airbus et Safran dans les secteurs de l'aérospatiale et de la défense sous réserve non seulement du maintien dans une structure distincte de l'activité de propulsion électrique de satellite, mais aussi de la conclusion d'un accord cadre de fourniture avec le principal client actuel de la société Safran.

2. LE SUIVI DES MESURES CORRECTIVES

a. Les principes généraux relatifs au suivi des mesures correctives

Le suivi des mesures correctives par l'Autorité

404. L'Autorité est chargée du suivi des mesures correctives prises dans le cadre d'une décision du contrôle des concentrations. Elle est ainsi seule responsable de la constatation d'un éventuel manquement aux engagements ou d'un non-respect des injonctions prononcées. Cette mission de l'Autorité a été consacrée par le Conseil d'État dans une [décision du 21 mars 2016](#), Numéricable – Groupe Canal Plus: « *Considérant qu'en vertu de ces dispositions [article [L. 430-7](#) du code de commerce] il appartient à l'Autorité de la concurrence de veiller à la bonne exécution des engagements pris par les parties devant elle aux fins de remédier aux effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration, des injonctions dont elle a assorti aux mêmes fins l'autorisation de l'opération, ou des prescriptions, imposées aux parties, [...], tout au long de la période d'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions [...]* ».
405. Les modalités du suivi des mesures correctives doivent être précisées dans la lettre d'engagements des parties ou dans les injonctions.
406. Afin de vérifier le respect de l'exécution des mesures correctives, le rapporteur peut adresser des demandes d'informations aux parties comme aux tiers et s'appuyer sur toute information spontanément fournie par les tiers ou fournie régulièrement par le mandataire. L'Autorité peut également, de sa propre initiative ou à la demande des parties, adresser au mandataire toute instruction visant à assurer la réalisation de la mesure corrective.
407. Si le recours à un mandataire n'est pas prévu par les mesures correctives, les parties doivent fournir toute information relative au suivi des mesures directement à l'Autorité.

L'intervention d'un mandataire

Nomination et révocation du mandataire

408. Il est généralement demandé aux parties de prévoir le recours à un mandataire chargé de surveiller la bonne exécution des mesures correctives, structurelles ou comportementales, et d'en rendre compte à l'Autorité.

409. Les stipulations relatives aux conditions de nomination et révocation du mandataire sont largement communes aux deux types de mesures correctives.
410. Les parties doivent, dans un délai défini par la lettre d'engagements ou par les injonctions, proposer une liste d'au moins trois personnes ou sociétés qui pourront être désignées mandataires. L'Autorité agréée alors un ou plusieurs mandataires des proposés. Dans le cas où plusieurs mandataires sont agréés par l'Autorité, les parties sont libres de choisir le mandataire en charge du suivi de l'engagement ou de l'injonction. Si l'Autorité n'agrée aucun des mandataires proposés, une nouvelle liste doit être soumise par les parties dans un délai d'une semaine. En cas de nouveau refus, l'Autorité désigne elle-même, et aux frais des parties, le mandataire de son choix.
411. Le mandataire doit répondre à trois conditions pour être agréé par l'Autorité. Il doit être indépendant des parties, avoir les compétences requises pour mener à bien sa mission et ne doit pas faire l'objet d'un conflit d'intérêts ni créer durant l'exécution du mandat.
412. L'Autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation pour l'approbation du contrat de mandat proposé, sous réserve de toutes modifications qu'elle estime nécessaires pour l'accomplissement de ses obligations.
413. Une fois le mandataire agréé par l'Autorité, son nom et ses coordonnées sont rendus publics sur le site Internet de l'Autorité, dans la page où la décision concernée par les engagements ou les injonctions a été publiée.
414. Le mandat prend automatiquement fin dès que l'Autorité constate que l'ensemble des mesures correctives a été réalisé pour la durée prévue par la lettre d'engagements ou par les injonctions. Le mandat peut également être révoqué par (i) le mandataire pour une cause justifiée et en fournissant un préavis écrit aux parties et une copie à l'Autorité, (ii) les parties après autorisation de l'Autorité et (iii) l'Autorité de sa propre initiative si elle considère que le mandataire n'exerce pas sa mission de façon adéquate.

Missions du mandataire

415. Le mandataire agit pour le compte de l'Autorité afin de garantir le respect par les parties des mesures correctives. Il accomplit les tâches visées dans le contrat de mandat en conformité avec le plan de travail et ses versions révisées, approuvés par l'Autorité. Il assure, en outre, le maintien de son indépendance vis-à-vis des parties et respecte les dispositions du contrat de mandat relatives aux conflits d'intérêt.
416. Les parties apportent au mandataire chargé du suivi des mesures correctives coopération et assistance administrative et de gestion en lui fournissant toute information requise pour l'accomplissement de ses tâches.
417. Le mandataire peut proposer aux parties toute mesure qu'il considère nécessaire pour assurer

le respect des mesures correctives. Il peut notamment proposer à l'Autorité des mesures nécessaires, dans l'hypothèse où les parties ne respecteraient pas les propositions du mandataire dans les délais qu'il a fixés.

418. D'une façon générale, le mandataire établit régulièrement des rapports sur le suivi des mesures correctives à l'attention de l'Autorité et lui soumet toute difficulté rencontrée dans le cadre de ses missions.

b. Le suivi spécifique des mesures structurelles

419. Il est demandé aux parties de s'engager au maintien, jusqu'à la réalisation de la cession, de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la capacité compétitive des actifs à céder, notamment en s'abstenant de toute mesure ayant un impact défavorable sur leur valeur économique, sur leur gestion ou portant préjudice à leur périmètre d'activité.
420. Dans un premier temps, un mandataire peut être chargé de veiller à ce maintien (« mandataire chargé du contrôle ») et, en particulier, à minimiser, autant que possible, le risque de perte de compétitivité des actifs du fait d'un changement dans la gestion courante, la stratégie industrielle ou commerciale, la politique d'investissement ou la disponibilité des ressources nécessaires, notamment en personnel clé. Il s'assure aussi que les actifs cédés sont gérés de façon indépendante, distincte et séparée des activités non cédées. À cet effet, il peut être amené à représenter les intérêts de la partie cédante dans les organes de direction des activités à céder. Lorsque les mesures correctives prévoient qu'une première période est laissée aux parties pour trouver elles-mêmes un acquéreur (« première période de cession »), le mandataire chargé du contrôle vérifie également l'état d'avancement du processus de cession et de la recherche d'acquéreurs potentiels, en veillant notamment à ce que ceux-ci reçoivent une information suffisante. Le mandataire établit régulièrement des rapports de suivi à l'Autorité relatifs à la fois au maintien de la viabilité des actifs à céder et à l'état d'avancement des cessions à réaliser. Par ailleurs, il établit un rapport sur la viabilité et la capacité à animer la concurrence de l'acquéreur proposé à l'agrément de l'Autorité.
421. Dans un second temps, un mandataire peut être chargé de permettre la réalisation de la cession d'actifs en trouvant un repreneur adéquat (« mandataire chargé de la cession »). Au plus tard un mois avant la fin de la première période de cession, les parties doivent alors soumettre à l'Autorité pour agrément une liste d'au moins trois personnes qui pourront être désignée(s) mandataire chargé de la cession. Le processus d'agrément du mandataire, qui peut être le mandataire chargé du contrôle, est identique à l'agrément de ce dernier. Le mandataire chargé de la cession établit un rapport sur la viabilité et la capacité à animer la concurrence de l'acquéreur proposé pour agrément à l'Autorité. Les parties doivent accorder au mandataire tous les pouvoirs nécessaires afin de formaliser contractuellement la ou les cessions auxquels elles se sont engagées et qui n'auraient pas été réalisées au cours de la première période de

cession.

422. Dans tous les cas, le mandataire proposé par les parties doit être agréé par l'Autorité. Les décisions d'agrément et de refus d'agrément des mandataires sont publiées sur le site de l'Autorité, sur la page où la décision concernée a été rendue publique.
423. Pour favoriser la réalisation rapide de la cession, ce ou ces mandataires doivent être nommés le plus rapidement possible. Lorsque des risques particuliers pèsent sur le maintien de la viabilité et de la cessibilité des actifs à céder, il peut être souhaitable de réduire la durée de la phase qui s'ouvre à l'issue de la décision jusqu'à l'agrément du mandataire par l'Autorité. Il peut alors être demandé aux parties de ne pas réaliser l'opération avant qu'un délai raisonnable se soit écoulé pour permettre la désignation du mandataire.

Exemple : dans sa décision [M.5984](#) du 26 janvier 2011, la Commission a considéré que le fait qu'Intel ne réalise le *closing* (réalisation effective de l'opération) du rachat de McAfee que 20 jours ouvrés suite à l'autorisation de l'opération offrait une durée jugée raisonnable pour trouver et agréer un mandataire.

3. LE RÉEXAMEN DES MESURES CORRECTIVES

424. Les demandes de réexamen peuvent porter aussi bien sur des engagements pris devant l'Autorité que sur des engagements pris devant le ministre chargé de l'économie antérieurement au transfert de compétences ou sur des injonctions. Un courrier motivé doit être adressé à cet effet au président de l'Autorité.
425. Le réexamen de mesures correctives peut intervenir dans deux cas de figure :
- Le réexamen à échéance de mesures correctives dont la durée était renouvelable intervient à l'issue de la première période d'exécution, en application d'une clause de rendez-vous. L'Autorité doit alors mener une nouvelle analyse concurrentielle afin de déterminer si les circonstances de droit ou de fait ayant motivé la décision initiale ont évolué au point de remettre en cause les justifications des mesures correctives. Un tel réexamen est généralement prévu dans la lettre d'engagements ou dans les injonctions et nécessite de recueillir les observations des parties.
 - Le réexamen avant le terme de l'exécution des mesures correctives :
 - i. Dans l'hypothèse où les parties considèrent que l'évolution des circonstances de droit ou de fait ayant motivé la décision initiale remet en cause la pertinence des mesures correctives (généralement des mesures comportementales) courant sur une longue durée, elles peuvent être conduites à en proposer le réexamen par l'Autorité ;

- ii. Les parties peuvent également être amenées à considérer que les objectifs poursuivis par les mesures pourraient être mieux satisfaits par des mesures différentes ;
- iii. S'agissant plus particulièrement des mesures structurelles, si des parties, qui s'étaient engagées à céder une activité dans un délai imparti, envisagent de demander une prolongation de ce délai, il leur appartient de démontrer que le non-respect de cette mesure résulte de raisons totalement indépendantes de leur volonté et qu'elles restent en mesure de céder l'activité dans un délai rapide à un repreneur agréable ;
- iv. Dans des circonstances exceptionnelles, les parties sont également susceptibles de demander la substitution d'actifs à céder.

426. La possibilité de demander le réexamen des mesures correctives par les parties est généralement prévue par la lettre d'engagements ou par les injonctions. Il appartient aux parties d'adresser à l'Autorité un mémoire motivé afin de démontrer le bien-fondé de leur demande de réexamen et de proposer, le cas échéant, des mesures alternatives.

427. Dans une [décision du 21 mars 2016](#), Numéricable – Groupe Canal Plus, le Conseil d'État a reconnu la possibilité pour l'Autorité de modifier ou d'abroger des mesures correctives au cours de leur exécution, en considérant que cette prérogative découle des dispositions qui permettent à l'Autorité de subordonner son autorisation à la réalisation effective d'engagements ou au prononcé d'injonctions faites aux parties de prendre des mesures propres à assurer une concurrence suffisante :

« En vertu de ces dispositions [de l'article [L. 430-7](#)], il appartient à l'Autorité de la concurrence de veiller à la bonne exécution des engagements pris par les parties devant elle aux fins de remédier aux effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration, des injonctions dont elle a assorti aux mêmes fins l'autorisation de l'opération, ou des prescriptions, imposées aux parties, de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence, tout au long de la période d'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions ; qu'elle tire de ces dispositions la faculté de les modifier pour en réduire ou même en supprimer la portée en fonction de l'évolution de la situation des marchés pertinents et de l'utilité de la poursuite de l'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions. »

428. Dans le même sens, dans une [décision du 28 septembre 2017](#), Société Altice Luxembourg et Société SFR Group, le Conseil d'État a rappelé et précisé les conditions dans lesquelles les parties pouvaient demander la modification des mesures correctives conditionnant la décision d'autorisation d'une concentration :

« Les parties notifiantes à l'opération de concentration peuvent, si elles s'y croient fondées, faire état devant l'Autorité de la concurrence de circonstances de droit ou de fait nouvelles de nature à justifier qu'elles soient déliées, par une décision de l'Autorité,

de tout ou partie des obligations découlant des engagements, injonctions ou prescriptions dont est assortie une autorisation de concentration, en raison soit de l'évolution de la situation des marchés pertinents et des conséquences pouvant en résulter sur la pertinence de ces engagements, injonctions ou prescriptions, soit de ce que de telles circonstances rendent l'exécution de ces engagements, injonctions ou prescriptions impossible ou particulièrement difficile. »

429. Au même titre que les mesures correctives initiales, les mesures correctives modifiées à l'issue d'un réexamen devront être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des effets anticoncurrentiels identifiés. Dans ce cadre, l'Autorité peut être amenée soit à supprimer une mesure corrective, si elle constate que celle-ci n'est plus nécessaire pour prévenir les effets anticoncurrentiels identifiés lors de l'examen initial de l'opération, soit à l'alléger ou à la modifier, si elle constate qu'elle n'est plus proportionnée aux objectifs poursuivis. Dans une [décision du 21 mars 2016](#), Numéricable – Groupe Canal Plus, le Conseil d'État a, en effet, reconnu à l'Autorité « *la faculté de modifier [les mesures correctives] pour en réduire ou en supprimer la portée* » au cours de l'exécution de la décision de concentration.
430. Afin de mener son analyse concurrentielle, dans le cadre du réexamen à échéance ou du réexamen avant le terme de l'exécution des mesures correctives, l'Autorité a la possibilité d'interroger les tiers intéressés sur les évolutions de marché constatées et sur la pertinence des mesures correctives telles qu'envisagées. L'analyse concurrentielle repose sur les évolutions de marché constatées depuis la décision initiale et contient également une analyse prospective de ces évolutions.
431. L'Autorité peut également solliciter l'avis du mandataire chargé du suivi des engagements, notamment pour recueillir ses observations sur les conditions de mise en œuvre des engagements au cours de la période précédente. La version non-confidentielle de cet avis est transmise aux parties.
432. Lorsqu'à l'issue de son analyse concurrentielle, l'Autorité estime que les mesures correctives doivent être reconduites, en tout ou en partie, compte tenu de la subsistance d'effets liés à l'opération, le service des concentrations fait part de son analyse aux parties. Elle les met en mesure de donner leur point de vue et éventuellement de le soutenir par la communication d'éléments complémentaires.
433. Les décisions de réexamen de mesures correctives issues d'une décision initiale de phase 1 sont prises par le président ou un vice-président de l'Autorité. S'agissant des décisions de réexamen de mesures correctives issues d'une décision initiale de phase 2, l'alinéa 4 de l'article [L. 461-3](#) dispose que « *Le président, ou un vice-président désigné par lui, peut adopter seul les décisions prévues à l'article [L. 462-8](#), ainsi que celles prévues aux articles [L. 464-2](#) à [L. 464-6](#) quand elles visent des faits dont l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre en application du quatrième alinéa de l'article [L. 464-9](#). Il peut faire de même s'agissant des décisions prévues*

à l'article [L. 430-5](#), des décisions de révision des mesures mentionnées aux III et IV de l'article [L. 430-7](#) ou des décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures » (soulignement ajouté).

434. La conformité à la Constitution des dispositions du dernier alinéa de l'article [L. 461-3](#), prises dans leur rédaction issue de l'article 215-8 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a été confirmée par le Conseil constitutionnel dans une [décision n°2018-702 QPC, du 20 avril 2018](#). Le Conseil constitutionnel a relevé que les dispositions précitées n'étaient pas entachées d'incompétence négative et ne méconnaissaient ni la liberté contractuelle, ni le droit de propriété, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit. Il a considéré que ces dispositions étaient justifiées par la nécessité d'assurer l'exécution effective et rapide des décisions de l'Autorité, en particulier lorsque « *l'affaire ne présente pas de difficultés particulières ou lorsque des exigences de délai le justifient* ».
435. Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel a également constaté que « [l]e président peut également renvoyer à une formation collégiale de l'Autorité de la concurrence le soin de prendre une telle décision. ».
436. Les décisions de réexamen des mesures correctives sont publiées sur le site de l'Autorité, à l'exception des modifications mineures ou de celles qui ne modifient pas les mesures correctives sur le fond, comme par exemple les décisions relatives à une demande de prolongation des délais de cession. Avant la publication, les entreprises sont mises en mesure d'indiquer les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires dans les conditions prévues à l'article [R. 430-7](#).
437. Outre ces décisions de réexamen, au cours du suivi des mesures correctives, l'évolution des circonstances de droit ou de fait propre à un secteur peut amener les parties à solliciter de l'Autorité qu'elle en précise la portée. Dans cette hypothèse, le contenu de la mesure corrective n'est pas modifié, l'Autorité en précise uniquement son application et sa portée. Dans une [décision du 21 mars 2016](#), Numéricable – Groupe Canal Plus, le Conseil d'État a estimé qu'une telle prise de position de l'Autorité pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

4. LE NON-RESPECT DES MESURES CORRECTIVES

438. Si le suivi des mesures correctives fait apparaître un doute sérieux sur l'inexécution des engagements, injonctions ou prescriptions, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité d'ouvrir une procédure de non-respect des mesures correctives qui s'imposaient aux parties. Une telle procédure peut être engagée aussi bien pour des opérations autorisées par l'Autorité pour que des opérations autorisées sous le régime antérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles [L. 430-1](#) et suivants, intervenue le 2 mars 2009.

a. La procédure

439. En vertu des derniers alinéas du IV de l'article [L. 430-8](#), la procédure applicable est « *celle prévue au deuxième alinéa de l'article [L. 463-2](#) et aux articles [L. 463-4](#), [L. 463-6](#) et [L. 463-7](#). Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés. L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés* ».
440. Pour instruire la procédure de non-respect des obligations qui incombent aux parties, un ou plusieurs rapporteurs sont désignés par le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint. Un rapport est rédigé conformément au deuxième alinéa de l'article [L. 463-2](#) et est notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné de l'ensemble des éléments sur lesquels se sont fondés les rapporteurs. Les parties et le commissaire du Gouvernement disposent de 15 jours ouvrés pour présenter un mémoire en réponse. Une séance contradictoire est ensuite organisée devant le collège de l'Autorité selon les modalités énoncées par l'article [L. 463-7](#) et le règlement intérieur de l'Autorité.
441. Au terme de cette procédure, si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération, l'Autorité prend l'une des décisions prévues au IV de l'article [L. 430-8](#).
442. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a introduit la possibilité pour l'Autorité de prononcer des injonctions en substitution de l'obligation inexécutée par les parties. L'Autorité peut ainsi imposer des mesures correctives permettant de remédier aux problèmes anticoncurrentiels identifiés dans la décision d'autorisation plutôt qu'enjoindre le respect d'engagements jusqu'alors inexécutés par les parties.
443. L'Autorité peut également prononcer une sanction pécuniaire pouvant s'élever au maximum, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise. Le montant des astreintes qui peuvent être infligées ne peut dépasser la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard à compter de la date fixée par l'Autorité.
444. La conformité de ces dispositions législatives à la Constitution a été confirmée par le Conseil constitutionnel dans une [décision n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012](#). Il a relevé en particulier que ces injonctions visaient à garantir le respect effectif des mesures correctives et avaient pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans les secteurs affectés par l'opération de concentration.

b. La mise en œuvre de la procédure de non-respect des mesures correctives

445. Depuis le 2 mars 2009, l'Autorité a sanctionné à cinq reprises des entreprises pour le non-respect des engagements pris devant elle ou le ministre.

Exemple 1 : dans sa décision n° 12-D-15 du 9 juillet 2012, l'Autorité a constaté le non-respect d'un des engagements pris par la société Bigard devant le ministre de l'économie. En effet, alors que cette société s'était engagée à signer un contrat de licence portant sur l'utilisation de la marque Valtéro pour les produits de viande bovine vendus en grandes surfaces, elle a tenté de reporter la notoriété de cette marque vers une autre marque, ce qui était de nature à décourager les candidats susceptibles d'être intéressés par la licence de marque. Une sanction pécuniaire d'un million d'euros a été prononcée à l'encontre de cette société.

Exemple 2 : dans sa décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011, l'Autorité a constaté le non-respect par le groupe Canal Plus des engagements qu'il avait pris dans le cadre de la fusion de son bouquet satellite de télévision payante avec celui de la société TPS. Elle a en conséquence, outre une sanction pécuniaire de 30 millions d'euros, retiré la décision du 30 août 2006 par laquelle le ministre avait autorisé cette opération. Dans la mesure où le bouquet satellite TPS avait disparu et où ses abonnés avaient été transférés sur les offres du groupe Canal Plus, il n'était plus possible de revenir à l'état antérieur à la concentration. L'opération de 2006 a été notifiée à nouveau le 24 octobre 2011 et autorisée, sous réserve d'injonctions par une décision du 23 juillet 2012.

446. La décision 11-D-12 de sanction a été confirmée pour l'essentiel par le Conseil d'État par une [décision du 21 décembre 2012](#). Il a notamment précisé la portée du principe de l'interprétation stricte des engagements en relevant que *« l'Autorité de la concurrence est en droit de rechercher si, alors même que serait assuré le respect formel des critères expressément prévus par un engagement que l'évolution du marché n'a pas privé de son objet, les parties ayant pris cet engagement auraient adopté des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de le priver de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir »*.
447. Le Conseil d'État a, dans la [même décision](#), confirmé que la décision de retrait devait être proportionnée à la gravité des manquements constatés, notamment à l'importance des engagements en tout ou partie non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées, aux effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir, à l'ampleur des manquements, ainsi qu'à la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. Il a, en l'espèce, constaté que le groupe Canal Plus avait manqué à des engagements qui se trouvaient au cœur du dispositif des mesures correctives prévues par la décision d'autorisation et dont la méconnaissance a eu des effets majeurs sur l'équilibre concurrentiel des marchés concernés. Il a donc confirmé la légalité du retrait de l'autorisation

de 2006.

Exemple 1 : dans sa décision n° 16-D-07 du 19 avril 2016, confirmée par le Conseil d'État, l'Autorité a constaté le non-respect par les sociétés Altice Luxembourg et SFR Group d'un des engagements auxquels été subordonnée la décision d'autorisation du rachat de la société SFR par le groupe Altice. L'Autorité a prononcé à l'encontre de ces entreprises une sanction pécuniaire d'un montant de 15 millions d'euros.

Exemple 2 : dans sa décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017, l'Autorité a constaté le non-respect par ces mêmes sociétés d'un autre engagement pris devant l'Autorité dans le cadre de la même décision d'autorisation. L'Autorité a prononcé à l'encontre de ces entreprises une sanction pécuniaire d'un montant de 40 millions d'euros, assortie de plusieurs injonctions afin de s'assurer qu'elles s'abstiennent de poursuivre les comportements constatés ou d'adopter un comportement dont l'objectif ou les effets seraient équivalents.

Exemple 3 : dans sa décision n° 18-D-16 du 27 juillet 2018, l'Autorité a constaté le manquement à plusieurs engagements de cession de magasins souscrits par le groupe Fnac à l'occasion de la prise de contrôle de la société Darty. Trois magasins n'avaient pas été cédés à un repreneur agréé par l'Autorité à l'issue de la période de cession prévue par les engagements. Outre une sanction pécuniaire de 20 millions d'euros, l'Autorité a prononcé des injonctions structurelles, en substitution des engagements de cession non exécutés, consistant en la cession de deux nouveaux magasins, en lieu et place des trois magasins initialement prévus, afin de rétablir une structure concurrentielle des marchés satisfaisante dans les zones de chalandise concernées par l'absence de cession des magasins initialement prévus.

c. L'appréciation des sanctions

448. Pour apprécier les mesures, parmi celles prévues par le IV de l'article [L. 430-8](#), qu'appelle une inexécution des mesures correctives d'une décision d'autorisation, l'Autorité prend en compte l'ensemble des circonstances de l'espèce. Elle examine notamment la nature des manquements constatés, en appréciant leur gravité et l'atteinte à la concurrence que la décision d'autorisation avait pour objet de prévenir. L'Autorité peut également prendre en compte la nature des mesures correctives souscrites, leur importance dans l'économie générale de la décision d'autorisation, ou encore le temps écoulé depuis l'opération de concentration et la durée des mesures correctives restant à courir à la date à laquelle elle statue.
449. En outre, lorsqu'elle prononce une sanction sur le fondement des dispositions du IV de l'article [L. 430-8](#), l'Autorité prend en compte, si elles sont établies, les éventuelles difficultés particulières que les parties allèguent avoir rencontrées pour exécuter leurs obligations. Dans une [décision du 28 septembre 2017](#), Société Altice Luxembourg et Société SFR Group, le

Conseil d'État a ainsi jugé que « dans le cadre d'une procédure de sanction pour manquements, les parties sanctionnées peuvent, pour soutenir que les manquements commis ne justifiaient pas la sanction prononcée, faire valoir des difficultés particulières qu'elles auraient rencontrées pour respecter leurs engagements ».

450. Enfin, les injonctions et sanctions prononcées par l'Autorité doivent être proportionnées aux manquements constatés. Plus précisément, les injonctions prononcées doivent être proportionnées à la gravité des manquements constatés et aux exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés. À cet égard, dans sa [décision précitée du 28 septembre 2017](#), le Conseil d'État a jugé que « [e]u égard à leur objet qui, outre sa portée punitive, est la préservation de l'ordre public économique, les sanctions prévues par le 1° et le 2° du IV de l'article [L. 430-8](#) du code de commerce, qui sont distinctes de la sanction pécuniaire prévue au quatrième alinéa de ce IV, doivent être proportionnées à la gravité des manquements constatés et aux exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés. Pour apprécier, dans ce cadre, la proportionnalité des injonctions sous astreinte, il y a lieu de tenir compte de l'importance des engagements en tout ou partie non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées et des effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir, de l'ampleur des manquements et de la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. » Quant à la sanction pécuniaire, elle doit également être proportionnée aux circonstances de l'espèce. La nature particulière du manquement tenant au non-respect de mesures correctives s'inscrivant dans le cadre d'une autorisation d'une opération de concentration doit être prise en compte. Il importe donc que la sanction pécuniaire imposée en cas de non-respect de mesures correctives soit fixée à un niveau suffisant pour dissuader les entreprises concernées de ne pas exécuter leurs engagements ou de proposer sciemment des engagements difficilement exécutables.

d. L'absence de droit d'accès aux éléments du dossier par les tiers

451. Conformément à l'article [L. 311-5](#) du code des relations entre le public et l'administration, les documents élaborés ou détenus par l'Autorité dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision ne sont pas communicables.
452. Ainsi, si, à la suite d'une opération de concentration dans le cadre de laquelle ont été prévues des mesures correctives, la nouvelle entité n'a pas correctement mis en œuvre ces dernières, un tiers qui s'estime lésé par le non-respect de ces engagements ou injonctions ne peut exiger de l'Autorité la transmission du rapport adressé par les services d'instruction aux parties, au collège de l'Autorité et au ministre. Par conséquent, il n'existe pas de droit d'accès au dossier pour les tiers à la procédure. Le tiers intéressé peut toutefois être entendu par les rapporteurs en charge du dossier dans le cadre de leur instruction et ses observations, versées au dossier sous

couvert de la protection du secret des affaires, peuvent être intégrées au rapport.

G. LES RECOURS

453. Le Conseil d'État est la juridiction compétente pour connaître des décisions de l'Autorité au regard de la nature juridique de celle-ci (autorité administrative indépendante) et du 4° de l'article [R. 311-1](#) du code de justice administrative. Par exception à cette règle, l'article [L. 464-8](#) du code de commerce énumère les décisions de l'Autorité relevant de la compétence de la cour d'appel de Paris, dont sont exclues les décisions prises au titre des articles [L. 430-5](#), [L. 430-7](#) et [L. 430-8](#). Le Conseil d'État est également compétent pour tout recours relatif à une décision du ministre prise dans le cadre de son [pouvoir d'évocation](#). Aux termes de l'article [R. 311-1](#) du code de justice administrative, le Conseil d'État est compétent pour connaître de l'essentiel des décisions prises par l'Autorité en matière de concentrations. De même, il est compétent pour les recours relatifs aux pouvoirs d'évocation du Ministre. Par exception, l'article [L. 464-8](#) du code de commerce énumère les décisions de l'Autorité relevant de la compétence de la cour d'appel de Paris, dont sont exclues les décisions prises au titre des articles [L. 430-5](#), [L. 430-7](#) et [L. 430-8](#).
454. Toutes les décisions portant sur l'autorisation ou l'interdiction d'opérations de concentration, la sanction de leur réalisation sans notification préalable⁴³ ou avant la décision de l'Autorité, d'omissions ou d'inexactitudes dans la notification ou du non-respect d'engagements, mais aussi certaines décisions connexes, notamment en matière de publication, de suivi d'injonctions⁴⁴, ainsi que les décisions prises dans le cadre de la mise en œuvre des décisions de concentration, tels que le refus d'agrément d'un repreneur d'actifs ou le refus de prolongation du délai d'exécution d'un engagement⁴⁵, sont susceptibles de recours.
455. Dans une décision du 9 avril 2014⁴⁶, le Conseil d'État a cependant précisé qu'une requête visant seulement à annuler les appréciations portées par l'Autorité dans les motifs de sa décision d'autorisation n'était pas recevable dans la mesure où les motifs ne sont pas détachables du dispositif de la décision, dont ils constituent le soutien.
456. Un recours peut être introduit par les parties, comme par tout tiers ayant un intérêt à agir. Les règles relatives à la recevabilité et à la procédure des recours en matière de décisions de concentration relèvent du droit commun du contentieux administratif devant le Conseil d'État.

⁴³ Décision du Conseil d'État n° 375658 du 15 avril 2016 Société COPAGEF.

⁴⁴ Ordonnance du Conseil d'État n° 390640 du 24 juin 2015 Société NC Numéricable.

⁴⁵ Décisions du Conseil d'État n° 414654, 414689, 414657 et 414693 du 26 juillet 2018 Fnac Darty et de M. A...et autres.

⁴⁶ Décisions du Conseil d'État n° 367285 et n° 364192 du 9 avril 2014 Association des centres distributeurs Édouard Leclerc.

457. Le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur l'intérêt à agir des tiers en raisonnant par catégorie de requérants. Par exemple, il a reconnu l'intérêt à agir des concurrents des entreprises bénéficiaires de l'autorisation de concentration⁴⁷ ou des entreprises clientes des parties⁴⁸. Il a également admis le recours formé par une association regroupant les concurrents des parties⁴⁹ ou encore par un actionnaire d'une entreprise bénéficiaire d'une autorisation de concentration⁵⁰. À l'inverse, le Conseil d'État a jugé irrecevable le recours formé par le bailleur d'un magasin devant être cédé à titre d'engagement, jugeant que ce tiers n'exerçait son activité sur aucun des marchés concernés par l'opération de concentration⁵¹.

1. LES DÉLAIS DE RECOURS

458. Le délai pour former un recours contre une décision de l'Autorité prise en matière de contrôle des concentrations est de deux mois. Le délai de recours contentieux est un délai franc, qui se compte en mois de quantième à quantième, le jour de la notification ou de la publication ne compte pas (*dies a quo*) et le jour de l'échéance non plus (*dies ad quem*). Lorsque le dernier jour du délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, le recours peut être déposé le premier jour ouvré suivant.

Exemple : pour une décision notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception le vendredi 2 novembre à 10 heures 30, le délai commencera à courir le lundi 5 novembre à 0 heure. Le délai de deux mois devrait expirer le samedi 5 janvier à 0 heure. Toutefois, le recours ne pouvant être introduit dans la journée du samedi 5 janvier, il expirera le premier jour ouvré suivant soit le lundi 7 janvier à 0 heures.

459. Le point de départ du délai de recours varie selon la qualité du requérant, personne visée ou tiers.

460. Une décision de l'Autorité prise en matière de contrôle des concentrations est un acte individuel ; elle est donc rendu opposable à celui qu'elle concerne par la voie de la notification. En conséquence, pour les parties, le délai de recours court à compter du jour de la notification de la décision par l'Autorité à l'intéressé.

461. Pour les tiers, le point de départ du délai opposable correspond à la date de publication de la décision, comme le spécifie l'article [R. 464-28](#). Cette publication est assurée par la mise en ligne de la décision de l'Autorité sur son site Internet, conformément à l'article [D. 430-8](#). La

⁴⁷ Décisions du Conseil d'État n° 404382 du 25 mai 2018 Société OCEA et n° 362347 du 21 décembre 2012 Société Groupe Canal Plus.

⁴⁸ Décision du Conseil d'État n° 279180 du 13 février 2006 Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise.

⁴⁹ Décision du Conseil d'État n° 394117 du 21 octobre 2016 Association des entreprises de biologie médicales.

⁵⁰ Décision du Conseil d'État n° 294896 du 31 janvier 2007 Société France Antilles.

⁵¹ Décision du Conseil d'État n° 403732 du 25 mai 2018 Beaugrenelle Patrimoine.

publication du sens de la décision, préalable à la mise en ligne de la décision, ne constitue pas le point de départ du délai de recours contentieux pour les tiers.

2. LES RÉFÉRÉS

462. Concomitamment à l'exercice d'un recours au fond, la requérante dispose de la possibilité de former une demande en référé tendant à suspendre la décision en cause. Deux types de référés ont d'ores et déjà été mis en œuvre devant le Conseil d'État en matière de contrôle des concentrations : le référé « suspension » et le référé « conservatoire » ou « mesures utiles ».

a. Le référé suspension

463. Le référé suspension est prévu à l'article [L. 521-1](#) du code de justice administrative. Pour ce référé, un recours au principal est nécessaire. Il faut donc former une requête en annulation et y adjoindre une demande de référé. Trois conditions doivent être simultanément remplies par la demande de référé :

- La décision de l'Autorité en cause doit encore **produire des effets juridiques** au jour de la demande pour pouvoir être suspendue.

Par exemple, dans une [ordonnance du 1^{er} juin 2006](#), le juge des référés a rejeté la demande en référé suspension car irrecevable, la décision d'autorisation étant entièrement exécutée à la date de la requête.

Autre illustration, dans une [ordonnance du 27 novembre 2013](#), le juge des référés a considéré, s'agissant de la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer Leroux, que la prise de contrôle exclusif étant pleinement réalisée, les conclusions tendant à la suspension de l'exécution de la décision étaient devenues sans objet.

Le juge des référés peut également prononcer un non-lieu si l'opération de concentration s'est réalisée postérieurement à l'introduction de la requête⁵². En revanche, le juge devra statuer sur une demande relative à des mesures correctives si celles-ci produisent encore des effets au moment où il se prononce⁵³.

- **Une condition d'urgence.** Le juge des référés estime de manière constante que « *L'urgence justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celui-ci porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Il*

⁵² Ordonnance du Conseil d'État n° 403730 du 17 octobre 2016 SAS Soufflet Agriculture et SAS Sobra.

⁵³ Ordonnances du Conseil d'État n° 390454 et 390772 du 9 juillet 2015 Sociétés Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz et Vitogaz France.

appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue. L'urgence doit être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire. »⁵⁴ Il a notamment fait application de ces principes dans les affaires suivantes :

Dans une [ordonnance du 19 mai 2005](#), Sociétés Fiducial Informatique et Fiducial Expertise, le juge des référés a justifié l'urgence « *eu égard à l'objet de la décision contestée et à ses effets sur le marché qui sont difficilement réversibles* » et « *tant au regard de l'intérêt public en cause qui est le maintien d'une concurrence effective sur le marché [...] qu'à celui des sociétés requérantes qui sont présentes sur le même marché en tant que concurrents ou clients potentiels [...]* ».

En revanche, dans une [ordonnance du 22 avril 2010](#), Métropole Télévision, le juge des référés a estimé, concernant l'acquisition par TF1 des chaînes TMC et NT1, que la condition d'urgence n'était pas remplie eu égard aux parts relativement peu élevées des chaînes TMC et NT1 dans l'audience des chaînes de télévision et les recettes publicitaires et au caractère progressif de l'incidence de la concentration sur les marchés concernés.

De même, dans une [ordonnance du 9 juillet 2015](#), Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz, le juge des référés a estimé que la condition d'urgence n'était pas vérifiée dans la mesure où les engagements n'apparaissent pas, par leur nature ou leur inadéquation, de nature à générer une atteinte grave et immédiate à la situation de la concurrence sur les marchés du gaz et de la distribution de pétrole liquéfié. Par ailleurs, le juge des référés a estimé que les requérantes n'apportaient pas la preuve que les engagements seraient inadaptés ou insuffisants au point de porter atteinte de manière grave et immédiate à leur propre situation économique.

Dans une [ordonnance du 27 novembre 2013](#), Société Wienerberger, le juge des référés a considéré, s'agissant de la prise de contrôle exclusif des actifs « matériaux de structure » de la société Imerys TC par la société Bouyer Leroux, que l'opération de concentration en cause n'apparaissait pas, par elle-même, de nature à porter à la situation de la concurrence sur le marché une atteinte telle que les engagements aient, par leur insuffisance ou leur inadéquation, été de nature à permettre une atteinte grave et immédiate à la concurrence sur le marché en cause ou à la situation

⁵⁴ Ordonnance du Conseil d'État n° 409771 du 27 avril 2017 Altice Luxembourg et société SFR Group.

de la requérante au point de justifier la mise en œuvre des pouvoirs prévus à l'article [L. 521-1](#) du code de justice administrative. En l'espèce, le marché, qui ne représentait que 1,3 % du chiffre d'affaires en France de la requérante, laquelle était, par ailleurs, le premier acteur mondial du secteur, se caractérisait, avant même l'opération, par une situation dans laquelle il n'existait qu'un seul site de production régional.

Dans une [ordonnance du 24 juin 2015](#), Société Numéricable, le juge des référés a également rejeté la requête de la société NC Numéricable tendant à la suspension de l'exécution d'une délibération de l'Autorité relative à la fusion de sa plateforme avec celle de SFR, considérant que la délibération en question n'était pas susceptible de porter une atteinte grave et immédiate à un intérêt public ou à la situation de la requérante et que, par conséquent, la condition d'urgence n'était pas remplie.

Dans une [ordonnance du 27 avril 2017](#), Société Altice Luxembourg et société Group SFR, le juge des référés a également considéré que cette condition n'est pas remplie si le Conseil d'État était en mesure de rendre une décision au fond dans un délai relativement bref.

- **L'existence d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.** Dans une [ordonnance du 19 mai 2005](#), le juge des référés a considéré que l'argumentation du ministre était insuffisante « *au regard du caractère probable, suffisamment rapide et durable, et suffisant, de l'entrée de nouveaux concurrents susceptibles de contrecarrer des effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération en cause* », ce qui créait un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Dans cette même [ordonnance](#), le juge des référés a estimé que la condition tenant à l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision n'était pas vérifiée dans la mesure où il ne saurait être fait grief aux engagements de ne pas accroître le degré de concurrence préexistant à l'opération. Dans la même affaire, le juge des référés a également relevé que l'absence de raccordement ferroviaire des silos proposés à la cession et la vétusté de trois d'entre eux ne remettaient pas en cause leur viabilité et que la possibilité pour les agriculteurs de continuer à vendre leur grain dans le cadre du négoce non coopératif était sans incidence sur l'appréciation du caractère suffisant des engagements.

b. Le référé conservatoire

464. Le référé conservatoire ou « mesures utiles » est quant à lui prévu à l'article [L. 521-3](#) du code

de justice administrative, qui dispose : « *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative.* » Par exemple, le juge des référés a considéré que cette procédure pouvait être utilisée pour enjoindre à une entreprise de notifier une opération qui avait été réalisée sans avoir été notifiée : « *cette procédure est susceptible de s'appliquer lorsque, une opération de concentration ayant été réalisée sans être notifiée, le ministre chargé de l'économie est tenu, en vertu des dispositions précitées de l'article [L. 430-8](#) du code de commerce, d'enjoindre la notification de l'opération* »⁵⁵. Il a cependant estimé que, dans les circonstances de l'espèce, une telle injonction ne se justifiait pas.

3. LES RECOURS AU FOND

465. Les recours dirigés contre les décisions prises en matière de contrôle des concentrations sont des recours pour excès de pouvoir susceptibles de conduire à l'annulation des décisions concernées. Les recours dirigés contre les décisions sanctionnant des manquements aux obligations imposées par le droit des concentrations tels que, par exemple, des non-respects d'engagements, relèvent du plein contentieux et sont susceptibles de conduire à l'annulation ou à la réformation des décisions visées.
466. À l'occasion de ces recours, le Conseil d'État examine la légalité externe (compétence, respect de certaines garanties de forme ou de procédure) et la légalité interne (contrôle de la violation de la loi ou de l'erreur de droit ou de fait, avec examen de la qualification juridique des faits) des décisions attaquées.
467. Par exemple, le Conseil d'État a été amené à examiner :
- la régularité de la procédure⁵⁶ ;
 - la contrôlabilité de l'opération de concentration⁵⁷ ;
 - la délimitation des marchés pertinents⁵⁸ ;
 - l'appréciation des effets de l'opération⁵⁹ ;
 - la prise en compte des contributions au progrès économique susceptibles de

⁵⁵ Ordonnance du Conseil d'État n° 312534 du 18 février 2008 Fédération Nationale des Transporteurs Routiers.

⁵⁶ Décisions du Conseil d'État n° 249267 du 6 février 2004 Philips France, n° 278652 du 27 juin 2007 Métropole Télévision, n° 401059 du 31 mars 2017 Altice Luxembourg et Numéricable-SFR et n° 404382 du 25 mai 2018 OCEA.

⁵⁷ Décisions du Conseil d'État n° 201853 du 9 avril 1999 Coca-Cola et n° 294896 du 31 janvier 2007 France Antilles.

⁵⁸ Décisions du Conseil d'État n° 278796 du 13 février 2006 Delonghi, n° 283479 du 30 juin 2006 Fiducial, n° 278652 du 27 juin 2007 Métropole Télévision, n° 394117 du 21 octobre 2016 AEBM et n° 404382 du 25 mai 2018 OCEA.

⁵⁹ Id.

compenser les atteintes à la concurrence identifiées⁶⁰ ;

- la prise en compte de l'argument de l'entreprise défaillante⁶¹ ;
- le caractère suffisant des engagements acceptés par l'Autorité⁶² ;
- l'intention de contourner les règles de concurrence dans l'hypothèse d'un défaut de notification⁶³.

468. Le Conseil d'État a en revanche considéré que des tiers ne pouvaient critiquer la régularité du choix de l'Autorité d'adopter une [décision d'autorisation assortie d'engagements](#), sans recourir à un [examen approfondi](#)⁶⁴.

469. Le Conseil d'État exerce un contrôle entier sur les décisions. Ainsi, il a déclaré licite une décision attaquée après avoir réétudié les parts de marché des parties, les obstacles au pouvoir de marché de la nouvelle entité et vérifié le bilan concurrentiel et les gains d'efficacité de l'opération⁶⁵. Cette approche économique dans l'examen de la légalité d'une décision en matière de concentration a conduit le Conseil d'État à apprécier cette légalité non seulement au regard de la situation de fait et de droit existant au jour où la décision a été prise, mais aussi au regard des effets constatés ou potentiels de l'opération autorisée, examen pouvant inclure des faits nouveaux, comme par exemple l'arrivée d'un nouvel opérateur sur le marché.

470. Plus récemment, dans une [décision du 6 juillet 2016](#), Primagaz et Vitogaz – Totalgaz, le Conseil d'État a jugé, au terme d'un contrôle entier, que l'Autorité n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que l'acquisition de la société Totalgaz par la société UGI Bordeaux Holding n'avait pas d'effet anticoncurrentiel sur les marchés de la distribution de GPL combustible en moyen et gros vrac, de la distribution de GPL combustible conditionné en bouteilles et de la distribution de GPL utilisé comme carburant. En revanche, l'analyse concurrentielle effectuée sur le marché de la distribution de GPL combustible en petit vrac a été jugée insuffisante. En effet, le Conseil d'État a relevé que, dès lors que la nouvelle entité deviendrait le seul acteur disposant d'infrastructures de stockage secondaire couvrant l'ensemble du territoire, l'Autorité avait commis une erreur d'appréciation en n'examinant pas la faculté que la nouvelle entité aurait à s'extraire des réseaux de contrats d'échange de capacités qui existaient avant l'opération entre opérateurs.

⁶⁰ Décision du Conseil d'État n° 201853 du 9 avril 1999 Coca-Cola.

⁶¹ Décision du Conseil d'État n° 249267 du 6 février 2004 Philips France.

⁶² Décisions du Conseil d'État n° 201853 du 9 avril 1999 Coca-Cola, n° 278652 du 27 juin 2007 Métropole Télévision, n° 338197 du 30 décembre 2010 Métropole Télévision, n° 395284, 395247 et 395278 du 14 juin 2017 CCIRPP et n° 403732 du 25 mai 2018 SAS Soufflet Agriculture et SAS Sobra.

⁶³ Décision du Conseil d'État n° 375658CE du 15 avril 2016 Société COPAGEF.

⁶⁴ Décisions du Conseil d'État n° 390454 et 390772 du 9 juillet 2015 Sociétés Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz et Vitogaz France et n° 403730 du 17 octobre 2016 Société Soufflet Agriculture.

⁶⁵ Décision du Conseil d'État n° 279180 du 13 février 2006 Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise.

471. Dans une [décision du 25 mai 2018](#), OCEA - DCNS et Piriou, le Conseil d'État a rejeté la requête en annulation formée à l'encontre de la décision autorisant la création d'une entreprise commune de plein exercice entre les sociétés DCNS et Piriou. Le Conseil d'État a notamment procédé à une analyse de la pertinence de la délimitation du marché en cause opérée par l'Autorité, tant au niveau des produits que dans sa dimension géographique. Il a également vérifié la méthode retenue par l'Autorité pour le calcul de la part de marché de l'entreprise commune, ainsi que son appréciation des effets verticaux de l'opération.
472. Le respect des droits des tiers est également contrôlé par le Conseil d'État. Par une [décision du 9 avril 1999](#), Interbrew, ce dernier a ainsi annulé l'arrêté ministériel autorisant le rachat de la société Fischer par la société Heineken au motif que les droits de la société Interbrew, qui n'était pas partie à l'opération, n'avaient pas été respectés. Dans cette affaire, les engagements pris par la société Heineken prévoyaient la cession d'un nombre significatif d'entrepôts au bénéfice d'acheteurs juridiquement et financièrement indépendants de certains brasseurs importants, dont la société Interbrew. Cette décision privait donc cette dernière de la possibilité d'acheter les entrepôts vendus par la société Heineken. Le Conseil d'État a annulé la décision, en application du principe général des droits de la défense, la société Interbrew n'ayant pas été mise en mesure de présenter ses observations.

4. ANNULATION OU RÉFORMATION D'UNE DÉCISION PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

473. Lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation, le Conseil d'État peut, après avoir exercé son contrôle, décider de rejeter la requête ou, à l'inverse, prononcer l'annulation totale ou partielle de la décision attaquée.
474. L'article [R. 430-9](#) énonce qu'« *en cas d'annulation totale ou partielle d'une décision prise par l'Autorité de la concurrence ou par le ministre chargé de l'économie sur le fondement des articles [L. 430-5](#), [L. 430-7](#), [L. 430-7-1](#), [L. 430-8](#) ou [L. 430-9](#) et s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées qui ont procédé à la notification soumettent une notification actualisée dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la décision du Conseil d'État* ».
475. Ainsi, les parties doivent procéder à une notification actualisée de l'opération lorsque la décision de l'Autorité a été annulée. Dans une [décision du 6 février 2004](#), par laquelle il a annulé la décision du ministre chargé de l'économie autorisant la reprise de la société Moulinex par la société Seb, le Conseil d'État a précisé les conséquences de cette annulation et indiqué au ministre qu'il restait saisi du renvoi de la Commission et disposait du délai de droit commun pour se prononcer en fonction des éléments de faits tels qu'ils existeraient à la date de sa nouvelle décision, tout en prenant en compte les règles de fond et de procédure de l'ordonnance de 1986, lesquelles demeuraient irrévocablement applicables.

476. Le Conseil d'État peut également prononcer l'annulation partielle d'une décision de l'Autorité. Dans une [décision du 6 juillet 2016](#), il a ainsi annulé la décision de l'Autorité relative à l'acquisition du contrôle exclusif de la société Totalgaz par la société UGI Bordeaux Holding, mais seulement en tant que l'Autorité n'avait pas examiné l'ensemble des effets anticoncurrentiels de l'opération et que les engagements n'étaient pas suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés. L'annulation ainsi prononcée par le Conseil d'État n'a pas remis en cause l'autorisation de l'opération.
477. En principe, l'annulation d'une décision administrative implique, au moment de son prononcé par le juge, sa disparition immédiate avec effet rétroactif.
478. Toutefois, le Conseil d'État peut moduler dans le temps les effets d'une annulation s'il apparaît que l'effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que la décision attaquée a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'elle était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets. Il appartient ainsi au juge administratif de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation.
479. Ainsi, dans une [décision du 23 décembre 2013](#) relative au recours formulé par la société Métropole télévision et TF1 contre la décision n° 12-DCC-101, le Conseil d'État a considéré que l'annulation de la décision attaquée aurait nécessairement eu pour conséquence de conduire l'Autorité à réexaminer la concentration litigieuse et avait ôté toute valeur contraignante aux engagements pris par les parties. Il a dès lors décidé que, compte tenu des effets excessifs d'une annulation immédiate de la décision attaquée pour l'ordre public économique et au regard de l'intérêt général qui s'attache à la préservation d'une concurrence suffisante, il y avait lieu de différer à une date ultérieure fixée par ses soins l'annulation de la décision de l'Autorité.
480. Lorsqu'il est saisi d'un recours en réformation dirigé contre une décision de sanction, le Conseil d'État vérifie le bien fondé des manquements retenus par l'Autorité à l'encontre des entreprises concernées ainsi que la proportionnalité des sanctions prononcées au regard de ces manquements.
481. Dans une [décision du 21 décembre 2012](#), Groupe Canal Plus, le Conseil d'État a ainsi considéré que deux manquements avaient été retenus à tort à l'encontre du groupe Canal Plus et qu'il convenait de ramener le montant de la sanction pécuniaire de 30 à 27 millions d'euros. De même, dans une [décision du 15 avril 2016](#), Copagef, le Conseil d'État a procédé à l'examen des manquements reprochés à la société COPAGEF et a réformé la sanction prononcée au motif que l'Autorité avait, à tort, retenu l'absence de coopération de cette société.

III. L'examen au fond d'une opération de concentration

482. Le test appliqué par l'Autorité pour apprécier les effets d'une concentration sur la concurrence est celui défini à l'article [L. 430-6](#), selon lequel l'Autorité examine si l'opération « *est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* ». Le caractère significatif de cette atteinte n'est pas mentionné en droit français mais le traitement proportionné de toute réduction de concurrence s'impose.
483. L'Autorité doit caractériser les risques de réduction significative de concurrence à l'issue d'une concentration à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble de données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible⁶⁶. En effet, seule la situation antérieure à l'opération est observable et les effets probables de la concentration doivent être présumés. Cette analyse s'appuie sur les caractéristiques du [marché pertinent](#) et du fonctionnement de la concurrence sur celui-ci, telles qu'elles existent au moment du contrôle mais aussi compte-tenu des évolutions envisageables.
484. Il existe trois types d'opérations de concentration :
- une concentration est de nature horizontale lorsque les parties sont, à titre principal, des concurrents, actuels ou potentiels, sur un ou plusieurs marchés pertinents ;
 - une concentration est de nature verticale lorsque les parties sont actives sur des marchés situés à des stades différents d'une chaîne de valeur d'un produit ou d'un service, par exemple lorsqu'un fabricant fusionne avec l'un de ses distributeurs ;
 - une concentration est de nature conglomérale lorsque les parties ne sont pas présentes sur les mêmes marchés ou sur des marchés verticalement intégrés mais que l'opération conduit, par exemple, à étendre ou renforcer la présence de la nouvelle entité sur des marchés ou segments de marchés distincts mais dont la connexité peut lui permettre d'accroître un pouvoir de marché.
485. Lorsqu'elle implique des groupes aux activités multiples, une même concentration peut avoir des effets à la fois horizontaux, verticaux et congloméraux.
486. Une concentration peut porter atteinte à la concurrence de manière significative sur les marchés affectés de deux manières :
- par des effets non coordonnés, à savoir des effets résultant du comportement des acteurs du marché, agissant indépendamment les uns des autres ;

⁶⁶ Décision du Conseil d'État n° 362347, 363542 et 363703 du 21 décembre 2012 Société Groupe Canal Plus et autres.

- par des effets coordonnés lorsqu'elle est de nature à modifier le jeu de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, avant l'opération, ne coordonnaient pas leur comportement concurrentiel, soient désormais en mesure de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, puissent le faire plus facilement. On parle alors de création ou renforcement d'une position dominante collective. Dans le cas spécifique de la création d'une entreprise commune, l'Autorité analyse en particulier les risques de coordination du comportement concurrentiel de ses sociétés-mères.

487. Des gains d'efficacité économique sont généralement attendus d'une concentration. Lorsque l'Autorité constate que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur un marché, elle évalue alors dans quelle mesure les gains d'efficacité escomptés pourront bénéficier aux consommateurs et s'ils sont suffisants pour compenser l'atteinte à la concurrence identifiée.
488. Dans des cas exceptionnels, une opération qui porte atteinte à la concurrence et dont les gains d'efficacité économique ne sont pas suffisants pour compenser cette atteinte peut néanmoins être tout de même autorisée, parce que l'entreprise rachetée est une entreprise défailante, qu'il n'y a pas de meilleur acquéreur potentiel crédible du point de vue de l'analyse concurrentielle et que l'atteinte à la concurrence ne serait pas moins grave si l'entreprise avait disparu.
489. Pour réaliser son examen sur le fond d'une opération de concentration, l'Autorité suit une démarche systématique qui commence par la délimitation des marchés pertinents (A). Elle analyse le cas échéant le fonctionnement afin d'apprécier les caractéristiques essentielles (B). Une fois ces caractéristiques identifiées, elle est en mesure d'identifier les effets des opérations, selon que l'opération revêt une dimension horizontale (C), verticale (D) ou conglomérale (E). Dans les cas qui le justifient, l'Autorité analyse également les risques de création ou renforcement d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs dans une situation de dépendance économique (F). L'Autorité apprécie aussi les effets coordonnés susceptibles d'apparaître en raison de l'opération (G). Elle tient compte des gains d'efficacité économique prouvés qu'apporte l'opération aux consommateurs (H) et, le cas échéant, de l'argument de l'entreprise défailante lorsqu'il est applicable (I). Elle peut être enfin amenée à se prononcer sur les restrictions accessoires à une opération (J).

A. LA DÉLIMITATION DES MARCHÉS PERTINENTS

1. L'OBJECTIF

490. La définition des marchés pertinents constitue une étape essentielle du contrôle des concentrations, dans la mesure où elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel

s'exerce la concurrence entre entreprises et d'apprécier, dans un second temps, leur pouvoir de marché.

491. Si la demande pour les produits et services de la nouvelle entité ne peut pas se reporter, pour une part suffisante, sur des produits ou services alternatifs offerts par des concurrents, la concentration est susceptible de porter atteinte à la concurrence de manière significative. Il est donc nécessaire, pour établir le bilan concurrentiel d'une concentration, de délimiter des marchés pertinents, qui comprennent l'ensemble des produits ou services offerts par les parties et ceux de leurs concurrents, considérés comme suffisamment substituables par les clients pour exercer une pression concurrentielle significative sur les marchés concernés.
492. Le Conseil de la concurrence a donné la définition suivante d'un marché pertinent dans son rapport annuel pour l'année 2001 : « *Un marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché pertinent n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande.* »
493. Sur un tel ensemble de produits et services, une entreprise qui serait seule à les offrir ou en offrirait une part conséquente serait en mesure d'exercer un pouvoir de marché, qui consisterait, par exemple, à augmenter ses prix au-dessus du niveau concurrentiel indépendamment de la réaction de ses clients et concurrents ou de modifier les conditions de commercialisation des produits ou services offerts, indépendamment de ses clients et de ses concurrents. Le raisonnement est celui tenu dans le test du monopoleur hypothétique⁶⁷. Dans ce test, la question est de savoir « *si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires*

⁶⁷ Le test est également appelé « SSNIP » (« *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* » : augmentation faible mais significative et non transitoire des prix).

supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produits de la zone géographique retenus soient tels qu'il devient rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs. »⁶⁸ En d'autres termes, il s'agit d'évaluer dans quelle mesure une augmentation faible mais significative et non transitoire des prix d'un produit qui n'est proposé que par un seul offreur (monopoleur) serait profitable pour celui-ci compte tenu des réactions de ses clients à cette hausse de prix. Si une part suffisante des clients opte pour un substitut ou se reporte sur d'autres zones géographiques, alors la hausse de prix ne sera pas profitable⁶⁹.

494. Le test du monopoleur hypothétique est un test quantitatif dont la mise en œuvre peut exiger un grand nombre de données. Souvent, ces données ne sont pas disponibles ou ne peuvent être rassemblées et traitées dans les délais contraints du contrôle des concentrations. Néanmoins, ce test fournit le cadre conceptuel d'analyse dans lequel il convient de structurer le raisonnement relatif à la délimitation des marchés pertinents et d'interpréter les divers indices qualitatifs et quantitatifs disponibles. En particulier, le raisonnement tenu permet de comprendre que la délimitation des marchés pertinents est une affaire de degré. Pour appartenir au même marché pertinent, deux produits doivent être considérés comme suffisamment substituables par un nombre suffisant d'acheteurs.
495. En outre, pour apprécier l'impact d'une concentration sur la concurrence, l'Autorité peut utiliser des outils analytiques ne nécessitant pas de définir précisément des marchés pertinents. Une telle approche peut s'avérer particulièrement justifiée lorsque les produits concernés par l'opération ne sont pas homogènes, ce qui rend difficile la fixation *a priori* de la frontière entre les produits qui appartiennent à un même marché et les autres. Cependant, l'identification de biens ou services substituables à ceux offerts par les entreprises concernées par l'opération constitue toujours une étape nécessaire au raisonnement de l'Autorité.
496. Lorsque la délimitation des marchés pertinents n'est pas indispensable à la décision de l'Autorité, en particulier lorsqu'il apparaît que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence, quelle que soit la segmentation examinée, l'Autorité peut, dans sa décision, laisser ouverte tout ou partie de la question de la délimitation exacte des marchés pertinents.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

497. Pour la délimitation des marchés pertinents dans le cadre du contrôle des concentrations, l'analyse est prospective : elle prend en compte les évolutions en cours ou anticipées à un

⁶⁸ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C372 du 9 décembre 1997.

⁶⁹ Il convient cependant de tenir compte également de l'effet sur la profitabilité du monopoleur de la baisse des coûts induite par la baisse d'activité liée au report d'une partie de la demande sur des produits concurrents.

horizon raisonnable, en général de l'ordre de trois à cinq ans. Elle diffère ainsi de l'analyse menée en matière de pratiques anticoncurrentielle, qui s'attachent à décrire un marché contemporain des pratiques et est donc rétrospective.

498. La substituabilité entre différents produits ou services du point de vue de la demande constitue le critère déterminant de délimitation d'un marché pertinent. L'Autorité peut cependant prendre en compte la substituabilité de l'offre pour délimiter les marchés pertinents, dans la mesure où les caractéristiques de l'offre peuvent expliquer le comportement de la demande. Par exemple, les stratégies de commercialisation mises en place par les entreprises, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution, peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité du point de vue des clients et fonder une distinction des marchés pertinents. La prise en compte de la substituabilité de l'offre afin d'élargir à deux segments A et B, un marché qui, défini du seul point de vue de la demande, se limiterait au seul segment A, se justifie dans la mesure où elle peut faire obstacle à l'exercice d'un pouvoir de marché par un monopole limité au segment A. Le fait que la plupart des offreurs sur le segment A sont également présents sur le segment B peut, dans certains cas, suggérer que cette substituabilité de l'offre est suffisante pour les regrouper dans un même marché pertinent.

Exemple 1 : dans sa décision n° 10-DCC-21 du 15 mars 2010, l'Autorité a considéré que le fait que la plupart des producteurs de champignons en conserves ne fabriquent aucune autre conserve de légumes constituait un indice de la spécificité de ce type de production.

Exemple 2 : dans sa décision n° 12-DCC-42 du 26 mars 2012, l'Autorité a considéré que, dans la mesure où les agriculteurs utilisaient les silos de collecte indifféremment pour stocker tout type de grains (céréales, oléagineux, protéagineux), il y avait lieu de mener l'analyse concurrentielle sur un marché unique de la collecte, englobant ces différents produits.

499. La possibilité qu'auraient les offreurs présents sur le seul segment A d'adapter rapidement et facilement leur offre aux produits ou services du segment B, en raison de la proximité des segments A et B, peut également être prise en compte pour conclure que la substituabilité du point de vue de l'offre justifie d'élargir le marché aux deux segments A et B. Cette proximité peut être prise en compte, soit au stade de la délimitation des marchés, soit au stade de l'analyse de la concurrence potentielle exercée sur les offreurs du segment A par ceux du segment B.

Exemple : dans sa décision n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009, l'Autorité a relevé que les fabricants de produits panés à base de volaille fournissant la RHD (restauration hors domicile) pouvaient facilement reporter leur offre vers les produits MDD (marques de distributeurs) à destination des GMS (grandes et moyenne surfaces).

500. L'Autorité tient compte, dans son analyse, des décisions antérieures des autorités de concurrence européenne et nationales portant sur les marchés concernés ou des délimitations

de marchés pertinents développées dans les avis des autorités nationales de régulation sectorielle. Toutefois, l'évolution des marchés peut rendre obsolète une délimitation antérieure, par exemple lorsque de nouveaux produits sont apparus ou lorsque les marchés se sont internationalisés ou encore sous l'effet d'évolutions technologiques majeures. C'est pourquoi l'Autorité vérifie si les décisions et analyses antérieures restent pertinentes et peut être amenée à délimiter les marchés pertinents d'une manière différente. Dans de nombreux cas, la pratique décisionnelle antérieure a laissé la question de la délimitation précise des marchés ouverte, dans la mesure où, même en retenant la délimitation la plus étroite, l'opération ne soulevait aucun problème de concurrence. La délimitation proposée n'est alors qu'une première approximation qui doit être précisée si cela s'avère nécessaire au vu des problèmes envisageables dans le cas d'espèce.

501. La mise en œuvre du test du monopoleur hypothétique nécessite de connaître l'élasticité-prix simple de la demande ainsi que les marges sur coûts variables du monopoleur hypothétique considéré à chaque stade de l'analyse et éventuellement les élasticité-prix croisées avec d'autres produits ou services s'il y a lieu d'élargir à ceux-ci le marché pertinent. Lorsque les données permettant la mise en œuvre rigoureuse de ce test ne sont pas disponibles, l'Autorité apprécie la substituabilité des produits et services en analysant l'ensemble des indices quantitatifs et qualitatifs disponibles. Dans certains cas cependant, il est possible de s'appuyer également sur des méthodes quantitatives permettant d'éclairer la délimitation des marchés pertinents.

3. LA PRISE EN COMPTE D'INDICES QUALITATIFS ET QUANTITATIFS

502. Pour réunir ces indices, l'Autorité s'appuie sur :

- les études et analyses internes transmises par les parties ;
- celles obtenues auprès d'autres entreprises dans le cadre d'un test de marché ;
- toutes informations publiques ou études de marché et analyses disponibles.

a. Pour la délimitation des marchés de produits ou de services

503. Compte-tenu de la diversité des produits et services, il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive des indices que l'Autorité est susceptible de prendre en compte pour délimiter ces marchés. Cependant, les caractéristiques les plus couramment utilisées pour conduire cette analyse sont présentées ci-dessous.

Les caractéristiques physiques d'un produit ou d'un service

504. Elles constituent des éléments essentiels dans le choix des clients et, à ce titre, sont analysées pour comprendre leur comportement.
505. Cependant, des produits ou des services différents d'un point de vue physique ou technique, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation ou à répondre au même besoin, peuvent être considérés comme substituables par les clients.

Exemple : dans sa décision n° 10-DCC-98 du 20 août 2010, l'Autorité a considéré qu'il existait une substituabilité entre les différents types de granulats, leur utilisation étant indifférente pour certaines applications industrielles. Cette substituabilité était cependant imparfaite, la réglementation imposant l'usage d'une catégorie de granulats pour certains enrobés de routes.

506. *A contrario*, des produits ou des services présentant des similitudes physiques ou techniques, mais n'ayant pas le même usage, peuvent ne pas appartenir au même marché.

Exemple : dans sa décision n° 10-DCC-110 du 1^{er} septembre 2010, l'Autorité a considéré que le fromage à raclette ne pouvait être substitué par un autre fromage à pâte pressée non cuite (PPNC), dans la mesure où le fromage à raclette était majoritairement consommé chaud comme plat principal en hiver, alors que les autres PPNC étaient essentiellement des fromages de plateau, présentés à la fin du repas, sans saisonnalité particulière.

Les besoins ou les préférences des clients

507. Lorsque les produits sont commercialisés auprès de clients dont les besoins ou les préférences diffèrent, les autorités de concurrence peuvent être amenées à délimiter des marchés distincts par type de clientèle. Parfois, ce sont certaines caractéristiques mêmes du produit qui sont différentes en fonction du type de clients auxquels il est destiné, mais les spécificités peuvent aussi ne porter que sur le mode de commercialisation, de livraison, de conditionnement du produit et justifier des prix différents.

Exemple 1: s'agissant de la fabrication des produits alimentaires, une distinction est généralement faite selon que les produits sont destinés aux grandes et moyennes surfaces, à la restauration hors foyer ou aux industries agro-alimentaires. L'Autorité peut aussi prendre en compte les préférences subjectives des clients, y compris lorsque les caractéristiques des produits sont relativement similaires.

Exemple 2 : dans une [lettre du 11 février 2004](#), le ministre chargé de l'économie a tenu compte de la nature différenciée et hétérogène des titres de presse jeunesse et de la structure oligopolistique de l'offre. Il a procédé à un inventaire des titres de presse édités par les opérateurs concurrents et constituant des substituts proches ou éloignés de ceux des parties.

Ce mode d'analyse a permis de regrouper des titres de presse jeunesse selon les critères de l'âge du public visé et de la thématique du magazine. Les catégories ainsi identifiées ne correspondent pas à des marchés pertinents de produits mais à des modalités de regroupement des magazines selon leur degré de substituabilité (apprécié selon le prix, le format, le contenu éditorial, le positionnement, l'ancienneté sur le marché et la diffusion payée qui permettent de mesurer la notoriété du titre, le réseau de distribution, etc.) afin de déterminer vers quels magazines interviendrait le report de demande en cas d'augmentation unilatérale du prix d'une catégorie de magazines par la nouvelle entité.

Les différences de prix

508. Un écart de prix substantiel durable entre différents produits peut constituer un indice de substituabilité imparfaite entre ces derniers et donc de non appartenance au même marché.
509. Les niveaux de prix ne constituent cependant qu'un indice, à corroborer avec les autres caractéristiques des marchés. En effet, des écarts de prix significatifs ne suffisent pas nécessairement à démontrer une absence de substituabilité, une hausse du prix relatif de l'un des produits pouvant entraîner un report vers un produit appartenant à une autre gamme de prix. Ainsi, des produits peuvent avoir des prix différents et néanmoins appartenir au même marché notamment lorsqu'ils sont verticalement différenciés.

Exemple : dans son avis [n° 06-A-20](#) du 20 octobre 2006, le Conseil de la concurrence a noté que « *le saumon d'Écosse bénéficie d'une meilleure image et d'une appréciation de qualité plus grande que le saumon de Norvège auprès des consommateurs, prêts à payer un supplément de prix pour ce surplus de qualité perçues* ». Il a toutefois conclu après avoir analysé et pondéré l'ensemble des critères susceptibles de fonder une distinction de marché que « *le fait qu'un groupe de consommateurs puisse ne pas considérer l'ensemble de produits répondant aux mêmes besoins comme substituables n'exclut cependant pas que ces produits puissent appartenir au même marché pertinent. Compte tenu de la stabilité et de l'interdépendance des prix relatifs, de l'absence de véritable différence objective ainsi que de la possibilité pour une proportion suffisante des acheteurs de reporter tout ou partie de leur demande d'une origine à une autre, le Conseil est d'avis que les différentes origines du saumon Atlantique d'élevage appartiennent au même marché pertinent.* »

510. De même, les entreprises qui disposent d'informations sur la pouvoir d'achat de leurs clients peuvent pratiquer des prix différents selon les catégories de clients.

Les canaux de distribution

511. Les stratégies de distribution des entreprises peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité des produits, du point de vue de leurs clients, et peuvent ainsi fonder une distinction des marchés. La dématérialisation progressive des transactions au profit de la vente à distance rend

un tel critère de segmentation particulièrement pertinent à analyser. L'Autorité analyse ainsi au cas par cas la pertinence d'une segmentation entre ventes à distance et ventes en magasin physique.

Exemple 1 : dans sa décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, l'Autorité a considéré que la substituabilité des canaux, bien qu'imparfaite, était suffisante pour considérer que les ventes en lignes exerçaient une pression concurrentielle sur les ventes en magasins telle que les deux canaux pouvaient être considérés comme faisant partie du même marché, sur le marché de la distribution au détail de produits électroniques bruns et gris. Du point de vue de l'offre, l'Autorité a relevé un développement des stratégies internes des enseignes traditionnelles dans le but de répondre à l'émergence des *pure players*, telles que notamment une politique de vente multicanale, et une harmonisation tarifaire des produits vendus en magasins et en ligne. Du côté de la demande, l'instruction a révélé la tendance croissante à la consommation en ligne, avec un fort taux de pénétration de celles-ci.

Exemple 2 : dans sa décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019, l'Autorité a considéré que sur le marché de la distribution au détail de jouets, les ventes physiques et les ventes en ligne étaient substituables du point de vue de l'offre et de la demande eu égard à la convergence des politiques tarifaires et de l'offre de service entre les deux canaux.

Le positionnement commercial

512. Les produits, notamment alimentaires, vendus par les acteurs de la grande distribution peuvent être commercialisés sous marque de fabricant (MDF), marque de distributeurs (MDD), marque de *hard discounter* (MHD) et marque de premier prix (MPP). La substituabilité des produits vendus sous MDF, MDD, MPP ou MHD diffère selon les produits concernés et l'Autorité procède à une analyse au cas par cas afin de déterminer s'ils appartiennent ou non à des marchés de produits différents.
513. Dans le secteur de la grande distribution, la chaîne d'approvisionnement comprend généralement deux niveaux : un niveau amont mettant en relation les fournisseurs et les distributeurs et un niveau aval mettant en relation les distributeurs et le consommateur final. Afin de déterminer dans quelle mesure le marché amont de l'approvisionnement doit être segmenté selon le positionnement commercial des produits concernés, l'Autorité prend en compte le processus d'approvisionnement lui-même et les caractéristiques de l'offre. Ainsi, l'achat des MDD fait l'objet d'appels d'offres spécifiques sur la base de cahiers des charges maîtrisés par les distributeurs, ce qui tend à les distinguer des MDF. Mais, sur certains marchés, ce sont les fabricants de MDF qui fabriquent également les MDD tandis que sur d'autres, l'offre de MDD et l'offre de MDF sont distinctes. Le fait que les mêmes fournisseurs fabriquent à la fois des produits MDF et MDD peut être un indice d'une substituabilité de l'offre et être pris en compte. L'Autorité tient également compte du fait que la pression concurrentielle que

peuvent éventuellement exercer les uns sur les autres les fournisseurs en MDF et MDD est étroitement influencée par le comportement des consommateurs sur les marchés aval, et donc par la substituabilité, du point de vue des consommateurs, entre les différents produits. En effet, les négociations entre les distributeurs et leurs fournisseurs en MDF et MDD prennent place dans un contexte concurrentiel différent selon le degré de différenciation des produits en termes de goût, de qualité ou d'emballage et selon la notoriété des marques de fabricants. Le taux de pénétration des MDD pour une gamme de produits, l'ampleur des investissements des MDF dans la publicité ou la composition des produits sont des indicateurs utiles pour évaluer le caractère distinctif des MDF.

Exemple : dans sa décision n°18-DCC-95 du 14 juin 2018, l'Autorité a considéré que la substituabilité entre les MDF et MDD était limitée du côté de l'offre en raison des dépenses allouées aux MDF et des différences en termes de coûts variables qui rendaient le passage de la fabrication de MDD à celle de MDF complexe. Du côté de la demande, les écarts de prix importants entre MDF et MDD ainsi que les faibles taux de reports constatés ne permettaient pas de dire que les MDF et MDD sont substituables. La segmentation entre MDF et MDD ne pouvait dès lors être exclue sur le marché des plats cuisinés.

L'environnement juridique

514. L'existence d'une norme légale ou d'une réglementation spécifique est également susceptible d'influencer le comportement de la demande, dans la mesure où elle peut influencer le prix des produits, leur qualité ou la perception que les demandeurs en ont.

Exemple 1 : dans sa décision n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, l'Autorité a considéré que l'analyse de la demande de transport urbain ou interurbain émanant de collectivités publiques devait tenir compte des spécificités des procédures d'appels d'offre, les modalités d'obtention de ces contrats étant l'élément déterminant du jeu concurrentiel entre transporteurs.

Exemple 2 : dans sa décision n° 10-DCC-51 du 28 mai 2010, l'Autorité a considéré que l'analyse de concurrence sur le marché de l'approvisionnement en canne à sucre devait tenir compte des spécificités du règlement européen « Sucre » et de la convention tripartite « Industriel-Planteur-État », prévoyant des aides directes aux planteurs.

b. Pour la délimitation des marchés géographiques

515. Comme pour la définition des marchés de produits ou de services, le cadre d'analyse applicable à la délimitation géographique des marchés est celui du test du monopoleur hypothétique, qui vise à apprécier la pression concurrentielle exercée par des offreurs situés dans des zones géographiques plus ou moins éloignées. C'est dans ce cadre conceptuel que l'Autorité analyse

les différents éléments qualitatifs ou quantitatifs de nature à estimer la propension des clients à se tourner vers des offreurs situés dans d'autres zones géographiques.

516. Pour procéder à la délimitation géographique des marchés, l'Autorité apprécie notamment la réalité des flux d'échanges, de la distance effectivement parcourue par les offreurs ou par les demandeurs jusqu'au point de rencontre de l'offre et de la demande, la disponibilité des biens en cause pour les consommateurs d'une zone géographique, les coûts de transports ou encore les écarts de prix d'une zone à l'autre peuvent fonder des distinctions de marché d'un point de vue géographique. Elle peut s'appuyer sur des données communiquées par les parties, mais également sur des tests de marché ou sur des sondages.
517. Les marchés définis sont parfois de dimension géographique très restreinte (quelques dizaines de kilomètres de rayon pour le béton prêt à l'emploi ou les enrobés bitumineux, par exemple). *A contrario*, les effets de l'harmonisation européenne, de la concentration des entreprises et de la globalisation des échanges conduisent de plus en plus à définir des marchés européens voire mondiaux.
518. Certains marchés peuvent par ailleurs faire l'objet d'une analyse à plusieurs niveaux, en particulier au niveau national et à un échelon local.

Exemple 1 : dans sa décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009, l'Autorité a confirmé que l'analyse concurrentielle des marchés de la banque de détail et de certains marchés de la banque commerciale, s'agissant des PME, pouvait être effectuée à la fois au niveau national et au niveau local. Elle a en effet considéré que le pouvoir de marché des banques s'appuyait, d'une part sur la taille des groupes, de nombreux services bancaires étant caractérisés par des économies d'échelle et de gamme qui favorisent les banques disposant d'une très large base de clientèle, et d'autre part, sur leur proximité et la qualité de leur relation avec le client. De plus, l'Autorité a noté que, contrairement à ce qui a été constaté par la Commission sur d'autres marchés nationaux, ces marchés présentent, en France, un certain degré d'hétérogénéité géographique, tant en ce qui concerne l'implantation des différents groupes que les conditions tarifaires pratiquées au sein d'un même groupe.

Exemple 2 : dans sa décision n° 16-DCC-111, l'Autorité a constaté que les opérateurs élaboraient leurs stratégies commerciales pour l'ensemble du territoire national, mais que celle-ci était adaptée, au niveau local, pour prendre en compte les spécificités de chaque zone de chalandise. Elle a donc procédé à une analyse du marché de la vente au détail de produits électrodomestiques à la fois au niveau local et au niveau national.

519. Pour délimiter géographiquement les marchés, différentes caractéristiques listées ci-dessous, peuvent être prises en compte par l'Autorité.

Les coûts de transport

520. Les contraintes physiques peuvent être liées au coût du transport rapporté à la valeur des produits, comme c'est le cas pour les produits pondéreux. Ainsi, dans un arrêt n°91-14295 du 29 juin 1993, la Cour de cassation a confirmé l'analyse du Conseil et de la cour d'appel en relevant « *que les tuiles et briques fabriquées sur place dans la région alsacienne* » ne sont pas substituables aux autres « du fait de » l'incidence contraignante du coût du transport « sur des éléments de construction pondéreux et de faible valeur ».

La distance ou le temps de parcours des consommateurs ou des acheteurs

521. Ils peuvent constituer un élément important de délimitation des marchés géographiques, notamment lorsque ces marchés sont limités à une zone locale. L'analyse peut alors s'appuyer sur la « zone de chalandise » des magasins, en particulier s'agissant des secteurs de la distribution au détail ou de la livraison de matériaux pondéreux). Il s'agit de délimiter une zone géographique théorique, calculée à partir d'un temps de parcours déterminé autour du magasin concerné (zone dite « isochrone »), d'où est présumé provenir l'essentiel de leur clientèle, même s'il n'est pas exclu que des offreurs situés à l'extérieur de cette zone de chalandise, s'ils exercent une contrainte concurrentielle suffisamment importante, puissent être intégrés au marché géographique.

Exemple : pour la distribution de détail à dominante alimentaire, les conditions de la concurrence entre hypermarchés sont successivement analysées sur deux zones différentes :

- un marché où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et formes de commerce équivalentes situés à moins de 15 minutes de temps de déplacement en voiture du magasin cible. Ces dernières formes de commerce peuvent comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés situés à proximité des consommateurs et les magasins discompteurs ;
- un second marché où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des hypermarchés situés à moins de 30 minutes de déplacement en voiture du magasin cible.

522. Néanmoins, afin de tenir compte des effets de seuil que ces isochrones peuvent introduire, l'Autorité complète en général cette analyse en tenant compte le cas échéant des magasins à proximité immédiate de la limite de la zone, par exemple ceux situés à moins de 2 minutes de trajet de cette limite et qui constituent ainsi une « bordure » de la zone.

523. L'évaluation de la distance ou du temps de parcours peut être pondérée en fonction de la qualité du réseau routier, de la fréquence des déplacements nécessaires, de l'attractivité que présente un point de vente, à travers la taille de ce dernier, de l'étendue des différentes gammes proposées et de la qualité des infrastructures qui lui sont attachées (autres services à proximité du lieu de

vente, parking). L'étendue des zones de chalandise à Paris intramuros est ainsi limitée à un rayon de 300 à 500 mètres compte tenu des contraintes de déplacement et des caractéristiques des magasins. Les spécificités topographiques des zones étudiées peuvent également être prises en compte dans l'analyse, par exemple lorsque ces zones sont situées dans les départements et collectivités d'outre-mer.

524. Cette zone de chalandise peut toutefois également être appréciée sur la base du comportement réel des consommateurs sur une zone donnée à travers les informations collectées par les points de vente sur la localisation de leurs clients, en particulier au moyen de programmes de fidélité. La zone de chalandise réelle d'un point de vente peut ainsi être assimilée à celle qui regroupe les consommateurs représentant un certain pourcentage du chiffre d'affaires de ce point de vente, ou à défaut, un certain pourcentage de l'ensemble des clients de ce point de vente. La pratique décisionnelle de l'Autorité retient généralement que la zone de chalandise d'un magasin peut être limitée à celle où résident les clients à l'origine de 80 % des ventes du magasin ou, à défaut, celle où résident 80 % de ses clients. Le pourcentage de consommateurs non retenu pour l'analyse est assimilé à une clientèle ponctuelle et non significative, parfois très éloignée du point de vente : il peut notamment s'agir de clients « de passage » et non réguliers. L'application de cette méthode dite « d'empreinte réelle » permet d'obtenir une photographie précise des clients qui fréquentent habituellement le magasin et, par construction, d'une zone de chalandise. Toutefois, cette méthode ne permet pas de délimiter la zone étendue à des magasins, non présents dans la zone de chalandise retenue, mais susceptibles, en cas d'augmentation de prix ou de dégradation de la qualité des services rendus du magasin examiné, de constituer des offres alternatives crédibles vers lesquels les consommateurs se tourneraient.
525. À cet égard, le calcul des parts de marché sur des zones de chalandise locales peut être sensible à des effets de seuil. L'Autorité vérifie s'il convient d'intégrer des concurrents situés au-delà de la zone de chalandise identifiée mais qui exercent une pression concurrentielle sur le magasin examiné.

Exemple 1 : dans son avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012, le Conseil de la concurrence a considéré que les zones de chalandises des points de vente de distribution alimentaire localisés dans les arrondissements périphériques de Paris devaient inclure les hypermarchés de banlieue exerçant une pression concurrentielle sur ces points de vente.

Exemple 2 : dans sa décision n° 16-DCC-111 du 26 juillet 2016, l'Autorité a considéré que des acteurs situés à la limite de certaines zones de chalandise exerçaient tout de même une pression concurrentielle sur le magasin cible sans que les parts de marché estimées par la méthode standard ne le reflète. L'Autorité a alors inclus ces magasins dans les zones de chalandise en question.

526. Elle peut aussi avoir recours à des méthodes plus sophistiquées susceptibles de répondre à ce problème et qui apportent un éclairage complémentaire. Ainsi, il est possible, pour apprécier les effets de l'opération, de calculer les parts de marché du point de vue de chacun des clients, réels ou hypothétiques, de la zone de chalandise analysée (c'est-à-dire dans une zone centrée sur ce client et de rayon identique à celui de la zone de chalandise), puis d'agréger ces parts de marché avec une pondération appropriée.

Les catégories de demandeurs

527. L'étendue du marché géographique peut être différente selon les catégories de demandeurs. La demande des entreprises peut ainsi s'adresser à des offreurs situés sur une zone géographique plus large que celle déterminée par la demande des particuliers. Il peut en être de même selon la taille des entreprises.

Exemple : dans le secteur des voyages d'affaires, si le marché géographique est national pour les PME/PMI, il pourrait être de dimension plus large pour les entreprises multinationales dans la mesure où elles cherchent à avoir un fournisseur unique pour l'ensemble de leur groupe, capable de couvrir, par sa prestation, plusieurs pays européens (« *one stop shopping* »).

Les contraintes légales ou réglementaires

528. Certains marchés sont géographiquement limités par des contraintes légales ou réglementaires.

Exemple : dans sa décision n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, l'Autorité a considéré que les spécificités des procédures d'appel d'offre, leur diffusion dans des journaux en langue française et les délais de réponse brefs constituaient des obstacles à l'entrée de concurrents étrangers sur les marchés du transport public urbain ailleurs que dans les très grandes villes.

529. Les normes nationales en vigueur peuvent constituer un critère de délimitation des marchés.

Exemple : dans sa décision n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009, l'Autorité a considéré que la délimitation du marché des services ferroviaires devait tenir compte du cadre réglementaire français où l'autorisation permettant de circuler n'était pas délivrée pour l'ensemble du réseau mais ligne par ligne. Aussi, l'échelle de la ligne et non du réseau national pouvait être l'échelon d'analyse pertinent.

Les préférences subjectives des clients

530. Des considérations subjectives relatives au comportement de la demande, telles que les préférences et les habitudes régionales ou nationales ou l'attachement aux marques expliquent que certains produits d'origine géographique différente ne soient pas, du point de vue de la demande, substituables aux produits locaux. L'élasticité croisée de la demande entre deux

produits peut ainsi être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales.

Exemple 1: dans sa dans sa lettre C2005-12 du 27 février 2006, le ministre chargé de l'économie a considéré que le foie gras était un produit du terroir consommé de manière uniforme en France et que le marché aval de la distribution de foie gras était donc de dimension nationale.

Exemple 2 : dans sa décision n°13-DCC-101, l'Autorité a considéré que sur le marché des matériaux de construction des murs porteurs, il existait un marché régional de la brique en Aquitaine, en raison de la préférence locale très nette pour ce matériau de construction, comparé au reste de la France.

4. LES MÉTHODES QUANTITATIVES

531. Au-delà de la prise en compte des indices qualitatifs et quantitatifs évoqués ci-dessus, la délimitation des marchés pertinents peut s'appuyer sur des méthodes quantitatives permettant de mesurer le degré de substituabilité entre différents produits ou services ou le pouvoir de marché détenu par un offreur sur un ensemble de produits ou services sur un territoire donné.
532. Le test du monopoleur hypothétique renseigne directement sur le caractère pertinent du marché considéré. À chaque étape du raisonnement, pour le marché examiné, la rentabilité d'une hausse de prix du point de vue d'un monopoleur hypothétique est calculée à partir de l'élasticité-prix simple de sa demande (qui doit parfois être calculée à partir des élasticités-prix croisées entre les biens regroupés dans le marché candidat) et de sa marge sur coûts variables. L'absence de rentabilité d'une telle hausse de prix peut indiquer que des produits extérieurs au marché examiné sont suffisamment substituables avec ceux étudiés pour que les clients préfèrent reporter leur consommation vers ces produits plutôt que de subir la hausse de prix. Le marché pertinent doit alors être élargi et il convient d'identifier les substituts les plus proches, qui seront inclus dans le nouveau marché examiné à l'étape suivante du test. Cette sélection peut se faire en comparant les élasticités croisées ou les ratios de diversion vers d'autres produits ou services. Le ratio de diversion d'un produit A vers un produit B indique la fraction des ventes perdues par le produit A à la suite d'une hausse de son prix qui se reportent vers le produit B en cas de hausse de prix légère mais permanente. Plus ce ratio de diversion est élevé, plus les produits sont des substituts proches. La méthodologie de calcul de ces ratios de diversion est présentée *infra*.
533. Ce test peut nécessiter la collecte d'une grande quantité de données. Les élasticités-prix peuvent être estimées économétriquement ou, à défaut, être évaluées à partir de la littérature économique ou des études de marché existantes ou sur la base de questions posées aux acheteurs.

534. Par ailleurs, la méthode du test du monopole hypothétique n'est valable que lorsque les prix observés, à partir desquels sont réalisées les simulations de hausses des prix, sont des prix suffisamment concurrentiels. Elle devient en effet plus délicate à mettre en œuvre si les prix observés s'éloignent des prix concurrentiels.
535. L'exemple typique (dit « *cellophane fallacy* ») est celui d'un monopole ou d'un oligopole parfaitement collusif sur le produit dont on cherche à vérifier s'il constitue ou non un marché pertinent distinct. Un monopoleur est capable de pratiquer son prix de monopole, c'est-à-dire le prix qui maximise son profit. À ce prix, toute augmentation de prix est susceptible de réduire le profit. Le test conduit alors automatiquement à élargir le marché au-delà de sa véritable dimension et donc à sous-estimer le pouvoir de marché de la nouvelle entité et les effets d'une concentration.
536. Le niveau de prix observé pourrait aussi être supérieur au niveau de prix attendu en l'absence de fusion (qui constitue le contrefactuel adapté), par exemple du fait de l'entrée prochaine de concurrents sur un marché récemment libéralisé ; dans ce cas, la baisse de prix sur ce marché pourrait conduire les clients à ne plus considérer comme des alternatives pertinentes les substituts plus éloignés. Ceux-ci ne doivent donc pas être inclus dans le marché, contrairement à ce que préconiserait un test du monopoleur hypothétique effectué à partir du niveau de prix actuel.
537. Enfin, l'existence d'un cas de « *cellophane fallacy* », en poussant à élargir à tort le marché pertinent et à minimiser le pouvoir de marché des parties sur celui-ci, pourrait conduire à sous-estimer les effets verticaux ou congloméraux liés à une concentration.
538. À défaut de pouvoir mettre en œuvre rigoureusement le test du monopoleur hypothétique, d'autres méthodes quantitatives peuvent être utilisées pour éclairer la délimitation des marchés pertinents. Dans certains cas, le degré de substituabilité ou la proximité des produits peut être évalué directement à partir du calcul de ratios de diversion.
539. Par ailleurs, l'observation des évolutions des prix peut fournir des indications quantitatives précieuses sur la substituabilité des produits car des produits différents qui répondent à une même demande peuvent présenter des écarts de prix, mais ceux-ci doivent en théorie évoluer de façon similaire dans le temps. Les données utilisées dans ces études de corrélation doivent s'étendre sur une période suffisamment longue (par exemple, au moins deux ans pour des données mensuelles). Elles doivent être corrigées des variations saisonnières qui peuvent affecter l'offre ou la demande sur certains marchés, ainsi que des évolutions des facteurs de coûts communs.
540. Des indications quantitatives sur le degré de substituabilité des produits peuvent également être obtenues en analysant l'impact de chocs qui ont affecté le marché, tels que l'entrée d'un nouveau concurrent, le lancement d'un nouveau produit, une variation des taux de change ou

une augmentation ou diminution soudaine de la capacité de production d'une entreprise sur le marché. Toutefois, un choc qui conduit l'essentiel ou la totalité de la demande à se reporter vers d'autres produits pourrait engendrer des ratios de diversion différents de ceux qui résulteraient du report de la demande des consommateurs les plus sensibles aux prix à la suite d'une hausse de prix de 5 à 10 %. Ainsi, l'analyse des effets de l'opération à partir d'un choc trop important pourrait conduire à surestimer l'importance de la clientèle qui choisirait de se reporter vers des produits concurrents en cas de hausse des prix de 5 à 10 %.

541. Pour toutes les modélisations quantitatives, les parties sont invitées à détailler la méthodologie suivie ainsi qu'à joindre les données utilisées et, plus généralement, à suivre les recommandations formulées par l'Autorité en la matière.

B. L'ANALYSE CONCURRENTIELLE

1. IDENTIFICATION DES CARACTÉRISTIQUES DES MARCHÉS CONCERNÉS

542. Après avoir défini les marchés pertinents, l'Autorité identifie les principales caractéristiques des marchés concernés par l'opération afin d'être en mesure d'apprécier si la nouvelle entité détiendra un pouvoir de marché significatif. Comme le rappelle la Commission dans ses [lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales et non horizontales](#) il faut entendre par pouvoir de marché « *la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence.* »⁷⁰
543. L'Autorité procède à cette analyse au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce. Pour ce faire, après avoir calculé la part de marché des parties à l'opération et apprécié le degré de concentration du marché concerné (a), l'Autorité identifie les caractéristiques des opérateurs présents sur le marché (b), des produits ou services qui y sont offerts (c) et des clients ou des fournisseurs (d). Les modalités de fonctionnement du marché, résultant de certaines de ses caractéristiques intrinsèques, constituent également des propriétés pertinentes pour apprécier les effets d'une concentration (e). Enfin, l'Autorité recherche s'il existe des concurrents potentiels susceptibles de contraindre la nouvelle entité (f).

⁷⁰ Paragraphe 10.

a. La part de marché des parties et le degré de concentration du marché

544. Les parts de marché des parties et de leurs concurrents et le degré de concentration du marché concerné donnent une première indication utile à la détermination du pouvoir de marché de la nouvelle entité.

Les parts de marché

545. Plus la part de marché de la nouvelle entité est élevée par rapport à celles de ses concurrents, plus la probabilité qu'elle confère ou renforce un pouvoir de marché est forte.

546. L'Autorité se réfère également aux parts de marché les plus récentes disponibles. Elle peut prendre en considération les parts de marché au cours des deux années précédentes, par exemple si elles ont fortement évolué. La part de marché de la nouvelle entité est calculée en additionnant celle des parties. L'addition des parts de marché des parties ne tient cependant pas compte des phénomènes de report sur les concurrents de la demande qui s'adressait auparavant aux parties. En effet, si l'intensité de ce report peut faire l'objet d'une appréciation qualitative, en fonction du type de concurrence que se livraient les entreprises avant l'opération, l'estimation chiffrée de l'effet de ce report nécessite des travaux quantitatifs plus sophistiqués. Elle peut éventuellement être corrigée d'estimations d'évolution de marché, en particulier lorsque celui-ci est en développement rapide. L'Autorité s'appuie sur les parts de marché fournies par les parties dans leur dossier de notification, qui peuvent reposer, en l'absence de sources fiables, sur leurs meilleures estimations. Elle peut toutefois remettre en cause les estimations fournies en s'appuyant sur des sources tierces, en particulier à la suite d'un test de marché.

547. Les parts de marché sont analysées en valeur ou en volume selon les modalités de fonctionnement du marché.

Exemple : dans sa décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018, l'Autorité, après avoir considéré que les critères du nombre d'annonces, du chiffre d'affaires et de l'audience étaient tous pertinents, a estimé que la part de marché en valeur était le meilleur indicateur puisqu'il permettait de refléter la performance d'un opérateur, qui dépend de l'importance et de la qualité de l'audience, et le nombre d'annonces publiées sur le portail. Elle n'a en revanche retenu que le chiffre d'affaires lié à la vente des produits et services issus du placement de petites annonces immobilières, à l'exclusion des revenus liés à la publicité, ceux-ci ne traduisant pas la qualité de l'audience pour les agences immobilières.

548. L'Autorité utilise les indicateurs de volume pertinents en fonction du marché examiné, comme les surfaces en m² dans la distribution ou le nombre de concessions dans la vente de véhicules neufs. Dans les secteurs bancaire et immobilier, l'Autorité a également estimé les parts de marché des entreprises à partir du nombre de leurs agences.

549. Afin de prendre en compte le fonctionnement réel du marché, la méthode de calcul des parts de

marché peut être adaptée.

Exemple 1 : dans sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l’Autorité a considéré qu’une approche en termes de points de vente n’était pas suffisante pour refléter la réalité du marché. Le calcul des parts de marché a été revu en pondérant le nombre de boutiques des opérateurs actifs sur le marché de la distribution de produits et services de téléphonie mobile par le nombre d’actes de vente moyen réalisé par point de vente dans le but de refléter les spécificités de chaque réseau de boutique et, *in fine*, leur capacité à attirer, recruter et fidéliser les consommateurs.

Exemple 2 : dans sa décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013, l’Autorité a appliqué la méthode du consommateur hypothétique dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire pour estimer la position de la nouvelle entité. Cette méthode consiste à calculer les parts de marché des entreprises à partir du point de vue de consommateurs situés de façon régulière sur tout le territoire analysé (en l’espèce, la ville de Paris). Cette méthode apporte un éclairage différent de celui qui résulte de l’analyse usuelle des zones de chalandise autour de chaque magasin puisqu’elle permet d’apprécier l’étendue et la diversité de l’offre à laquelle les consommateurs sont confrontés, selon leur localisation.

550. Le calcul des parts de marché peut parfois nécessiter des retraitements significatifs afin de tenir compte de la diversité des activités des entreprises présentes sur le marché.

Exemple 1 : dans sa décision n° 16-DCC-11 du 27 juillet 2016, l’Autorité a écarté la méthode usuelle de calcul de part de marché en surface qui conduisait, selon elle, à sousestimer le poids de chacun des opérateurs des zones de chalandise. Elle a eu recours à une estimation des parts de marché en valeur, corrigées pour prendre en compte les ventes en ligne. Considérant que les acteurs spécialisés dans la vente en ligne (« *pure players* ») exerçaient une pression concurrentielle relativement homogène sur tout le territoire français, l’Autorité a estimé le poids des opérateurs de vente en ligne dans les zones de chalandise locales en supposant qu’elles étaient égales à leurs parts de marché nationales.

Exemple 2 : dans sa décision n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018, afin d’apprécier fidèlement le poids des fabricants de produits vendus sous MDF et MDD, l’Autorité s’est appuyée sur les parts de marché calculées à partir des ventes de produits qu’ils réalisaient sous MDF et sous MDD, et non pas en regroupant les ventes réalisées par les opérateurs de MDD au sein d’un opérateur fictif unique comme le proposait la partie notifiante. Une telle méthodologie aurait en effet conduit à minorer les parts de marché des différents opérateurs commercialisant à la fois des produits sous MDD et sous MDF, en n’intégrant pas dans leur part de marché la part de leur activité relevant de la fabrication de produits sous MDD.

551. Enfin, la part de marché de la nouvelle entité n’est pas toujours la plus adaptée pour évaluer

son poids sur un marché.

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-11 du 30 janvier 2017, compte tenu de l'existence de centrale d'achats qui offrent à leurs adhérents des conditions d'achat identiques, l'Autorité a pris en compte, en sus de la part de marché des seules enseignes concernées par l'opération, celle des centrales d'achat auxquelles elles appartiennent.

Le degré de concentration du marché

552. Les risques d'atteintes à la concurrence sont en général plus importants sur un marché concentré. Pour apprécier le degré de concentration du marché, l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH ou HHI) peut être calculé. Cet indice est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché. Lorsqu'il n'est pas possible, faute d'information disponible, d'intégrer dans le calcul toutes les entreprises présentes sur le marché pertinent, il convient de se limiter aux principaux opérateurs dont les parts de marché peuvent être identifiées, l'impact des petits acteurs sur la valeur de l'IHH étant réduit. Le niveau de l'indice après l'opération et sa variation par rapport à la situation antérieure (appelée delta) sont pris en compte.

b. Les caractéristiques des entreprises

553. En présence de marchés affectés/parts de marché significatives, l'Autorité apprécie les principales caractéristiques des entreprises actives sur le marché examiné et les contraintes susceptibles d'influencer leur comportement concurrentiel. Ces différents éléments permettent d'apprécier l'intensité de la pression concurrentielle sur la nouvelle entité.

La taille des entreprises et l'étendue de leurs activités sur le marché concerné

554. L'Autorité peut analyser le volume de biens ou services produits par les entreprises actives sur un marché afin d'apprécier les conséquences du poids de certains opérateur sur le fonctionnement du marché. Elle apprécie également la diversité des produits ou services offerts (produits ou services d'une même gamme ou non) ainsi que la puissance de leurs marques. Lorsqu'elle apprécie le poids d'une entreprise, l'Autorité peut intégrer la production liée à l'autoconsommation.

Les activités d'entreprises sur des marchés connexes

555. L'Autorité vérifie si des entreprises sont également actives, simultanément ou non, sur d'autres marchés, soit parce qu'elles sont verticalement intégrées, soit parce qu'elles proposent des biens distincts mais appartenant à des marchés connexes.

La structure des coûts et le niveau de marges des entreprises

556. Ces indicateurs sont de nature à influencer la rentabilité d'une activité sur un marché et, par suite, les incitations des concurrents à augmenter leurs prix. À titre d'exemple, l'existence de coûts fixes dans un secteur économique donné génère des économies d'échelles qui sont susceptibles d'influencer le comportement des opérateurs économiques actifs sur le marché.

Les capacités de production

557. L'analyse des capacités de production disponibles sur un marché permet d'apprécier les contraintes concurrentielles qui pèsent sur les entreprises. En effet, l'existence de capacités de production non utilisées sur un marché est une source de pression concurrentielle supplémentaire susceptible, le cas échéant, de discipliner la nouvelle entité. L'Autorité apprécie également la possibilité, pour les concurrents des parties, de développer leurs capacités de production.

Exemple : dans sa décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013, l'Autorité a constaté que le développement de nouvelles capacités de production par les concurrents déjà actifs sur le marché examiné était peu probable en raison de certaines barrières à l'expansion de l'activité, liées notamment à l'accès à la matière première, au coût capitalistique d'une usine et à la complexité des produits concernés.

Le comportement des entreprises

558. Au-delà des caractéristiques intrinsèques des entreprises, l'Autorité analyse leur comportement, actuel ou passé, y compris pour ce qui concerne les parties. Elle vérifie, par exemple, s'il existe, sur le marché, des entreprises susceptibles de discipliner la nouvelle entité en raison de leur comportement.

Exemple : dans sa décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018, l'Autorité a analysé les entrées récentes sur le marché des annonces immobilières en ligne. Elle a considéré que le succès commercial des opérateurs récemment entrés sur le marché devait être relativisé puisque la plupart des nouveaux entrants n'ont pas une audience suffisante ou un nombre d'annonces suffisamment important pour être assurés de maintenir leur activité, à terme. Elle a en revanche estimé que le site Bien'ici devait être considéré comme un nouvel entrant crédible. Sa politique tarifaire offensive, l'accès privilégié aux annonces de ses actionnaires et les services innovants qu'il propose lui ont permis d'accroître son volume de petites annonces et son nombre de visiteurs. Toutefois, l'Autorité a considéré que la capacité de Bien'ici à exercer une pression concurrentielle réelle sur les autres opérateurs devait être relativisée en raison des difficultés rencontrées par le site pour acquérir une notoriété suffisante face aux opérateurs historiques du marché.

559. L'existence d'un franc-tireur sur le marché examiné, qui adopte un comportement concurrentiel offensif vis-à-vis de ses concurrents est un élément important qui peut être intégré par l'Autorité dans son analyse des effets d'une opération.

Les liens entre les entreprises

560. L'existence de liens, notamment structurels, entre des entreprises sur le marché examiné, tels que des participations croisées ou des participations dans des entreprises communes, sont de nature à influencer le comportement des opérateurs économiques sur un marché, qui doivent être pris en compte lors de l'analyse des effets de l'opération.

561. L'Autorité tient également compte de l'existence d'accords de coopération, notamment horizontale, entre les entreprises.

Exemple : dans sa décision n° 15-DCC-53 du 15 mai 2015, l'Autorité a mis en évidence l'existence de contrats d'échanges de capacité de stockage du GPL entre les principaux opérateurs du secteur, qui revêtaient un caractère structurant pour l'organisation du marché.

Les capacités d'expansion ou le risque de déclin des entreprises

562. Lorsqu'elle apprécie la pression concurrentielle exercée sur la nouvelle entité, l'Autorité prend en compte les capacités d'expansion ou, au contraire, le risque de déclin des entreprises présentes sur le marché examiné.

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-92 du 22 juin 2017, l'Autorité a considéré que le groupe Altice, nouvel entrant sur le marché, avait vocation à exercer, à l'avenir, une pression concurrentielle croissante sur les marchés de l'acquisition de droit de diffusion de films et séries américains pour la télévision payante. Elle a également pris en compte son entrée récente sur le marché de l'édition de chaînes premium, notamment cinématographiques, au travers de la création annoncée d'une chaîne de télévision payante. L'Autorité a enfin considéré que la pression concurrentielle exercée par le groupe Altice sur ces marchés avait vocation à s'accroître, en raison des moyens financiers conséquents dont elle disposait et de sa volonté de renforcer sa stratégie de convergence. En revanche, elle a écarté l'existence d'une pression concurrentielle suffisante exercée par le groupe Altice sur les marchés de l'acquisition de droits de diffusion de films français pour la télévision payante. L'Autorité a en effet considéré que les éléments relatifs à son activité sur ce marché se cantonnaient à des projets, en nombre relativement limité, et étaient donc insuffisants, au jour de sa décision, pour attester de l'exercice d'une pression concurrentielle suffisante sur le groupe Canal Plus à moyen terme.

c. Les caractéristiques des produits ou des services

563. Les caractéristiques intrinsèques des produits ou services concernés sont des paramètres essentiels dans l'analyse concurrentielle réalisée par l'Autorité.
564. En premier lieu, s'agissant de marchés de produits, les effets d'une concentration sont appréciés différemment selon la place qu'ils occupent dans la chaîne de production. En effet, s'il s'agit d'un intrant essentiel pour élaborer un produit fini, l'opération est susceptible d'avoir un effet sur d'autres marchés que celui sur lequel les parties sont actives.
565. En deuxième lieu, l'Autorité identifie les caractéristiques propres aux produits ou services concernés, qui sont de nature à contraindre les échanges. Ainsi, l'existence de coûts de transports significatifs ou les propriétés physiques (produits dangereux, instables, produits non périssables susceptibles d'être stockés) sont susceptibles d'exercer une influence sur le fonctionnement d'un marché. L'Autorité recherche également s'il existe, sur le marché, des infrastructures qui revêtent un rôle incontournable, par exemple parce qu'il s'agit d'infrastructures essentielles ou qu'elles sont un point d'entrée indispensable sur le territoire national.

Exemple : dans sa décision n° 15-DCC-53 du 15 mai 2015, l'Autorité a considéré que la nouvelle entité contrôlerait exclusivement les deux principaux dépôts maritimes de la façade Nord de la France et le seul dépôt d'importation du Sud-Ouest, ce qui lui permettrait de bénéficier de points de chargement majeurs pour ses camions de GPL de gros et moyen vrac.

566. En troisième lieu, le degré de différenciation des biens ou services offerts sur le marché permet d'apprécier la proximité concurrentielle entre les parties et leurs concurrents. Le caractère différencié ou homogène des biens ou services concernés par l'opération dépend de leur degré de substituabilité, qui peut être apprécié par une analyse qualitative, résultant d'un faisceau d'indices, ou de manière quantitative en calculant les ratios de diversion entre les différents biens ou services offerts sur le marché (la méthode de calcul de ces ratios de diversion est présentée *infra*).
567. Les ratios de diversion peuvent être obtenus de différentes manières :
- à partir des élasticités-prix et élasticités-prix croisées de la demande des différents produits. Ces élasticités peuvent elles-mêmes être estimées économétriquement, par exemple à partir de données type « sortie de caisse » ;
 - directement au travers de sondages réalisés auprès des consommateurs ou des entreprises clientes. Une attention particulière doit être apportée à la formulation des questions posées, les résultats obtenus pouvant y être sensibles. Dans l'hypothèse où la partie notifiante envisagerait de recourir à un sondage, cette dernière est donc invitée à se rapprocher du rapporteur en charge du dossier afin

d'échanger sur la méthodologie suivie ;

- à partir du suivi d'un panel de consommateurs dans le temps. Toutefois, ce type de données ne permet généralement pas de s'assurer que les modifications d'habitudes de consommation sont bien dues à des variations de prix et ne donnent donc qu'une mesure relativement imprécise des réels ratios de diversion.

Exemple 1 : dans sa décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, l'Autorité s'est appuyée sur un sondage réalisé par le groupe Fnac destiné à évaluer les reports de demande vers des concurrents dans différents scénarios, pour évaluer ces ratios de diversion.

Exemple 2 : dans sa décision n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018, l'Autorité a adressé aux GMS des questionnaires destinés à savoir si et comment ils adapteraient leur comportement d'achat si l'une ou l'autre des parties augmentait le prix de ses produits.

d. Les caractéristiques des clients ou des fournisseurs des parties

568. Le comportement d'une entreprise est également susceptible d'être influencé par ses partenaires contractuels. L'Autorité s'intéresse donc à la structure de l'offre et au fonctionnement des marchés sur lesquels sont actifs les clients ou fournisseurs de la nouvelle entité.
569. Le nombre et le degré de concentration des clients ou des fournisseurs de la nouvelle entité constituent des paramètres importants pour estimer son pouvoir de marché. En effet, plus les clients ou les fournisseurs sont concentrés, moins la nouvelle entité sera en mesure de s'affranchir de leurs demandes et de se comporter de manière autonome.
570. La capacité des clients à discipliner les entreprises sur un marché de gros est plus forte que sur un marché de détail. En effet, sur un marché de gros, les clients sont des professionnels, et non des particuliers. Ces derniers ont une meilleure connaissance des conditions commerciales proposées par les concurrents, ce qui leur confère un pouvoir de négociation plus important. En outre, les clients professionnels sont susceptibles de représenter une part significative du marché et de discipliner la nouvelle entité. Le type de clients avec lequel la nouvelle entité a vocation à entretenir des relations commerciales constitue donc un élément essentiel de l'analyse des effets de l'opération.
571. Enfin, lorsqu'elle analyse les caractéristiques d'un marché, l'Autorité tient compte de la sensibilité de la demande au prix dans la mesure où, moins la demande est sensible au prix, moins les clients sont susceptibles de discipliner le comportement concurrentiel de la nouvelle entité. Une telle situation est donc de nature à accroître les risques concurrentiels générés par une opération.

Exemple : dans sa décision n° 13-DCC-101 du 30 juillet 2015, l’Autorité a constaté que le niveau des marges sur coût variable des parties était un indice de la faible élasticité de la demande sur le marché des matériaux de construction de murs porteurs, ce qui était de nature à générer un risque de hausse de prix à l’issue de l’opération.

e. Les caractéristiques du marché et ses modalités de fonctionnement

572. Les caractéristiques économiques et juridiques propres au marché examiné et ses modalités de fonctionnement sont de nature à influencer les effets d’une concentration. Elles peuvent donc faire l’objet d’une analyse approfondie de la part de l’Autorité.
573. En premier lieu, la stabilité du marché facilite la coordination entre les entreprises, susceptible d’aggraver les effets anticoncurrentiels d’une concentration. En effet, elle incite les entreprises à s’aligner sur l’éventuelle hausse de prix des produits ou des services fournis par la nouvelle entité. Corrélativement, les facteurs susceptibles de réduire cette stabilité, comme le poids de l’innovation sur le marché, constituent des éléments pertinents dans l’analyse réalisée par l’Autorité.
574. En deuxième lieu, l’Autorité apprécie le degré de transparence du marché, qui est également susceptible de faciliter la coordination entre les entreprises. Elle recherche par exemple s’il existe des contraintes dans l’accès à certaines données de marché, relatives à l’évolution de la demande ou des prix. *A fortiori*, l’existence de règles de tarification communes est susceptible de faire émerger un point focal, générant un risque de hausse généralisée des prix à l’issue de l’opération.
575. En troisième lieu, la nature des relations existantes entre les offreurs et les demandeurs est de nature à influencer le pouvoir de marché de la nouvelle entité, en rendant plus ou moins fluide le marché examiné. Ainsi, le nombre de transactions auxquelles la nouvelle entité est partie prenante, les modalités de négociation de ces contrats (appels d’offres ou de gré à gré), la fréquence des renouvellements contractuels, le caractère exclusif ou sélectif des réseaux dans lesquels les produits concernés par l’opération sont distribués ou la durée des contrats sont autant d’éléments pertinents pour permettre à l’Autorité d’apprécier les effets d’une concentration.

Exemple 1 : dans sa décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, l’Autorité a tenu compte de l’existence de réseaux de distribution sélective, puisque ceux-ci étaient de nature à empêcher certains concurrents des parties d’avoir accès à certains produits ou à permettre aux enseignes les plus importantes d’obtenir de meilleures conditions tarifaires ou des exclusivités.

Exemple 2 : dans ses décisions n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 et n° 17-DCC-93 du 22 juin 2017, l’Autorité s’est appuyée sur le fonctionnement du marché et le déroulé des

négociations contractuelles entre les entreprises actives sur le marché pour identifier un risque d'effet congloméral et vertical. Elle a notamment constaté que, du côté des détenteurs de droit, les négociations pour la diffusion de contenus diffusés en télévision payante et gratuite faisaient intervenir les mêmes interlocuteurs et étaient susceptibles de conduire à la conclusion d'accords globaux intégrant ces deux types de droits.

576. En particulier, les possibilités de réaction des concurrents ou des parties peuvent être contraintes par la durée importante des contrats ou l'existence de coûts importants de changement de fournisseur (« *switching costs* ») pour les clients (en raison d'abonnements ou de contrats dont la rupture est coûteuse). La contrainte sur l'intensité concurrentielle du marché est particulièrement forte en présence de coûts favorisant la reconduction de ces contrats à leur terme.
577. En quatrième lieu, le cadre réglementaire applicable sur le marché examiné est analysé avec attention par l'Autorité puisqu'il a une influence significative sur son mode de fonctionnement et sur le comportement des entreprises. Il peut notamment imposer l'adoption par les entreprises de certains comportements concurrentiels et orienter l'analyse des effets d'une concentration.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-15 du 10 février 2014, l'Autorité a pris en compte les injonctions prononcées à l'encontre du groupe Canal Plus dans le cadre de la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus pour écarter certains risques d'effets verticaux ou congloméraux sur les marchés concernés par l'opération.

578. En cinquième lieu, l'Autorité apprécie si le marché concerné présente un caractère biface. En effet, en présence de marchés bifaces, l'équilibre économique sur un marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur un autre marché. Les deux marchés, bien qu'éventuellement distincts, fonctionnent en effet de façon interdépendante, spécificité qui peut être prise en compte aussi bien au stade de la délimitation du marché que de l'analyse des effets de l'opération sur la concurrence et des gains d'efficience.

Exemple : dans sa décision n°10-DCC-152 du 3 novembre 2010, l'Autorité a considéré que le marché de la presse constituait un marché biface avec d'un côté le marché des titres de presses et de l'autre celui de la publicité. SeLoger.com avait pour clients sur une face des agents immobiliers qui payaient un abonnement pour faire référencer leurs annonces et sur l'autre face les internautes qui les consultaient. Cette décision souligne le caractère biface de nombre de marchés du numérique, avec sur une face la publicité en ligne et sur l'autre les consommateurs internautes.

579. En dernier lieu, l'Autorité recherche si le marché examiné est caractérisé par l'existence d'une coordination actuelle ou passée, tacite ou explicite, susceptible de se reproduire et d'accroître

le risque de hausse des prix lié à la concentration.

f. Les sources de concurrence potentielle

580. Pour apprécier les effets d'une concentration sur un marché, l'Autorité identifie les sources de concurrence potentielle, susceptibles de discipliner le comportement concurrentiel de la nouvelle entité. En effet, lorsque l'entrée sur un marché est relativement aisée, il est peu probable qu'une concentration soulève d'importants problèmes de concurrence. Les barrières à l'entrée sur le marché en cause sont donc un facteur important de l'analyse. Il convient toutefois de s'assurer que ces entrées sont possibles dans des délais raisonnables et sur une échelle suffisante pour exercer une réelle contrainte.
581. Les barrières à l'entrée peuvent prendre des formes très diverses.
582. En premier lieu, l'entrée des concurrents sur le marché peut être rendue difficile par des barrières liées à la réglementation, à la protection de la propriété intellectuelle ou à l'accès à certaines données.

Exemple 1 : dans sa décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013, l'Autorité a considéré que la combinaison du régime d'autorisation administrative pour les ouvertures de magasin d'une surface supérieure à 1 000 m² et des autorisations légales et réglementaires prévues pour ouvrir un magasin contribuaient à freiner les implantations de magasins. Dans le cas spécifique du marché parisien, ces barrières à l'entrée étaient, selon l'Autorité, renforcées par les difficultés liées à l'obtention d'un permis de construire et des autorisations de travaux s'agissant du foncier à bâtir, et les contraintes du plan local d'urbanisme s'agissant du foncier bâti.

Exemple 2 : dans sa décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, l'Autorité a identifié un ensemble de barrières à l'entrée au marché de la vente au détail de produits électrodomestiques, comme la maturité du marché, la réglementation environnementale, la rareté du foncier et les contraintes réglementaires relatives à l'installation d'équipements commerciaux. Elle a considéré que l'exercice d'une activité de vente en ligne de ce type de produits était également confronté à des barrières à l'entrée importantes, liées notamment aux coûts des moyens de paiement ainsi qu'aux contraintes logistiques et marketing qui pèsent sur les concurrents potentiels. Les concurrents des parties avaient également invoqué les difficultés liées à l'accès aux produits pour les nouveaux entrants, dans le cadre de réseaux de distribution sélective.

583. En deuxième lieu, de nouvelles entrées sont d'autant moins probables qu'elles sont risquées. Or, le risque associé à l'entrée sur un marché croît avec la part des coûts engagés qui ne pourra être récupérée en cas d'échec. Les dépenses de publicité constituent par exemple des coûts

irrecupérables. Le fait qu'un nouvel entrant sur le marché ne puisse y exercer une concurrence significative sans engager d'importantes dépenses publicitaires pour soutenir sa marque est donc considéré comme un frein à l'entrée.

Exemple : dans sa décision [M.833](#) du 11 septembre 1997, la Commission a relevé que « *l'image de marque joue un rôle essentiel pour l'augmentation des ventes dans le domaine des BGSA, et des sociétés comme TCCC et Pepsico ont réussi à fidéliser leur clientèle grâce à des investissements très lourds qui leur ont permis de maintenir la bonne image de leurs marques. L'introduction d'une nouvelle marque nécessiterait donc des dépenses de publicité et de promotion très élevées, afin de persuader des clients fidèles de renoncer à leurs marques habituelles de boissons gazeuses sans alcool. De plus, en raison de la fidélité des consommateurs aux marques connues, un nouveau fournisseur aurait beaucoup de difficultés à persuader la clientèle des détaillants de changer de fournisseur, ce qui constituerait une entrave supplémentaire à l'entrée. De telles dépenses de publicité et de promotion sont des coûts perdus et accroîtraient considérablement les risques qu'implique l'accès à ce marché.* »

584. L'Autorité évalue également l'importance des coûts fixes et les conditions dans lesquelles ils peuvent être récupérés, c'est-à-dire la combinaison de parts de marché et de temps nécessaire à l'amortissement de l'investissement initial. Plus la production implique d'importants coûts fixes, plus l'entrée sur le marché, pour être rentable, doit se faire à grande échelle. L'intensité capitalistique d'un métier, en raison de ses coûts fixes de recherche et développement, de production ou de marketing, l'impossibilité de bénéficier d'économies d'échelle suffisantes pour être concurrentiel, ou les désavantages liés à l'inexpérience et au manque de savoir-faire peuvent conduire des entrants potentiels à considérer que les coûts irrecupérables en cas d'échec constituent des barrières impossibles à franchir.

Exemple : dans son avis [n° 03-A-15](#) du 25 juillet 2003, le Conseil de la concurrence a estimé que l'investissement nécessaire pour pénétrer le marché du traitement des chèques était relativement mineur au regard des perspectives de rentabilité. Il a par ailleurs tenu compte de l'évolution technologique majeure en cours dans le secteur, à savoir la dématérialisation des opérations de compensation de chèques, apparue avec la mise en place de l'Échange image chèque (EIC). Le Conseil de la concurrence a estimé que cette évolution avait deux effets : d'une part, elle rend de moins en moins nécessaire la proximité géographique entre les centres de traitement et les agences bancaires et réduit l'intérêt d'une couverture nationale. D'autre part, elle entraîne une diminution des investissements nécessaires à l'installation d'un centre, en rendant les trieuses inutiles. Le Conseil de la concurrence a ainsi conclu que « *si les contraintes liées à la taille d'un opérateur compétitif constituent l'un des facteurs explicatifs de la concentration, elles ne constituent pas pour autant un obstacle dirimant à l'accès au marché* ».

585. L'existence d'effets de réseau peut constituer un obstacle difficile à franchir pour un nouvel entrant. Un marché de produits présente des effets de réseau lorsque l'utilité globale du produit pour les clients qui l'utilisent dépend non seulement de l'usage personnel qu'ils en font, mais également du nombre des autres clients qui utilisent ce produit. Un tel effet de réseau est un effet de réseau direct.
586. Il y a effet de réseau indirect lorsque la valeur d'un bien pour un utilisateur augmente à mesure que le nombre et la variété des produits complémentaires ou le nombre d'autres types d'utilisateurs augmentent.

Exemple : dans une [lettre du 27 avril 2000](#), le ministre chargé de l'économie a relevé que de tels effets jouent un rôle important dans le transport aérien. Ainsi, « *Le fait pour une compagnie de disposer d'un réseau étendu, offrant des fréquences élevées et des connexions rapides structurées autour d'un 'hub', peut constituer une barrière à l'entrée importante pour des compagnies concurrentes qui ne bénéficieraient pas d'un réseau aussi attractif.* »

587. Par ailleurs, certains avantages, dont bénéficient des entreprises actives sur le marché, sont difficilement reproductibles par de nouveaux entrants.

Exemple : dans sa décision n° 13-DCC-96 du 23 juillet 2013, l'Autorité a considéré que, compte tenu de l'importance accordée par les clients à la fiabilité et à la précision des conseils fournis sur le marché du négoce de matériaux de construction, un nouvel entrant était susceptible de se trouver confronté à un problème de notoriété, en ce qui concerne la compétence et le savoir-faire de ses vendeurs.

588. D'une façon plus générale, l'existence de « *switching costs* » limite non seulement le report des

clients vers d'autres concurrents déjà présents sur le marché, mais *a fortiori* vers de nouveaux entrants.

Exemple : dans sa décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013, l'Autorité a estimé que les dispositifs contractuels et capitalistiques qu'entretiennent les groupes de la grande distribution avec leurs affiliés, en particulier les durées de contrat longues ou les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles, constituent une barrière à l'entrée ou à l'expansion qui est dirimante dans les zones où l'une des parties a déjà un poids économique important.

589. Les barrières à l'entrée peuvent résulter de la capacité d'entreprises à maintenir des contrats d'approvisionnement ou de distribution de très longue durée.
590. La constatation de l'absence d'une entrée réussie ne suffit pas à établir l'existence de barrières de même que les entrées récentes ne suffisent pas, en elles-mêmes, à démontrer l'absence de barrière, dans la mesure où tant l'absence d'entrées que la constatation d'entrées peuvent revêtir un caractère exceptionnel. L'observation des entrées passées peut tout au plus constituer un indice qui doit être confronté aux autres éléments de l'analyse.

Exemple : dans son avis [n° 03-A-15](#) du 25 juillet 2003, le Conseil de la concurrence a considéré que l'absence d'entrée sur un marché ne suffisait pas à elle seule à caractériser l'existence d'une barrière à l'entrée, cette absence pouvant résulter de nombreux autres facteurs. Pour le marché du traitement des chèques, la mise en place de l'échange d'image chèque avait induit des coûts d'adaptation et une baisse des opérations susceptibles d'être rémunérées, causant une baisse de la rentabilité pour les opérateurs.

591. Certaines de ces barrières à l'entrée peuvent être plus aisément franchissables pour certains concurrents potentiels que pour d'autres. De ce fait, l'identification précise de candidats potentiels à l'entrée sur le marché accroît la vraisemblance de ces entrées.
592. Enfin, la dimension temporelle dans laquelle une entrée sur le marché apparaît raisonnablement prévisible est un élément essentiel de l'analyse. Ainsi que précisé dans ses [lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales](#), la Commission « *examine si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable pour dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Le moment précis auquel cette entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. Cependant, l'entrée sur le marché n'est normalement considérée comme intervenant en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans* »⁷¹.

⁷¹ Paragraphe 74.

Exemple : dans sa décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018, l’Autorité a écarté la pression concurrentielle susceptible d’être exercée par Amazon et Google sur le marché français des petites annonces immobilières en ligne, considérant qu’aucun élément du dossier présenté ne faisait état d’une entrée certaine et à court terme de ces opérateurs sur le marché.

2. LES EFFETS HORIZONTAUX D’UNE CONCENTRATION

a. La nature des effets horizontaux

593. Un risque d’atteinte à la concurrence, au sens de l’article [L. 430-6](#), peut être constaté lorsqu’une concentration confère un pouvoir de marché à la nouvelle entité ou renforce un pouvoir de marché que l’une des parties détenait avant l’opération, c’est-à-dire lorsque l’opération confère à la nouvelle entité le pouvoir de faire obstacle au maintien d’une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, et de ses clients. La nouvelle entité serait ainsi en mesure d’augmenter significativement ses prix, de réduire la diversité des produits ou services disponibles sur le marché ou son rythme d’innovation.
594. L’appréciation des effets d’une concentration horizontale ne se limite pas au risque d’augmentation des prix. Elle prend également en compte les effets hors prix susceptibles de se matérialiser à l’issue de l’opération.

Exemple 1 : dans sa décision n° 17-DCC-95 du 23 juin 2017, après avoir constaté que, compte tenu des mécanismes spécifiques de fixation des prix des soins hospitaliers en France, la concurrence tarifaire entre établissements de santé était limitée aux prestations annexes, l’Autorité a analysé les effets non-tarifaires liés à la concentration examinée. Elle a notamment estimé qu’une concentration horizontale dans le secteur de la santé était susceptible de dégrader l’offre et la diversité des soins au détriment des spécialités les moins génératrices d’activité. L’Autorité a également considéré que ce type d’opération était susceptible d’influencer le comportement des praticiens qui pourraient se voir contraints dans le choix du lieu de l’exercice de leur activité principale ou secondaire, conduisant à la réduction du choix offert aux patients sur un territoire donné. Elle a enfin vérifié les effets de l’opération sur le système de tarification nationale des actes médicaux, qui repose sur un mécanisme de concurrence par comparaison requérant la présence d’un nombre suffisant de points de comparaison.

Exemple 2 : dans sa décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, l’Autorité a apprécié les risques de la concentration sur la qualité de service rendue par les distributeurs de produits électroniques. En s’appuyant sur un sondage réalisé auprès des acheteurs de produits

électroniques distribués par les parties, l'Autorité a constaté que l'opération était susceptible de dégrader les services offerts par les magasins aux consommateurs lors de leur expérience d'achat, tels que les conditions d'accueil, de conseil, les services après-vente et les horaires d'ouvertures des magasins. L'Autorité a également considéré que l'opération était susceptible de conduire à une réduction de l'offre pour le consommateur.

595. À plusieurs reprises, les autorités de concurrence ont examiné des opérations se traduisant par la constitution de monopoles. En France, certaines opérations examinées avant 2009 par le ministre chargé de l'économie ont été interdites pour ces raisons. Les autres opérations n'ont été autorisées que sous réserve d'engagements ou d'injonctions visant à limiter leurs effets sur les prix ou la qualité des produits offerts ainsi que sur les conditions d'accès de nouveaux acteurs aux marchés concernés.

Exemple : dans sa décision n° 13-DCC-46 du 16 avril 2013, l'Autorité a constaté que l'opération conduisait à la création de monopoles sur certains marchés générant un risque de perte de qualité et de diversité des titres de presse, d'autant plus importants que les marchés étaient déclinants et qu'il existait d'importantes barrières à l'entrée. Les parties ont proposé des engagements destinés à maintenir la diversité éditoriale des différents titres, en empêchant l'harmonisation des contenus locaux ou régionaux entre les différents titres appartenant à la nouvelle entité.

596. Sans aller jusqu'à la création ou au renforcement d'une position dominante au profit de la nouvelle entité, une concentration entre deux entreprises présentes sur un même marché peut porter atteinte à la concurrence du seul fait de l'élimination de la concurrence entre elles. Il est en effet possible que la nouvelle entité puisse de façon profitable augmenter ses prix ou réduire le volume ou la qualité de sa production, alors qu'avant l'opération un tel comportement aurait conduit à une réduction trop importante des ventes au profit d'autres entreprises (y compris l'une des parties à l'opération). Un tel effet a, par exemple, été mis en relief à plusieurs reprises dans le secteur de la distribution.

597. En retour, la réaction des autres entreprises présentes sur le même marché et qui ne sont pas parties à la concentration est susceptible, indépendamment de tout phénomène de coordination des comportements concurrentiels, de contribuer à affaiblir l'intensité de la concurrence. La disparition d'un concurrent peut en effet déplacer significativement le point d'équilibre concurrentiel sur tout ou partie du marché considéré, l'ensemble des entreprises présentes étant alors en mesure de bénéficier de prix plus élevés. Cet effet pourra être particulièrement sensible dans le cas où l'une des parties était un franc-tireur. La perte de bien-être qui en résulte pour les consommateurs peut être prise en compte par les autorités de concurrence, même si l'opération ne crée pas ou ne renforce pas une position dominante au profit de la nouvelle entité.

Exemple : dans son avis [n° 06-A-20](#) du 20 octobre 2006, le Conseil de la concurrence a estimé qu'une concentration sur le marché du saumon Atlantique d'élevage était de nature à avoir un effet dommageable sur les prix et les quantités du saumon produit en Écosse.

b. Les éléments d'analyse

598. La probabilité qu'une concentration entraîne des effets unilatéraux décrits ci-dessus est fonction des caractéristiques présentées par le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés et, particulièrement, de l'analyse du pouvoir de marché déjà détenu par les parties antérieurement à l'opération. Tous les facteurs susceptibles de contribuer à un tel pouvoir de marché peuvent donc être pris en compte lors de l'appréciation des effets anticoncurrentiels de l'opération. Tel est notamment le cas des éléments suivants :

- la part de marché des parties et le degré de concentration du marché à l'issue de l'opération ;
- le niveau de différenciation des produits des parties ;
- la pression concurrentielle que sont en mesure d'exercer les concurrents actuels ;
- la probabilité que d'autres offreurs, non encore présents sur le marché, viennent concurrencer les acteurs actuels ;
- la puissance d'achat des clients.

599. Ces effets s'apprécient, dans une première étape de l'analyse, indépendamment des gains d'efficacité que la concentration est généralement susceptible de générer.

La part de marché des parties et le degré de concentration du marché post-opération

600. L'addition des parts de marché sur les marchés sur lesquels les parties sont simultanément présentes donne une première indication sur les effets d'une concentration horizontale.

601. L'existence de parts de marché d'une grande ampleur est un élément important dans l'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise. Des parts de marché post-opération élevées, de l'ordre de 50 % et plus, peuvent faire présumer l'existence d'un pouvoir de marché important. Une telle présomption est toutefois réfutable. Dans son avis [n° 02-A-07](#) du 15 mai 2002, le Conseil de la concurrence a ainsi estimé que « *les parts de marché désormais détenues par SEB sur certains marchés sont importantes, mais la part de marché n'est cependant que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante [...]. D'autres facteurs peuvent constituer des obstacles à l'exercice de ce pouvoir de marché. En particulier, la pression concurrentielle à laquelle sera soumis le groupe SEB après la réalisation de l'opération ne dépendra pas seulement de l'état actuel des marchés mais aussi*

des possibilités de développement des autres opérateurs, et donc des facilités d'accès aux marchés concernés. »

602. Dans le cas où l'une des parties à l'opération détient des parts de marché extrêmement faibles (généralement inférieures à 2 %), l'opération n'emporte *a priori* pas d'atteinte à la concurrence, à moins que ces parts de marché ne viennent conforter une position déjà très forte ou que l'opération ne se traduise par la disparition d'un franc-tireur.
603. Lorsque l'addition des parts de marché des parties est inférieure à 25 %, il est présumé que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence.
604. En sus de la part de marché détenue par la nouvelle entité, l'Autorité analyse également le degré de concentration des marchés concernés par l'opération.
605. Le caractère oligopolistique du marché peut être de nature à soulever des préoccupations de concurrence alors même que la nouvelle entité n'occupera pas une position dominante sur un marché. Dans une telle configuration, les parts de marché de chacune des entreprises actives sur le marché sont élevées et la fusion de deux d'entre elles est susceptible de réduire de façon significative la pression concurrentielle subie tant par la nouvelle entité que par les entreprises subsistantes sur le marché. De façon plus générale, le degré de concentration du marché et l'effet du cumul de parts de marché sur ce degré de concentration est un facteur important de l'analyse menée par l'Autorité.
606. L'Autorité peut s'appuyer sur des seuils d'IHH lorsqu'elle apprécie les effets d'une concentration horizontale. Elle considère qu'il est peu probable qu'une concentration génère des effets horizontaux sur un marché dont l'IHH post-opération est inférieur à 1 000. Ces marchés n'exigent normalement pas une analyse approfondie. *A contrario*, l'existence d'effets horizontaux est présumée lorsque l'IHH post-opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est supérieur à 250, ou lorsque l'IHH post-opération est supérieur à 2 000 et que le delta est supérieur à 150.
607. Cependant, l'Autorité réserve la possibilité qu'une opération puisse produire des effets horizontaux, même en deçà de ces seuils, dans les cas de figure suivants :
- l'une des parties est un entrant potentiel ou un concurrent entré récemment sur le marché dont la part de marché est faible mais susceptible de croître rapidement ;
 - une ou plusieurs parties sont des entreprises innovantes importantes ou détiennent des données particulièrement valorisées sur certains marchés, ce que ne révèle pas leur part de marché ;
 - il existe d'importantes participations croisées entre les entreprises présentes sur le marché ;
 - l'une des parties à la concentration est un franc-tireur ;

- il existe des indices de l'existence, sur le marché, d'une coordination passée ou actuelle ou de pratiques facilitant la coordination des comportements concurrentiels des entreprises ;
- l'une des parties détient, avant la concentration, une part de marché supérieure ou égale à 50 %.

608. Lorsqu'elle apprécie la position concurrentielle de la nouvelle entité, l'Autorité prend également en compte les contraintes légales ou réglementaires qui pèsent sur cette entité et qui sont susceptibles d'exclure tout risque anticoncurrentiel lié à l'opération.

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-167 du 31 octobre 2016, l'Autorité a considéré que, compte tenu de l'encadrement légal et réglementaire des tarifs sur le marché des services d'utilisation des infrastructures aéroportuaires, qui exigeait notamment un avis conforme sur les contrats de régulation économique conclus entre l'État et les gestionnaires d'aéroport et une homologation des tarifs des redevances aéroportuaires, tout risque d'atteinte à la concurrence résultant de l'opération devait être exclu sur ces marchés.

La pression concurrentielle exercée par les concurrents subsistant sur le marché

609. Le nombre, les parts de marché et les atouts concurrentiels des concurrents des parties sont autant de facteurs essentiels dans l'analyse des effets horizontaux d'une concentration. En particulier, l'Autorité évalue la capacité des concurrents actuels à réagir face à la nouvelle situation créée par l'opération. La taille des concurrents, leurs capacités de production disponibles ou susceptibles d'être développées, l'écart entre leurs parts de marché et celle de l'entreprise issue de l'opération, la proximité concurrentielle entre les parties et les tiers constituent des indices importants pour apprécier si les concurrents pourront absorber un report de la demande dans l'hypothèse où la nouvelle entité augmenterait ses prix ou si les concurrents pourront mettre sur le marché des quantités supérieures dans l'hypothèse où elle réduirait sa production.

610. Lorsqu'elle analyse les opérateurs actifs sur un marché, l'Autorité peut, selon les circonstances de l'espèce, tenir compte d'entreprises qui, sans être géographiquement implantées dans la zone concernée, exercent une partie de leur activité au sein de cette zone.

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-208 du 9 décembre 2016, l'Autorité a considéré que sur le marché de la collecte des bovins, la zone de chalandise pouvait aussi être étudiée selon la méthode des empreintes réelles. La zone de chalandise était alors la zone de collecte réelle des bovins par l'abattoir.

611. L'Autorité tient compte non seulement de la capacité des concurrents à réagir mais également de leur incitation et donc de leur intérêt à le faire. En effet, les concurrents qui bénéficient d'une

hausse de la demande du fait de la hausse du prix de la nouvelle entité, peuvent trouver eux-mêmes intérêt, même en l'absence de comportement coordonné, à procéder à leur tour à des hausses de prix (ou des réductions de volume) et suivre ainsi, tout au moins partiellement, les hausses de prix (ou les réductions de volume) de la nouvelle entité.

Exemple 1 : dans sa décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013, l'Autorité a apprécié les incitations des concurrents des parties à suivre une éventuelle hausse des prix mise en œuvre par la nouvelle entité sur le marché des matériaux de construction en s'appuyant notamment sur les caractéristiques du marché (faible élasticité prix de la demande) et sur les déclarations des concurrents.

Exemple 2 : dans sa décision [M.6471](#) du 7 novembre 2012, la Commission a ainsi analysé que « *même si les producteurs européens auront des capacités disponibles suffisantes pour réagir à une hausse de prix de la nouvelle entité, il n'est pas certain que les concurrents européens restants seront incités à le faire en baissant leurs prix. En effet, les concurrents aussi pourront bénéficier d'une réduction de la pression concurrentielle qui résulterait de l'opération, puisque une hausse de prix de la nouvelle entité entraînerait un report d'une partie de la demande vers les concurrents qui pourraient de ce fait trouver profitable d'augmenter leurs prix. Cette hypothèse est particulièrement crédible sur un marché où la demande est particulièrement inélastique comme le marché [de l'acier laminé à froid].* »

Exemple 3 : dans son avis [n° 06-A-20](#) du 20 octobre 2006, le Conseil de la concurrence a considéré, s'agissant des producteurs de saumon d'Atlantique d'élevage, que « *En théorie, leur intérêt est de produire plus que ce qu'ils n'auraient fait dans l'état antérieur du marché afin de profiter du déficit d'offre par rapport à une situation sans fusion. Les concurrents n'ont toutefois pas non plus intérêt à compenser totalement ce déficit. L'effet cumulé de l'opération, prenant en compte une production inférieure des parties ainsi qu'une production supérieure des concurrents, est donc toujours négatif : à la suite d'une opération de concentration, la quantité totale offerte est inférieure à ce qu'elle aurait été sans l'opération et par conséquent, le prix de marché est supérieur à ce qu'il aurait été sans l'opération. Encore faut-il que les concurrents aient la capacité de réagir. S'ils sont contraints en capacités disponibles, le déficit d'offre et les tensions sur les prix seront plus importants.* »

612. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent aussi être freinées par la nouvelle entité, qui contrôlerait, par exemple, des ressources nécessaires à la production, des données essentielles permettant d'améliorer la qualité des services qu'elle commercialise, l'accès à des contenus dans le secteur des médias, des brevets ou des droits de propriété intellectuelle essentiels pour les concurrents, ou encore d'importantes capacités de distribution des biens ou services concernés.

Exemple 1 : dans sa décision n° 17-DCC-210 du 13 décembre 2017, l’Autorité a constaté que les adhérents de la nouvelle entité se voyaient imposer contractuellement une obligation d’apport et d’approvisionnement à un niveau élevé sur les marchés de la distribution de produits d’agrofourniture. Elle a considéré que cette contrainte contractuelle était susceptible de renforcer les effets de l’opération sur le marché en dissuadant les clients de s’approvisionner auprès des concurrents de la nouvelle entité.

Exemple 2 : dans sa décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018, l’Autorité a analysé les conséquences de la détention, par la nouvelle entité, de données relatives à l’activité des agences immobilières et des internautes, susceptibles de lui permettre d’améliorer son offre en proposant des services non répliquables par les portails concurrents.

613. Le fait que les parties soient des entreprises verticalement intégrées sur des marchés amont et aval, ou qu’elles soient présentes sur des marchés connexes, est également de nature à renforcer les effets horizontaux des cumuls de parts de marché. Par exemple, le verrouillage, par la nouvelle entité, de marchés verticalement intégrés ou connexes peut conduire à renforcer sa position sur des marchés sur lesquels les deux parties à l’opération sont simultanément actives avant l’opération.
614. Par ailleurs, l’Autorité prend en compte les effets de l’opération sur les incitations de la nouvelle entité à poursuivre les éventuels accords de coopération horizontale existant entre les différents acteurs du marché.

Exemple : dans sa décision n° 15-DCC-53 du 15 mai 2015, l’Autorité a considéré que l’opération permettait à la nouvelle entité de disposer d’une présence sur tout le territoire français, rendant inutile, pour elle, la conclusion d’accords d’échanges de capacité de stockage avec des concurrents. L’Autorité a considéré que la dégradation de l’accès des opérateurs concurrents aux dépôts de la nouvelle entité devait être prise en compte dans l’analyse des effets de l’opération.

615. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent par ailleurs être contraintes par des coûts de changement de fournisseur importants pour les clients, par un environnement réglementaire particulier qui contraint leurs capacités de production ou par la faible disponibilité d’intrants nécessaires au développement de leur activité (accès à une matière première, à des espaces de stockage, à des données essentielles pour l’exercice d’une activité, etc.).

Exemple 1 : dans sa décision n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011, l’Autorité a considéré que le système de contingentement du rhum des DOM, limitait la capacité des opérateurs alternatifs à exporter plus de rhum des départements d’outre-mer vers la métropole.

Exemple 2 : dans sa décision n° 17-DCC-12 du 31 janvier 2017, l’Autorité a considéré que

la capacité des clients de reporter leur demande vers des fournisseurs concurrents était contrainte par des coûts et des délais de mise en œuvre importants, résultant notamment du processus de validation interne d'un tel changement destiné à s'assurer de la compatibilité des produits de nettoyage avec les formules cosmétiques des clients.

616. Enfin, la faible élasticité-prix de la demande, générant des reports limités entre les entreprises actives sur le marché, constitue également un frein à la possibilité, pour les concurrents, de discipliner la nouvelle entité.

Exemple : dans sa décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013, l'Autorité a constaté que, malgré la présence éventuelle de capacités de production résiduelles chez les concurrents des parties, la faible mobilité du marché, caractérisée par des niveaux d'élasticité-prix de la demande résiduelle et des taux de reports vers les concurrents faibles, créait un risque de fuite limitée de la demande vers les concurrents, qui ne permettait pas de d'écarter les incitations de la nouvelle entité à augmenter ses prix.

La concurrence potentielle

617. Le pouvoir de marché d'une entreprise, même si elle dispose d'une part de marché élevée, peut être efficacement limité non seulement par les réactions des concurrents déjà présents sur le marché mais également par le fait que le marché est contestable, c'est-à-dire qu'il est relativement facile pour de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché en cause. Lorsque c'est le cas, la dégradation des conditions initiales de marché liée à la concentration pourra être regardée comme une opportunité pour de nouveaux entrants, susceptibles, par leur comportement, de rétablir les conditions initiales de concurrence. La concurrence, même potentielle, exerce donc une pression sur les comportements des acteurs en place.
618. En premier lieu, le constat de l'absence de barrière à l'entrée ne suffit pas à démontrer l'existence d'une pression concurrentielle exercée par des opérateurs qui ne sont pas encore actifs sur le marché. Il convient en effet de s'assurer que les clients ou fournisseurs de ces opérateurs sont susceptibles de se tourner vers le nouvel entrant, en cas de hausse des prix de vente ou de baisse des prix d'achat offerts par la nouvelle entité.

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-208 du 9 décembre 2016, l'Autorité a considéré que, malgré l'absence de barrières réglementaires à l'entrée, les contraintes d'approvisionnement qui pesaient sur les producteurs de bovins sous AOC « Bœuf de Charolles », au bénéfice de la nouvelle entité, lui permettaient de verrouiller l'accès aux intrants à tout nouvel entrant. Elle a donc écarté l'existence d'une pression concurrentielle exercée par des entrants potentiels, susceptible de discipliner la nouvelle entité.

619. En second lieu, même lorsqu'une concentration n'emporte aucun cumul de parts de marché,

elle peut avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence sur un ou plusieurs marchés dans la mesure où la cible, bien que non présente sur les mêmes marchés que l'acquéreur, était susceptible d'y entrer facilement et exerçait ainsi une pression concurrentielle sur le ou les marchés concernés.

620. Pour que la disparition d'un concurrent potentiel soit considéré par l'Autorité comme une atteinte à la concurrence, il faut que :

- le concurrent potentiel pèse déjà sensiblement sur le comportement des autres entreprises ou qu'il existe une forte probabilité que ce concurrent devienne un moteur important de la concurrence ; ou
- le nombre d'autres concurrents potentiels, capables de maintenir des pressions concurrentielles suffisantes à l'issue de la concentration, soit insuffisant.

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-42 du 3 avril 2017, l'Autorité a considéré que l'opération était susceptible de soulever des problèmes de concurrence puisqu'elle conduisait à la réunion, au sein d'une entité unique, de deux éco-organismes qui étaient, jusqu'à présent, en charge, respectivement, de la seule filière emballages ménagers pour la société Eco-emballages et de la seule filière papier pour la société Ecofolio. Après avoir constaté que chaque éco-organisme disposait des capacités nécessaires pour entrer sur le marché de l'autre opérateur, et que leur décision de se cantonner à un unique marché résultait d'une option stratégique qui était susceptible d'être modifiée à tout moment, l'Autorité a considéré que l'opération conduisait à supprimer, sur chacune des deux filières, un concurrent potentiel. Elle a ensuite constaté que cette disparition n'était pas susceptible d'être compensée par l'entrée d'autres opérateurs sur le marché, faute pour eux de disposer de certaines données nécessaires pour obtenir l'agrément requis pour accéder au marché et exercer efficacement, de façon immédiate, l'activité d'éco-organisme une fois l'agrément obtenu. En conséquence, l'Autorité a considéré que la disparition d'un concurrent potentiel consécutive à l'opération n'était pas susceptible d'être compensée par l'entrée d'autres opérateurs, compte tenu des barrières existant pour accéder au marché.

Le niveau de différenciation des produits et la proximité concurrentielle entre les différents opérateurs

621. Le niveau de différenciation des produits constitue un paramètre essentiel de l'analyse des effets d'une concentration à un double titre.

622. Il permet, dans un premier temps, d'apprécier l'étendue de la pression concurrentielle exercée par les tiers sur la nouvelle entité. Dans son analyse, l'Autorité accorde davantage d'importance à la pression concurrentielle exercée par des proches concurrents que par des concurrents qui offrent des produits ou des services plus différenciés de ceux des parties.

Exemple : dans la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, Fnac/Darty, l'Autorité a mesuré l'intensité concurrentielle existant dans chaque zone de chalandise à l'issue de l'opération en recourant à une méthode de scores. Elle a ainsi attribué à chaque concurrent un score compris entre 0,25 et 3, en fonction de la proximité concurrentielle de ce concurrent vis-à-vis des parties. Après avoir identifié l'ensemble des concurrents des parties actifs dans la zone et leur avoir attribué un score, celui-ci a été pondéré selon la distance de ce point de vente par rapport au magasin cible. À partir de l'ensemble de ces éléments, un score total a été calculé pour chaque zone de chalandise, permettant d'apprécier l'intensité de la pression concurrentielle exercée sur la nouvelle entité à l'issue de l'opération. Au cas d'espèce, l'Autorité a considéré qu'un score supérieur à 10 permettait d'écarter les risques d'atteinte à la concurrence dans la zone analysée.

623. Lorsqu'elle analyse une concentration dans le secteur des produits de grande consommation, l'Autorité peut prendre en compte, dans certains cas, selon les caractéristiques de chaque cas d'espèce, la pression concurrentielle exercée par les produits commercialisés sous marques de fabricants (MDF) sur les produits commercialisés sous marque de distributeurs (MDD). L'intensité de la pression concurrentielle existante entre ces différents produits dépend notamment de l'attachement des consommateurs aux marques et de leur notoriété.

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-26 du 15 février 2016, l'Autorité a estimé que les panés de volailles vendus sous MDD exerçaient une forte pression concurrentielle sur les panés vendus sous MDF ce qu'elle a pris en considération dans son analyse des effets de l'opération.

624. Le niveau de différenciation des biens ou services produits par les parties constitue le second aspect essentiel de l'analyse des effets d'une concentration. En effet, lorsque le ou les marchés concernés sont des marchés de produits ou de services différenciés, la proximité des offres des parties à l'opération constitue l'un des facteurs susceptibles d'influer sur la probabilité qu'une opération entraîne un risque d'atteinte à la concurrence : une concentration sera d'autant plus susceptible d'emporter des effets unilatéraux que les produits des entreprises concernées sont des substituts proches.

Exemple 1 : dans sa décision n° 14-DCC-173, l'Autorité a relevé que, malgré la faible proximité concurrentielle existant, avant l'opération, entre les sociétés Carrefour et Dia, le projet de la société Carrefour de transformer les magasins Dia en magasins Carrefour était de nature à accroître les effets de l'opération puisqu'une fois celle-ci réalisée, la nouvelle entité serait en mesure de développer une stratégie multi-format.

Exemple 2 : dans sa décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018, l'Autorité a en revanche considéré que les effets horizontaux de l'opération étaient atténués du fait que les portails de

petites annonces immobilières Se Loger et Logic Immo n'étaient pas les plus proches concurrents sur le marché et que les ratios de diversion entre ces deux opérateurs, avant l'opération, étaient faibles. En conséquence, l'Autorité a considéré que l'opération envisagée n'était pas susceptible de conduire à une hausse des prix de la nouvelle entité, le gain possible lié à une telle hausse de prix étant limité. Cependant, compte tenu du caractère différencié des services proposés par les sociétés Se Loger et Logic Immo, l'Autorité a analysé les risques d'éviction résultant d'une éventuelle stratégie de couplage entre leurs différentes prestations.

625. Sur un marché de produits ou services différenciés, l'Autorité étudie les incitations des entreprises fusionnées à pratiquer des hausses tarifaires consécutives au regroupement de la production de biens et services différenciés au sein d'un même ensemble économique.
626. À l'issue d'une concentration, la nouvelle entité va en effet prendre en compte le fait qu'une fraction plus ou moins grande des ventes perdues sur le produit sur lequel elle augmenterait son prix se reporte sur des produits qu'elle détient maintenant du fait de l'opération. Cette fraction est d'autant plus grande que les produits des parties sont des substituts proches. Dès lors, une hausse de prix qui n'était pas profitable avant l'opération peut le devenir puisque les pertes liées à la diminution des ventes du produit dont le prix augmente sont compensées par la hausse de marge sur ce produit (comme avant l'opération) mais aussi par la hausse des ventes – et donc des profits – sur les produits acquis du fait de la concentration. Cette internalisation des effets d'une hausse de prix sur les produits acquis à la suite de l'opération devrait donc générer, pour la nouvelle entité, une incitation à augmenter ses prix.
627. Dans un tel contexte, afin d'évaluer la vraisemblance d'un risque d'effet unilatéral sur un marché de produits différenciés, l'Autorité prend notamment en compte les éléments suivants :
- La proximité concurrentielle des entreprises concernées par la concentration. En cas de hausse de prix, plus les produits des parties sont substituables, plus la part des ventes perdues que sera en mesure de recouvrer la nouvelle entité sera importante. Pour apprécier cette proximité concurrentielle, l'Autorité peut s'appuyer sur des documents internes aux parties (par exemple, des comptes-rendus de négociation commerciale, des documents destinés à élaborer la stratégie commerciale des entreprises concernées, etc.). Elle peut également quantifier le niveau de pression concurrentielle qu'exerce un produit vendu par l'une des parties à la fusion sur un produit vendu par une autre partie en estimant le ratio de diversion du premier produit vers le second. Plus ce ratio de diversion est élevé, plus le risque d'effet unilatéral est fort (voir les développements *supra* pour la méthode de calcul des ratios de diversion).
 - Les marges unitaires (sur coûts variables) des parties vers lesquelles se reporte une

fraction de la demande suite à la hausse des prix d'une des parties.

628. Lorsque les données le permettent, une première évaluation du risque d'effet unilatéral peut être obtenue en procédant à des tests quantitatifs tels que les tests « UPP » (« *upward pricing pressure* »), « GUPPI » (« *gross upward pricing pressure index* ») ou « IPR » (« *illustrative price rise* »). Ces tests ne permettent pas de mesurer précisément l'ampleur de la hausse de prix qui pourrait résulter de la concentration puisqu'ils reposent sur des modèles simplifiés qui n'intègrent pas l'ensemble des interactions concurrentielles, et notamment la réaction des concurrents. Toutefois, ces différents indicateurs présentent l'avantage de pouvoir être calculés sans qu'il soit besoin de définir précisément le marché pertinent, ce qui est particulièrement utile lorsque les produits sont différenciés et qu'il n'est pas évident *a priori* de fixer la limite entre les produits qui appartiennent à un même marché et les autres.
629. **Le test UPP** consiste à prendre en compte les incitations de la nouvelle entité à augmenter ses prix du fait de l'internalisation des effets d'une hausse de prix sur les produits acquis à la suite de l'opération, mais aussi les incitations à la baisse des prix qui pourraient résulter des gains d'efficience (baisse des coûts variables) générés par la concentration. Le test consiste à analyser le signe de l'effet net : si ce dernier est positif, l'opération est susceptible de conduire à une hausse des prix, tandis que si l'effet net est négatif, l'opération devrait plutôt être favorable aux consommateurs.
630. Dans la version la plus simple du test (i.e., fusion entre deux entreprises mono-produit A et B), les incitations nettes à augmenter le prix du produit A dépendent du signe de l'expression $(p_B - (1-E)C_B)RD_{A/B} - E C_A$, où C_B et p_B sont respectivement le coût (marginal) et le prix du produit B (avant l'opération), C_A est le coût marginal du produit A, $RD_{A/B}$ mesure le ratio de diversion de A vers B (i.e., la proportion des ventes perdues par A à la suite de la hausse du prix du produit A qui se reportent sur le produit B) et E correspond au « crédit » de gains d'efficience retenu par l'Autorité. L'idée est ici que lorsque, à la suite d'une hausse de son prix, le produit A génère des ventes en moins, une fraction $RD_{A/B}$ de ces ventes se reporte sur le produit B qui génère désormais une marge pour la nouvelle entité. Comme cette marge n'était pas internalisée par l'entreprise A avant l'opération, et qu'elle est maintenant plus élevée du fait de la prise en compte des gains d'efficacité abaissant le coût du produit B, cette marge additionnelle crée une incitation à augmenter les prix du produit A. Cette incitation à la hausse est toutefois contrebalancée par le fait que, en raison des gains d'efficacité abaissant le coût du produit A (et donc augmentant la marge sur ce produit), les ventes perdues sur le produit A sont désormais plus coûteuses.
631. Le test UPP ne mesure donc pas l'amplitude de la hausse des prix possible, mais se contente d'indiquer si une hausse des prix est à craindre. Par ailleurs, si le test tient compte de gains d'efficacité, il ne s'agit pas d'estimer précisément les gains d'efficacité que l'opération est susceptible de générer mais d'accorder un « crédit » (par exemple, une baisse des coûts

marginaux de 5 à 10 %) et de vérifier, si malgré ce « crédit », la concentration est susceptible de nuire aux consommateurs.

632. Contrairement au test UPP, l'**indice GUPPI** ne prend pas en compte de gains d'efficacité : il constitue seulement un indice de pression à la hausse des prix. Dans le cas simple d'une concentration entre deux entreprises mono-produits, l'indice GUPPI pour le produit A s'écrit $(p_B - c_B)RD_{A/B}/p_A$. Il s'agit donc, à la suite de la hausse du prix du produit A, du ratio entre le profit généré par les ventes perdues par le produit qui se reportent sur le produit B et le chiffre d'affaires perdu sur le produit A. Un indice GUPPI élevé indique ainsi une forte propension de la nouvelle entité à augmenter ses prix. Par ailleurs, cet indice peut permettre de mesurer l'amplitude de la hausse de prix, à condition de disposer de données précises sur le taux de répercussion des variations de coûts (taux de *pass-on*) par les entreprises avant l'opération. En effet, le produit de ce taux de répercussion et de l'indice GUPPI donne une estimation directe de la hausse de prix que l'opération est susceptible d'engendrer en l'absence de tout gain d'efficacité. Cette mesure du taux de répercussion peut, par exemple, être obtenue à partir de données historiques de coûts variables et de prix des parties. En l'absence d'une telle mesure, l'indice pourra servir de filtre afin de vérifier si l'opération est susceptible de générer des effets importants. Une valeur limite de 5 à 10 % pourrait ainsi être retenue pour un tel filtre.
633. Au cours des dernières années, l'Autorité a eu recours à plusieurs reprises au calcul d'indices GUPPI pour estimer le risque de hausse des prix lié à une opération⁷².
634. **Le test IPR** permet une première estimation de la hausse de prix anticipée (en l'absence de gains d'efficacité) à partir des mêmes données que celles utilisées pour un test UPP. Toutefois, ceci n'est possible qu'en retenant une formulation spécifique pour la demande des consommateurs pour un produit donné. Ainsi, il est possible d'obtenir des formules explicites donnant la hausse de prix en fonction des ratios de diversion et des marges des parties, en supposant que les demandes sont des fonctions linéaires des prix (pour une hausse de prix donnée, la variation des demandes ne dépend pas des niveaux de prix initiaux) ou que les élasticités-prix des fonctions de demande ne dépendent pas des niveaux de prix (demandes iso-élastiques). Les formules des tests IPR doivent être adaptées au cas par cas pour tenir compte du caractère multi-produits des entreprises ou prendre en compte des gains d'efficacité engendrant des baisses de coût variable, mais elles ne nécessitent pas de données additionnelles. Enfin, comme les autres tests, le test IPR ne prend pas en compte la réaction des concurrents et ne constitue donc pas une simulation des effets globaux de l'opération.
635. Ces tests présentent l'avantage de ne nécessiter que des données concernant l'offre des parties.

⁷² Voir notamment les décisions de l'Autorité n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon, n° 14-DCC-57 du 17 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif par la société Orlait, filiale de Sodial, de l'activité lait de consommation longue conservation de la coopérative Terra Lacta, n° 15-DCC-76 du 30 juin 2015 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Allopneus par le groupe Michelin et la société Hevea et n° 18-DCC-95 relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo.

Il faut ainsi disposer des prix et des coûts (variables) unitaires de l'ensemble des produits des parties, ainsi que des ratios de diversion entre ces différents produits.

636. Si les prix sont en général faciles à obtenir, il n'en va pas nécessairement de même pour les coûts. Il s'agit en effet de disposer d'information sur les coûts variables unitaires (des coûts qui dépendent des quantités produites) pour chacun des produits. Ceci est souvent complexe pour les entreprises multi-produits car leur calcul pose la question de l'allocation des coûts communs. Tel est également le cas pour les ratios de diversion dont l'estimation peut prendre beaucoup de temps et être difficilement compatible avec les délais restreints du contrôle des concentrations, à moins d'être préparées très en amont (notamment lors d'une phase de pré-notification).
637. Lorsque les résultats de ces tests sont présentés par les parties au soutien de leur analyse concurrentielle, l'Autorité estime indispensable que ces dernières fournissent également les intervalles de confiance associés aux ratios de diversion, de façon à pouvoir apprécier la précision des résultats. En effet, les ratios de diversion étant généralement estimés sur la base d'un échantillon de la population, les intervalles de confiance correspondants sont donc nécessaires à la parfaite information de l'Autorité.
638. Enfin, lorsque des données suffisamment détaillées sont disponibles, et si les délais le permettent, il est possible de recourir, à titre complémentaire, à des outils d'analyse approfondie tels que les modèles de simulation, reposant sur l'estimation de la fonction de demande, qui visent à estimer les effets de l'opération grâce à une modélisation plus sophistiquée des interactions concurrentielles sur le marché.

Exemple : dans sa décision n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018, l'Autorité a analysé l'étude économique de simulation de fusion proposée par les parties, destinée à modéliser l'offre et la demande de plats cuisinés appertisés puis à simuler les effets de l'opération.

639. En tout état de cause, compte tenu des limites méthodologiques tenant principalement à la qualité des données disponibles mais aussi à la nature même de ces tests, ces résultats quantitatifs ne peuvent à eux seuls permettre à l'Autorité de conclure sur les effets de l'opération et ne sont pas utilisés de façon mécanique pour exclure ou retenir l'existence de problèmes concurrentiels. Ils peuvent, lorsqu'ils sont utilisés, fournir une indication sur les interactions concurrentielles auxquelles devra faire face la nouvelle entité mais ils doivent être mis en regard d'autres éléments d'analyse, tels que la puissance d'achat des clients et l'importance des barrières à l'entrée.
640. Enfin, lorsqu'elle apprécie les incitations de la nouvelle entité à augmenter ses prix, l'Autorité peut également s'appuyer sur des données relatives au comportement réel des parties avant l'opération.

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, l’Autorité a constaté qu’il existait des pratiques d’ajustement tarifaire au niveau local, notamment de la part des magasins sous enseigne Darty. Ces pratiques conduisaient les magasins de produits électrodomestiques à procéder à une veille concurrentielle des opérateurs situés dans la zone de chalandise et, le cas échéant, à baisser leurs prix par rapport à ceux recommandés par leur enseigne au niveau national pour s’adapter à la situation concurrentielle locale. L’Autorité a considéré que compte tenu de la réduction de la pression concurrentielle s’exerçant sur la nouvelle entité dans certaines zones de chalandise, l’opération risquait de réduire les incitations des opérateurs à recourir à des ajustements de prix spécifiques et, in fine, de conduire à des hausses de prix dans certaines zones.

La puissance d’achat des clients

641. Le pouvoir de marché d’une entreprise peut être efficacement limité par la puissance d’achat ou, plus généralement, le pouvoir de négociation des acheteurs. Les effets d’une concentration pourront être appréciés différemment selon que les clients des parties sont des particuliers ou d’autres entreprises, ou selon que le marché est un marché de détail ou un marché de gros. Lorsqu’il s’agit d’entreprises, la concentration des acheteurs, leur taille, la diversité de leurs achats, sont des facteurs susceptibles de leur conférer une puissance d’achat compensatrice. En revanche, lorsque les prix sont négociés avec chaque client, la puissance d’achat de certains clients ne limite pas le pouvoir de marché de l’entreprise vis-à-vis de clients moins puissants.

Exemple : dans son avis [n° 09-A-01](#) du 6 février 2009, le Conseil de la concurrence a relevé que les éditeurs détenaient un pouvoir de marché non négligeable, pour plusieurs raisons : l’édition est concentrée entre un petit nombre d’acteurs puissants, les éditeurs ont la possibilité de fragmenter l’impression d’un même magazine entre plusieurs imprimeurs et il existait d’importantes capacités de production excédentaires chez les imprimeurs. Le Conseil de la concurrence a considéré que ce pouvoir de marché était susceptible de contrebalancer celui dont pourrait disposer la nouvelle entité sur un segment de marché de l’impression des magazines limité aux cahiers « chauds ».

642. Au cours des dernières années, l’Autorité a analysé à plusieurs reprises la question du contrepouvoir exercé par les opérateurs de la grande distribution vis-à-vis de leurs fournisseurs. Elle écarte le constat systématique de l’existence d’un contrepouvoir des distributeurs vis-à-vis de leurs fournisseurs et procède à une analyse casuistique, en deux étapes. Elle vérifie, en premier lieu, que les distributeurs disposent de sources alternatives d’approvisionnement et, en second lieu, qu’ils peuvent aisément changer de fournisseurs. En effet, le contre-pouvoir de la demande n’existe que dans la mesure où celle-ci est en mesure de menacer de se tourner, dans un délai raisonnable, vers des sources alternatives d’approvisionnement, si le fournisseur décide d’augmenter ses prix.

Exemple 1 : dans sa décision n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018, l'Autorité n'a pas conclu à l'existence d'un pouvoir disciplinant de la grande distribution sur la nouvelle entité. Elle a notamment constaté l'absence d'alternatives à disposition des enseignes de la grande distribution sur le marché des plats cuisinés appertisés, compte tenu de la position acquise par la nouvelle entité et du caractère incontournable des plats cuisinés appertisés dans les magasins. Ce deuxième élément a conduit l'Autorité à écarter l'existence d'alternatives aux produits commercialisés par la nouvelle entité en dehors du marché des plats cuisinés appertisés.

Exemple 2 : dans sa décision n° 16-DCC-26 du 15 février 2016, l'Autorité a en revanche écarté les risques d'effets horizontaux liés à l'opération en s'appuyant notamment sur le contrepouvoir des acheteurs de la grande distribution. Elle a en effet constaté que les clients de la nouvelle entité peuvent changer de fournisseurs sans rencontrer de difficultés majeures, compte tenu, notamment, du fait que ses concurrents étaient en mesure d'augmenter leurs productions rapidement et sans surcoût majeur.

Exemple 3 : dans sa décision n° 19-DCC-36 du 28 février 2019, l'Autorité a considéré que la grande distribution avait le pouvoir de faire pression à la baisse sur les prix des boissons alcoolisées de marque d'entrée de gamme, en menaçant de les déréférencer. En effet, les consommateurs n'étaient pas fidèles à des marques en particulier et il existait de nombreuses alternatives, ce qui rendait la menace crédible, d'autant plus que certains distributeurs l'avaient déjà mise en œuvre par le passé.

643. Dans une moindre mesure, l'Autorité considère que le recours à l'autoconsommation de la part des clients est susceptible de contraindre le comportement de la nouvelle entité et peut leur conférer, s'il est important, une certaine forme de contre-pouvoir.

Analyse des effets d'une concentration horizontale sur les marchés bifaces

644. Dans le cas de marchés bifaces, l'équilibre économique sur un marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur l'autre marché. Les deux marchés, bien que distincts, fonctionnent en effet de façon interdépendante, spécificité qui peut être prise en compte aussi bien au stade de la délimitation du marché que de l'analyse des effets de l'opération sur la concurrence et des gains d'efficacité. Dans un tel contexte, le renforcement d'un acteur à l'issue d'une opération de concentration horizontale sur l'un des marchés est susceptible de se transmettre à l'autre marché, amorçant ainsi un processus dynamique pouvant conduire à l'exclusion de ses concurrents.

Exemple 1 : dans sa décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018, l'Autorité a constaté que le marché des petites annonces immobilières en ligne était caractérisé par des effets de réseau croisés dans la mesure où les annonceurs ont une préférence pour les portails disposant d'une

audience élevée et où les visiteurs ont une préférence pour les portails présentant un nombre d'annonces important. Elle a donc étudié les risques concurrentiels sur ce marché en prenant en compte les effets d'une hausse de prix sur les deux faces du marché. Dans cette affaire, l'Autorité a tout d'abord établi l'existence et l'ampleur des effets de réseaux croisés sur chaque face du marché. Elle a ainsi constaté que si l'existence de tels effets était démontrée par l'existence d'une corrélation positive entre l'audience des portails et le nombre d'annonces qu'ils publient, leur ampleur était limitée. Elle a notamment constaté qu'une évolution du nombre d'annonceurs n'avait qu'un effet limité sur l'audience. Compte tenu de cette caractéristique du marché, l'Autorité a considéré que le caractère biface du marché avait peu de conséquence sur l'analyse concurrentielle des effets de l'opération puisque, même si une hausse éventuelle des prix conduisait à une baisse du nombre d'annonces publiées sur un portail, cette baisse n'aurait pas nécessairement d'effet significatif sur l'audience réalisée par ledit portail.

Exemple 2 : dans sa décision n° 13-DCC-46 du 16 avril 2013, l'Autorité a en revanche considéré que le lien entre les deux faces du marché permettait d'écarter le risque de hausse de prix. Elle a en effet constaté que, compte tenu de la forte sensibilité des lecteurs de la presse quotidienne régionale au prix des journaux, toute hausse des prix des journaux était susceptible de conduire à une perte de lectorat et, par voie de conséquence, à une perte parallèle d'annonceurs conduisant à une chute des recettes publicitaires.

Analyse des effets d'une concentration horizontale sur un marché d'appel d'offres

645. Dans un certain nombre de secteurs, notamment ceux relatifs à la production de produits intermédiaires, la confrontation de l'offre et de la demande prend place dans le cadre de procédures d'adjudication par lesquelles les demandeurs mettent en concurrence différents offreurs.
646. Dans un tel environnement, un opérateur qui n'a pas été sélectionné lors d'une procédure mais qui demeure capable de présenter une candidature crédible continue d'exercer une pression concurrentielle sur le vainqueur. L'analyse du positionnement de chaque offreur doit donc tenir compte de cette dynamique, puisque l'opérateur perdant aujourd'hui est le concurrent de demain. Or les parts de marché des offreurs ne permettent pas de mesurer correctement cet aspect du fonctionnement concurrentiel : même si la part de marché d'un opérateur perdant à l'issue d'une procédure d'appel d'offres demeure modeste, celui-ci reste susceptible d'exercer une pression concurrentielle significative sur le titulaire du contrat lors de son renouvellement.
647. Selon la nature des procédures d'appel d'offres et des produits qui en font l'objet, des indicateurs supplémentaires peuvent donc être utilisés. L'analyse concurrentielle pourra notamment porter sur la fréquence de rencontre des parties au cours d'un même appel d'offres,

la probabilité que l'une des parties remporte l'appel d'offres selon que l'autre partie est candidate ou non, la crédibilité des concurrents demeurant sur le marché après l'opération ou encore l'existence de facteurs susceptibles de restreindre leur capacité à animer la concurrence. L'analyse du classement des offres, lorsque celui-ci est disponible, peut apporter un éclairage utile sur le degré de pression concurrentielle qu'exercent l'une sur l'autre les parties. Toutefois, ces indicateurs additionnels n'ont pas vocation à se substituer automatiquement aux indices structurels classiquement utilisés (type parts de marché), dont la pertinence ne saurait être écartée au seul motif que l'on se trouve face à des mécanismes d'adjudication.

Exemple : dans sa décision n° 18-DCC-229 du 28 décembre 2018, l'Autorité s'est appuyée sur une analyse fine des résultats des appels d'offres antérieurs de travaux ferroviaires auxquels les parties ont soumissionné. Elle a ainsi étudié leurs taux de rencontre et leurs taux de victoire pour caractériser la structure concurrentielle du marché. Le taux de rencontre permet d'identifier la proportion de cas où les entreprises soumissionnent aux mêmes appels d'offres, montrant ainsi qu'elles exercent l'une sur l'autre une pression concurrentielle. Le taux de victoire permet d'identifier, plus globalement, les concurrents crédibles qui remportent un nombre significatif d'appels d'offres afin d'apprécier le poids des parties, ainsi que l'existence de concurrents crédibles. Dans cette décision, l'Autorité a également analysé le taux de classement en premier et deuxième rang des parties et l'écart entre le prix de la deuxième offre et le prix de la troisième offre. Ces derniers éléments permettent d'apprécier les effets concrets susceptibles de résulter de l'opération sur ces marchés puisque, dans ces cas spécifiques, elle conduit à la suppression de la pression concurrentielle exercée par le deuxième sur le premier, qui est remplacé par le troisième.

3. LES EFFETS VERTICAUX D'UNE CONCENTRATION

a. La nature de ces effets

648. Les effets verticaux d'une concentration sont étudiés lorsque l'opération réunit des acteurs présents à différents niveaux de la chaîne de valeur. Ce peut être l'acquisition par un producteur de moyens de distribution (ou l'inverse) ou encore l'acquisition, par une entreprise déjà active en amont et en aval, de capacités supplémentaires situées sur l'un de ces niveaux, ou sur les deux.
649. Une concentration verticale est généralement susceptible de générer des gains d'efficacité et de favoriser la concurrence (intégration d'activités complémentaires, internalisation des doubles marges, réduction des coûts de transaction, meilleure organisation du processus de production, etc.).
650. Mais une concentration verticale peut également restreindre la concurrence en rendant plus

difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. On parle alors de « verrouillage » ou de « forclusion » des marchés. Une telle situation accroît le pouvoir de marché de la nouvelle entité et lui permet d'augmenter ses prix ou de réduire les quantités offertes.

Exemple : dans sa décision n° 15-DCC-76 du 30 juin 2015, l'Autorité a décrit différentes formes de verrouillage de l'accès au marché susceptibles d'être rencontrées sur les marchés de la fabrication et de la distribution de pneumatiques : refus de vente, hausse de prix, mais aussi octroi d'exclusivités, y compris temporaires.

651. Le renforcement des barrières à l'entrée pour les concurrents potentiels est particulièrement dommageable lorsque la structure du marché leur impose d'entrer eux-aussi à la fois sur les marchés aval et amont.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-50, l'Autorité a ainsi précisé que « l'entrée sur le marché de l'acquisition de droits portant sur des films EOF [expression originale française] pour une diffusion en télévision payante nécessite d'éditer une chaîne thématique cinéma pour exploiter et rentabiliser les contenus acquis. Les investissements dans l'achat de droits sont toutefois très importants et interviennent, pour tout éventuel nouvel entrant, avant même de pouvoir bénéficier de la base d'abonnés nécessaire à leur amortissement. »

652. Dans les [lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations non horizontales](#), deux types de verrouillages sont distingués :

- Dans le premier cas, l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval ou alors leur fournit à un prix élevé, dans des conditions défavorables ou à un niveau de qualité dégradé (verrouillage de l'accès aux intrants). Cette forclusion peut être totale, lorsque les concurrents ne sont plus du tout approvisionnés, ou partielle, lorsque le durcissement des conditions tarifaires entraîne une augmentation des coûts des concurrents.

Exemple : dans sa décision n° 15-DCC-54 du 13 mai 2015, l'Autorité a analysé le risque de discrimination tarifaire par la société Rubis sur les marchés de la fourniture de produits pétroliers.

- Dans le second cas, la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter ou de distribuer les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux (verrouillage de l'accès à la clientèle).

653. D'autres risques liés aux concentrations verticales ont été identifiés par les autorités de concurrence. Par exemple, un opérateur dominant sur un marché aval peut obtenir, à travers

l'acquisition d'une entreprise fournissant un intrant important pour ses concurrents sur ledit marché aval, la possibilité d'avoir une connaissance précise des coûts et des consommations desdits concurrents, ce qui peut constituer un avantage concurrentiel décisif, en lui permettant d'adapter sa politique tarifaire en aval et ainsi d'évincer ses rivaux.

Exemple : dans sa décision M.3440 du 9 décembre 2004, la Commission a considéré que la société EDP, principal producteur d'électricité au Portugal, était en mesure de connaître les coûts de fourniture en gaz (et les consommations) de son principal concurrent sur le marché de l'électricité.

b. Les critères d'analyse

654. L'Autorité évalue la probabilité d'un scénario de verrouillage des intrants d'une part, et celle du verrouillage de l'accès à la clientèle, d'autre part, en examinant, premièrement, si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la capacité de verrouiller l'accès aux intrants ou à la clientèle de manière significative, deuxièmement, si les incitations à le faire sont suffisantes et, troisièmement, si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause, en fonction de leurs caractéristiques propres.
655. En pratique, ces trois contraintes sont étroitement liées et sont examinées ensemble. Elles sont déterminées par la plupart des paramètres également pris en compte dans l'analyse des concentrations horizontales. Dans son avis [n° 04-A-08](#) du 18 mai 2004, le Conseil de la concurrence a ainsi résumé l'analyse : « *La faisabilité et l'intérêt de pratiques de forclusion dépendent [...], en premier lieu, du pouvoir de marché de l'entreprise intégrée. De même, la présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration. En second lieu, pour que ces pratiques aient pour effet de fermer l'accès d'un concurrent au marché aval, il faut que l'entrée sur celui-ci soit difficile et qu'il n'existe pas d'alternatives suffisantes à la distribution par l'entreprise intégrée. Les critiques qui mettent en doute l'intérêt de ces pratiques pour l'entreprise intégrée observent, certes, que, dans l'hypothèse où des pratiques de forclusion existeraient, les entreprises non intégrées peuvent se protéger en contractant avec d'autres firmes indépendantes ou en prenant le contrôle. Encore faut-il que ces entreprises indépendantes existent ou puissent être créées.* » La Commission insiste de même sur l'importance des barrières à l'entrée : « *Dans la mesure où il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver des acheteurs alternatifs pour le produit considéré, le verrouillage ne devrait pas poser de réel problème* » (point 144 des lignes directrices). Elle insiste également sur la capacité de faire contrepoids dont disposent les acheteurs qui, s'ils sont suffisamment puissants, ne laisseront pas facilement écarter l'offre de biens ou de services concurrents.

656. L'application spécifique de ces critères à l'analyse des risques, tant de verrouillage des intrants que de verrouillage de la clientèle, sera examinée ci-dessous.

Le pouvoir de marché de la nouvelle entité

657. L'intégration verticale d'une entreprise ou son renforcement peut porter atteinte à la concurrence lorsque celle-ci détient, sur un ou plusieurs des marchés concernés, un pouvoir de marché substantiel qui peut servir de point d'appui à un effet de levier (sur le marché amont pour un verrouillage par les intrants et sur le marché aval pour un verrouillage de la clientèle).

658. L'Autorité considère qu'il est peu probable qu'une entreprise ayant une part de marché inférieure à 30 % sur un marché concerné puisse verrouiller un marché en aval ou en amont de celui-ci.

659. Dans le même sens, l'Autorité considère qu'il est, en général, peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence, si l'IHH après la concentration est inférieur à 2 000.

660. L'Autorité peut toutefois réaliser un examen plus approfondi de ce type de concentration verticale dans certains cas où ces deux critères sont remplis, en raison, par exemple, des spécificités du marché ou de l'opération concernée.

661. Lorsqu'il s'agit d'apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité dans le cadre d'une concentration verticale, l'autoconsommation peut être prise en considération.

Exemple : dans son avis [n° 06-A-13](#) du 13 juillet 2006, le Conseil de la concurrence a considéré que la relation entre le groupe Canal Plus et son partenaire de distribution ne relevait pas de l'autoconsommation, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre consommation : « [...] *si la distribution de la chaîne Canal + devait être considérée comme relevant de l'autoconsommation, l'analyse concurrentielle n'en serait pas changée, dès lors que l'autoconsommation doit être prise en compte pour évaluer le pouvoir de marché de la nouvelle entité* ». En effet, la production interne peut revêtir une très grande importance dans l'analyse concurrentielle des effets verticaux d'une opération en tant que contrainte concurrentielle ou facteur qui renforce la position d'une entreprise sur le marché.

662. Outre la part de marché détenue, le pouvoir de marché de la nouvelle entité peut être renforcé ou au contraire, limité, par les caractéristiques du marché sur lequel elle sera active.

663. **En premier lieu**, les caractéristiques du produit concerné peuvent contribuer à accroître, ou au contraire, atténuer, le pouvoir de marché détenu par la nouvelle entité. En particulier, lorsqu'il s'agit d'un verrouillage par les intrants, il est nécessaire que l'intrant concerné par le verrouillage soit important pour les entreprises situées à l'aval.

664. C'est le cas, par exemple, lorsque l'intrant est un élément critique entrant dans la composition

des produits ou services des entreprises en aval ou lorsqu'il permet aux concurrents d'exercer leur activité sur un territoire donné. La détention d'une marque notoire par la nouvelle entité est également de nature à générer des effets verticaux en cas de verrouillage des intrants.

Exemple 1 : dans sa décision n° 14-DCC-50 du 23 juillet 2012, l'Autorité a considéré que « la mise en œuvre par [le groupe Canal Plus] d'une stratégie de verrouillage verticale pourrait avoir un impact significatif sur l'audience des nouvelles chaînes indépendantes de la TNT. D'après les données communiquées par les chaînes au cours de l'instruction, les contenus cinématographiques représentent en effet entre 30 et 60 % des 100 meilleures audiences réalisées par les chaînes de la TNT en 2012. »

Exemple 2 : dans sa décision n° 15-DCC-54 du 13 mai 2015, l'Autorité a relevé que « l'accès aux infrastructures de la SARA est nécessaire aux opérateurs pétroliers pour leur permettre de respecter leurs obligations de stockage stratégique et d'importer directement des produits finis ». L'Autorité a ainsi considéré que l'opération permettrait à la nouvelle entité, qui détient ces infrastructures, d'y interdire l'accès et, par suite, de pérenniser les monopoles de fait de sa filiale sur les importations de produits pétroliers.

Exemple 3 : dans sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l'Autorité a constaté que le groupe Altice bénéficierait, à l'issue de l'opération, d'un avantage important dans l'accès aux clients clients sur le marché de détail de la fourniture d'accès à internet en métropole dans la mesure où le raccordement au réseau pourrait être réalisé facilement, avec des travaux limités, voire sans aucun travaux dans les logements. Outre l'avantage logistique que cela représente, l'Autorité a mis en évidence un écart significatif dans les délais de mise en service des accès Internet entre le réseau câblé et le réseau FttH, au profit du premier. Combiné à une amélioration de la performance commerciale de la nouvelle entité, elle a considéré que cet avantage technique lui permettrait d'améliorer sa capacité d'acquisition de clientèle, au détriment de ses concurrents.

665. Symétriquement, pour un verrouillage de la clientèle, la nouvelle entité doit pouvoir contrôler des débouchés essentiels pour les acteurs en amont.

Exemple : dans son avis [n° 04-A-20](#) du 22 octobre 2004, le Conseil de la concurrence a rappelé que « pour s'imposer comme point de passage obligé entre fournisseurs et client final, et être en mesure de fermer l'accès des fabricants concurrents aux marchés avals, l'entreprise intégrée doit disposer d'un pouvoir de marché sur les marchés de la distribution ».

666. **En deuxième lieu**, lorsqu'elle apprécie le pouvoir de marché de la nouvelle entité, l'Autorité prend également en compte le contexte réglementaire susceptible de contraindre son comportement.

Exemple 1 : dans sa décision n° 14-DCC-167 du 13 novembre 2014, l’Autorité a écarté tout risque d’atteinte à la concurrence sur le marché du transport de pétrole brut et de naphta en raison, notamment, de l’encadrement réglementaire de l’activité. En effet, les oléoducs exploités par les parties sont qualifiés de « conduites d’intérêt général » dont l’exploitation est contrainte par un décret encadrant les tarifs applicables et régissant l’approvisionnement des sociétés tierces. Ce texte prévoit notamment une obligation de non-discrimination entre les actionnaires et les tiers. En conséquence, l’Autorité a considéré que la nouvelle entité ne serait pas en mesure d’empêcher l’approvisionnement des tiers ou de modifier les prix qui leur étaient applicables sur le marché aval.

Exemple 2 : dans la décision n° 14-DCC-179 du 27 novembre 2014, l’Autorité a également pris en compte le cadre réglementaire et les engagements des opérateurs possédant un réseau mobile (MNO) vis-à-vis des opérateurs de réseau mobile virtuel (MVNO) pour écarter la capacité de l’acquéreur à verrouiller l’accès des concurrents de la cible à son réseau.

Exemple 3 : dans la décision n° 16-DCC-167 du 31 octobre 2016, l’Autorité a considéré en revanche que l’opération était susceptible de générer des problèmes de concurrence de nature verticale sur les marchés d’entretien des infrastructures aéroportuaires, dans la mesure où le cahier des charges type applicable à la concession d’aéroport n’imposait pas que les marchés de fournitures et de service fassent l’objet d’une procédure de mise en concurrence lorsqu’ils étaient confiés par l’entité adjudicatrice à une entreprise liée. Ainsi, à l’issue de l’opération, le groupe Vinci, agissant en qualité d’entité adjudicatrice, aurait pu allouer la très grande majorité des besoins en fourniture et en services de l’aéroport de Lyon à une de ses filiales, sans mise en concurrence préalable. En outre, même si le groupe Vinci décidait de recourir à une procédure de mise en concurrence, faute de commission d’appels d’offres indépendante placée auprès du gestionnaire d’aéroport, la nouvelle entité assurerait à la fois le rôle d’entité adjudicatrice et de soumissionnaire, ce qui ne permettait pas, sans mesures correctives, de garantir son impartialité.

Exemple 4 : dans sa décision n° 17-DCC-76 du 13 juin 2017, l’Autorité a considéré que le risque d’effets verticaux liés à la diffusion d’événements sportifs d’importance majeure sur la chaîne Numéro 23 acquise par le groupe Altice dans le cadre de l’opération étaient limités compte tenu, notamment, du cadre réglementaire applicable aux chaînes semi-généralistes qui empêche la diffusion d’un nombre important d’événements sportifs sur une base régulière.

667. **En troisième lieu**, le pouvoir de marché de la nouvelle entité est susceptible d’être limité par les contrats conclus entre les parties et leurs partenaires commerciaux. En effet, ceux-ci peuvent contenir des clauses protectrices des intérêts des cocontractants.

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-10 du 21 janvier 2016, l'Autorité a écarté le risque de verrouillage dans l'accès aux contenus en raison de la présence de droits spécifiques qui protégeaient les intérêts des diffuseurs, notamment pour les programmes les plus emblématiques.

Les capacités de réaction des concurrents

668. S'agissant de concentrations verticales, les capacités de réaction des concurrents dépendent de leur propre intégration verticale, de leur capacité de production, de leur efficacité, des contre-stratégies qu'ils peuvent élaborer, des alternatives qu'ils peuvent proposer, des débouchés alternatifs qu'ils peuvent trouver, mais aussi de la fluidité du marché, notamment des contrats d'exclusivité ou de long terme noués entre les différents acteurs du marché.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, lorsque l'Autorité a apprécié la capacité d'Altice à verrouiller l'accès au marché de gros des offres activées généralistes de très haut débit, elle a constaté qu'à l'exception de la nouvelle entité, aucun autre opérateur ne serait en mesure d'offrir ce type d'offre sur tout le territoire national, à l'issue de l'opération. En effet, compte tenu du déploiement limité des réseaux FttH de la part des fournisseurs d'accès à Internet, ces derniers ne disposeraient pas, même à moyenne échéance, d'une empreinte comparable à celle du réseau câblé de la nouvelle entité.

669. La présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite d'une concentration verticale. Le verrouillage sera peu probable si les concurrents de la nouvelle entité sont eux-mêmes verticalement intégrés et s'ils disposent de capacités de production ou de débouchés en interne qui leur permettent de subvenir à leurs besoins.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014, l'Autorité a considéré que les effets de verrouillage des droits relatifs aux événements sportifs d'importance majeure étaient d'autant plus susceptibles de se concrétiser que le groupe Canal Plus était le seul opérateur disposant d'une offre de télévision payante, lui permettant de rentabiliser la fraction d'une compétition s'adressant aux passionnés, et d'une offre gratuite, pour la partie la plus événementielle de la compétition. En conséquence, aucun autre opérateur du marché n'était en mesure de dupliquer une telle stratégie.

À l'inverse, ce même critère a été utilisé par l'Autorité dans sa décision n° 17-DCC-93 du 22 juin 2017 pour écarter les effets verticaux sur le marché de l'acquisition de diffusion d'événements sportifs d'importance majeure. Constatant que, en sus d'être détenteur d'un nombre limité de droits de diffusion d'événements sportifs d'importance majeure, le groupe Canal Plus n'était plus le seul opérateur actif à la fois sur les marchés de la télévision payante et gratuite, l'Autorité a considéré que le groupe Canal Plus n'était plus en mesure de

verrouiller l'accès à ce type de programme et a levé les contraintes comportementales qui avaient été imposées dans la décision suscitée.

670. Lorsque les concurrents situés à l'aval dépendent des parties pour leur approvisionnement, il est nécessaire de déterminer s'ils pourront disposer d'une source alternative d'intrants, en examinant si les concurrents amont de la nouvelle entité ont la capacité d'augmenter leur production ou au contraire s'ils sont soumis à des contraintes de capacité ou à un risque de diminution de leurs rendements d'échelle. De plus, il est nécessaire de prendre en compte les éventuelles capacités des concurrents amont rendues disponibles par l'intégration de la nouvelle entité. En effet, la division aval, en s'approvisionnant à l'issue de l'opération exclusivement auprès de sa division amont, est susceptible de libérer des capacités du côté des autres fournisseurs de l'intrant.
671. En particulier, lorsqu'elle apprécie la capacité de réactions des concurrents, l'Autorité prend en compte leur capacité à se procurer les biens auprès de grossistes ou d'intermédiaires en tenant compte du rôle de ces intermédiaires dans l'ensemble des ventes de la nouvelle entité.

Exemple : dans sa décision n° 15-DCC-76 du 30 juin 2015, l'Autorité a considéré qu'un risque de refus d'approvisionnement des acteurs spécialisés était peu probable, compte tenu de l'existence de grossistes qui étaient susceptibles de les fournir en pneus Michelin. Elle a également écarté le risque que ces grossistes se trouvent visés par une stratégie de verrouillage de la part de Michelin, puisque, compte tenu du faible poids des acteurs spécialisés dans les ventes réalisées par les grossistes, une telle stratégie affecterait principalement les ventes à d'autres débouchés que les acteurs spécialisés et ne serait donc pas rentable.

672. Dans le cas du verrouillage de la clientèle, il s'agit de déterminer si les concurrents situés en amont pourront disposer de débouchés alternatifs.
673. Enfin, les risques de verrouillage vertical peuvent être influencés par la fluidité du marché. Ainsi, les contrats conclus entre la nouvelle entité et des concurrents peuvent renforcer la dépendance de ces derniers à ou au contraire limiter le pouvoir de marché de la nouvelle entité et protéger ses concurrents en leur assurant des approvisionnements ou des débouchés alternatifs crédibles.

Exemple 1 : dans son avis [n° 04-A-20](#) du 22 octobre 2004, le Conseil de la concurrence a indiqué qu'« *au surplus, les barrières à l'entrée de l'activité de grossiste en arts de la table sont faibles. Les contrats entre fournisseurs et distributeurs sont renégociés annuellement, ce qui assure une certaine fluidité au marché.* »

Exemple 2 : dans sa décision [M.4854](#) du 14 mai 2008, la Commission a relevé que l'existence de contrats à long terme protégeait le principal concurrent de la nouvelle entité :

« *Garmin, qui est le concurrent le plus important de TomTom dans le marché des appareils de navigation portables, est largement protégé des augmentations de prix des bases de données grâce à son contrat à long terme avec NAVTEQ, [...]. Cette protection de Garmin contre un refus d'approvisionnement limitera les profits que TomTom pourrait capturer dans le marché en aval si elle s'engageait dans une stratégie de refus d'approvisionnement d'intrants.* »

Exemple 3 : dans sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l'Autorité a constaté en revanche que le contrat entre les groupes Bouygues et Numericable conférait à ce dernier la capacité de dégrader les conditions tarifaires et la qualité de service dont la société Bouygues Telecom bénéficiait avant l'opération, provoquant ainsi une dégradation de sa position concurrentielle sur le marché aval.

674. Enfin, lorsqu'elle apprécie les risques de verrouillage vertical, l'Autorité peut prendre en compte la capacité, pour la nouvelle entité, à ralentir davantage les capacités de réaction de ses concurrents à ses tentatives de verrouillage des marchés amont.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l'Autorité a constaté que le verrouillage de l'accès au marché de gros des offres activées généralistes de très haut débit étaient amplifiés, en l'espèce, par les effets négatifs de l'opération sur l'incitation de la nouvelle entité à investir dans le développement d'un réseau FttH très haut débit. L'Autorité a en effet constaté qu'avant l'opération, la société SFR était un acteur important du cofinancement des réseaux FttH. En revanche, une fois l'opération réalisée, celle-ci disposerait du réseau câblé de la société Numéricable, qui lui permettrait d'offrir des offres d'accès à Internet en très haut débit sur tout le territoire. Elle ne serait donc plus incitée à dupliquer une infrastructure très haut débit sur toute l'empreinte du câble, ce qui était susceptible de ralentir, au global, le déploiement du réseau très haut débit sur tout le territoire national et donc la pression concurrentielle susceptible d'être exercée par les concurrents de la nouvelle entité sur le segment des offres d'accès à Internet très haut débit.

La concurrence potentielle

675. Comme dans l'analyse des effets horizontaux, le rôle des barrières à l'entrée est également primordial dans l'analyse concurrentielle. En effet, si les barrières à l'entrée sont faibles et si l'entrée de nouveaux fournisseurs concurrents en amont ou de nouveaux acheteurs à l'aval est relativement facile, le verrouillage des marchés concernés est peu probable. L'Autorité tient donc compte de la possibilité que des concurrents potentiels viennent remettre en cause le pouvoir de marché de la nouvelle entité. Pour que la pression exercée par des concurrents potentiels soit jugée suffisante, il faut que leur entrée soit vraisemblable, qu'elle puisse se produire dans un délai court et que ces concurrents soient en mesure d'exercer une réelle pression.

676. L'existence de coûts de transfert peut jouer un rôle important dans la mesure où ils conditionnent la capacité des concurrents à changer de fournisseur ou de distributeur.

Exemple : dans son avis [n° 04-A-08](#) du 18 mai 2004, le Conseil de la concurrence a mis en évidence de tels coûts de transfert : « *Le poids des contrats de bière limite, par ailleurs, la capacité des détaillants CHR à changer de distributeur et de fournisseur rapidement. La forte proportion des CHR liées par un contrat de bière d'une durée de cinq ans, à un brasseur, a été soulignée [...] (environ 70 à 80 %).* »

677. D'une manière générale, le degré de fluidité du marché, résultant notamment de la durée des contrats dans le secteur concerné, du mode de renouvellement de ces contrats (reconduction tacite ou non) ou encore des éventuelles pénalités en cas de rupture anticipée, est un facteur important de l'analyse.

Le contre-pouvoir des acheteurs

678. L'Autorité tient également compte du contre-pouvoir des acheteurs dans l'analyse des effets verticaux d'une concentration. En effet, si les acheteurs sont puissants, ils seront en mesure de contrer les effets d'une éventuelle stratégie de verrouillage de la nouvelle entité, en encourageant notamment le développement de nouveaux concurrents. Par exemple, si la clientèle d'une entreprise située en aval valorise l'offre d'une gamme de produits (de marques différentes notamment), cette entreprise devra conserver un approvisionnement diversifié auprès des différents fournisseurs en amont.

Exemple 1 : dans sa décision [M.3943](#) du 9 novembre 2005, la Commission a considéré que les réseaux de distribution tels Point P devaient offrir à leur clientèle une gamme très étendue de produits et que, de ce fait, la société Point P ne pourrait pas limiter son offre de produits à base de plâtre à ceux de la société BPB.

Exemple 2 : dans sa lettre [C2007-22](#) du 14 mai 2007, le ministre chargé de l'économie a relevé que l'activité de la société Emofer, filiale de la société Spie Rail, active sur le marché de la production et de la commercialisation de traverses en béton, était dépendante des achats du principal donneur d'ordre du marché, le groupe SNCF/RFF, qui n'avait pas d'intérêt à perdre les avantages de sa position de monopsonne et à ne dépendre que d'un seul fournisseur.

679. Au contraire, dans certains cas, le comportement des clients est susceptible de figer l'évolution du marché et de renforcer d'éventuels effets verticaux.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l’Autorité a considéré que les effets anticoncurrentiels liés au verrouillage de l’accès au marché de gros des offres de la société Numéricable était d’autant plus plausibles que l’opération pouvait permettre à la nouvelle entité de préempter le marché de l’accès à Internet très haut débit, sur lequel les clients sont faiblement mobiles.

La probabilité de l’adoption de scénarios de verrouillage

680. Au-delà des caractéristiques du marché, l’Autorité analyse la probabilité de l’adoption de stratégies de verrouillage par la nouvelle entité. Pour ce faire, elle prend en considération tant les incitations à adopter de tels comportements que les facteurs de nature à diminuer, voire à éliminer, de telles incitations. Ceux-ci peuvent résulter, par exemple, de contraintes réglementaires qui pèsent sur la nouvelle entité, de ses règles de gouvernance, des modalités de fonctionnement du marché sur lequel les parties à l’opération sont actives ou du caractère illégal de ces comportements.

Exemple 1 : dans sa décision n° 16-DCC-10 du 21 janvier 2016, l’Autorité a considéré que la nouvelle entité ne serait pas incitée à verrouiller l’accès à ses droits de programmes télévisuels pour s’en réserver l’accès puisqu’elle était contrainte par son obligation d’investissement dans la production indépendante. En conséquence, tout accroissement des achats du groupe TF1 auprès de la cible devrait être compensé par une baisse des achats internes auprès de sa filiale TF1 Production, soit par une hausse de son enveloppe d’investissement globale.

Exemple 2 : dans sa décision n° 14-DCC-167 du 13 novembre 2014, l’Autorité a analysé les incitations de la nouvelle entité à rendre plus complexe l’accès des opérateurs aval aux marchés du transport et du stockage d’hydrocarbures, en raison des règles de gouvernance applicables à la nouvelle entité. Considérant que seule l’une des deux mères (en l’espèce, la société Total), pouvait être incitée à verrouiller l’accès des opérateurs aval aux infrastructures de la cible, l’Autorité a spécifiquement analysé son rôle dans le processus de décision. Elle a ainsi écarté le risque d’effets anticoncurrentiels sur le marché du transport de pétrole brut et de naphta, la société Total ne pouvant qu’empêcher une modification des prix sur ce marché (et non en proposer une). En revanche, compte tenu de son influence sur les mécanismes d’allocation de stockage, l’Autorité a considéré que l’opération générerait un problème de concurrence sur le marché du stockage d’hydrocarbure.

681. Il s’agit de démontrer dans un premier temps que la nouvelle entité verticalement intégrée sera incitée à verrouiller le marché. Cette incitation dépend de la rentabilité du verrouillage envisagé.
682. Ainsi, dans le cas d’un verrouillage par les intrants, la baisse des ventes d’intrants aux concurrents situés en aval a, dans un premier temps, des effets négatifs sur la rentabilité de la

nouvelle entité. Cependant, dans un second temps, la nouvelle entité peut bénéficier du recul des ventes de ses concurrents en aval, du fait du manque de disponibilité d'intrants et de ses effets sur la qualité de leurs produits et leurs coûts, et augmenter le prix facturé aux consommateurs ou développer sa part de marché aval.

Exemple 1 : dans sa décision n° 10-DCC-98 du 20 août 2010, l'Autorité a relevé que dans les zones sur lesquelles la nouvelle entité détenait des positions fortes sur les marchés des granulats, et dans la mesure où les sources d'approvisionnement alternatives étaient insuffisantes, une augmentation de ses prix ou une limitation des quantités de granulats offertes ne se traduiraient pas par une baisse de la marge réalisée en amont par la nouvelle entité mais porteraient atteinte à la concurrence sur les marchés aval des enrobés bitumineux et des travaux routiers en réduisant ou renchérissant l'approvisionnement en granulats des concurrents.

Exemple 2 : dans sa décision n° 14-DCC-179 du 27 novembre 2014, l'Autorité a considéré en revanche que la société SFR ne serait pas incitée à verrouiller l'accès des MVNO à son réseau de téléphonie mobile en raison des coûts fixes liés à l'entretien de son réseau, dont la capacité n'est pas intégralement utilisée pour répondre à la demande de ses propres abonnés. La commercialisation aux MVNO de l'accès au réseau de téléphonie mobile des opérateurs qui en détiennent un en propre constituait donc une source de revenus essentielle dont la société SFR ne serait pas incitée à se passer. L'Autorité a considéré qu'une telle stratégie était d'autant moins probable que la majorité des MVNO s'adressait à une demande spécifique, complémentaire aux offres des opérateurs MNO, et donc moins susceptible de se reporter sur les offres de la société SFR.

683. Lorsqu'elle apprécie les incitations de la nouvelle entité à verrouiller l'accès à certains intrants qu'elle commercialise ou les effets anticoncurrentiels d'une telle stratégie, l'Autorité peut prendre en compte la situation spécifique de certains clients.

Exemple 1 : dans sa décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014, l'Autorité a procédé à une analyse différenciée des incitations à mettre en œuvre un effet de levier entre les activités amont et aval de la nouvelle entité. Après avoir écarté le risque de verrouillage généralisé de l'accès aux films de catalogue, compte tenu du poids que représentent les grands groupes audiovisuels français (comme TF1 et France Télévisions) dans le chiffre d'affaires de la société StudioCanal, elle a considéré qu'un tel comportement ne pouvait être exclu vis-à-vis des chaînes de la TNT non adossées à un groupe historique de télévision. Elle a en effet estimé que la dépendance de ces chaînes en films de catalogue, combinée à leur faible poids dans le chiffre d'affaires de la société StudioCanal, étaient de nature à inciter le groupe Canal Plus à complexifier l'accès à ses programmes, générant ainsi un risque d'éviction pour ce seul type de chaînes.

Exemple 2 : dans sa décision n° 15-DCC-54 du 13 mai 2015, l’Autorité a également procédé à une analyse différenciée des incitations de la société Rubis à verrouiller l’accès aux infrastructures de transport de produits pétroliers. Si elle a écarté cette incitation sur le segment des clients industriels, qui ne sont pas en concurrence avec la société Rubis sur le marché aval, elle a en revanche considéré que de telles incitations existaient vis-à-vis des GIE aéroportuaires en Guadeloupe puisqu’un tel comportement permettrait à Rubis d’être le seul opérateur susceptible d’honorer des contrats de fourniture de carburants sur ce territoire.

684. Dans le cas d’un verrouillage de l’accès aux débouchés ou verrouillage de la clientèle, le fait de cesser de se fournir auprès de ses concurrents en amont peut entraîner pour la nouvelle entité des surcoûts ou une baisse de ses ventes en aval, qui doivent être mis en regard des gains attendus en amont. Ces gains seront d’autant plus élevés que les concurrents sur le marché amont seront conduits à proposer une offre moins attractive, par exemple parce qu’ils doivent recouvrer des coûts fixes élevés sur un plus petit nombre de clients, voire, à l’extrême, si ces concurrents sont contraints de sortir du marché concerné.
685. Divers facteurs peuvent ainsi limiter les incitations de la nouvelle entité. En particulier le niveau des bénéfices et donc des marges réalisés en amont et en aval est un élément important. En effet, il est peu probable qu’une entreprise consente des pertes importantes sur un marché sur lequel elle réalise des marges élevées pour développer sa part de marché sur un marché sur lequel les marges sont faibles.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l’Autorité a utilisé les données relatives aux marges amont et aval de la nouvelle entité ainsi que le taux de report entre les produits des parties pour estimer les gains susceptibles d’être retirés en cas de mise en œuvre d’une stratégie de forclusion totale et apprécier les incitations de la nouvelle entité à développer une telle stratégie.

686. Par ailleurs, lorsque la demande se détourne des concurrents situés à l’aval, il est nécessaire de déterminer quelle part de cette demande la nouvelle entité pourra attirer. Cette part dépendra notamment des capacités disponibles de la nouvelle entité, du degré de substituabilité existant entre les produits de la nouvelle entité et ceux de ses concurrents, etc.

Exemple 1 : dans sa décision [M.3943](#) du 9 novembre 2005, dans la mesure où l’expansion des capacités de distribution de la société Saint-Gobain aurait été difficile, la Commission a considéré comme peu probable que la société BPB, principal fournisseur de plaques de plâtre au Royaume-Uni, réduise ses livraisons aux distributeurs concurrents de la société Saint-Gobain.

Exemple 2 : dans sa décision n° 15-DCC-76 du 30 juin 2015, l’Autorité a constaté que, compte tenu de la faiblesse du réseau physique de la cible, la nouvelle entité ne disposait pas d’un réseau de point de vente physique suffisant pour permettre un report efficace des ventes perdues par ses concurrents à la suite de la mise en œuvre d’une stratégie de verrouillage. Elle a donc écarté toute incitation à mettre en place une telle stratégie.

687. La diversité des gammes de produits ou services offerts, sur le marché concerné ou sur des marchés connexes, est également susceptible d’avoir un impact sur la rentabilité de la stratégie de la nouvelle entité.

688. En outre, la nouvelle entité verticalement intégrée se heurte à la nécessité d’écouler sa production.

Exemple : dans sa décision [M.1874](#) du 7 avril 2000, la Commission a considéré qu’il ne serait pas possible pour la société Lafarge, acteur majeur du marché aval du béton en Angleterre, de se réserver l’intégralité de la production très importante de la société Blue Circle, au détriment de ses concurrents.

689. L’Autorité peut également prendre en compte, au support de son analyse, le type de stratégie et les comportements adoptés dans le passé par la nouvelle entité. Les documents stratégiques internes peuvent également fournir un éclairage sur les stratégies envisagées. Dans son arrêt [GE/Commission](#) du 14 décembre 2005, le TPICE a indiqué que : « [...] *des preuves solides pouvaient, en principe, être constituées soit par des documents attestant l’intention ferme de la direction de la requérante et/ou de celle d’Honeywell de poursuivre l’exploitation commerciale, sur les marchés des produits avioniques et non avioniques, de la puissance de GECAS et de GE Capital de la façon décrite ci-dessus sur le marché des réacteurs pour avions commerciaux de grande taille à la suite de la concentration, soit par une analyse économique démontrant qu’un tel comportement aurait été objectivement dans l’intérêt commercial de l’entité fusionnée* ».

Exemple 1 : dans son avis n° 98-A-14 du 31 août 1998, le Conseil de la concurrence a appuyé son analyse sur un procès-verbal d’un conseil d’administration.

Exemple 2 : dans sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l’Autorité s’est également appuyée sur des documents internes aux parties pour démontrer les incitations de la nouvelle entité à verrouiller l’accès de ses concurrents à certaines infrastructures qu’elle détenait.

690. Enfin, dans des arrêts [T-80/02 du 25 octobre 2002](#)⁷³ et [T-210/01 du 14 décembre 2005](#), le TPICE a rappelé qu’il appartient à l’autorité de concurrence, dans le cadre de son appréciation,

⁷³ Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes T-80/02 du 25 octobre 2002 Tetra Laval/Commission.

de prendre en compte l'effet dissuasif que pourrait avoir l'éventuel caractère clairement ou très probablement illicite, au regard du droit tant européen que national, des pratiques mises en œuvre par la nouvelle entité : « *la Commission doit, en principe, prendre en considération le caractère éventuellement illégal, et, partant, susceptible d'être sanctionné, d'un comportement en tant que facteur de nature à diminuer, voire à éliminer, les incitations pour une entreprise à adopter un comportement donné.* ».

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, l'Autorité a rappelé l'articulation existant entre le contrôle des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles. Elle a notamment indiqué que « *les conditions préférentielles accordées aux parties par les fournisseurs, qui demeurent exceptionnelles en l'état du fonctionnement des marchés concernés sans que l'opération ne modifie, en soi, les incitations des fournisseurs à changer leurs comportements, ne sont pas de nature à engendrer l'éviction des concurrents sur les marchés de la distribution de produits électrodomestiques. En outre, il convient de rappeler que la nouvelle entité et ses fournisseurs demeureront soumis aux règles du droit de la concurrence prohibant les ententes et abus de position dominante qui pourraient être caractérisées, le cas échéant.* »

691. Cette jurisprudence sera mise en regard par l'Autorité avec les bénéfices attendus du caractère préventif du contrôle des concentrations.

4. LES EFFETS CONGLOMÉRAUX D'UNE CONCENTRATION

a. La nature de ces effets

692. Une concentration produit des effets non coordonnés de nature conglomérale lorsqu'elle permet à la nouvelle entité de restreindre ou d'empêcher l'accès à un ou plusieurs marchés. En effet, une entreprise qui bénéficie ou renforce une position forte sur un marché peut être en mesure de verrouiller l'accès à un ou plusieurs marchés connexes en exploitant un effet de levier, c'est-à-dire, notamment, la capacité pour une entreprise d'augmenter les ventes d'un produit ou d'un service sur un marché en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit ou service auquel le premier produit ou service est lié, connexe ou groupé.
693. Le lien de connexité entre les marchés concernés peut notamment découler de l'appartenance des produits ou services à une même gamme ou de l'existence de marques générant un certain degré de différenciation entre les produits des parties à l'opération.
694. De façon générale, lorsqu'une concentration produit des effets congloméraux, elle ouvre la possibilité de développer des synergies entre les différents éléments constitutifs du regroupement. Certaines de ces synergies peuvent être pro-concurrentielles. En effet, en

accroissant l'efficacité de la production de l'ensemble, elles permettent des baisses de coûts puis de prix dont bénéficie la demande finale. La nouvelle entité peut bénéficier de coûts fixes communs importants ou de la complémentarité de plusieurs produits et services. Ce type d'opération peut aussi générer des économies d'envergure, permettre une plus grande compatibilité des composants complémentaires, ou encore conduire à une internalisation des effets positifs d'une baisse de prix sur un produit sur la vente d'un produit complémentaire (« effet Cournot »).

695. Certaines concentrations qui produisent des effets congloméraux peuvent néanmoins restreindre la concurrence notamment lorsqu'elles permettent de lier, techniquement ou commercialement, les ventes ou les achats des éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents.

696. Les effets congloméraux sont susceptibles de se concrétiser notamment dans le cadre d'offres liant ou groupant des biens ou services produits sur des marchés distincts. Ce type d'offre peut être de différente nature. Il convient de distinguer :

- les offres groupées pures (« *pure bundling* »), c'est-à-dire les offres liées du fait de l'imposition exclusivement commerciale d'une obligation d'acheter ou de vendre deux ou plusieurs produits ensemble ;
- les offres groupées techniques (« *technical bundling* »), c'est-à-dire les offres liées du fait de l'imposition d'une telle obligation par une intégration technique des produits ; et
- les offres groupées mixtes (« *mixed bundling* »), c'est-à-dire le fait de vendre ou d'acheter plusieurs produits ensemble à de meilleures conditions que celles proposées si les produits sont vendus ou achetés séparément.

697. Le recours à des offres liées ou groupées peut conférer à une entreprise la capacité et la motivation d'exploiter, par un effet de levier, la forte position qu'elle occupe sur un marché et d'évincer ses concurrents. De plus, il convient d'examiner si un tel comportement aurait une incidence négative significative sur la concurrence, par exemple en évinçant du marché les concurrents ou en les marginalisant.

b. Les critères utilisés

698. [Les lignes directrices sur les concentrations non horizontales](#) de la Commission donnent, pour les risques de verrouillage dans les concentrations conglomérales, le même schéma d'analyse que pour les effets verticaux. L'Autorité examine si la nouvelle entité aurait, après la concentration, la possibilité de verrouiller, si elle serait incitée à le faire et si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause. En pratique, ces trois conditions sont étroitement liées.

699. Les facteurs évoqués dans les sections précédentes (pouvoir de marché de la nouvelle entité, capacités de réaction des concurrents, barrières à l'entrée sur le marché et contrepouvoir des acheteurs) font l'objet d'une adaptation spécifique aux effets congloméraux.
700. Comme pour les concentrations verticales, il est peu probable qu'une concentration emporte un risque d'effet congloméral si la nouvelle entité ne bénéficie pas d'une forte position sur un marché à partir duquel elle pourra faire jouer un effet de levier. Cette condition est remplie si la nouvelle entité détient des parts de marché inférieures à 30 % sur les marchés concernés ou si l'IHH post-concentration est inférieur à 2 000.
701. Mais, pour l'analyse d'effets congloméraux, le pouvoir de marché peut aussi résulter de la possession par les parties d'un ou plusieurs actifs, produits ou services, ou d'une ou plusieurs marques, considérés par de nombreux clients comme particulièrement importants, voire incontournables, et qui ne possèdent que peu de substituts acceptables en raison, par exemple, de la différenciation des produits ou des contraintes de capacité auxquelles sont soumis les concurrents.
702. En outre, une offre groupée ou liée ne peut avoir un effet sur la concurrence sur les marchés concernés que si une part suffisante des acheteurs est susceptible d'être intéressée par l'achat simultané des produits en cause.

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-12 du 31 janvier 2017, l'Autorité a considéré que le segment de la distribution de produits d'hygiène et d'entretien à destination des professionnels de la santé était connexe à d'autres marchés de la distribution de produits à destination de professionnels institutionnels. Or, compte tenu de la structuration croissante de la fonction achats au sein des hôpitaux, renforcée par le programme « performance hospitalière pour des achats responsables », l'Autorité a constaté que les établissements hospitaliers tendaient à identifier un responsable achat unique par établissement. Elle a considéré que cette organisation était susceptible de renforcer la capacité de la nouvelle entité à lier les ventes de ses différents produits, lui conférant ainsi un avantage concurrentiel non-répliquable par ses concurrents.

703. En outre, pour apprécier la probabilité que des effets congloméraux se matérialisent, l'Autorité peut tenir compte du nombre de clients ou de fournisseurs ainsi que de la nature et du contenu des contrats passés avec eux.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014, l'Autorité a considéré que le groupe Canal Plus était d'autant plus susceptible de faire jouer un effet de levier entre sa position sur le marché de l'acquisition de droits de films américains récents pour une diffusion en télévision payante et celle sur le marché de l'acquisition de ce même type de droit pour une diffusion en télévision gratuite que la commercialisation de ce type de droits

était en général organisée par des contrats-cadres susceptibles de concerner à la fois les droits pour la diffusion en télévision payante et gratuite, couvrant l'ensemble de la production des studios concernés, négociés auprès des mêmes interlocuteurs. Le risque de verrouillage était, en l'espèce, d'autant plus élevé que le nombre de détenteurs de droits actifs sur le marché était limité à six opérateurs significatifs.

704. L'Autorité étudie ensuite la crédibilité des scénarios de ventes liées. Dans sa décision *General Electric contre Commission*, le TPICE a évoqué trois types de preuve susceptibles d'appuyer la probabilité d'un scénario de ventes liées :

- les comportements passés pouvant indiquer que les parties ont déjà trouvé intérêt à des ventes groupées.

Exemple 1 : dans sa décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013, l'Autorité a constaté que les parties disposaient d'équipements commerciaux distincts pour la vente de chaque type de produits en terre cuite et qu'il n'existait donc pas de lien entre les achats de briques de mur et celles de briques de cloison.

Exemple 2 : dans sa décision n° 17-DCC-53 du 27 avril 2017, l'Autorité a écarté le risque d'effet de portefeuille en constatant que la distribution de véhicules de loisirs ne s'était pas construite sur un modèle de distribution sélective et que la nouvelle entité ne serait pas en mesure de modifier cette situation unilatéralement à l'issue de l'opération.

Il est cependant généralement probable que ces comportements passés aient été constatés sur des marchés différents de ceux qui pourraient faire l'objet de telles ventes postérieurement à l'opération, ce qui en relativise la portée ;

- des documents attestant de l'intention des parties d'adopter de tels comportements ou de l'intérêt qu'ils représentent pour la nouvelle entité ;
- une analyse économique démontrant qu'un tel comportement serait objectivement dans l'intérêt commercial de la nouvelle entité.

705. Cette dernière preuve repose sur une étude de la rentabilité d'une stratégie d'offres liées. Du côté des gains, une telle stratégie peut permettre de protéger les ventes sur le marché liant, comme de développer les ventes sur le marché lié. Les gains peuvent provenir de l'augmentation des parts de marché ou de l'augmentation des prix. Du côté des coûts, il convient de prendre en compte les remises destinées à favoriser les ventes groupées ou, éventuellement, la baisse des ventes due à la perte des clients non intéressés par l'offre liée. La mise en place d'une intégration technique des produits (ventes groupées techniques) suscite quant à elle des coûts de développement.

706. L'efficacité d'une stratégie de verrouillage congloméral est renforcée par le nombre restreint de produits susceptibles de servir d'appui à une telle démarche.

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014, l'Autorité a considéré que la capacité du groupe Canal Plus à mettre en œuvre un effet de levier entre ses achats de droits de programmes pour une diffusion en télévision payante et en télévision gratuite était renforcée par le fait que les programmes générateurs de succès étaient peu nombreux. La mise en place d'une stratégie d'achats de droits groupés susceptible de déstabiliser le marché était donc particulièrement efficace puisque la nouvelle entité pouvait se focaliser sur un nombre limité de programmes.

707. Comme dans le cas des effets verticaux, il est en général peu probable que la nouvelle entité coure le risque de perdre des ventes sur un marché très rentable pour développer sa position sur un marché moins rentable.

Exemple : dans sa décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018, l'Autorité a indiqué qu'une stratégie de vente liée qui consisterait en l'octroi de remises sur les petites annonces en ligne en contrepartie de l'achat d'annonces immobilières dans la presse écrite paraissait peu crédible compte tenu de sa position forte sur les petites annonces immobilières en ligne et de la faible rentabilité des petites annonces dans la presse écrite.

708. L'Autorité examine également si le fait de proposer une gamme de produits ou services diversifiée constitue un avantage concurrentiel et, le cas échéant, dans quelle mesure les concurrents sont susceptibles d'offrir une gamme aussi complète de produits ou services ou un éventail de marques aussi attractives.

Exemple 1 : dans sa décision n° 17-DCC-92 du 22 juin 2017, l'Autorité a considéré que le groupe Canal Plus n'était plus en mesure de faire jouer un effet de levier entre ses acquisitions de contenus américains pour une diffusion en télévision linéaire et pour une diffusion en télévision non-linéaire, en raison de l'émergence d'acteurs internationaux puissants qui investissaient dans des droits de diffusion en télévision non-linéaire sur une base mondiale. Compte tenu de leur poids au niveau mondial, ces opérateurs étaient en mesure de contrecarrer les tentatives du groupe Canal Plus de lier ses achats de droits pour une diffusion en télévision linéaire et non-linéaire sur le seul territoire français, en liant leurs propres achats de droits pour plusieurs territoires.

Exemple 2 : dans sa décision n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018, l’Autorité a écarté le risque d’effet congloméral entre le marché des plats cuisinés appertisés d’une part et les marchés des légumes appertisés, des sauces chaudes et des pâtés d’autre part en raison de la présence, sur ces derniers marchés, d’opérateurs significatifs détenant des marques notoires qui étaient également dotés d’une dimension conglomérale.

709. L’Autorité analyse également les stratégies mises en œuvre par les clients pour diversifier et sécuriser leurs approvisionnements.

Exemple : dans son avis [n° 02-A-07](#) du 15 mai 2002, le Conseil de la concurrence a analysé en détail le contreponds que représentait la grande distribution face à ses fournisseurs, en insistant notamment sur la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d’achat qu’elle conférait aux enseignes, qui se traduisait par un fort pouvoir de négociation des distributeurs vis-à-vis des fournisseurs, ainsi que sur la volonté des distributeurs de diversifier leurs sources d’approvisionnement face au renforcement des parts de marché d’un fournisseur.

710. Enfin, comme évoqué dans la section précédente sur les effets verticaux, l’Autorité prend en compte le contexte réglementaire susceptible de contraindre la nouvelle entité et l’effet dissuasif que pourrait avoir le caractère clairement ou très probablement illicite d’une stratégie de la nouvelle entité pour apprécier la probabilité d’effets congloméraux.

5. LA CRÉATION OU LE RENFORCEMENT D’UNE PUISSANCE D’ACHAT

711. Une concentration peut renforcer la puissance d’achat de la nouvelle entité au point de mettre en situation de dépendance économique ses fournisseurs. Ce cas d’atteinte à la concurrence est spécifiquement visé par [l’article L. 430-6](#).
712. Ce type d’examen est effectué en particulier pour les opérations intervenant dans les secteurs de la grande distribution.

Exemple : dans sa décision [M.1221](#) du 3 février 1999, la Commission a analysé la dépendance des fournisseurs vis-à-vis de la centrale d’achat de la nouvelle entité Rewe/Meinl. Certains modèles économiques montrent en effet qu’au-delà d’un certain « seuil de menace », fonction de la part que représente ce débouché dans l’ensemble des ventes du fournisseur, le distributeur peut, en stoppant ses achats, pousser son fournisseur plus ou moins rapidement vers une situation financière très difficile, voire vers une faillite. Le niveau de ce seuil n’est pas fixe et dépend d’un grand nombre de paramètres spécifiques aux secteurs concernés, de la structure et à la situation financière des entreprises, et surtout de l’existence ou du coût d’éventuelles solutions alternatives.

713. L'Autorité analyse ce type de risque lorsqu'elle examine des concentrations entre des distributeurs, en particulier dans la grande distribution à dominante alimentaire. Elle a en général considéré que, sur le fondement d'un seuil de menace identique à celui retenu par la Commission dans la [décision précitée](#), compte tenu de la position de la nouvelle entité en tant qu'acheteur et du faible renforcement de cette position liée à l'opération, tout risque d'atteinte à la concurrence pouvait être écarté. Pour autant, ce risque de création ou de renforcement de dépendance économique de fournisseurs a déjà été identifié dans d'autres secteurs.

Exemple 1 : dans sa lettre [C2008-100](#) du 17 février 2009, le ministre chargé de l'économie a mis en évidence un risque de création d'une puissance d'achat du fait d'une concentration dans le secteur de la viande : « [...] *la nouvelle entité disposera de fortes positions concernant l'achat de bovins vifs (hors veaux) sur une zone Nord de la France, quel que soit l'abattoir et la taille de la zone de chalandise considérés. L'offre alternative d'abattage dans cette zone étant limitée et les coûts ainsi que les délais de construction d'un abattoir très importants (estimés à plus de deux ans et à environ 40 millions d'euros), les risques de création d'une puissance d'achat à l'issue de l'opération plaçant les fournisseurs de bovins en situation de dépendance économique ne peuvent être écartés.* » Des engagements de cessions d'abattoirs ont permis de lever le risque identifié.

Exemple 2 : dans sa décision n° 16-DCC-208 du 9 décembre 2016, l'Autorité a constaté que la nouvelle entité détiendrait un monopole sur le marché de la collecte en vue de l'abattage des bovins sous l'AOC « Bœuf de Charolles » et serait donc en mesure de verrouiller l'accès aux intrants pour tout abattoir désireux d'obtenir la certification « Bœuf de Charolles ». Faute de concurrents présents sur la zone et en l'absence de toute concurrence potentielle susceptible de s'exercer sur la nouvelle entité, l'Autorité a considéré que l'opération était susceptible de générer un risque de dépendance économique des producteurs et des organisations de producteurs qui fournissent des bovins sous l'AOC « Bœuf de Charolles ». Afin de répondre à ce risque, les parties se sont engagées à ne pas imposer à leurs sociétaires de livrer ou de commercialiser à la nouvelle entité un volume minimum de bœufs sous AOC « Bœuf de Charolles ». Ce remède, qui permet l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché, conduit ainsi à réduire la puissance d'achat de la nouvelle entité.

714. En elle-même, la dépendance économique ne constitue cependant une atteinte à la concurrence que si elle a un effet sur la concurrence sur un marché et, finalement, sur le surplus du consommateur, et non simplement sur un ou plusieurs fournisseurs. L'objectif d'une autorité de concurrence n'est en effet pas de protéger une entreprise en tant que telle, qu'elle soit concurrente, cliente ou fournisseur. Or, le renforcement de la puissance d'achat a, en règle générale, tendance à s'exercer au bénéfice des consommateurs, dès lors qu'il n'affecte pas les structures des marchés amont et aval.

715. Mais, dans la mesure où elle peut diminuer les capacités financières ou les capacités d'innovation et de recherche de certaines entreprises, et les amener à terme à sortir d'un marché, le renforcement d'une dépendance vis-à-vis d'un (ou de plusieurs) opérateur(s) peut porter atteinte à la concurrence sur un marché. En particulier, lorsqu'elle a pour corollaire ou pour origine un accroissement du pouvoir de marché sur le marché aval, il est peu probable que la puissance d'achat accrue dont bénéficie la nouvelle entité puisse compenser la réduction de la concurrence constatée sur le marché aval. Elle peut même encore réduire l'intensité de la concurrence à l'aval.
716. Ces effets doivent être appréciés au cas par cas, en fonction des caractéristiques de chaque filière. De ce fait une application trop générale pourrait amener certains acheteurs ou utilisateurs de sous-traitance à renoncer *ex-ante* à certaines relations économiques, ce qui pourrait aussi générer des problèmes, en empêchant certaines petites entreprises d'accéder soit aux marchés amont de la grande distribution soit à la sous-traitance de grands fabricants.

6. LES EFFETS COORDONNÉS

a. La nature de ces effets

717. Une concentration peut modifier la nature de la concurrence sur un marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient beaucoup plus susceptibles de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, puissent le faire plus facilement. On parle alors d'effets coordonnés, création ou renforcement d'une position dominante collective ou d'un oligopole collusif, l'opération augmentant les incitations et la capacité des entreprises présentes sur le marché à maintenir tacitement un équilibre collusif. La coordination dont il s'agit ici est « tacite » et non « expresse », chaque entreprise étant supposée continuer à se comporter d'une manière indépendante, en fonction de ses intérêts propres.
718. De tels effets sont possibles lorsque, sur un marché oligopolistique ou sur un marché fortement concentré, une concentration a comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole concerné considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché, par exemple dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens des articles [L. 420-1](#) ou [101 du TFUE](#), et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective.

b. Les critères utilisés

719. Dans son [arrêt T-342/99 du 6 juin 2002](#), le TPICE a identifié trois conditions nécessaires aux fins d'appréciation des effets coordonnés lors d'une opération de concentration :

- « *En premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément, il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole dominant soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché, mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres.* » (condition de détection)
- « *En deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter. Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune. Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative.* » (condition de dissuasion)
- « *En troisième lieu, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune.* » (condition de non-contestation)

720. La CJCE a confirmé cette analyse dans son [arrêt C-413/06P du 10 juillet 2008](#), en soulignant de plus qu'une telle coordination n'était possible que si les entreprises étaient en mesure de comprendre l'objectif commun et les moyens d'y parvenir et en précisant le lien entre cette « condition de compréhension » et les trois conditions rappelées ci-dessus : « *La probabilité*

d'une telle coordination tacite est plus forte si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination, notamment des paramètres susceptibles de faire l'objet de la coordination envisagée. En effet, sans pouvoir arriver tacitement à une compréhension partagée des modalités de la coordination, les concurrents devraient éventuellement recourir à des pratiques prohibées par l'article 81 CE pour pouvoir adopter une ligne commune d'action sur le marché. En outre, compte tenu notamment de l'éventuelle tentation qui peut exister pour chaque participant à une coordination tacite d'en dévier afin d'augmenter son profit à court terme, il convient d'apprécier si une telle coordination est susceptible d'être durable. À cet égard, les entreprises qui coordonnent leur comportement doivent être capables de surveiller dans une mesure suffisante si les modalités de la coordination sont respectées. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre, notamment, à chaque entreprise concernée de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres participants à la coordination. De plus, la discipline impose qu'il existe une forme de mécanisme de dissuasion crédible qui puisse être mise en œuvre si un comportement déviant est détecté. En outre, les réactions d'entreprises qui ne participent pas à la coordination, telles que les concurrents actuels ou futurs, ainsi que les réactions des clients, ne devraient pas pouvoir remettre en cause les résultats attendus de la coordination. »

721. Cet arrêt ajoute également une mise en garde : « dans le cadre de l'application de tels critères, il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite ». Une approche cohérente des critères concernés peut être favorisée par l'identification d'un scénario de coordination tacite (ligne d'action commune portant sur des écarts de prix ou sur leur évolution, sur le niveau des capacités de production ou des parts de marché ou encore sur la répartition des types de clientèle, des zones géographiques ou des appels d'offres).
722. Dans une [décision du 31 juillet 2009](#), les trois critères dégagés par la jurisprudence européenne ont été repris par le Conseil d'État : « *considérant que les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché peuvent, en l'absence même de toute entente formelle, être implicitement coordonnés, de sorte que le pouvoir de ces opérateurs sur le marché s'en trouve accru, au détriment, notamment, des consommateurs ; que l'identification d'une telle position dominante collective suppose que, compte tenu des différents indices et éléments de preuve qui peuvent être relevés, il apparaisse que chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres, qu'il existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous et que les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite* ».

723. Dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité s'appuie sur cette grille d'analyse et tous les éléments susceptibles de l'éclairer sur les effets de la concentration sur le fonctionnement des marchés concernés.

La nécessité d'une compréhension commune du modèle de coordination

724. Il est d'autant plus raisonnable d'anticiper une coordination des comportements sur un marché, qu'il est simple pour les entreprises concernées de parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination. Pour cela, ces entreprises doivent partager une même vision s'agissant des stratégies qui peuvent être considérées comme conformes à la ligne de conduite commune, ainsi que de celles qui ne le sont pas. La probabilité de voir émerger une compréhension mutuelle est donc d'autant plus forte que le marché, ainsi que l'environnement dans lequel il s'inscrit, sont stables et peu complexes. Aussi, dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants :

- **le nombre d'opérateurs sur le marché** : il est plus simple de s'entendre sur les modalités d'une coordination lorsque les participants potentiels sont peu nombreux ;
- **la symétrie des entreprises** : une définition commune de la manière dont doit fonctionner la coordination est d'autant plus facile à obtenir que les entreprises concernées sont semblables. La symétrie peut exister notamment au niveau de la structure des coûts, des parts de marchés, des capacités de production ou du degré d'intégration verticale ;

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-71 du 4 juin 2014, l'Autorité a écarté le risque de coordination entre les opérateurs actifs sur le marché de la vente au détail de parfums et cosmétiques de luxe en constatant des différences dans les modèles d'organisation de leurs réseaux de distribution (magasins en propre et franchises pour la nouvelle entité, réseaux intégrés pour les deux principaux concurrents restants).

- **l'homogénéité du produit** : un accord de coordination sur les prix est plus aisé à mettre en place si celui-ci concerne des produits homogènes. Lorsqu'il existe une forte différenciation des produits, la coordination est rendue périlleuse par la dispersion des niveaux de prix qui en résulte ;

Exemple : dans sa décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018, l'Autorité a constaté que les sociétés Se Loger et Le Bon Coin présentaient des différences de positionnement importantes, qui les empêchaient de parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement d'une coordination anticoncurrentielle (notamment, en termes de différence de clientèle, de contenu

des offres commerciales, de nature des services complémentaires offerts et d'audience).

- **la stabilité de la demande** : de fortes fluctuations de la demande modifient constamment l'ampleur des incitations à la déviation et contraignent les entreprises à un ajustement permanent des modalités de la coordination. *A contrario*, une demande stable facilite l'émergence d'une ligne de conduite commune et pérenne ;

Exemple : dans sa décision n° 17-DCC-210 du 13 décembre 2017, l'Autorité a écarté le risque d'effets coordonnés sur les marchés de la collecte de céréales, oléagineux et protéagineux en raison de la forte volatilité du marché, qui empêche que les offres d'achat faites aux agriculteurs puissent être connues à l'avance.

- **l'importance de l'innovation** : l'innovation étant source d'instabilité, un marché sur lequel celle-ci est peu présente constitue un terrain favorable à l'émergence d'une vision commune s'agissant des conditions de coordination.

Exemple : dans sa décision [M.2111](#) du 27 octobre 2000, la Commission a constaté que l'important degré d'innovation technologique sur le marché de l'aluminium plat roulé utilisé dans l'industrie aéronautique contribuait à rendre peu probable l'apparition d'effets coordonnés.

725. La complexité ainsi que l'instabilité du cadre économique dans lequel prend place la coordination peuvent toutefois être surmontées par les entreprises concernées notamment grâce à :

- **l'existence de liens structurels** : de tels liens fédèrent les intérêts des entreprises et favorisent ainsi la convergence de leur vision respective quant aux modalités de coordination. Par ailleurs, ces liens facilitent l'échange d'informations ;

Exemple : dans sa décision [M.1673](#) du 13 juin 2000, la Commission a estimé que la présence de participations croisées pouvait favoriser l'adoption de comportements coordonnés.

- **l'existence de règles de tarification communes** : ces règles (qui peuvent par exemple prendre la forme de prix de référence) constituent un ensemble de points focaux qui facilitent l'adoption de stratégies coordonnées ;
- **l'accès aux données de marché** : les informations que peuvent obtenir et échanger les entreprises, notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, via par exemple les observatoires ou les associations professionnelles, favorisent l'émergence d'une ligne de conduite commune.

Exemple : dans sa décision [M.1383](#) du 29 septembre 1999 Exxon/Mobil, la Commission a considéré la publication des prix des carburants au départ des raffineries (par des organisations telle que Platt's) mais également à tous les autres stades de la chaîne de distribution jusqu'à la commercialisation « à la pompe » comme un facteur favorisant la coordination des entreprises.

La condition de détection

726. Afin que les entreprises puissent coordonner efficacement leurs comportements, elles doivent être en mesure de surveiller le fonctionnement du marché sur lequel elles sont actives. La transparence de ce dernier doit en effet être suffisante pour que chacune d'entre elles puisse, dans des délais utiles :

- observer la stratégie suivie par ses concurrents ;
- apprécier si un comportement imprévu constitue effectivement une violation de la ligne de conduite commune.

727. La transparence du marché s'apprécie par rapport au scénario de coordination identifié. Les éléments suivants peuvent notamment être pris en compte :

- **l'homogénéité des produits** : une variation dans la stratégie de prix suivie par une entreprise membre d'un oligopole collusif peut se justifier par le degré de différenciation des produits qu'elle distribue, par rapport aux autres membres de l'oligopole. Dès lors, il est plus difficile de détecter efficacement une éventuelle déviation. En revanche, en cas de forte différenciation, la violation de la ligne de conduite commune est moins profitable : l'entreprise déviante ne peut espérer gagner une part de marché très importante à moins de baisser considérablement ses prix ;
- **l'accès aux données de marché** : les informations à disposition des entreprises (notamment par l'intermédiaire des associations professionnelles), portant notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, facilitent la détection d'un comportement déviant ;

Exemple 1 : dans sa décision [M.2498](#) du 21 novembre 2001, la Commission a ainsi précisé que sur les marchés du papier journal et du papier pour magazines avec bois, les associations de professionnels, telles que la CEPIPRINT, contribuaient à la transparence des marchés précités.

Exemple 2 : dans sa décision n° 17-DCC-53 du 27 avril 2017, l'Autorité a écarté le risque de coordination sur le marché de la construction et de la commercialisation de camping-cars en relevant notamment que les prix de vente

n'étaient pas publics et résultaient de négociations bilatérales et confidentielles entre les constructeurs et leurs distributeurs, empêchant une surveillance des comportements tarifaires des entreprises susceptibles de se coordonner.

- **les liens structurels** : parce qu'ils facilitent les échanges informationnels (qui peuvent concerner, par exemple, les politiques tarifaires ou d'investissement), les liens structurels que peuvent partager les entreprises membres d'un oligopole améliorent la contrôlabilité, par chacune d'entre elles, de leurs comportements ;

Exemple : dans sa décision n° 07-D-13 du 6 avril 2007, le Conseil de la concurrence a souligné, lors de son analyse d'une possible position dominante collective, l'existence « *de liens ou facteurs de corrélation structurels* » et s'est interrogée sur la possibilité que ces liens soient de nature à « *réunir les entreprises ainsi liées autour d'une ligne d'action commune* ».

- **l'existence d'une clientèle réduite** : celle-ci peut constituer un vecteur de transmission d'informations d'un concurrent à l'autre ;
- **la dimension géographique du marché.**

Exemple : dans sa décision n° 14-DCC-71 du 4 juin 2014, l'Autorité a estimé que la dimension locale des marchés rendait peu probable une coordination tacite entre les opérateurs. En effet, la multiplicité des marchés complexifiait la surveillance d'une éventuelle coordination entre les principaux acteurs du marché, d'autant plus qu'ils n'étaient pas systématiquement présents dans toutes les zones, rendant plus complexe une tentative de coordination.

La condition de dissuasion

728. Pour qu'une coordination soit stable, les éventuelles déviations doivent être sévèrement punies. Les menaces de représailles en cas de comportement déviant doivent être crédibles (la déviation détectée, leur mise en œuvre ne doit faire aucun doute) et suffisamment importantes pour qu'il soit dans l'intérêt de chaque oligopoleur de se conformer à la ligne de conduite commune.
729. Quel que soit l'environnement dans lequel s'inscrit la coordination, l'existence d'un mécanisme punitif crédible est toujours garantie par le simple retour à l'équilibre concurrentiel. Dès lors, la question posée par la condition de dissuasion ne porte pas tant sur l'existence de représailles que sur leur puissance dissuasive. En effet, si dans certains cas la reprise de comportements concurrentiels constitue une menace suffisante, dans d'autres cas, des punitions plus sévères sont nécessaires pour assurer la stabilité de la coordination. La théorie économique a ainsi montré que des mesures punitives extrêmement fortes, entraînant pour les entreprises concernées des profits négatifs, appliquées sur une période de temps finie, qui sont donc plus

dissuasives que le simple retour à l'équilibre concurrentiel, pouvaient s'avérer crédibles.

730. L'étude des effets coordonnés s'intéresse donc aux différents éléments permettant d'apprécier le pouvoir dissuasif d'éventuelles représailles. Sont ainsi pris en compte notamment :

- **les capacités de production des entreprises** : une capacité de production excédentaire (ou dans certain cas, des stocks importants) confère aux entreprises membres d'un oligopole les moyens nécessaires à la mise en œuvre de punitions sévères et constitue, par conséquent, un puissant outil de dissuasion. Cependant, la présence de surcapacités de production peut témoigner d'une asymétrie susceptible de nuire à la stabilité de la coordination. En effet, l'entreprise disposant d'un excédent de capacité est incitée à dévier, ce qui sera d'autant plus profitable pour elle que les autres membres de l'oligopole, n'ayant pas une puissance productive comparable, auront des difficultés à la punir ;
- **l'existence de contacts multi-marchés** : lorsque les entreprises sont simultanément présentes sur plusieurs marchés, une déviation sur l'un d'entre eux peut entraîner des représailles sur d'autres. Dès lors, les contacts multi-marchés sont susceptibles d'augmenter la sévérité des punitions et avec elle la stabilité de la coordination tacite. Il convient cependant de souligner que dans le cas de contacts multiples, si un membre de l'oligopole peut dévier sur un marché, il peut également dévier sur l'ensemble des marchés, réalisant ainsi un profit instantané beaucoup plus important. Les contacts multi-marchés sont, par conséquent, également susceptibles d'accroître les incitations à la déviation au détriment de la coordination. La probabilité d'adoption d'une ligne de conduite commune qui découle de contacts multiples doit donc faire l'objet d'une appréciation au cas par cas ;

Exemple : dans ses décisions [M.2498](#) et [M.2499](#) du 21 novembre 2001, la Commission a estimé que les contacts multi marchés des parties pouvaient sensiblement améliorer la stabilité d'une coordination.

- **le délai dans lequel la dissuasion peut intervenir** : une punition est d'autant plus efficace qu'elle intervient rapidement après la déviation. À cet égard, un marché sur lequel les transactions sont peu nombreuses et espacées dans le temps présente une structure incitative particulièrement favorable aux comportements déviants, la punition ne prenant effet que très longtemps après. Un tel marché est donc peu favorable à l'adoption de stratégies communes.

La condition de non-contestation

731. Pour que la coordination soit profitable aux entreprises qui y prennent part, elle ne doit pas être perturbée par les autres acteurs présents, ou potentiellement présents, sur le marché. L'émergence ou le renforcement d'effets coordonnés dépend donc de l'efficacité avec laquelle la ligne de conduite commune peut être remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents. Ainsi, l'Autorité prend notamment en considération :

- **la concurrence actuelle** : la présence, après réalisation de la concentration, d'opérateurs de la frange concurrentielle (qualifiés de « francs-tireurs » ou « *mavericks* ») capables de modifier significativement la position des membres de l'oligopole peut nuire fortement à la stabilité de la coordination ;

Exemple 1 : dans sa décision n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010, l'Autorité a estimé que la présence de la RATP, nouvel entrant sur les marchés du transport hors Île-de-France, déstabiliserait une éventuelle coordination entre la société Keolis et la nouvelle entité.

Exemple 2 : dans sa décision n° 14-DCC-71 du 4 juin 2014, l'Autorité a constaté que la présence, sur le marché de la vente au détail de parfums et cosmétiques de luxe, d'opérateurs de plus petite taille que les trois principaux acteurs mais présents sur tout le territoire français, et d'opérateurs régionaux significatifs, était susceptible de perturber toute tentative de coordination tacite.

- **la concurrence potentielle** : des concurrents potentiels peuvent également déstabiliser la coordination. La capacité de ces francs-tireurs à entrer sur les marchés concernés est cependant conditionnée par le niveau des barrières à l'entrée ;
- **l'existence d'une puissance d'achat compensatrice** : des acheteurs suffisamment importants peuvent perturber la coordination des membres d'un oligopole en persuadant l'un d'entre eux de dévier. Les critères d'appréciation de la puissance d'achat sont les mêmes que s'agissant des effets non coordonnés.

Exemple : dans sa décision [M.1673](#) du 13 juin 2000, la Commission a ainsi indiqué que l'absence de puissance d'achat suffisamment importante était susceptible de favoriser l'émergence de comportements coordonnés.

c. L'analyse des effets coordonnés spécifiques aux concentrations verticales et conglomérales

732. Les [lignes directrices relatives aux concentrations non horizontales](#) soulignent que lorsque la Commission démontre qu'une telle opération peut entraîner un verrouillage des marchés, celui-ci peut se traduire par une réduction du nombre de concurrents susceptibles de créer des

conditions plus favorables à une coordination. Par ailleurs, l'intégration verticale peut modifier les conditions de transparence du marché et les incitations de la nouvelle entité et de ses concurrents. Elle peut aussi avoir un effet sur l'efficacité des mécanismes de surveillance et de représailles. Ces effets sont cependant ambigus.

733. Par exemple, un fournisseur non intégré est moins incité à baisser ses prix lorsqu'il fait face à des concurrents intégrés. En effet, les distributeurs intégrés continueront vraisemblablement à s'approvisionner en interne (au moins partiellement) même si un fournisseur non intégré propose des conditions plus avantageuses. Ainsi, une concentration verticale réduit les débouchés des fournisseurs non intégrés, ce qui diminue d'autant leurs profits de déviation, et, par voie de conséquence, leurs incitations à dévier. Cet effet de baisse des débouchés favorise la collusion tacite.
734. D'un autre côté, les entreprises intégrées réalisent généralement, dans les phases de punition, plus de profits que les entreprises non intégrées. En effet, même si, lors d'une telle phase, les prix sont très proches des coûts à l'un des niveaux de la chaîne verticale, une entreprise intégrée peut réaliser des profits positifs à l'autre niveau de la chaîne. Une telle entreprise est donc moins vulnérable aux punitions qu'une entreprise non intégrée. De ce point de vue, l'intégration verticale réduit les possibilités de collusion tacite.

d. L'analyse des effets coordonnés spécifiques à la création d'entreprises communes de plein exercice

735. Lorsque deux entreprises indépendantes créent une entreprise commune, les liens ainsi institués entre elles risquent de les inciter à coordonner leur comportement, non seulement au sein de l'entreprise commune, mais de façon plus large, sur l'ensemble des marchés sur lesquels sociétés-mères et filiales sont présentes, en renforçant les échanges d'informations entre elles ou en facilitant la compréhension d'objectifs communs.
736. Le contrôle des concentrations permet d'appréhender ces risques lorsque l'entreprise commune est de plein exercice. Lorsque ce n'est pas le cas, le comportement des entreprises est analysé au regard ressort de l'application des articles [L. 420-1](#) et [101 du TFUE](#).

Exemple 1 : dans sa lettre [C2006-45](#) du 10 août 2006, le ministre chargé de l'économie a vérifié, lorsque le groupe Banque Populaires et le groupe Caisse d'Épargne ont créé une filiale commune, Natixis, dans le secteur de la banque d'investissement et de financement, que cette opération ne risquait pas d'entraîner une coordination des comportements des deux groupes bancaires sur les marchés de la banque de détail et sur ceux de la banque commerciale, y compris au niveau local.

Exemple 2 : dans sa décision n°18-DCC-235 du 28 décembre 2018, l'Autorité a vérifié que les conditions de la création d'une entreprise commune entre Global Blue et Planet Payment

ayant pour but d'exploiter des agences proposant des services de remboursement de TVA dans les aéroports parisiens ne permettrait pas aux mères de priver leurs propres concurrents de l'accès aux services de remboursement de la TVA dans les aéroports ou bien de dégrader fortement le service qui leur serait fourni.

737. Les modalités d'analyse des effets sur la concurrence d'une concentration résultant de la création d'une entreprise commune par deux sociétés-mères ont été précisées par le Conseil de la concurrence, dans son avis [n° 07-A-09](#) du 2 août 2007. Le Conseil a rappelé qu'aucun test spécifique à cette analyse n'était prévu en droit national et que le test applicable était donc le test général de l'article [L. 430-6](#), visant à identifier les opérations de concentration « *de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* » et qui n'apportent pas « *au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ».
738. La situation dans laquelle la création d'une entreprise commune inciterait ses sociétés-mères à coordonner leurs comportements sur les marchés où elles sont simultanément actives pourrait conduire à constater que l'atteinte à la concurrence en résultant serait incompatible avec les dispositions de l'article [L. 430-6](#), quelle que soit la forme de cette coordination : expresse, au sens qui lui est donné dans le droit des ententes, ou tacite, dans l'acception retenue par la pratique décisionnelle relative à la position dominante collective. En effet, il ne peut être exclu *a priori* que la création d'une entreprise commune renforce les liens structurels entre ses maisons-mères qui seraient unies par une relation d'interdépendance leur permettant d'anticiper leurs comportements, d'aligner leurs stratégies et de faire converger leurs objectifs, sans pour autant qu'elles adoptent des comportements prohibés par le droit des ententes. Les caractéristiques structurelles des marchés qui sont de nature à favoriser une entente expresse recouvrent d'ailleurs en partie les critères permettant d'apprécier la vraisemblance de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. L'analyse de ce dernier risque implique toutefois que soit prise en compte la réaction des autres concurrents actifs sur le marché.
739. Une telle atteinte peut être envisagée si les sociétés-mères restent simultanément présentes sur les mêmes marchés ou sur des marchés verticalement reliés à ceux sur lesquels l'entreprise commune opère. Elle ne peut être exclue *a priori* lorsque les sociétés-mères sont simultanément présentes sur un marché distinct de celui sur leur filiale commune est ou sera active, le contact multi-marchés entre des entreprises étant également susceptible de faciliter la coordination de leurs comportements. Ce risque de coordination des sociétés-mères lié à la création d'une entreprise commune doit être distingué des effets non coordonnés d'une telle opération, liés au cumul d'activités au sein de l'entreprise commune elle-même et au cumul d'activités entre cette entreprise commune et chacune de ses sociétés-mères qui exercent sur elle une influence

déterminante.

740. Les risques de coordination entre sociétés-mères à l'occasion de la création d'une entreprise commune sont analysés au regard de trois critères cumulatifs :

- un lien de causalité doit exister entre la création de l'entreprise commune et l'apparition de risques de coordination de ses sociétés-mères ou son renforcement ;
- la coordination doit revêtir un certain degré de vraisemblance, c'est-à-dire qu'elle doit être possible et présenter un intérêt économique pour les sociétés-mères ;
- cette coordination doit avoir un effet sensible sur la concurrence.

Le lien de causalité

741. Le lien causal peut être établi si l'activité de l'entreprise commune revêt une importance essentielle pour les marchés sur lequel ses sociétés-mères sont actives. Cependant, il ne peut être exclu que, dans certains cas, d'autres facteurs puissent être à l'origine d'une interdépendance accrue entre les sociétés-mères.

Exemple : dans sa lettre [C2006-45](#) du 10 août 2006, le ministre chargé de l'économie a considéré que la création de la société NatIxis était de nature à créer les conditions d'une coordination entre ses sociétés mères sur certains marchés. L'analyse a souligné le fait que les produits de la société NatIxis étaient un facteur de production essentiel dans l'activité des sociétés-mères sur plusieurs de leurs marchés. Mais le ministre a aussi relevé que « *concernant l'organisation générale de l'entité composée de NatIxis et de ses sociétés mères, il ressort de l'instruction que les réseaux interviendront généralement comme apporteurs d'affaires pour les produits et services bancaires dont la production sera centralisée au niveau de NatIxis. À ce titre, leur rémunération prendra la forme de commissions. Par conséquent, le fait que les deux réseaux partagent la même plate-forme de production et se voient proposer les mêmes modes de rémunération pour les affaires apportées à NatIxis peut être de nature à faire converger leurs comportements sur le marché.* »

Les conditions de vraisemblance et d'effet sensible sur la concurrence

742. Les critères de vraisemblance et d'effet sensible sur la concurrence sont étroitement liés : la coordination des comportements concurrentiels sera d'autant plus vraisemblable qu'elle sera rentable et donc qu'elle aura un effet sensible sur les marchés. Leur appréciation repose sur une analyse du fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels les sociétés-mères sont en concurrence et sur lesquels elles pourraient coordonner leurs comportements.

743. La coordination des sociétés-mères d'une entreprise commune sera d'autant plus vraisemblable si elles peuvent facilement parvenir à une appréciation commune des modalités de

fonctionnement de la coordination et si l'existence de l'entreprise commune leur permet aisément de se surveiller mutuellement. Son effet sera d'autant plus sensible que les sociétés-mères occupent des positions fortes sur les marchés concernés et que la ligne de conduite commune ne peut être efficacement remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents.

744. Ces critères rejoignent ceux utilisés pour apprécier la probabilité de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. Dans une [décision du 27 juin 2007](#), Métropole Télévision – TF1 et AB, le Conseil d'État a confirmé ce raisonnement :

« Sur les risques de coordination entre les sociétés TF1 et AB

Considérant que s'il appartenait au ministre d'examiner, dans le cadre de la procédure prévue par les articles L. 430-1 et suivants du code de commerce, si l'opération conjointe de rachat de la société TMC qui lui était soumise était de nature à faire naître un risque de coordination des comportements des sociétés-mères sur les marchés concernés, il ressort des pièces du dossier qu'à la date à laquelle le ministre a pris la décision attaquée et compte tenu, d'une part de la concurrence très vive existant sur les marchés de l'exploitation et de la commercialisation des chaînes thématiques et de l'achat des droits de diffusion, d'autre part des engagements pris par les sociétés TF1 et AB en ce qui concerne la publicité télévisée, l'opération considérée n'était pas par elle-même de nature à créer ou renforcer une position dominante collective de ces sociétés ; que, si le comportement des deux sociétés fait ultérieurement apparaître de tels risques, il appartiendra aux autorités de concurrence de mettre en œuvre, le cas échéant, les procédures adéquates » (soulignements ajoutés).

745. L'examen porte, en premier lieu, sur les parts de marché des sociétés-mères, les risques d'atteinte à la concurrence pouvant, dans de nombreux cas, être écartés en raison de la faiblesse de la position des sociétés mères. Les risques d'atteinte à la concurrence ne peuvent toutefois pas être écartés *a priori* sur un marché donné au motif que les sociétés-mères (ou l'une d'entre elles seulement) ont des parts de marché faibles ou nulles, dès lors que les sociétés-mères ont des projets de pénétrer ce marché.
746. Si les positions des sociétés-mères ne sont pas suffisamment faibles pour que le risque d'atteinte à la concurrence par coordination de leur comportement puisse être écarté, l'Autorité prend en compte, dans son analyse, tous les éléments de fait et de droit susceptibles de déterminer si la coordination des sociétés-mères est vraisemblable et aura un effet sensible sur la concurrence. En particulier, l'Autorité peut tenir compte de la symétrie des parts de marché des sociétés-mères, de l'homogénéité de leurs produits, de la stabilité de la demande, du rythme d'innovation dans le secteur, de l'existence de règles de tarification commune ou encore de la possibilité pour chaque société-mère d'accéder à des informations concernant l'autre société-mère, notamment du fait de la création ou du renforcement de l'entreprise commune. De plus,

l'Autorité apprécie si la pression des concurrents actuels ou potentiels sur les sociétés-mères et la puissance d'achat de ses clients sont susceptibles d'empêcher que la coordination soit vraisemblable ou qu'elle ait un effet sensible.

7. LES CONTRIBUTIONS AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE

a. L'objectif

747. L'article [L. 430-6](#) précise que, en phase d'examen approfondi, l'Autorité « *apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ». L'Autorité apprécie, en particulier, si les gains d'efficacité économique de la concentration peuvent accroître l'incitation de la nouvelle entité à adopter un comportement favorable à la concurrence.
748. Il incombe alors aux parties de construire un argumentaire étayé et quantifié démontrant que les gains d'efficacité économique de l'opération sont susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels et de fournir tous les éléments de preuve utiles pour soutenir cette démonstration. À titre indicatif, la Commission indique dans ses [Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises](#) que « *les éléments de preuve utiles pour l'appréciation des gains d'efficacité comprennent notamment les documents internes que les dirigeants des entreprises ont utilisés pour prendre la décision de lancer une telle opération, les déclarations de la direction aux propriétaires et aux marchés financiers concernant les gains d'efficacité escomptés, des exemples de gains d'efficacité et d'avantages pour les consommateurs générés par le passé, ainsi que les études réalisées par des experts extérieurs avant l'opération de concentration et portant sur le type et l'ampleur des gains d'efficacité et sur l'importance des avantages que les consommateurs sont susceptibles d'en retirer.* »⁷⁴
749. Au-delà de la description précise des gains d'efficacité économique attendus, les parties doivent s'attacher à démontrer dans quelle mesure les critères d'appréciation de ces gains, présentés ci-après, sont remplis. Les développements consacrés par les entreprises aux gains d'efficacité apportés par une concentration sont généralement très limités alors qu'elles sont les seules à maîtriser l'ensemble des éléments nécessaires à leur évaluation et qu'il y a de bonnes raisons de penser que certaines opérations de concentrations peuvent générer des gains d'efficacité susceptibles de profiter aux consommateurs. Il y a donc un intérêt à engager des discussions sur les gains d'efficacité avec l'Autorité très en amont et non pas après l'identification d'un risque d'atteinte à la concurrence et a fortiori après le passage en phase d'examen approfondi.

⁷⁴ Paragraphe 88.

b. Les critères utilisés

750. La jurisprudence du Conseil d'État et la pratique décisionnelle de l'Autorité permettent de dégager trois critères applicables à la prise en compte des gains d'efficacité économique :
- ces gains doivent être quantifiables et vérifiables ;
 - ils doivent être spécifiques à la concentration ;
 - une part de ces gains doit être transférée aux consommateurs.
751. Ce troisième critère exclut les avantages ne bénéficiant qu'aux parties, comme l'a indiqué le Conseil d'État, dans une [décision du 9 avril 1999](#) : « *si le développement de la société Pernod-Ricard serait susceptible d'être favorisé grâce aux disponibilités financières dégagées par l'opération de cession envisagée, un tel développement ne constitue pas en tant que tel, et n'apporte pas à lui seul, une contribution au progrès économique et social de nature à compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée* ». Le Conseil d'État a précisé dans cette [même décision](#) « *qu'une telle compensation ne peut davantage être regardée comme constituée par le produit fiscal susceptible d'être encaissé par le Trésor public si l'opération se réalise ou par les investissements dont la réalisation serait rendue possible dans cette hypothèse.* »
752. Pour apprécier dans quelle mesure les gains d'efficacité économiques répondant aux trois critères ci-dessus contrebalancent les effets anticoncurrentiels d'une concentration, l'Autorité tient notamment compte de leur ampleur comparativement à l'importance des effets anticoncurrentiels identifiés et de la vitesse à laquelle ces gains sont susceptibles de se réaliser.
753. En ce qui concerne l'ampleur des gains d'efficacité économique, la Commission rappelle dans ses [lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales](#) que « *l'incitation de la nouvelle entité issue de l'opération à répercuter les gains d'efficacité sur les consommateurs est souvent liée à l'existence de pressions concurrentielles exercées par les autres entreprises présentes sur le marché et par les concurrents potentiels. Plus les effets négatifs potentiels sur la concurrence sont importants, plus la Commission doit s'assurer que les gains d'efficacité allégués sont élevés, que leur matérialisation est probable et qu'ils seront répercutés suffisamment sur les consommateurs. Il est hautement improbable qu'une opération qui débouche sur une position proche du monopole, ou sur un niveau de pouvoir de marché comparable, puisse être déclarée compatible avec le marché commun au motif que les gains d'efficacité suffiraient à contrebalancer ses effets anticoncurrentiels potentiels.* » Ainsi, à plusieurs reprises, l'Autorité a considéré que, compte tenu de la structure du marché post-concentration et de la faible sensibilité des acheteurs aux prix, il était peu probable que la nouvelle entité soit incitée à transférer aux consommateurs tout ou partie des gains d'efficacité susceptibles de résulter de l'opération.

Exemple : dans sa décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, l’Autorité a considéré qu’aucun élément ne permettait de présumer que les économies de coûts attendues par l’opération seraient répercutées aux consommateurs, compte tenu de la stabilité des prix pratiqués par l’enseigne Fnac au cours des trois dernières années, ceux-ci étant, en moyenne, alignés sur ceux des acteurs spécialisés dans la vente en ligne.

754. En ce qui concerne la vitesse de réalisation des gains attendus, la Commission rappelle dans ses [lignes directrices sur l’appréciation des concentrations horizontales](#) que « *d’une manière générale, plus les gains d’efficacité projetés seront éloignés dans le temps, moins la Commission pourra leur accorder de poids. Cela signifie que, pour être considérés comme un facteur de contrepoids, les gains d’efficacité doivent intervenir en temps utile.* »
755. Cette évaluation peut se faire dans le cadre de la construction de scénarios prospectifs, tenant compte à la fois des effets anticoncurrentiels et pro-concurrentiels de la concentration.

c. Exemples de contributions au progrès économique

756. L’Autorité est susceptible de prendre en compte dans son analyse toutes les contributions au progrès économique, répondant aux critères ci-dessus, dès l’instant où elles sont démontrées par les parties. Sont illustrées, ci-dessous, les contributions les plus souvent invoquées par les parties.

Les gains de coût

757. De nombreuses concentrations conduisent à la réalisation, au sein de la nouvelle entité, de gains de coût, qu’il s’agisse de gains par effet d’échelle ou de gains de productivité. Il appartient alors aux parties de démontrer que les gains de coût envisagés répondent aux critères ci-dessus, en particulier qu’ils seront transférés, au moins en partie, à la collectivité dans son ensemble ou aux consommateurs, sous forme de baisse de prix, d’amélioration de la qualité de l’offre ou d’enrichissement du choix proposé au consommateur.

Exemple 1 : dans la décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013, l’Autorité a considéré que la simple mise en commun, entre les parties, d’un savoir-faire particulier détenu avant l’opération par une seule d’entre elles ne suffisait pas à établir l’existence d’un gain de coût spécifiquement lié à la concentration. En effet, l’acquisition de ce savoir-faire spécifique pouvait être faite autrement, par exemple par une réorganisation de la structure des coûts de production et de la logistique des entreprises concernées.

Exemple 2 : dans sa lettre [C2005-18](#) du 28 octobre 2005, le ministre a relevé, en revanche, qu’« *au plan économique, il ressort des éléments du dossier que l’opération va entraîner des économies de coûts substantielles. Ces économies résulteront de la mutualisation des informations par nature indifférenciées, de la mise en commun des régies publicitaires, des*

réseaux de distribution et des prestations de pré- presse et du transfert de l'impression de Presse Océan sur l'outil industriel de Ouest-France. » Le transfert aux consommateurs des gains réalisés résultait du fait que, comme l'avait indiqué le Conseil de la concurrence dans son avis [n° 05-A-18](#) du 11 octobre 2005, « les économies réalisées apparaissent de nature à replacer les trois titres acquis dans une situation durablement viable ». En effet, « la nouvelle entité a économiquement tout intérêt à amortir les coûts fixes de son activité sur un volume maximum de ventes. En outre, compte tenu du fort attachement des lecteurs de PQR [presse quotidienne régionale] à leur titre de prédilection, le groupe Ouest-France tirera avantage à poursuivre l'édition des titres acquis. Cette double incitation est donc de nature à garantir à tout le moins le maintien du tirage actuel. Il s'ensuit que les annonceurs locaux et les particuliers continueront d'avoir accès à plusieurs supports différenciés largement diffusés. La distribution du titre Presse Océan, qui est irrégulière aujourd'hui en raison de sa situation financière très fragile, sera également pérennisée et rationalisée. Les annonceurs locaux et les particuliers profiteront donc de cette nouvelle régularité dans la diffusion du journal. Enfin, les annonceurs des titres du pôle Ouest bénéficieront d'une amélioration de la qualité des journaux (augmentation du nombre de pages couleurs), et de l'élargissement de l'audience (possibilité de consulter les petites annonces sur Internet ; rationalisation de la distribution des titres, mettant fin aux incertitudes actuelles quant à la livraison des titres de PQR le matin dans certains départements). L'ensemble de ces éléments, participant à l'amélioration de la qualité des titres de la nouvelle entité, accroissent l'attractivité de ces derniers. Ainsi, sur les marchés de la publicité et des petites annonces, cette attractivité est en mesure de compenser, pour les annonceurs locaux et les particuliers, une éventuelle augmentation des prix des espaces publicitaires. »

Exemple 3 : dans sa lettre [C2002-21](#) du 20 janvier 2003, le ministre a considéré que le transfert à la collectivité des gains de coût espérés liés à la fusion entre deux opérateurs actifs sur le marché de la distribution de médicaments n'avait pas été démontré par les parties. En l'espèce, compte tenu de la prédominance des coûts fixes dans l'économie du secteur, de la faible incitation qu'auraient les parties à répercuter des gains éventuels à leurs clients compte tenu du caractère oligopolistique du marché et de sa faible pression concurrentielle, de la faible élasticité prix de la demande finale et des contraintes réglementaires sur les prix finaux, le ministre a considéré que des gains d'efficacité éventuels ne seraient pas transférés aux consommateurs.

758. Il convient de noter, comme l'illustre notamment l'exemple 3 ci-dessus, qu'il est plus probable que les gains d'efficacité conduisant à des réductions des coûts variables ou marginaux entraînent une baisse des prix à la consommation que les réductions de coûts fixes, le rapport entre les coûts fixes et les prix à la consommation étant habituellement moins direct, au moins à court terme. Néanmoins, et comme le montre l'exemple 2 ci-dessus, il est possible de prendre

en compte l'effet de l'opération sur les coûts fixes même s'il est moins aisé de démontrer que ces gains de coûts fixes seront répercutés sur les consommateurs.

L'enrichissement et l'amélioration de la qualité des produits et services offerts aux consommateurs

759. Il s'agit d'une autre source de contribution au progrès économique susceptible d'être retenue dans le bilan d'une concentration, en particulier si elle produit des effets congloméraux.

Exemple 1 : dans sa décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010, l'Autorité n'a en revanche pas retenu les gains d'efficacité mis en avant par les parties, liés à la possibilité de diffuser sur les chaînes TMC et NT1 des programmes qui ne pouvaient être valorisés sur la chaîne TF1 parce qu'ils n'étaient pas susceptibles d'atteindre des scores d'audience suffisants pour la chaîne historique. Ils n'ont pas été jugés suffisants pour compenser les effets de l'opération sur la concurrence, d'une part, parce que leur redistribution aux annonceurs sur les marchés de la publicité était peu compatible avec les objectifs de restauration des marges du groupe TF1 présentés comme l'un des objectifs majeurs de l'opération, et d'autre part, parce qu'il n'était pas démontré que l'opération était le seul moyen pour valoriser les droits de diffusion concernés.

Les retombées économiques pour la collectivité

760. Ces retombées peuvent prendre de nombreuses formes, que l'Autorité apprécie en fonction des spécificités des marchés concernés.

Exemple 1 : dans sa lettre [C2007-14](#) du 13 novembre 2007, le ministre a pris en compte les retombées économiques pour la collectivité que pouvait permettre le rapprochement des sites de foires et salons des parties : « *il paraît bien établi que les activités de foires, salons et congrès créent des externalités positives pour les marchés géographiques où elles se tiennent, ce qui explique d'ailleurs pourquoi les collectivités locales potentiellement bénéficiaires acceptent assez souvent de contribuer à l'effort d'investissement pour la création ou la modernisation des sites.* »

Exemple 2 : dans son avis [n° 02-A-04](#) du 11 avril 2002, le Conseil a noté qu'« une mutualisation accrue des pylônes cédés contribue au développement des marchés de la téléphonie mobile, et notamment à l'ouverture du marché de l'UMTS, en réduisant les besoins en investissement de chacun des opérateurs concernés », qu'« *un partage des sites et des éléments passifs permettrait de réaliser, en moyenne, une économie de 20 à 30 % sur les coûts d'investissements du réseau* » et que « *la mutualisation [pouvait] donc être considérée comme un objectif d'intérêt général* ». Toutefois, le Conseil de la concurrence a considéré que cette mutualisation ne pouvait être acceptée du point de vue du droit de la concurrence que si elle s'exerçait de manière complète, transparente et non discriminatoire.

L'amélioration des capacités d'innovation et le renforcement des moyens de recherche et développement (ci-après « R&D »)

Exemple : dans son avis [n° 05-A-01](#) du 7 janvier 2005, le Conseil de la concurrence a écarté l'argument présenté par les parties. Selon elles, l'opération permettrait de dégager des ressources financières pour la R&D, le développement de l'homéopathie contribuerait à la réduction du déficit de la sécurité sociale, les progrès scientifiques attendus des investissements de R&D profiteraient aux consommateurs et contribueraient à la promotion de l'homéopathie en général, et donc, à l'entité fusionnée aussi bien qu'à ses concurrents actuels et potentiels. Le Conseil de la concurrence a considéré que l'augmentation des moyens financiers consacrés à la R&D était effectivement *« de nature à accroître la probabilité d'obtention de résultats, et ce faisant la probabilité de transmission des gains aux consommateurs »*, même si, par nature, la contribution au progrès économique des investissements de R&D est toujours difficile à évaluer compte-tenu des aléas inhérents à la recherche. Par ailleurs, les enseignements de la littérature économique démontrent que la concentration des marchés et l'innovation ne vont pas toujours de pair. Ainsi, les entreprises les plus innovantes ne sont pas forcément celles qui interviennent dans les marchés les plus concentrés, ni même les entreprises les plus importantes. Aussi, le simple fait que les parties soient actives dans des secteurs dans lesquels les investissements en R&D sont parfois très importants ne pouvait suffire à démontrer que la concentration est susceptible d'engendrer des gains d'efficacité importants qui permettraient de compenser les effets anticoncurrentiels potentiels qui auraient pu être identifiés par l'Autorité.

L'amélioration de la compétitivité internationale

761. L'amélioration de la compétitivité internationale de la nouvelle entité peut aussi constituer une contribution au progrès économique si elle est susceptible de bénéficier aux consommateurs français. Dans une [décision du 6 octobre 2000](#), Pernod-Ricard – Coca-Cola Company, le Conseil d'État a précisé : *« la société requérante fait état des perspectives de développement qui seraient ouvertes à la marque « Orangina » à l'étranger grâce à l'opération projetée, des possibilités de développement qu'offrirait au groupe Pernod-Ricard le produit de la cession de ses actifs relatifs aux boissons « Orangina » et des effets bénéfiques de cette cession pour la collectivité ; que, toutefois, dès lors que cette cession des actifs relatifs aux boissons « Orangina » pour ce qui concerne les activités internationales n'est pas interdite, le développement à l'étranger de cette marque, qui au demeurant ne bénéficierait que de manière limitée à l'économie française, peut être assuré sans que soient cédés les actifs concernant le marché national. »*

*Les gains d'efficacité économique spécifiques aux concentrations verticales et
conglomérales*

762. Les concentrations verticales, en permettant une meilleure articulation des décisions prises entre fournisseurs et distributeurs, peuvent générer des gains d'efficacité qui leur sont spécifiques. En effet, les relations entre fournisseurs et distributeurs peuvent être sujettes à des externalités que l'intégration permet d'internaliser. En particulier, lorsqu'un fournisseur choisit son prix de gros, il tient compte de sa propre marge (marge de gros), mais ne prend pas en compte celle du ou des distributeur(s) non intégrés (marge de détail). En choisissant un prix de gros plus élevé, le fabricant réduit, toutes choses égales par ailleurs, la marge de détail des distributeurs, exerçant ainsi sur eux une externalité négative. L'addition des deux marges, de gros et de détail, conduit à des prix plus élevés que ceux que choisirait la structure intégrée. Cette dernière prend en effet en compte la marge totale, somme des marges de gros et de détail, ce que ne fait pas le fournisseur non intégré. L'intégration verticale permet donc de supprimer l'inefficacité de double marginalisation, ce qui, dans certains cas, peut profiter aux consommateurs.
763. De la même façon, une entreprise intégrée est *a priori* plus encline à investir en amont dans des dépenses dont les bénéfices sont surtout attendus en aval, par exemple à adopter des designs, des processus de production ou des présentations qui favorisent les économies de coût de distribution. Symétriquement, les branches aval sont plus fortement incitées à assurer la promotion des produits.

Exemple : dans son avis [n° 04-A-08](#) du 18 mai 2004, le Conseil de la concurrence a examiné les gains d'efficacité que l'intégration entre un brasseur et un distributeur de boissons est susceptible de générer. Selon la société Kronenbourg, une telle intégration permettrait de supprimer la double marginalisation mais également de mieux coordonner les efforts du brasseur et du distributeur en ce qui concerne la qualité et la promotion des produits vendus. Néanmoins dans ce cas, le Conseil de la concurrence a constaté que les relations tarifaires entre le brasseur et les entrepreneurs présentaient certaines spécificités qui ne favorisaient pas la suppression de la double marge et que, de ce fait, les gains d'efficacité allégués ne pouvaient être attendus de la concentration.

764. Dans les concentrations conglomérales, des économies de gamme sont généralement attendues et les consommateurs peuvent directement bénéficier du regroupement de leurs achats auprès d'un seul interlocuteur (« *one-stop shopping* »).

8. L'EXCEPTION DE L'ENTREPRISE DÉFAILLANTE

765. Dans le cas particulier de la reprise par un concurrent d'une entreprise, qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée, l'Autorité peut envisager d'autoriser l'opération, même si elle porte atteinte à la concurrence. La pratique décisionnelle de l'Autorité s'inspire à cet égard de la jurisprudence de la CJCE depuis un [arrêt du 31 mars 1998](#), qui considère qu'en cas de reprise, par un concurrent, d'une entreprise en difficulté, l'opération peut être autorisée sans être assortie de remèdes, lorsqu'il apparaît que les effets de la concentration ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté.
766. Les trois critères cumulatifs définis par la CJCE dans [cet arrêt](#) ont été repris par le Conseil d'État, dans une [décision du 6 février 2004](#). Il peut ainsi être considéré que les effets d'une concentration ne seraient pas plus dommageables pour la concurrence que la disparition de l'entreprise en difficulté lorsque :
- ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise ;
 - il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise ;
 - la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.
767. La charge de la preuve de ces trois conditions cumulatives repose sur les parties. En outre, la réunion de ces trois conditions est appréciée strictement.
768. Le Conseil d'État a, dans [cette décision](#), précisé ces critères d'application : *« s'agissant de la reprise, par un concurrent, d'une société en difficulté, [le ministre] doit autoriser l'opération sans l'assortir de prescriptions lorsqu'il apparaît au terme de ce bilan que les effets de cette opération sur la concurrence ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté, c'est-à-dire s'il est établi, en premier lieu, que ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise et, en troisième lieu, que la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée ».*
769. Les trois critères doivent s'analyser selon un enchaînement logique, et visent, *in fine*, à établir que la dégradation de la situation concurrentielle se serait produite même en l'absence de la concentration.
770. L'argument de l'entreprise défailante a fait l'objet d'un examen dans un nombre restreint de décisions, qui permettent d'illustrer la manière dont les trois critères énoncés par le Conseil

d'État sont susceptibles d'être analysés.

a. La disparition rapide de la société en l'absence de reprise

771. Il s'agit, pour l'Autorité, de vérifier que l'entreprise n'était pas en mesure de poursuivre son activité en l'absence de reprise par un tiers. La satisfaction de ce critère s'appuie généralement sur le fait que les sociétés cibles étaient en situation de cessation de paiement et avaient fait l'objet d'une procédure collective devant un tribunal de commerce. En l'absence de procédure collective, l'Autorité peut être conduite à apprécier si la défaillance est « radicale » (de simples difficultés ne mettant pas en jeu la continuité de l'exploitation ne seraient pas suffisantes), avérée et se manifesterait à brève échéance.

b. L'absence d'offres de reprise moins dommageables pour la concurrence

772. Ce critère permet d'établir qu'aucune autre offre moins dommageable pour la concurrence n'aurait permis d'assurer la continuité de l'activité de l'entreprise cible. Afin d'être retenue par l'Autorité, l'offre présentée doit :

- être crédible ;
- porter sur l'ensemble du périmètre repris ou sur une partie substantielle de ce périmètre ; et
- être moins dommageable pour la concurrence que celle des parties.

773. Il convient tout d'abord de vérifier que le processus de cession garantit une certaine publicité afin que les acteurs du marché aient pu faire part de leur intérêt pour la reprise. Les procédures encadrées par le tribunal de commerce permettent en général de présumer un niveau suffisant de publicité.

774. Ensuite, si, lorsqu'elle apprécie l'existence d'offres alternatives, l'Autorité peut s'appuyer sur les recherches de repreneurs réalisées par les parties prenantes au processus de cession (notamment les conciliateurs ou les tribunaux de commerce), elle n'est pas tenue par les conclusions de ces procédures. En effet, l'Autorité analyse de manière autonome et au cas par cas les procédures, pour estimer si un ou plusieurs repreneurs alternatifs crédibles se sont manifestés, puisque l'appréciation qu'elle porte sur le processus de reprise repose sur des critères concurrentiels, qui peuvent être distincts de ceux retenus par les autres parties prenantes à la procédure de cession.

775. Enfin, l'Autorité ne prend pas uniquement en compte les offres équivalentes. Elle peut également prendre en compte une offre moins-disante, dès lors que celle-ci porte sur l'ensemble du périmètre repris ou sur une partie substantielle de celui-ci.

Exemple 1 : dans son avis [n° 05-A-01](#) du 7 janvier 2005, le Conseil de la concurrence a considéré que ce deuxième critère n'était pas rempli : « *en l'absence de procédure collective, avec appel public à repreneur, il appartient aux parties de démontrer, par tous moyens, qu'il n'existait pas d'autre alternative d'achat des laboratoires Dolisos* ». Les éléments fournis par les parties se sont en effet avérés insuffisants pour démontrer la satisfaction de cette condition. De plus, une société étrangère avait déclaré son intérêt à pénétrer le marché français, la société Dolisos constituant une cible d'acquisition possible. Enfin, il existait de nombreux concurrents étrangers susceptibles d'être intéressés par cette acquisition, même s'ils ne s'étaient pas déclarés au moment de l'instruction.

Exemple 2 : dans sa décision n° 18-DCC-95 du 14 juin 2018, l'Autorité a également considéré qu'il existait une offre alternative crédible à celle de la partie notifiante des parties, moins dommageable pour la concurrence. Après une analyse fine de l'intégralité du processus de reprise, y compris de la période antérieure à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, l'Autorité a pris en compte tous les repreneurs qui s'étaient manifestés, dès lors qu'ils avaient émis une intention sérieuse d'acquérir la cible quand bien même leur offre n'avait, *in fine*, pas été déposée au tribunal de commerce. Dans le cadre de ce dossier, l'Autorité a également vérifié que les offres alternatives étaient effectivement moins dommageables que celle de la partie notifiante, en réalisant une analyse concurrentielle *prima facie* de ces offres afin de les comparer à celle de la société Cofigeo.

c. La neutralité pour les consommateurs

776. Ce dernier critère vise à s'assurer que la disparition de l'entreprise cible (dans sa configuration antérieure à l'opération) n'est pas moins dommageable pour le consommateur que l'opération notifiée. Il repose donc sur l'analyse des scénarios contrefactuels crédibles en cas de non-réalisation de la concentration. Son analyse nécessite d'identifier ces scénarios et leur crédibilité, avant d'analyser leurs effets sur la structure concurrentielle des marchés concernés. En particulier, des offres qui ont été écartées au titre du deuxième critère, en raison de leur manque de crédibilité ou de leur caractère partiel, peuvent être prises en compte au stade de ce troisième critère. L'Autorité peut également être conduite à apprécier les effets de la sortie du marché de certains actifs de l'entreprise cible. En particulier, elle peut être amenée à rechercher si le renforcement de la position du repreneur n'aurait pas découlé de la simple absorption des parts de marché de l'entreprise cible une fois celle-ci sortie du marché. Ainsi que la CJUE l'a souligné dans un [arrêt du 31 mars 1998](#) : « *l'introduction de ce critère vise à assurer que l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du marché ne peut être exclue qu'au cas où la détérioration de la structure concurrentielle, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération.* »

Exemple : dans son avis [n° 02-A-15](#) du 23 décembre 2002, le Conseil de la concurrence a examiné différents scénarios prospectifs pour déterminer si la reprise de la société ORP par la société ASD était moins dommageable que sa disparition pour la concurrence et les consommateurs. Les scénarios établis ont pris en compte la possible création d'une position dominante collective, que la société ORP disparaisse ou soit rachetée, les stratégies non coordonnées que la société ASD pouvait envisager, le fait que la concentration créait une asymétrie dans l'oligopole susceptible de le déstabiliser, le fait que les concurrents de la nouvelle entité étaient cependant à même de recréer la symétrie en élargissant leurs offres, et les risques d'éviction des acteurs de la frange concurrentielle. Il est ressorti de cette analyse que la disparition de la société ORP « *serait aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par ASD* ». En conséquence, le troisième critère a été considéré comme rempli.

777. Dans une [décision du 6 février 2004](#), le Conseil d'État a considéré en revanche que le troisième critère n'était pas rempli. Il a en effet considéré qu'« *en estimant qu'une éventuelle acquisition des marques détenues par la société Moulinex, sans reprise des actifs industriels, ne modifiait pas l'analyse, le ministre a méconnu les possibilités offertes par une telle acquisition à un opérateur désireux de pénétrer le marché français du petit électroménager, sur lequel, d'après le ministre lui-même, la principale barrière à l'entrée était constituée par les marques* ». Ainsi, un scénario éventuellement moins dommageable pour la concurrence, et plus favorable aux consommateurs que la reprise projetée pouvait être envisagé.

9. LES RESTRICTIONS ACCESSOIRES

778. Le [règlement 139/2004](#) dispose que toute décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun « *est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration* ». Dans sa [communication relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration](#), la Commission précise : « *Une opération de concentration comprend des arrangements contractuels et des accords établissant un contrôle au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement CE sur les concentrations. Tous les accords qui exécutent l'objet principal de la concentration, tels que ceux relatifs à la vente d'actions ou d'actifs d'une entreprise, font partie intégrante de la concentration. Outre ces arrangements et ces accords, les parties à la concentration peuvent conclure d'autres accords qui ne font pas partie intégrante de la concentration mais qui peuvent limiter la liberté d'action des parties sur le marché. Si ces accords comportent des restrictions accessoires, celles-ci sont automatiquement couvertes par la décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun.* » Dans la mesure où les restrictions sont directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, le [règlement 139/2004](#) est

applicable. En revanche, pour les restrictions qui ne peuvent être considérées directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, les articles [101](#) et [102](#) du TFUE restent potentiellement applicables.

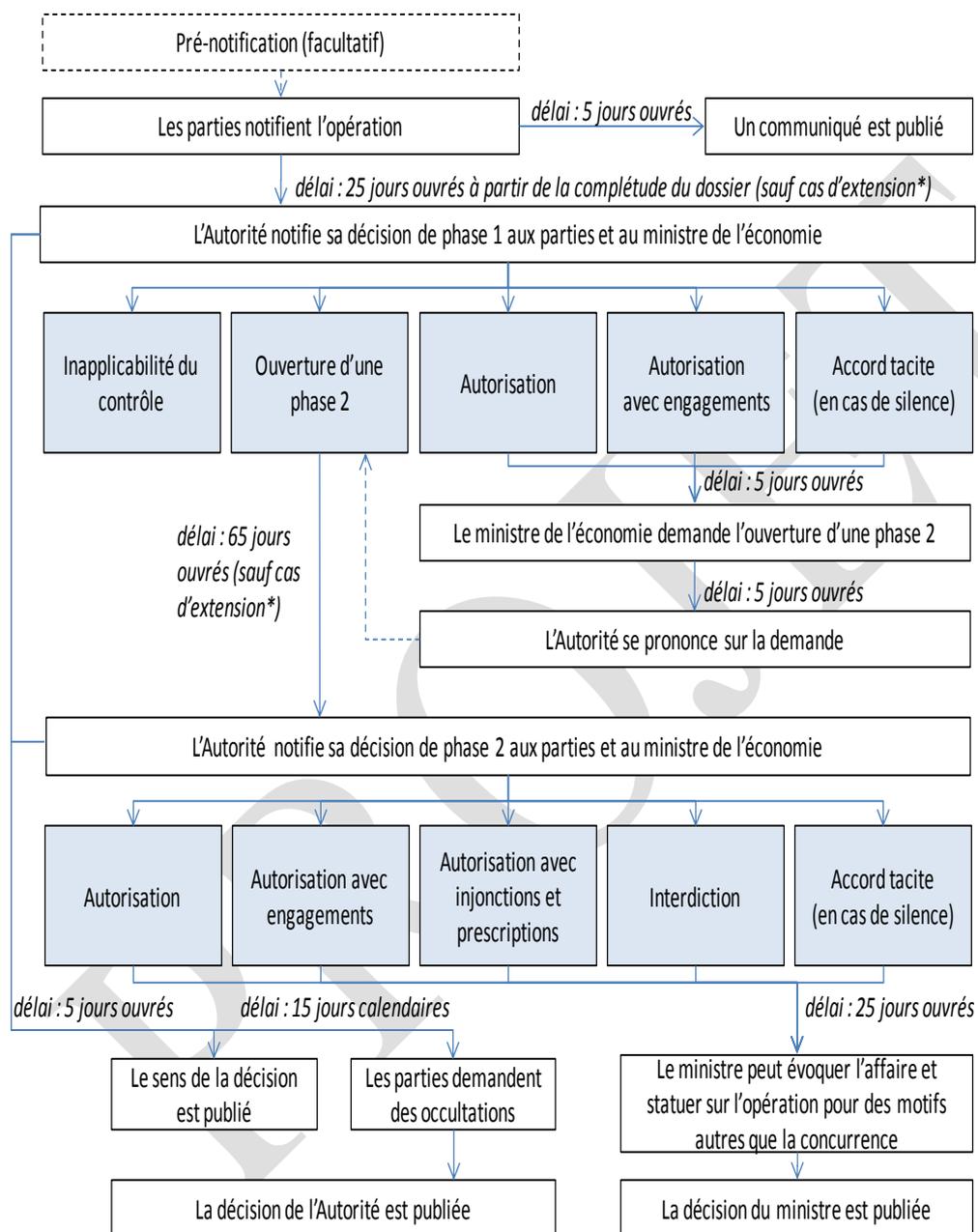
779. Ce règlement ne s'applique qu'aux concentrations relevant du contrôle européen : il ne vise pas celles soumises au droit national. Néanmoins, la réunion au sein d'une même autorité, des compétences relatives, d'une part, à l'application du droit européen et national des pratiques anticoncurrentielles et, d'autre part, du contrôle des concentrations permet à l'Autorité d'effectuer un examen de telles restrictions dans le cadre des autorisations rendues en application des articles [L. 430-5](#) ou [L. 430-7](#).
780. Les parties n'ont pas l'obligation de porter l'existence d'une restriction accessoire à la connaissance de l'Autorité. Néanmoins, elles peuvent avoir intérêt à attirer son attention sur l'existence d'une restriction dont la compatibilité avec le droit de la concurrence peut susciter des doutes, eu égard à sa forme, à sa portée ou à sa combinaison avec d'autres, ou encore au regard du contexte concurrentiel des marchés concernés.
781. Lorsque de telles restrictions sont portées à sa connaissance, et qu'il y a lieu de les examiner, l'Autorité apprécie elle-même si elles sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération, sans être liée par la position des parties. Des restrictions sont considérées comme directement liées et nécessaires parce qu'en leur absence, la concentration ne pourrait pas être réalisée ou sa viabilité serait remise en cause. Dans la mesure où les restrictions de concurrence excéderaient ce qui est directement lié et nécessaire, la mise en œuvre par le rapporteur général des dispositions du III de l'article [L. 462-5](#), qui lui permettent de proposer à l'Autorité de se saisir d'office des pratiques anticoncurrentielles mentionnées à l'article [L. 420-1](#), pourrait être envisagée, faute pour les parties de renoncer à ces restrictions.

Exemple : dans sa décision n° 15-DCC-53 du 15 mai 2015, l'Autorité s'est prononcée sur la qualification de restriction accessoire de plusieurs contrats conclus entre la société UGI, l'acheteur, et la société Total, le vendeur. S'agissant du contrat de référencement de bouteilles de GPL et de revente au détail de GPL, contenant des clauses d'exclusivité sans aucune indication de quantité, l'Autorité a considéré que ces accords ne constituaient pas des restrictions directement liées et accessoires. En effet, l'Autorité a considéré qu'une telle clause générale, sur une quantité indéterminée, n'était pas strictement nécessaire à la réalisation de l'opération. En revanche, le contrat de mise à disposition de capacité de stockage de butane portait sur une quantité précise. L'Autorité a donc estimé qu'il était lié à l'opération et nécessaire puisqu'il permettait au vendeur de continuer à alimenter l'une de ces usines. En conséquence, elle l'a couvert au titre des restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, dès lors qu'il n'était pas renouvelé au-delà de cinq ans.

PROJET

IV. Annexes

A. CALENDRIER DE LA PROCÉDURE DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS



* En phase 1, le délai est prolongé à 40 jours ouvrés lorsque des engagements sont déposés. Les parties peuvent aussi demander une prolongation dans la limite de 15 jours ouvrés. En phase 2, les délais sont prolongés de 20 jours ouvrés en cas de dépôt d'engagements moins de 20 jours avant le délai initialement prévu; les parties peuvent demander une prolongation (jusqu'à 20 jours); l'Autorité peut arrêter les délais lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées

B. L'ANALYSE DES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION

782. L'introduction par la LME de seuils de contrôlabilité spécifiques au commerce de détail⁷⁵ entraîne un accroissement du nombre de notifications qui mettent en cause des questions spécifiques aux réseaux de distribution. En particulier, plusieurs grands réseaux, qu'il s'agisse de la grande distribution alimentaire ou spécialisée, ont opté pour un mode d'organisation liant contractuellement des « adhérents du réseau » (concessionnaires, franchisés, coopérateurs, etc...) à une « tête de réseau » (qui peut être un concédant, un franchiseur ou une coopérative de commerçants par exemple).
783. L'application du droit commun des concentrations aux relations existant au sein d'un tel réseau de distribution invite à s'intéresser à différentes questions (nature du contrôle, calcul du chiffre d'affaires, évaluation du pouvoir de marché, etc.). La présente annexe a donc pour objet de clarifier ces questions.

1. RÉSEAUX DE DISTRIBUTION ET INFLUENCE DÉTERMINANTE

a. Les contrats de distribution, contrats de franchise ou contrats d'enseigne

784. La seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce, que dans des cas très particuliers. La communication consolidée de la Commission rappelle à ce sujet que « *afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels).* »⁷⁶. Ainsi, s'agissant de magasins indépendants exploités dans le cadre d'un contrat d'enseigne, la conclusion initiale de ces contrats, à elle seule, ne constitue généralement pas une opération de concentration. Il en est de même *a priori* lorsque ces magasins s'affilient à un autre réseau et changent d'enseigne⁷⁷.
785. La Commission a affirmé ce principe s'agissant plus particulièrement des contrats de

⁷⁵ II de l'article L. 430-2 du code de commerce.

⁷⁶ Paragraphe 18 de la communication consolidée de la Commission.

⁷⁷ Lettre 09-DCC-23 du 23 juillet 2009 relative au changement d'enseigne de points de vente sous enseigne Vêti vers l'enseigne Kiabi : « *Au cas d'espèce, les contrats de commission affiliation prévoient que les sociétés d'exploitation concernées seront libres de définir leur stratégie commerciale et notamment de fixer leurs tarifs, AFFIPART ayant cependant la possibilité d'indiquer à ces dernières un prix maximum conseillé. Par ailleurs, les sociétés d'exploitation assumeront les risques financiers et commerciaux liés à leur activité et devront ainsi supporter, notamment, le coût des invendus. KIABI, via AFFIPART, n'exercera donc pas d'influence déterminante sur les sociétés d'exploitation concernées.* »

franchise : « les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur »⁷⁸. Dans sa décision M. 940 UBS/Mister Minit du 9 juillet 1997, la Commission a estimé que les dispositions « typiques » (obligation pour le franchisé de respecter les normes de commercialisation du franchiseur, préservation des droits de propriété intellectuelle du franchiseur, etc.) d'un accord de franchise n'étaient pas de nature à conférer une influence déterminante du franchiseur sur son franchisé, dans la mesure où ce dernier continuait de supporter les risques commerciaux inhérents à son activité (gestion du stock et de l'approvisionnement, fixation des prix).

786. D'autres éléments de droit ou de fait, pris conjointement avec les divers contrats de franchise, d'adhésion, d'enseigne ou de panneau sont cependant susceptibles de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité examine tous les éléments qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale que dans les possibilités de changer de réseau, et détermine si ils sont suffisants pour conférer à la « tête de réseau » une influence déterminante sur l'entreprise de son « adhérent »⁷⁹. Elle considère notamment que les critères suivants, sans constituer une liste exhaustive, permettent d'inférer l'absence d'autonomie des membres d'un réseau : la possibilité de la tête de réseau de fixer des prix maximum à ses adhérents impactant la liberté de l'adhérent de fixer ses prix de manière indépendante (i), les obligations d'approvisionnement des adhérents auprès du groupement pour une part importante de leurs achats (ii), l'obligation de respecter des clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du groupement en cas de cession de leur magasin en dehors du périmètre familial (iii), l'obligation de participer à un certain nombre d'opérations promotionnelles par an, durant lesquelles les adhérents doivent mettre en vente les produits au prix indiqué sur les documents publicitaires (iv), l'obligation de référencer plus de 50 % des lignes de produits de la tête de réseau (v), et la durée plus ou moins longue des contrats (vi)⁸⁰.

787. La possibilité, pour la tête de réseau, d'exercer une influence déterminante sur ses adhérents explique que, lorsqu'un même opérateur exploite, sous franchise, deux magasins sous enseignes différentes, il soit en mesure de mettre en œuvre une politique commerciale différente dans ses deux points de vente, dictée par la tête de réseau. L'Autorité peut donc considérer, *in fine*, que cet opérateur est en mesure d'entretenir une relation concurrentielle entre ses différents

⁷⁸ Paragraphe 19 de la Communication consolidée de la Commission.

⁷⁹ Voir par exemple la décision France Telecom / CET du 4 janvier 2008 sur les accords de distribution exclusive joints à des relations de prêteurs et à la conclusion de baux commerciaux.

⁸⁰ Voir, par exemple, les décisions n° 15-DCC-115 du 18 septembre 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Audika Groupe et de ses filiales par le groupe William Demant, n° 13-DCC-115, n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS, n° 14-DCC-179 du 27 novembre 2014 relative à la prise de contrôle d'Omer Telecom Limited par Numericable Group dans laquelle l'Autorité a appliqué cette grille d'analyse pour les distributeurs monomarchés SFR non-intégrés, les boutiques de La Poste et les boutiques Virgin Mobile.

magasins ce qu'elle prend en compte dans son analyse concurrentielle. Une telle situation a par exemple été constatée par l'Autorité dans la décision n° 14-DCC-173 du 21 novembre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Dia France SAS par la société Carrefour France SAS.

b. Les prises de participation et les statuts des sociétés d'exploitation

788. La tête du réseau de distribution peut notamment prendre une participation au capital de la société d'exploitation du point de vente de l'adhérent. Combinées aux dispositions des contrats d'enseigne, ces participations peuvent conférer à la tête de réseau une influence déterminante même si elles restent très minoritaires. De façon plus exceptionnelle, la tête de réseau peut, par la combinaison d'un système de gouvernance de ces sociétés d'exploitation très dérogoire et des dispositions du contrat d'enseigne, détenir sur ces sociétés une influence déterminante sans aucune participation au capital.
789. En effet, si les droits conférés aux actionnaires minoritaires ont généralement pour objectif de protéger leurs intérêts financiers en tant qu'investisseurs et ne suffisent *a priori* pas à conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur l'adhérent, dans certains réseaux de distribution, les sociétés d'exploitation sont tenues d'adopter des statuts-types spécifiques. L'Autorité apprécie dans ce cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent.
790. Par exemple, si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, ils permettent à la tête du réseau de distribution d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau. L'Autorité considère alors que cette participation minoritaire, jointe au contrat de distribution, confère à la tête de réseau une influence déterminante⁸¹. Il en est de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent *de facto* l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De telles dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voir même de la détention d'une seule action de préférence⁸².
791. Dans un autre cas de figure, l'Autorité a constaté que les statuts-types des sociétés d'exploitation prévoient que ces sociétés comptent, parmi leurs associés, les membres d'un « conseil de parrainage », titulaires du contrat d'enseigne, et confèrent dans la plupart des cas à

⁸¹ Voir par exemple la décision de l'Autorité n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009, ITM/Evolis.

⁸² Voir la décision de l'autorité n° 09-DCC-064 du 17 novembre 2009 : « ITM détenait une seule action de préférence de la société Mikery exploitant un point de vente à l'enseigne Intermarché mais les statuts de l'entreprise avaient été modifiés et conféraient à ITM Entreprises, pendant une durée de [supérieure à 10 ans], la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fond de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fond de commerce similaire sous une enseigne concurrente ; un droit de préférence en cas de cession du fond de commerce à un prix calculé selon une formule prédéterminée. Enfin, après [supérieur à 10 ans], si ITM Entreprises n'a plus la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne ou de s'opposer à toute mutation d'actions, ITM Entreprises conservait un droit de préférence sur toute vente de titres pendant 5 années supplémentaires. »

ce conseil de parrainage un pouvoir de nomination et de révocation du président de la société. Les statuts-types prévoient aussi qu'un associé peut être exclu par un vote à la majorité des trois quarts du nombre d'associés. La perte du droit d'usage de l'enseigne est un motif de révocation du président et d'exclusion de l'associé. En cas d'exclusion, l'associé exclu est tenu de céder ses actions aux autres associés. Le président de la société, même détenant une très large majorité du capital, peut être exclu en application de cette disposition. L'Autorité a considéré que ces statuts-types, associés aux dispositions du contrat d'enseigne, permettent à la tête de réseau d'exercer une influence déterminante sur les sociétés d'exploitation car celle-ci dispose ainsi à la fois du pouvoir d'accorder et de retirer le droit d'usage de l'enseigne et de déterminer les termes du contrat d'enseigne qui définit la stratégie du réseau et encadre la politique commerciale des adhérents⁸³.

c. Prise de contrôle exclusif et prise de contrôle conjointe

792. En fonction des prérogatives sur la gestion de l'entreprise éventuellement conférées par les statuts à l'actionnaire minoritaire et des stipulations du contrat d'enseigne, le contrôle exercé par la tête de réseau sur l'adhérent peut être conjoint, les deux devant nécessairement s'entendre sur la politique commerciale du ou des points de vente, ou exclusif, la tête de réseau détenant seule la possibilité de déterminer cette politique.
793. Lorsque la tête de réseau exerce déjà un contrôle conjoint sur l'adhérent, constitue également une concentration l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif de l'adhérent. Confrontée à ce type d'opération lors de la prise de contrôle exclusif des sociétés Zormat, Les Chaînes et Puech Eco par la société Carrefour Supermarchés France (décision n° 18-DCC-65), l'Autorité a considéré que l'opération notifiée était susceptible de créer un problème de concurrence potentielle inter-marque puisqu'elle empêchait l'exploitant du fonds de commerce acquis par la société Carrefour Supermarchés France de changer d'enseigne et d'exploiter le magasin sous une enseigne concurrente, une fois le contrat d'enseigne arrivé à échéance.

d. Les opérations transitoires

794. Certaines prises de contrôle par la tête de réseau de sociétés exploitant des magasins de commerce de détail affiliés au réseau sont faites à titre transitoire, la tête de réseau prévoyant, à plus ou moins courte échéance, de céder tout ou partie du contrôle acquis à un repreneur indépendant. Deux cas de figure sont alors envisageables :
- lorsque ce repreneur est connu, que des actes juridiques contraignants ont été signés

⁸³ Voir la décision n° 12-DCC-125 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle conjoint de 28 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire par l'Union des Coopérateurs d'Alsace et l'Association des Centres Distributeurs E.Leclerc. Cette décision n'est pas définitive car elle a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat.

entre le repreneur et la tête de réseau et que la revente doit intervenir à courte échéance (moins d'un an), alors les deux opérations, celle par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif et celle par laquelle elle cède tout ou partie de ce contrôle à un tiers, peuvent être considérées comme une opération unique. Dans ce cas, les deux opérations peuvent être notifiées conjointement à l'Autorité. La première opération à caractère transitoire est dans ce cas considérée comme n'ayant pas d'effets sur la structure de la concurrence, seuls les effets de la deuxième opération faisant alors l'objet d'une analyse concurrentielle ;

- dans les autres cas, l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif du ou des points de vente doit être notifiée de façon isolée à l'Autorité qui en appréciera les effets sur la structure concurrentielle du marché.

2. LE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES

795. Le chiffre d'affaires d'une tête de réseau (franchiseur, concédant, coopérative etc.) comprend les ventes de ses succursales, les ventes à ses adhérents indépendants afin de les approvisionner et la rémunération versée par les adhérents indépendants pour toutes les prestations de services fournies par la tête de réseau. Ces services, rémunérés par une redevance ou d'autres dispositifs, peuvent prendre plusieurs formes : savoir-faire, marque, assistance, études de marché et d'assortiments, actions de formation, séminaires, etc.
796. En revanche, le chiffre d'affaires de la tête de réseau ne comprend pas les ventes au public réalisées par les adhérents indépendants dans la mesure où la tête de réseau ne dispose pas du droit de gérer les affaires de l'adhérent au sens de l'article 5 du règlement communautaire (CE) n°139/2004 auquel renvoie explicitement l'article L. 430-2 du code de commerce. Ce point a été établi dans la décision M940 UBS/Mister Minit précitée.

3. L'APPRÉCIATION DU POUVOIR DE MARCHÉ

797. Les notions d'influence déterminante et de pouvoir de marché ne se recouvrent pas. De ce fait, même si la tête de réseau ne contrôle pas le magasin d'un adhérent (franchisés, concessionnaires, adhérents coopérateurs, etc.), les ventes de ce dernier pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre pour les besoins de l'analyse concurrentielle⁸⁴, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau.

⁸⁴ Décisions M. 1221 Rewe/Meinl et M. 1684 Carrefour /Promodes ; Avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-06 et lettre du ministre C2000-03, Carrefour Promodes.

798. L'Autorité examine au cas par cas s'il convient de considérer que, sur une même zone de chalandise, les magasins contrôlés par la tête de réseau, d'une part, et ceux exploités sous la même enseigne, mais que la tête de réseau ne contrôle pas, d'autre part, sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle les uns sur les autres.
799. Une telle analyse a, par exemple, été menée par l'Autorité dans l'affaire Mr Bricolage/société Passerelle et confirmée par le Conseil d'Etat⁸⁵, qui a relevé que l'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution, aux fins de procéder à l'analyse des effets concurrentiels d'une opération de concentration réalisée entre deux réseaux de distribution, est distincte de l'appréciation de l'existence d'une influence déterminante, aux fins d'identifier une opération de concentration, et exige la prise en compte de tous les magasins adhérents des réseaux, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome. Le Conseil d'Etat a estimé que l'Autorité n'avait pas commis une erreur de droit en procédant à une analyse concrète des contrats propres aux deux réseaux en cause en l'espèce et en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique du franchiseur en matière de communication publicitaire, la participation à des campagnes promotionnelles, l'exclusivité d'approvisionnement auprès de fournisseurs référencés par le franchiseur pour une partie des achats, l'interdiction de modifier un point de vente sans l'autorisation du franchiseur, la possibilité, pour le franchiseur, de fixer un prix maximum, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits du franchiseur ou encore l'existence de clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du franchiseur en cas de cession d'un magasin franchisé.

4. LE CONTENU DU DOSSIER DE NOTIFICATION ET LA PROCÉDURE SIMPLIFIÉE

800. Le contenu du dossier de notification est allégé pour les opérations qui ne soulèvent a priori pas de problèmes de concurrence :
- pour les opérations qui ne soulèvent aucune question de concurrence, l'absence de marchés affectés conduit à une notification simplifiée, la partie la plus exigeante en termes d'informations requises étant de très loin la description détaillée des marchés affectés.
 - les entreprises peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun, de préférence en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Ils peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux

⁸⁵ Décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par Mr Bricolage de la société Passerelle et décision du Conseil d'Etat du 23 décembre 2010 n°337533.

informations spécifiques à l'opération.

- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 du code de commerce mais non du I du même article⁸⁶, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omis.

801. Enfin, un dossier simplifié peut également être déposé dans les cas suivants :

- lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexe⁸⁷ ; un dossier simplifié ne sera cependant accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés ; il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition ;
- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 mais non du I du même article⁸⁸ et qu'elle n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concerné.

802. Pour ces opérations, dont il est supposé a priori qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du code de commerce :

- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos ;
- au point 2e, ne pas fournir « *la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens* » ;
- au point 3, se borner à donner la liste des activités des parties.

803. En revanche, les éléments suivants (dans le tronc commun ou, en cas de modification de ces éléments, dans chaque dossier de notification) sont indispensables pour permettre un examen rapide et complet du dossier :

- une étude détaillée des zones de chalandise affectées par l'opération. Cette étude doit être accompagnée d'une carte sur laquelle figurent la localisation et l'enseigne de chacun des magasins concurrents mais également des magasins liés

⁸⁶ Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

⁸⁷ L'acquéreur peut être un fonds d'investissement.

⁸⁸ Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

(indépendants ou succursales) au réseau de distribution concerné par l'opération ;

- copie des contrats de distribution (de franchise, de concession, d'adhésion à une coopérative etc.) ;
- copie des statuts et du règlement intérieur de la tête du réseau de distribution (franchiseur, concédant, coopérative etc.) ;
- nom des adhérents sortis du réseau de distribution et raison de leur sortie sur les trois années précédant la date de l'opération notifiée.

804. Les opérations pour lesquelles un dossier de notification simplifié peut être déposé font l'objet d'un examen selon une procédure simplifiée. La décision simplifiée est en principe notifiée aux parties dans un délai de 15 jours ouvrés.

PROJET

C. L'ANALYSE LOCALE DANS LES CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DU COMMERCE DE DÉTAIL

805. Les opérations de concentration dans le secteur du commerce de détail constituent une partie significative de l'activité de l'Autorité de la concurrence. L'expérience qu'elle a acquise dans ce domaine lui a permis d'élaborer une méthodologie pour analyser les effets de ce type d'opération au niveau local.
806. Sans préjudice des éventuelles modifications à venir de la pratique décisionnelle résultant d'une modification du fonctionnement du marché, la présente annexe a vocation à présenter les grandes lignes de cette méthodologie, à date, afin de faciliter la notification de ce type d'opération par les opérateurs concernés. Il convient par ailleurs de noter que l'Autorité peut être amenée à adapter sa pratique afin de prendre en compte les spécificités propres à chaque dossier.
807. La méthodologie décrite ci-dessous doit être reproduite pour chacun des points de vente concernés par l'opération et être adaptée au secteur d'activité de l'entreprise cible.

1ère étape : délimitation de la zone locale concernée par l'opération

808. La zone locale analysée est centrée sur le point de vente cible. Autour de ce point de vente, est délimitée une zone, dite « isochrone », dont la taille varie selon le secteur concerné et la nature du point de vente. Cette zone est le plus souvent calculée en distance (mètre ou kilomètre) ou en temps de déplacement en voiture⁸⁹.

Exemple 1 : pour le commerce de détail à dominante alimentaire, en dehors de Paris, l'Autorité apprécie les effets de l'opération de la façon suivante :

- un premier marché où se rencontrent la demande des consommateurs d'une zone et l'offre des hypermarchés auxquels ils ont accès en moins de 30 minutes de déplacement en voiture et qui sont, de leur point de vue, substituables entre eux, et
- un second marché où se rencontrent la demande de consommateurs et l'offre des supermarchés et formes de commerce équivalentes situés à moins de 15 minutes de temps de déplacement en voiture. Ces dernières formes de commerce peuvent comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés situés à proximité des consommateurs et les magasins discompteurs.

⁸⁹ Lorsque les zones retenues sont calculées à partir d'un temps de parcours en voiture, celui-ci doit être calculé sans trafic et sans utilisation des routes à péage.

L'Autorité considère que l'analyse concurrentielle ne porte que sur le second marché lorsque le magasin cible est un supermarché, le premier marché n'étant pris en compte que lorsque le magasin cible est un hypermarché.

Exemple 2 : pour le commerce de détail à dominante alimentaire, à Paris, l'Autorité retient des zones de 300 mètres autour du point de vente cible pour les surfaces inférieures à 400 m² et de 500 mètres autour du point de vente cible pour les magasins dont la surface est supérieure à 500 m².

Exemple 3 : pour le commerce de détail à dominante alimentaire, en proche banlieue parisienne, l'Autorité retient des zones de 10 minutes en voiture autour du point de vente cible.

Exemple 4 : pour la distribution de véhicules automobiles, l'Autorité retient des zones de 45 minutes en voiture autour du point de vente cible pour les véhicules à destination des particuliers et de 60 minutes pour les véhicules automobiles particuliers neufs destinés à une clientèle des professionnels.

Exemple 5 : pour la vente au détail de produits de décoration et de bazar, l'Autorité retient des zones locales de :

- 20 minutes de trajet en voiture autour du point de vente cible en province
- 1 à 2 km autour du point de vente cible à Paris intra-muros
- 20, 30 et 45 minutes de trajet en voiture autour du point de vente cible dans les DROM

Exemple 6 : pour la vente au détail de produits électrodomestiques, l'Autorité retient des zones locales de :

- 30 minutes de trajet en voiture autour du point de vente cible en province, en dehors des grandes villes
- 20 minutes de trajet en voiture autour du point de vente cible en province, en région parisienne et dans les grandes villes
- 3 km autour du point de vente cible à Paris intra-muros

Exemple 7 : pour la vente d'articles de jardinage, d'animalerie, de bricolage et d'aménagement intérieur, l'Autorité retient des zones locales de 20 minutes en voiture autour du point de vente.

2e étape : identification des opérateurs actifs dans la zone

809. Une fois la zone « isochrone » délimitée, il appartient à la partie notificante d'identifier l'ensemble des points de vente exerçant une pression concurrentielle sur la cible situés dans

cette zone, en s'appuyant sur la pratique décisionnelle propre à chaque secteur. À cette occasion, la notification distingue :

- les points de vente de la zone situés dans la zone appartenant à la cible ;
- les points de vente appartenant à l'acquéreur ;
- les points de vente situés dans la zone appartenant aux concurrents – l'identité de ces derniers doit être précisément identifiée.

810. Afin de permettre à l'Autorité de contrôler ces deux premières étapes, la partie notifiante lui remet la liste exhaustive des concurrents identifiés dans la zone analysée, accompagnée des données suffisantes pour permettre de les localiser (adresses précises ou, si besoin, coordonnées GPS).

3e étape : analyse de la situation concurrentielle dans la zone concernée

811. Ces deux premières étapes permettent de calculer la part de marché de la nouvelle entité dans la zone identifiée : pour cela, la partie notifiante ajoute la part de marché du magasin cible – centre de zone – à celles des autres points de vente détenus par la cible et par l'acquéreur. La partie notifiante calcule également la part de marché des autres opérateurs actifs dans la zone.

812. À ce jour, ces parts de marché sont, en général, calculées à partir de la surface des points de vente concernés, à l'exception du secteur automobile pour lequel les parts de marché sont calculées en nombre de concession.

813. Une fois ces parts de marché calculées, l'Autorité peut, dans certains cas (notamment le commerce de détail avec changement d'enseigne), avoir recours à des filtres destinés à classer les zones en différentes catégories.

814. Ces différents filtres sont adaptés pour tenir compte des spécificités propres à certains secteurs ou à certains dossiers.

4e étape : analyse qualitative affinée pour les zones les plus problématiques

815. Lorsqu'à l'issue de l'analyse présentée ci-dessus, la part de marché de la nouvelle entité dans la zone concernée est supérieure à 50 %, ou lorsqu'elle l'estime nécessaire compte tenu des spécificités du cas de l'espèce, l'Autorité procède à une analyse plus qualitative de la situation concurrentielle sur la zone considérée.

816. Cette seconde étape lui permet de prendre en compte les spécificités locales de la zone concernée. Ainsi, la présence de concurrents locaux significatifs susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la cible est de nature à contraindre la nouvelle entité. L'Autorité vérifie également la proximité géographique entre les différents magasins de la cible et de l'acquéreur pour apprécier l'ampleur de la réduction de la concurrence liée à l'opération. Enfin, l'Autorité peut intégrer dans son analyse des magasins situés en bordure de zone, lorsque ceux-

ci, sans être présents dans la zone « isochrone » préalablement identifiée, sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la nouvelle entité.

817. À cette occasion, l'Autorité prend également en compte la concurrence potentielle qui est susceptible de s'exercer sur la nouvelle entité. Elle peut par exemple intégrer dans son analyse l'entrée de nouveaux opérateurs ou l'agrandissement de certains opérateurs existants, lorsque ces événements sont certains. Les décisions des commissions départementales d'aménagement du territoire, toujours valables et purgées de tout recours, constituent à cet égard un indice important de nature à établir le renforcement de la concurrence dans la zone concernée ou, le cas échéant, le renforcement de la position de la nouvelle entité.

Cas particulier : les empreintes réelles

818. Lorsque la partie notificante dispose des informations suffisantes, l'Autorité peut également procéder à l'analyse des effets d'une opération de concentration dans le commerce de détail en s'appuyant non pas sur des zones « isochrones » mais sur des « empreintes réelles ». L'empreinte réelle constitue la zone de chalandise réelle du magasin cible, puisqu'elle représente la zone géographique dans laquelle résident les clients à l'origine de 80 % des ventes du magasin ou, à défaut, celle où résident 80 % de ses clients. Elle permet d'obtenir une photographie précise des clients qui fréquentent habituellement le magasin et, par construction, d'une zone de chalandise.

819. Lorsque les empreintes réelles des magasins cibles sont communiquées par la partie notificante dans le dossier de notification, l'Autorité peut les utiliser en remplacement des zones isochrones.

820. L'Autorité ne retient de tels éléments que si elle estime qu'ils sont suffisamment fiables pour fonder son analyse concurrentielle. En particulier, l'empreinte réelle peut être influencée, à dessein, par la partie notificante avant la notification de l'opération (par exemple, en orientant ses efforts publicitaires dans une zone donnée). L'Autorité peut donc refuser des données si elles estiment qu'elles ne correspondent pas à la réalité du marché concerné.

D. LA PRISE EN COMPTE DES VENTES EN LIGNE

821. Lorsqu'elle analyse les effets d'une opération de concentration dans le secteur de la distribution au détail, l'Autorité envisage la nécessité d'une segmentation du marché selon le canal de distribution, notamment entre les ventes à distance et les ventes en points de vente physiques.
822. Traditionnellement, l'Autorité considérait que les ventes en magasin physiques et les ventes en ligne appartiennent à deux segments distincts. Toutefois, au cours des dernières années, elle a fait évoluer sa pratique à plusieurs reprises en intégrant les ventes en ligne et les ventes en magasin physiques au sein d'un unique marché de la distribution au détail, à l'issue d'une analyse des spécificités propres à la demande des produits concernés. Il s'agit notamment des décisions n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac pour les produits électro-domestiques, n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez pour les jouets et n° 19-DCC-132 du 16 juillet 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Nature & Découvertes par le groupe Fnac Darty.
823. Dans ces décisions, l'Autorité a identifié différents indices qu'elle est susceptible de prendre en compte pour apprécier l'existence d'une substituabilité entre les ventes en ligne et les ventes en magasin physique. Sans que la liste suivante ne revête un caractère limitatif ou exhaustif, sont notamment pris en compte les éléments suivants :
- Le taux de pénétration des ventes en ligne : l'Autorité apprécie s'il est « important et pérenne ». Par exemple, dans la décision n° 19-DCC-65 précitée, l'Autorité a constaté que les ventes de jouet en ligne ont représenté, en 2017, 19,2 % des ventes totales de jouets et que « la part des dépenses réalisées en ligne dans l'achat de jouets en France est en moyenne de 36 % par consommateur interrogé ». Dans la décision n° 16-DCC-111, l'Autorité a constaté que « les ventes en ligne de produits électroniques constituent à tout le moins entre 20 et 30 % des ventes totales de ces produits » ;
 - L'organisation interne des opérateurs du secteur, notamment l'adoption d'une stratégie omnicanale. Ainsi, dans les deux décisions précitées, l'Autorité a constaté que les opérateurs interrogés avaient modifié leur organisation interne à la faveur d'une direction commerciale unique, sans distinction selon les canaux de distribution ;
 - L'intégration du comportement des opérateurs en ligne dans la détermination de la stratégie commerciale et tarifaire des opérateurs traditionnels : dans la décision n° 19-DCC-65, l'Autorité a notamment constaté que les parties notifiantes

investissaient dans des outils internet destinés à adapter leurs stratégies commerciales pour prendre en compte la concurrence exercée par les acteurs spécialisés dans la vente en ligne. Elle a également noté que l'une des parties avait augmenté ses budgets dédiés à la visibilité de son site internet et à l'achat de jouets en ligne ;

- L'existence de spécificités propres aux gammes de produits et aux services offerts en magasin par rapport à ceux présents en ligne : pour apprécier ce critère, l'Autorité prend notamment en compte le taux de produits communs, commercialisés par les opérateurs à la fois en ligne et en magasin ;
- L'uniformisation tarifaire entre les différents canaux : en particulier, l'utilisation, par les entreprises, de relevés des prix pratiqués par les opérateurs en ligne constitue un indice pour prouver l'existence d'une telle uniformisation tarifaire. Ainsi, dans la décision n° 19-DCC-65, l'Autorité a constaté que les écarts de prix pratiqués par les opérateurs en ligne et par les points de vente physique tendaient à diminuer et étaient, au jour de la décision, inférieurs à 10 %. Les politiques de retour des produits et de remboursement de la différence tarifaire si le consommateur trouve le même produit moins cher chez un concurrent, physique ou en ligne, constituent également des éléments permettant d'établir une convergence, notamment tarifaire, entre vente en ligne et vente en magasin ;
- Le développement d'un modèle de distribution « omnicanal » : l'Autorité vérifie si les consommateurs naviguent entre les deux canaux de vente lorsqu'ils réalisent leurs achats de jouet, en particulier en comparant les prix en ligne et en magasin ou en ayant recours à des achats hybrides, alliant achat en ligne et retrait en magasin. À titre d'exemple, dans la décision n° 19-DCC-65, l'Autorité a soulevé l'existence d'une stratégie de digitalisation des magasins de la part des opérateurs, qui s'appuyait sur la possibilité de retirer dans les magasins des produits achetés en ligne ou sur la possibilité, pour les vendeurs en magasin, de commander en ligne des produits indisponibles sur place ;
- Les taux de reports existants entre les points de vente en ligne et les magasins physiques.