

**CONTRIBUTION A LA CONSULTATION PUBLIQUE
RELATIVE A LA MODERNISATION ET LA SIMPLIFICATION DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS**

La consultation publique menée par l'Autorité couvre les trois thèmes suivants :

- la simplification des procédures en matière de concentrations, notamment sous l'angle de l'adaptation de la procédure simplifiée ;
- l'opportunité de créer un nouveau cas de contrôle des concentrations ;
- le rôle des mandataires.

Chacun de ces thèmes appelle les observations suivantes.

1. SUR L'ADAPTATION DE LA PROCEDURE SIMPLIFIEE

1. A titre préliminaire, il convient de souligner que l'existence d'une procédure simplifiée en matière de contrôle des concentrations est souhaitable en France dans la mesure où de nombreuses opérations (50% des décisions en France selon le document de consultation) en relèvent déjà.
2. Elle est non seulement souhaitable mais également nécessaire à la fois pour permettre à l'Autorité d'optimiser l'utilisation de ses ressources et aux entreprises pour mener à bien dans des délais réduits et avec un moindre niveau de contrainte des opérations qui ne soulèvent pas de préoccupations de concurrence.
3. La question est de savoir ce que recouvre cette notion de procédure simplifiée i.e. l'est-elle vraiment à l'heure actuelle et le cas échéant comment pourrait-elle être améliorée ?
4. Les pistes de réflexion soumises à consultation soulèvent au moins les interrogations suivantes :
 - Eligibilité : les critères d'éligibilité actuels sont restrictifs en France s'ils sont comparés aux critères Européens par exemple. L'absence totale de chevauchement horizontal ou vertical est un indicateur pertinent, mais il peut advenir, dans le cas par exemple des fonds d'investissement, que des sociétés en portefeuille aient des activités liées en fonction de la définition de marché retenue notamment d'un point de vue géographique, tout en ayant des niveaux de parts de marché extrêmement faibles ou un degré de plausibilité d'effet anticoncurrentiel extrêmement faible voire inexistant.

Il en va de même des cas de passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif qui soulèvent rarement des préoccupations de concurrence, ou encore des opérations d'acquisition d'actifs immobiliers existants ou en l'état futur d'achèvement.

Dans le cas du contrôle européen des concentrations suite à la modification intervenue en 2013, ce type de situation est traité par des critères légèrement moins restrictifs. Ces seuils présentent l'intérêt d'élargir le périmètre des opérations relevant de la procédure simplifiée tout en conservant des garde fous i) la nécessité d'évaluer l'ensemble des définitions de marché plausibles et donc des parts de marché correspondantes, ii) la possibilité de faire basculer la procédure simplifiée en procédure normale.

Il paraît souhaitable que les critères d'éligibilité à la procédure simplifiée soient élargis à d'autres opérations. Les seuils européens pouvant être une source d'inspiration pertinente.

- **Contenu du formulaire de notification** : l'un des intérêts d'une procédure simplifiée pour la partie notifiante tient à l'allègement des contraintes et à la simplification du formulaire de notification.

En effet, lorsqu'une opération ne présente aucun risque de préoccupation de concurrence au sens des critères définis pour l'éligibilité à la procédure simplifiée, l'entreprise comprend difficilement pourquoi il faudrait fournir un volume aussi important de documents et de données (procès-verbaux, documents internes, données financières), presque aussi important que dans le cadre d'une procédure normale.

Il en découle qu'il serait souhaitable en pratique qu'un formulaire de notification simplifié existe et soit allégé par rapport aux exigences d'un formulaire normal à l'instar de ce qui se pratique dans d'autres juridictions européennes.

- **Dépôt de la notification formelle** : la réduction du nombre d'exemplaires du formulaire pourrait être utilement envisagée.

Dès lors qu'en pratique outre la nécessité de déposer une version électronique, le formulaire est généralement envoyé également par email à l'équipe de rapporteurs mobilisée, une piste d'allègement visant à réduire le nombre d'exemplaires du formulaire déposés semble pertinente.

- **Délai** : l'intérêt d'une procédure simplifiée en pratique tient également à la possibilité d'obtenir rapidement une décision d'autorisation. Les interrogations des opérateurs portent souvent sur les trois aspects suivants :

- le caractère non obligatoire mais fortement recommandé d'une phase de prénotification non encadrée par des délais formels et qui peut en réalité durer plusieurs semaines réduisant d'autant l'intérêt d'une procédure dite simplifiée.
- le fait que la décision d'autorisation "peut" intervenir dans les 15 jours ouvrés suivant la notification formelle, ce qui signifie en pratique qu'elle peut également intervenir plus tardivement et au plus tard dans les 25 jours ouvrés.
- le fait qu'une lettre de complétude ne soit pas systématiquement envoyée lors du dépôt ou quelques jours après le dépôt de la notification à l'instar de la pratique de la Commission européenne.

Plus généralement, cette observation rejoint une préoccupation souvent relayée par les entreprises qui est de ne pouvoir prévoir la date à laquelle la décision sera rendue. La décision étant une condition suspensive à la réalisation d'une opération, la date à laquelle cette décision intervient définit souvent le calendrier de closing de l'opération. Si en pratique la décision intervient très fréquemment dans les 15 jours ouvrés, le fait qu'il n'existe aucune certitude à cet égard est un facteur de préoccupation pour les acteurs du marché.

Plusieurs pistes de réflexion permettraient d'améliorer le délai de traitement en procédure simplifiée afin que des opérations éligibles puissent bénéficier de cet avantage considérable qui est d'obtenir la levée de cette condition suspensive le plus rapidement possible et à tout le moins, de prévoir le calendrier de l'opération de manière plus certaine. Ces pistes consisteraient par exemple en une phase spécifique de prénotification simplifiée visant à faire vérifier l'éligibilité, dans des délais encadrés. Ou encore dans la définition d'un délai strict de 15 jours ouvrés pour rendre la décision d'autorisation simplifiée. Ou enfin, le cas échéant dans l'envoi de la lettre de complétude fixant les délais indicatifs dans la foulée du dépôt de la notification formelle.

- Instauration d'une procédure de déclaration préalable : une procédure de déclaration qui permettrait aux entreprises de se contenter de déclarer l'opération et de considérer que cette dernière serait autorisée à l'issue d'un délai préétabli, tout en préservant la capacité de l'Autorité de mobiliser des ressources pour vérifier que l'opération ne pose pas de préoccupations de concurrence, reviendrait à créer une autre procédure simplifiée.

A première vue, une telle procédure de déclaration pourrait paraître séduisante si elle correspond à un allègement considérable des formalités actuellement requises dans le cadre de la procédure simplifiée. Il va sans dire qu'une opération ne donnant lieu à aucun chevauchement horizontal ni lien vertical actuel ou potentiel mériterait de faire l'objet d'une procédure très simplifiée, comme pourrait l'être un système de déclaration.

Mais, la création d'une procédure de déclaration soulève plusieurs questions.

La notion de procédure de déclaration renvoie dans l'imaginaire collectif à une simple formalité administrative. Est-ce là l'intention de l'Autorité ? Si une telle procédure devait être mise en œuvre il conviendrait d'en clarifier le sens, le périmètre et surtout les risques de basculement dans la procédure normale notamment en termes de délai. Le régime déclaratoire pourrait le cas échéant être complété d'un mécanisme de notification *post closing* si l'opération nécessite un examen plus approfondi.

Introduire un système de suspension du délai au cas où l'Autorité souhaiterait instruire plus avant l'opération signifie en pratique que les opérateurs ne pourront pas prévoir le calendrier de l'opération. Pour qu'un tel système puisse être vertueux à la fois pour l'allocation des ressources de l'Autorité et les entreprises, il faudrait le cas échéant en limiter l'usage dans des délais stricts, maximum, voire prévoir qu'en cas de doutes, l'opération bascule dans une procédure de notification simplifiée ou normale.

La prévisibilité du calendrier d'une opération est souvent d'une importance capitale, les parties contractantes s'engageant parfois sur ce sujet dans la documentation contractuelle en contrepartie de pénalités pouvant être significatives. Lorsqu'une entreprise est cotée et/ou qu'elle se trouve en difficulté avec un calendrier procédural précis qui peut se heurter à celui de l'Autorité de la concurrence, cet élément peut être crucial.

Au vu de ce qui précède, ce n'est pas tant l'opportunité d'instaurer une procédure déclaratoire qui peut être débattue mais le périmètre précis d'un tel régime afin qu'il ne corresponde ni à une forme de prénotification, ni au régime simplifié et qu'il contribue réellement à permettre aux opérations ne donnant lieu à aucun chevauchement horizontal ni lien vertical, d'être autorisées de manière extrêmement simplifiée et ce, dans des délais qui resteraient prévisibles.

2. SUR LA MODIFICATION DES SEUILS DE CONTROLABILITE

5. Les pistes de réflexion s'articulent autour du relèvement ou de l'abaissement des seuils actuels, de l'introduction d'un seuil en part de marché ou en valeur de la transaction, voire éventuellement d'adapter les seuils en fonction des secteurs.
6. Si l'Autorité constate que plus de 96% des décisions d'autorisation sont rendues sans engagements. Elle observe également que des opérations qui concernaient des opérateurs dont les chiffres d'affaires étaient à peine supérieurs au seuils ont pu soulever des difficultés de concurrence sérieuses.
7. Pour déterminer s'il est ou non opportun de modifier les seuils, la question centrale est de savoir ce que l'Autorité souhaite véritablement poursuivre comme objectif. Si l'objectif est de contrôler les opérations susceptibles de soulever des problèmes de concurrence, en effet, les seuils en chiffre d'affaires ne permettent pas nécessairement de capter l'ensemble des opérations en tous cas pas cette dimension, et à l'inverse captent des opérations qui n'en posent aucuns.
8. S'agissant de l'introduction d'un seuil en part de marché, il présente l'intérêt de s'attacher dès l'étape de la contrôlabilité aux effets possibles d'une opération mais trouve sa limite dans la définition du marché pertinent, la disponibilité des données et un facteur imprévisible qu'est la perception du marché. Il s'agit d'une donnée fragile, qui n'est par ailleurs qu'un indice de fonctionnement du marché et non le seul élément à prendre en compte pour évaluer les effets potentiels d'une opération.
9. Il en va de même d'un seuil s'appuyant sur la notion de position dominante et de risque d'abus. Les contours de cette notion et de son appréciation étant complexes, il ne paraît pas opportun de définir l'applicabilité du contrôle sur cette base.
10. L'introduction d'un seuil en valeur de la transaction pourrait permettre de ne focaliser le contrôle de l'Autorité que sur des opérations d'une certaine dimension mais ne dit rien de l'analyse concurrentielle qui pourrait être menée. Un tel seuil est néanmoins une donnée objective, aisément identifiable *ex ante* par les parties, accessible et donc source de prévisibilité. Doubler un tel seuil d'un nexus local permettrait en effet de rationaliser le contrôle aux seules opérations susceptibles si ce n'est de porter atteinte au fonctionnement d'un marché, du moins de modifier son fonctionnement ou sa structure.
11. Les systèmes hybrides, combinant un contrôle *ex ante* avec une faculté de contrôle *ex post*, présentent une forme de flexibilité pertinente pour la conduite de la vie des affaires et la réalisation des opérations puisque si les premiers seuils ne sont pas remplis, les seconds ne le seront que dans des circonstances particulières (telles que détaillées notamment par l'autorité suédoise). Ils sont cependant source d'incertitude facteur d'insécurité juridique pour les entreprises, et potentiellement d'opportunisme, pour les parties mais également pour leurs concurrents et/ou les clients. Néanmoins, d'après les statistiques suédoises, de tels systèmes réduisent le nombre d'opérations contrôlables. Il n'est cependant pas dit que les opérations les plus potentiellement risquées sont bien captées par ces seuils.
12. Enfin, compte tenu des révolutions intervenues grâce au développement du numérique, la définition de seuils sectoriels ne paraît pas adéquate, sauf à définir notamment un secteur du numérique qui engloberait des réalités extrêmement variées et qui en définitive conduirait à établir un seuil *sui generis* dont la seule particularité serait de capter l'ensemble des opérations ayant un lien de connexité avec le développement technologique.
13. L'affaire Facebook/WhatsApp est souvent citée comme exemple du type d'opération dont il est nécessaire qu'elle fasse l'objet d'un examen compte tenu de son effet potentiellement structurant sur le marché mais qui aurait pu échapper au contrôle de la Commission européenne si les seconds seuils n'avaient été franchis et le renvoi accepté.

14. Si l'objectif est de capter des opérations impliquant que la cible soit une entreprise existante prometteuse voire disruptive sur un marché sur lequel l'utilisation du numérique est centrale mais dont le chiffre d'affaires est limité, **il pourrait être envisagé de créer un seuil spécifique - un seuil que l'on pourrait qualifier de seuil Licorne¹.**
15. Ce seuil devrait combiner au moins deux paramètres cumulatifs :
 - **Chiffre d'affaires de l'acquéreur du contrôle** (ou de l'ensemble des acquéreurs de contrôle) lors du dernier exercice clos, en France et dans le monde - il pourrait s'agir des mêmes seuils en chiffre d'affaires que les seuils actuels ; et
 - **Juste valeur de marché ("fair market value") de la cible supérieure à 1 milliard d'euros.**
16. Pour définir la notion de juste valeur de marché de la cible, il peut être utile de se reporter à la manière dont les autorités de concurrence américaines appréhendent la "*fair market value*" qui ne correspond pas à la valeur nette comptable. Il existe des indices pour calculer cette valeur et s'il revient à la partie notifiante d'évaluer elle-même si le seuil en juste valeur de marché est franchi, la pratique des autorités américaines peut servir de guide dans l'appréciation.
17. Un tel seuil aurait le mérite de capter des opérations qui risqueraient de ne pas tomber sous les seuils de contrôle actuels, tout en ne les remettant pas en cause, pas plus qu'ils ne créeraient de distinction sectorielle et ne préjugerait pas de l'analyse au fond.
18. En aucun cas, il ne nécessiterait d'examiner la position sur le marché, d'évaluer une éventuelle position dominante. Il s'agit d'une donnée si ce n'est objective du moins objectivée que les entreprises seront à même de calculer.
19. Le fait qu'un tel critère puisse être combiné à la nécessité pour l'acquéreur du contrôle de réaliser un certain chiffre d'affaires permettrait de limiter le contrôle aux opérations les plus susceptibles d'avoir un effet structurant du fait de l'acquisition par une entité économique relativement puissante d'une entreprise à fort potentiel.
20. **A supposer que l'objectif poursuivi par une éventuelle réforme soit de se concentrer sur les opérations les plus susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence, il apparaît qu'un seuil en valeur de transaction doublé d'un nexus local pourrait être pertinent. Le système hybride, moins sécurisant mais plus flexible, pourrait le cas échéant être pertinent à cette même fin.**
21. **Pour les opérations susceptibles d'intervenir dans le cadre de la révolution numérique à l'instar de l'opération Facebook/WhatsApp, il pourrait s'avérer opportun de définir un seuil spécifique, que l'on pourrait qualifier de seuil Licorne. Ce seuil combinerait deux critères cumulatifs, l'un relatif au chiffre d'affaires de l'acquéreur du contrôle, l'autre à la juste valeur de marché de la cible - au sens de *fair market value* dont la notion provient du contrôle américain des concentrations et qui pourrait se situer à 1 milliard d'euros par référence au domaine du capital risque.**
22. **En tout état de cause et quel que soit le seuil retenu, il conviendra de tenir compte de la nécessité d'adopter des seuils lisibles et assurant une certaine prévisibilité.**

¹ L'expression en matière de capital risque renvoie à une entreprise valorisée à plus d'un milliard d'euros.

3. SUR LE ROLE DES MANDATAIRES

23. Le rôle des mandataires est à la fois crucial et complexe, particulièrement lorsqu'il s'agit de contrôler l'exécution d'engagements comportementaux.
24. Lorsqu'une entreprise est confrontée à la nécessité de trouver un mandataire, il arrive fréquemment qu'elle demande si l'Autorité dispose d'une liste - à l'instar de la liste des experts près la Cour d'appel par exemple.
25. En l'absence de liste et de publication du nom des mandataires désignés dans les précédentes affaires donnant lieu à engagements, il règne une opacité source d'inefficience.
26. **Une première piste d'amélioration pourrait être la création d'une liste de mandataires près l'Autorité de la concurrence.**
27. Une telle liste s'avèrerait d'autant plus utile dans l'hypothèse où l'Autorité déciderait de n'accepter qu'une proposition de désignation comprenant trois noms de mandataires potentiels. Il ne semble en effet exister qu'un nombre limité d'entités susceptibles de remplir cette charge, du moins est-ce une perception souvent partagée.
28. Une telle liste permettrait plus de concurrence entre les acteurs du marché des prestations de services de mandataires, plus de choix pour les entreprises se trouvant dans l'obligation d'en désigner.
29. Il en va de même des experts sectoriels qui pourraient devoir être désignés notamment dans l'audiovisuel ou les télécommunications.
30. L'Autorité envisage également une plus grande formalisation des relations avec les mandataires. Cette piste semble intéressante dans la mesure où le rôle du mandataire - sans se substituer à celui de l'Autorité dans le suivi des engagements, peut aisément être rapproché d'une forme de délégation de surveillance pour le compte de l'Autorité.
31. **Une contractualisation des relations entre l'Autorité et les mandataires avec des obligations de reporting peut être pertinente et en cohérence avec ce qui peut être perçu par les entreprises comme le rôle du mandataire dans le suivi des engagements. La publication du nom des mandataires désignés dans une affaire peut également participer à plus de transparence et faciliter notamment le suivi des engagements. Celui-ci étant alors rendu accessible aux acteurs du marché, concurrents et clients.**
32. S'agissant de la rémunération du mandataire, les pratiques actuelles sont variables et il semble pertinent de permettre aux mandataires d'évaluer la charge de travail à venir et donc le type d'honoraires librement.
33. Néanmoins, pour éviter des risques de disproportion et dans la mesure où le rôle du mandataire peut être perçu comme celui d'un délégataire pour le compte de l'Autorité, la piste évoquée de création d'un fonds de rémunération peut être pertinente.
 - Une telle piste impliquerait une modification substantielle du marché de la prestation de services de mandataires puisqu'elle créerait *de facto* un monopsonne au bénéfice de l'Autorité ou de la personne chargée de la gestion du fonds.
 - Elle permettrait aux entreprises de partager et donc de lisser la charge du suivi des engagements par un abondement au fonds en cas d'engagements.
 - Un tel abondement devrait nécessairement s'inscrire dans la limite de la période de souscription des engagements.
 - La détermination du montant de l'abondement dont devrait s'acquitter une entreprise dans cette situation devrait être effectuée de manière objective et proportionnée.

34. Si une telle piste devait être envisagée, cela changerait radicalement le rapport de l'entreprise au mandataire. Pour l'entreprise, il s'agira de choisir un ou plusieurs mandataires en fonction de leurs seules compétences ou expériences à contrôler des engagements du même type, le cas échéant dans le même secteur.
35. **La création d'un fonds de rémunération des mandataires est une piste très intéressante. Elle présente de nombreux avantages et en particulier, une cohérence avec le rôle du mandataire tel qu'il peut être perçu par des entreprises souscrivant des engagements. Les modalités pratiques et concrètes de ce fonds, son alimentation et son utilisation nécessitent cependant des réflexions plus approfondies car il modifiera structurellement le fonctionnement du marché en cause.**

Paris, le 31 octobre 2017

Fayrouze Masmi-Dazi

Avocat à la Cour