

Louis VOGEL
Professeur agrégé
des Facultés de Droit
LL.M. Yale-I.E.P. Paris
Attorney at Law (New York)

Joseph VOGEL
H.E.C.-I.E.P. Paris
Attorney at Law (New York)

Charles-Siegfried FAHRNER
Sylvain CORVOL
Stéphanie BOUDIN
Laurence BOUDAILLIEZ
Fernanda DE ABREU
Juliette BLOUET-GAILLARD
Cécile ASSEMAT
Hubert DELVAL
Julia COSTE
Mathilde LEROY
Mylène COSSARD
Pétronille NOËL
Bénédicte SIMONNEAU
Anaïs HIRSZOWSKI
Mathieu PAGNOUX
Emmanuelle BOC
Virginie OZIOL
Julie JEZEQUEL
Émilie LE THIEIS
Timéri MORILLO-LUCAS
Madeleine MAIRE
Marion CHARRIER
Margaux VICAIRE
Camille BESANCON

**AVOCATS
AU BARREAU DE PARIS**

Emmanuelle CLAUDEL
Professeur agrégé
des Facultés de droit

Muriel CHAGNY
Professeur agrégé
des Facultés de droit

OF COUNSEL

Position du cabinet Vogel & Vogel sur le projet de lignes directrices relatives au contrôle des concentrations

1. L'Autorité de la Concurrence (ci-après « l'Autorité ») a invité l'ensemble des parties prenantes à présenter leurs observations concernant son projet de lignes directrices révisées relatives au contrôle des concentrations (ci-après « le Projet »).

2. De manière générale, ce projet de lignes directrices est plus lisible et plus compréhensible. Toutefois, si le résumé de certaines décisions adoptées par l'Autorité a été ajouté dans le corps des lignes directrices, l'Autorité pourrait aller plus loin et proposer plus de cas fictifs, comme le fait la Commission, pour les cas les plus complexes, afin de permettre aux entreprises de mieux appréhender les différents cas auxquels elles pourraient être confrontées.

- **Sur le gun jumping**

3. Aux paragraphes 172 à 178 du Projet, l'Autorité a introduit une partie sur les sanctions prévues par l'article L.430-8 du Code de commerce et en particulier une partie sur le gun jumping. Cet ajout est bienvenu mais mériterait d'être encore complété.

4. S'agissant du gun jumping, à ce jour, l'Autorité a sanctionné une seule entreprise sur ce fondement, dans la décision n°16-D-24 du 8 novembre 2016. Or, il s'agissait, en l'espèce d'un cas particulier.

5. Il serait intéressant de développer ce passage ou d'envisager des lignes directrices séparées pour préciser le cadre d'analyse qui serait utilisé par l'Autorité dans le cadre de la création d'une entreprise commune de plein exercice.

6. En effet, pour ce cas précis, il serait intéressant pour les entreprises de savoir quelles sont les limites à ne pas franchir dans le cadre la préparation de l'opération, avant l'autorisation de l'Autorité (ex : mesures préparatoires, de type études marketing, en vue de réfléchir aux contours de l'offre commerciale future de l'entreprise commune ...). Par souci de sécurité juridique, les mesures possibles devraient être précisées.

7. De façon plus générale, lors de la préparation d'une opération de concentration, les entreprises sont souvent amenées à échanger des informations très sensibles, mais indispensables pour la constitution d'une offre de rachat. Il serait utile de préciser le cadre dans lequel ces échanges d'informations peuvent intervenir en cas de projet de concentration entre concurrents (liste des informations ne posant pas de difficultés, quelles mesures de clean team sont suffisantes pour les informations les plus sensibles, quelles personnes peuvent être admises dans la *clean team* (le dirigeant de l'entreprise, qui est nécessairement impliqué dans sa politique commerciale doit-il être écarté ?), avec quels types de mesures de sécurité pour éviter les fuites d'informations ou leur détournement).

8. Le gun jumping représente un risque important pour les entreprises et le manque de lisibilité du cadre d'analyse de l'Autorité est une source d'insécurité juridique pour les entreprises.

- **Sur les demandes d'informations faites par l'ADLC aux entreprises notifiantes dans le cadre du contrôle de concentration**

9. Les entreprises sont parfois confrontées à des demandes d'informations conséquentes formulées par l'Autorité. Or, une telle pratique ne fait l'objet d'aucun encadrement.

10. Les entreprises notifiant une opération de concentration sont parfois tenues de respecter un calendrier serré. Ces demandes d'informations peuvent entraîner un retard non négligeable dès lors que l'Autorité formule des demandes étendues nécessitant un nombre important de données.

11. Il pourrait être utile pour les entreprises, dans un objectif de transparence et de sécurité juridique, de fixer le cadre de ces demandes d'informations, le périmètre des données, les délais laissés à la partie notifiante pour fournir de telles informations.

- **Sur la portée de l'arrêt Austria Asphalt GmbH & Co de la Cour de Justice du 7 septembre 2017**

12. Dans son arrêt du 7 septembre 2017 C-248/16, la Cour de Justice précise l'interprétation du terme concentration en indiquant :

*« L'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »), doit être interprété en ce sens 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.** »*

13. Il est indiqué au point 67 du Projet que dans le cas d'un passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint avec maintien de l'actionnaire initial, les critères de l'entreprise commune de plein exercice doivent être remplis pour pouvoir qualifier l'opération de concentration.

14. La règle posée par la Cour de Justice étant une règle générale, il serait donc opportun de préciser dans les lignes directrices que cette analyse s'applique à tous les secteurs d'activité y compris l'acquisition du contrôle conjoint d'actifs immobiliers.

15. En effet, il est indiqué au point 19 du Projet (et au point 23 des lignes directrices en vigueur) :

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. [...]

16. Ces développements relatifs à la notion d'entreprise en droit des concentrations sèment la confusion sur le point de savoir si la prise de contrôle conjointe d'actifs immobiliers constitue ou non une concentration dans l'hypothèse où l'entreprise commune issue de l'opération n'est pas de plein exercice – d'autant plus que des opérations ont récemment été autorisées alors même que l'entreprise, constitué d'un actif immobilier, n'était pas de plein exercice.

17. Il serait donc opportun de clarifier ce point.

- **Sur l'intervention des tiers dans le cadre du contrôle des concentrations, et du respect des engagements**

18. La place des tiers dans le cadre du processus de contrôle des concentrations et du respect des engagements mériterait d'être renforcée.

19. Les éclairages des tiers, concurrents, fournisseurs, clients qui connaissent parfaitement le fonctionnement des marchés, peuvent permettre à l'Autorité de mieux apprécier les dires des parties notifiantes.

20. A cette fin plusieurs mesures peuvent être envisagées.

21. L'Autorité pourrait, lorsqu'elle soumet aux tiers un test de marché, publier un résumé de l'opération plus fourni afin de leur permettre de mieux appréhender l'opération.

22. De même, l'Autorité pourrait, plus fréquemment, en cas d'opérations sensibles et lorsque les parties notifiantes sont d'accord, publier un test de marché dès la phase de pré-notification afin de permettre aux tiers de donner leur avis plus en amont de la procédure.

23. Enfin, pour les opérations les plus techniques et complexes, il serait utile d'intégrer les tiers de façon plus systématique à la procédure en leur soumettant les principaux éléments sur lesquels la décision pourrait se fonder, de même que la dernière version des engagements proposés, de manière à leur permettre d'apporter des éléments d'éclairage sur les éventuels points techniques problématiques.

24. Il en va de même en cas d'auto-saisine de l'Autorité pour instruire un éventuel non-respect des engagements. S'il n'existe pas d'accès au dossier, comme précisé aux points 451 et ss, il serait utile de développer davantage le dialogue contradictoire, en donnant la possibilité aux tiers de s'exprimer sur les éléments essentiels de l'argumentation des parties.

* *
*

A Paris, le 18 novembre 2019

Joseph Vogel

