

REVISION DES LIGNES DIRECTRICES DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE RELATIVES AU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

L'Autorité de la concurrence (ci-après « ADLC ») soumet à consultation publique jusqu'au 16 novembre 2019 son projet de révision de ses lignes directrices (ci-après « LD ») pour tenir compte notamment de l'expérience de l'ADLC et de la jurisprudence depuis 2013.

L'Afep représente des entreprises opérant principalement au niveau européen ; ses commentaires seront donc focalisés sur **certains aspects du document** soumis à consultation (I) et rappelleront certaines de leurs **principales préoccupations** (II).

* * *

De manière générale, même si des évolutions sont à souligner, les entreprises regrettent de ne pas trouver plus d'indications pratiques et concrètes dans la rédaction de ce projet de Lignes directrices révisées censées permettre de mieux accompagner les entreprises dans leurs opérations de concentrations.

I/ Commentaires sur certains aspects du document

(i) La phase de **pré-notification** (§ 186 et suiv)

Les entreprises comprennent l'approche de l'ADLC dans le traitement des opérations de concentration qui souhaite garder une marge d'appréciation. Elles déplorent néanmoins qu'aucune information plus concrète ne vienne enrichir la rédaction de ses Lignes directrices révisées.

Elles souhaitent en effet obtenir de la part de l'ADLC des précisions sur les conditions liées à la pré-notification et à la complétude du dossier en l'inspirant des règles existant dans certains pays de l'Union européenne¹. Encouragée fortement par l'ADLC et régulièrement utilisée par les entreprises, cette phase non obligatoire demeure en réalité pour elles source de fortes incertitudes avec des conséquences très concrètes dans la gestion de l'opération de concentration en cause.

– *La pré-notification*

Cette étape est proposée aux entreprises à titre informel pour accompagner leurs opérations en amont de la procédure ; elle est régulièrement employée par les parties prenantes, soulignant ainsi toute son utilité. Cependant cette étape souffre d'un manque d'encadrement temporel pour l'ADLC.

En effet, le temps consacré à cet examen informel peut varier de quelques semaines à quelques mois, a fortiori lorsque des questions particulières se posent pour la délimitation des marchés pertinents ou pour l'analyse des parts de marché (§ 189).

¹ Pour plus de précisions, voir l'étude comparative suivante : https://ec.europa.eu/competition/ecn/table_a.pdf et https://ec.europa.eu/competition/ecn/mir_report_en.pdf.

Dès lors que de tels sujets de fond sont traités dans cette phase de pré-notification « sur la base d'éléments d'information relatifs à l'opération et aux marchés concernés aussi détaillés que possible » (§ 191), celle-ci s'apparente en réalité à une « phase 1 » sans pour autant en appliquer les règles de procédures.

Les entreprises doivent ainsi attendre la notification de la complétude du dossier de notification, réelle étape déclenchant les délais légaux d'examen de la concentration en « phase 1 », alors même que l'essentiel du travail s'est effectué en dehors de tout encadrement procédural.

– *Notion de complétude à préciser*

Lors de cette pré-notification, aucun délai n'est prévu pour que l'ADLC se prononce sur la complétude du projet d'opération qui lui est soumis (§ 187). Les termes « susceptibles », « généralement » et « jugées suffisantes » employés dans ce paragraphe ne garantissent en rien un retour de la part de l'ADLC signifiant aux parties concernées que leur dossier est complet au jour du dépôt de la notification ou dans des délais courts suivant cette même notification.

Les entreprises se trouvent ainsi dans une situation d'incertitude importante puisqu'elles ne peuvent pas anticiper la date *effective* d'expiration du délai d'examen de leur dossier. Or, la connaissance dès que possible du point de départ de la procédure officielle est majeure pour elles, notamment pour les raisons suivantes :

- les aspects pratiques des opérations de fusions acquisitions nécessitent en amont l'établissement de calendrier précis (« rétro planning ») supposant la connaissance d'une date d'obtention probable de la décision de l'Autorité (sous réserve d'éventuelles suspensions de délai) et impactant souvent d'autres décisions administratives (visa AMF, par exemple);
- les acquéreurs sont souvent contraints de s'engager vis-à-vis des vendeurs à déposer une notification complète dans un certain délai : dans ce cas, il est nécessaire pour l'acquéreur d'obtenir au plus vite un certificat de complétude afin de justifier envers son cocontractant de l'accomplissement de ses obligations.

*Il apparaît nécessaire **d'encadrer dans le temps la procédure de pré-notification menée par l'ADLC** en respectant des délais d'examen conformes à ceux d'une procédure objective et raisonnable du contrôle des concentrations.*

(ii) **Notification dématérialisée en phase I** (§ 234 et suivants)

Les entreprises apprécient les efforts de simplification mises en œuvre par l'Autorité avec la procédure de notification dématérialisée prévue dans le cadre de la phase I.

Cependant, l'absence d'encadrement procédural clair est source de préoccupations pour les entreprises face à l'insécurité juridique qui en résulte.

Il en est ainsi notamment de **l'admissibilité à la procédure dématérialisée** avec une possibilité pour l'ADLC d'établir une décision en dehors de cette procédure « même si l'opération remplit les conditions précisées ci-dessus » (§ 238).

Alors même qu'une procédure dématérialisée permet a priori de faciliter des démarches, les paragraphes dédiés à cette procédure conduisent à faire les observations suivantes :

- le fait de pouvoir être contrainte de basculer en procédure ordinaire peut se traduire par une perte de temps importante pour l'entreprise ,
- les procédures se révèlent en réalité assez identiques, notamment au regard de la quantité d'informations demandées (§240), limitant d'autant l'intérêt de cette démarche dématérialisée,
- des informations manquent pour permettre aux entreprises de déterminer les cas d'éligibilité à la procédure simplifiée (preuves à apporter, délais de l'ADLC pour confirmer l'usage de cette procédure, modalité d'échanges d'information entre l'ADLC et l'entreprise...).

L'Afep invite l'ADLC à préciser les cas dans lesquels les entreprises seraient assurées que leur dossier est éligible à la procédure dématérialisée et, en conséquence, à préciser les informations requises pour son analyse de cette situation.

- (iii) Le projet comporte une **partie sanctions** (points 162 et suivants), plus développée que dans la version précédente assortie de dispositions consacrées **au gun jumping** (§ 172 et suivants).

Les entreprises apprécient que des précisions soient apportées concernant les opérations de concentration réalisées avant la décision de l'Autorité de la concurrence.

Néanmoins :

- La référence dans des Lignes Directrices à un *article publié* dans une revue dédiée à la concurrence soulève la question de la valeur juridique donnée à des articles de presse : doit-on considérer que de tels documents font désormais partie des LD ?
- *L'analyse spécifique* apportée par l'ADLC dans le cas de l'opération Altice/ SFR semble désormais érigée comme référence, devenant ainsi un principe général en dépit des particularités liées à cette opération, soulevées à de nombreuses reprises par l'Autorité ;
- En tout état de cause les critères retenus pour apprécier des situations comparables restent lapidaires et ne répondent pas aux interrogations plus larges rencontrées par les entreprises hors des spécificités issues du cas Altice/SFR ;
- Ainsi, demeure absente des commentaires apportés dans les § 172 et suivants toute mention pratique portant sur les échanges d'informations sensibles entre les parties en amont de la conclusion de l'opération qui sont, pourtant, un sujet très sensible en pratique. De même, l'identité des personnes susceptibles d'avoir accès à ces informations est un point très concret auquel les entreprises sont directement confrontées lors de ce type d'opération.

Afin d'éviter toute ambiguïté juridique, l'Afep propose l'introduction dans les Lignes Directrices de l'ADLC de développements complémentaires sur (i) la mise en place et la composition des clean teams pour encadrer l'accès aux informations les plus sensibles de chacune des parties et (ii) la nature des informations pouvant être échangées dans le cadre d'une opération de concentration.

II/ Des préoccupations fortes

(i) La **durée** dans le temps des **mesures comportementales** (§ 397)

La réflexion au sein des entreprises sur des stratégies économiques de long terme n'implique pas que les orientations ainsi retenues soient figées. En fonction de l'évolution de la demande, des acteurs, des opportunités économiques ou de la conjoncture générale, des décisions sont prises pour déclencher tel ou tel type d'opération.

Face à cela, l'ADLC considère que les mesures comportementales doivent être d'une durée *minimale* de **cinq ans** « pour compenser les effets sur la structure des marchés d'une opération de concentration » (§ 397). Elle peut être plus longue pour préserver le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés.

Ces durées ne correspondent pas à la réalité économique dans laquelle s'inscrivent les entreprises. La compétition est permanente et ce qui hier était inenvisageable peut soudain devenir une opportunité à saisir dans les meilleurs délais. La structure concurrentielle évolue de plus en plus vite, notamment au regard des bouleversements induits par la montée en puissance du numérique.

En effet, ces mesures comportementales d'« une durée *minimale* de 5 ans » se révélant souvent d'une durée de 10 ans, jugée nécessaire pour compenser les effets d'une concentration sur la structure des marchés sont en réalité beaucoup trop longues au regard de l'évolution de la vie économique. Il est probable que dans cet intervalle les conditions exogènes ayant conduit à la prise d'engagements comportementaux auront évolué rendant *de facto* caduque ou décalée une partie de ces dispositions. Ces mesures mettent ainsi les entreprises face à une forte insécurité et leur imposent des contraintes administratives lourdes pour appliquer des engagements qui n'ont plus lieu d'être.

Dans ce cadre, les entreprises apprécient qu'après avoir établi un bilan concurrentiel, l'ADLC ait récemment considéré que « l'évolution des marchés depuis 2014 ne justifiait pas de prolonger les engagements souscrits par Altice pour cinq années supplémentaires ».

*Ainsi, sans remettre en cause le bien-fondé de cet outil comportemental, il est proposé de le rendre plus compatible avec la réalité de la vie économique en retenant un **déla**i maximal de 5 ans avec, si nécessaire, la possibilité de prévoir une clause de revoyure.*

(ii) La délimitation des **marchés pertinents** (§ 490 et suivants)

Les critères utilisés par l'ADLC pour délimiter des marchés pertinents se fondent sur une analyse prospective, en général de trois à cinq ans (§ 497). Les entreprises apprécient cette approche, l'analyse du marché pertinent devant considérer la concurrence potentielle future dans des horizons temporels cohérents avec la réalité économique.

La notion de marché pertinent conditionne, en réalité, l'appréciation concrète de l'opération de concentration soumise aux autorités de contrôle et, par voie de conséquence, sa contestabilité. Il est donc nécessaire que l'ADLC considère la concurrence potentielle future dans des horizons temporels cohérents avec la réalité économique, et évite de segmenter à l'extrême les marchés ne correspondant pas à la réalité économique visée.

Il s'agit ainsi d'obtenir une approche plus dynamique et à long terme de la concurrence tenant compte à la fois du bien-être du consommateur et de la réalité économique à laquelle les acteurs nationaux et européens sont toujours plus confrontés.
