

CONSULTATION DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE
« REFORME DU DROIT DES CONCENTRATIONS ET CONTROLE EX POST »

- (1) A titre liminaire, nous nous associons pleinement à la proposition de l'Autorité de la concurrence (l'**Autorité**) d'abandonner les pistes envisagées dans le cadre de sa précédente consultation visant à moderniser et simplifier le droit français des concentrations, qui tendaient à modifier le niveau et la nature des seuils de contrôle. En effet, comme indiqué dans notre précédente contribution, ces modifications non seulement n'apparaissent pas justifiées en l'état, mais elles seraient porteuses de nombreux écueils et génératrices d'une forte insécurité juridique pour les entreprises.
- (2) L'Autorité maintient cependant l'option qui consisterait à instaurer un contrôle *ex post* qui lui permettrait de s'opposer aux opérations de concentration n'excédant pas les seuils de notification obligatoires, mais « dont l'analyse laisserait apparaître des "préoccupations substantielles de concurrence" identifiées en France », sous réserve que ces opérations n'entrent pas dans le champ de compétence de la Commission européenne.
- (3) A cet égard, il eût été utile de disposer de quelques exemples concrets d'opérations ayant affecté le jeu de la concurrence en France faute d'avoir été captées par les seuils français de notification. A défaut, il est permis de douter de la nécessité de réformer le régime du contrôle des concentrations de quelque manière que ce soit, et ce d'autant plus qu'il s'agirait ici d'octroyer à l'Autorité un pouvoir de régulation structurelle sans précédent.
- (4) En l'espèce, de nombreuses raisons militent en faveur de l'abandon de cette dernière piste de réforme, dès lors que :
 - l'instauration d'un contrôle *ex post* n'apparaît pas nécessaire dans la mesure où l'Autorité dispose déjà d'outils suffisants pour appréhender les éventuelles restrictions au libre jeu de la concurrence susceptibles de résulter d'une opération de concentration non notifiable (1.),
 - et surtout, un contrôle *ex post* se heurterait à plusieurs principes fondamentaux à valeur constitutionnelle et poserait de nombreuses difficultés pratiques (2.).
- (5) Toutefois, dans l'hypothèse où l'Autorité poursuivrait dans cette voie malgré ces nombreuses réserves, un tel contrôle *ex post* devrait à tout le moins être très strictement encadré afin que les conditions dans lesquelles l'Autorité pourrait en faire usage soient clairement définies, limitées à des cas exceptionnels et à une période courte, tout en réservant aux parties la faculté de soumettre leur opération à l'Autorité si elles le souhaitent (3.).

1 L'instauration d'un contrôle *ex post* n'est pas nécessaire au regard des outils dont dispose déjà l'Autorité

- (6) On relèvera en premier lieu que, si l'Autorité a pour mission de « veiller au libre jeu de la concurrence » et peut « apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international »¹, l'instauration d'un contrôle *ex post* constituerait un élargissement excessif de ses prérogatives dès lors qu'elle aboutirait à lui conférer un rôle de régulation des marchés qui ne lui incombe pas, équivalent à celui d'une autorité sectorielle.
- (7) Les opérations de concentration constituant une expression légitime de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété (cf. *Section 2*), l'intervention de l'Autorité ne peut se concevoir que dans le cadre précis des dispositifs strictement définis par le Code de commerce, qui apparaissent globalement satisfaisants et proportionnés à l'objectif poursuivi.

¹ Article L.461-1 du Code de commerce.

1.1 Les seuils de notification permettent de contrôler la très grande majorité des opérations susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence

- (8) Les seuils de notification ont précisément été créés dans le but de circonscrire le contrôle des concentrations aux situations les plus susceptibles de présenter un risque suffisamment sensible pour le jeu de la concurrence, définissant le seuil de sensibilité en-deçà duquel le risque d'atteinte à la concurrence apparaît trop hypothétique pour justifier un pouvoir général de contrôle.
- (9) On notera à cet égard que l'Autorité elle-même a constaté, à l'issue de la première phase de sa consultation, « *que les seuils de notification applicables aux concentrations d'entreprises étaient bien proportionnés, y compris au vu des comparaisons internationales, et que l'existence d'un seuil spécifique au commerce de détail paraissait toujours justifiée, au vu des problématiques locales de concurrence pouvant être rencontrées* »².
- (10) Le contrôle national des concentrations devrait donc rester limité aux seules opérations excédant ces seuils.
- (11) Doter l'Autorité de la faculté de se saisir d'office de toute opération de concentration « *susceptible de poser des problèmes de concurrence* » (ou des « *préoccupations substantielles de concurrence* ») aboutirait en réalité à nier l'existence des seuils de notification et à priver de tout sens le dispositif actuel.
- (12) En tout état de cause, s'agissant des opérations échappant aux seuils de notification et qui seraient néanmoins susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence, un certain nombre d'entre elles pourraient néanmoins être soumises à l'analyse de la Commission européenne par le biais des mécanismes de renvoi prévus par le règlement n°139/2004. Ces mécanismes ont déjà fait leur preuve en permettant à la Commission d'examiner précisément les impacts de plusieurs opérations au sein de l'Union européenne, y compris sur les marchés d'Etats membres où elles n'étaient pas soumises à notification. Ceci vaut aussi bien pour :
- le renvoi à l'initiative des parties (article 4 § 5), par lequel la Commission a déjà pu analyser plusieurs opérations dans le secteur digital n'atteignant pas les seuils européens³, et
 - le renvoi à l'initiative des Etats membres (article 22), et ce même si son application est en pratique réservée aux seuls Etats membres dont les seuils juridiques sont atteints au niveau national.
- (13) En définitive, dans les cas où les seuils français ne seraient pas atteints, le nombre d'opérations problématiques qui échapperaient à tout contrôle devrait rester assez limité.

1.2 En dehors du contrôle des concentrations, l'Autorité dispose déjà de pouvoirs importants pour remédier ex post aux problèmes de concurrence pouvant survenir à la suite d'une opération

- (14) L'Autorité est déjà dotée des pouvoirs nécessaires pour remédier aux éventuelles préoccupations de concurrence susceptibles de résulter d'une opération de concentration, qu'il s'agisse de problèmes d'ordre comportemental ou structurel.
- (a) *Les pouvoirs en matière de pratiques anticoncurrentielles*
- (15) Dans l'hypothèse où l'opération s'accompagnerait de comportements (distincts de l'acte de concentration en lui-même) susceptibles d'avoir un objet ou des effets anticoncurrentiels, ou pouvant être qualifiés d'abus de position dominante, l'Autorité aurait toute latitude de poursuivre ces comportements sur le fondement des articles L.420-1 et L.420-2. Tel est d'ailleurs le cas, que l'opération soit ou non notifiable.
- (16) Dans ce cadre, il conviendrait toutefois de faire application du standard de preuve habituellement suivi pour toutes pratiques anticoncurrentielles, et non de réactiver les anciennes jurisprudences *Continental Can*⁴ et

² Communiqué de presse du 7 juin 2018 : Modernisation et simplification du contrôle des concentrations.

³ Notamment Facebook / WhatsApp (M.7217), Google / Double Click (M.4731), Cisco / Tandberg (M.5669), Nokia / Navteq (M.4942).

⁴ Cour de Justice, 21 février 1973, *Emballage Corporation c. Commission* (affaire 6-72).

*Philip Morris*⁵ qui apparaissent en grande partie caduques depuis l'adoption du règlement n°4064/189 du 21 décembre 1989⁶.

(17) Ces affaires procédaient en effet d'un étirement exorbitant des concepts et standards applicables (tout en concluant néanmoins à l'absence de violation des ex-articles 85 et/ou 86 du Traité CE en raison des faits de l'espèce), et ne pouvaient s'expliquer que par l'absence de régime de contrôle des concentrations.

(18) En particulier :

- dans l'affaire *Continental Can*, en considérant que le simple fait de réaliser une opération de concentration (en l'espèce, l'acquisition d'une participation majoritaire) pourrait structurellement constituer un abus de position dominante dès lors qu'il permettrait à l'entreprise « *de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence* », et ce indépendamment de tout lien de causalité entre la position dominante et son exploitation abusive⁷, la Cour aboutissait à faire abstraction du concept même d'abus et à créer de toutes pièces une prohibition de la position dominante ;
- l'affaire *Philip Morris* suscitait en revanche davantage d'interrogations quant au standard de preuve envisagé pour appliquer l'ex-article 85 du Traité CE aux opérations de concentration, la Cour ayant souligné qu'il serait « *nécessaire de démontrer que l'accord a pour objet ou pour effet d'influer sur le comportement concurrentiel des entreprises sur le marché en cause* », tout en écartant finalement son application en l'espèce pour absence de preuve d'un objet ou d'un effet anticoncurrentiel (actuel ou potentiel)⁸.

Mais surtout, elle posait comme un principe le fait qu'une prise de participation (en l'espèce minoritaire) pourrait par nature « *constituer un moyen apte à influencer sur le comportement commercial des entreprises en cause, de manière à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché où ces deux entreprises déploient leurs activités commerciales* », et indiquait que « *tel serait notamment le cas* » si l'opération conférait un pouvoir de contrôle, prévoyait une coopération commerciale entre les parties, ou créait des structures aptes à promouvoir une telle coopération⁹.

Ce faisant, elle pouvait laisser craindre un allègement de la charge de la preuve pesant sur la Commission afin d'établir l'existence d'un objet ou d'un effet anticoncurrentiel.

(19) En tout état de cause, en adoptant le règlement n°4064/89, puis le règlement n°139/2004, les gouvernements des Etats membres ont précisément établi les conditions dans lesquelles ils jugeaient une intervention légitime en matière de concentrations. Aujourd'hui, le cadre du contrôle *a priori* étant précisément fixé, ces jurisprudences n'apparaissent manifestement plus justifiées.

⁵ Cour de Justice, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company et R.J. Reynolds Industries c. Commission, soutenue par Philip Morris Incorporated et Rembrandt Group Limited* (affaires jointes 142 et 156/84).

⁶ Voir notamment en ce sens, *Droit communautaire et international des groupements (suite)*, par Yves Reinhard, Sabine Dana-Démaret et Françoise Serras (La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°27, 12 juillet 1990, Etude n°15820) : « *Il est clair que les principes issus de la jurisprudence Continental Can deviennent en partie caducs en ce qu'ils avaient admis comme pouvant constituer un abus, au sens de l'article 86, la prise de participation majoritaire par une entreprise en position dominante dans le capital d'une société concurrente lorsqu'elle renforce cette position au point de ne laisser subsister sur le marché que des entreprises dépendantes dans leur comportement de l'entreprise dominante. En revanche, certaines opérations de restructuration, y compris des transferts d'actifs ou des acquisitions de droits sociaux, pourront continuer à être appréciées au regard notamment de l'article 85 lorsqu'elles sont de nature à influencer sur le comportement concurrentiel des entreprises de manière à fausser le jeu de la concurrence sans pour autant constituer une prise de contrôle. Ainsi, l'important arrêt rendu par la Cour dans l'affaire British American Tobacco conservera sans doute, en partie, son intérêt. La Cour de justice y a admis que le principe qu'une prise de participation minoritaire dans le capital d'une société concurrente n'est pas en soi constitutive d'un comportement restrictif de concurrence, mais peut néanmoins tomber sous le coup de l'article 85 du Traité notamment si « l'entreprise qui investit obtient un contrôle de droit ou de fait sur le comportement commercial de l'autre entreprise ou si l'accord prévoit une coopération commerciale entre les entreprises ou crée des structures aptes à promouvoir une telle coopération. » Si la première hypothèse relève désormais du règlement sur les concentrations, les autres cas de figure pourront continuer à être appréciés au regard du droit des ententes. »*

⁷ Cour de Justice, 21 février 1973, précité, §§ 26-27.

⁸ Cour de Justice, 17 novembre 1987, précité, § 45.

⁹ Cour de Justice, 17 novembre 1987, précité, §§ 37 s.

(b) *Le pouvoir d'injonction de l'article L.430-9*

- (20) Dans l'éventualité où elle constaterait qu'un abus de position dominante ou de dépendance économique a été permis par une opération de concentration, l'Autorité peut directement intervenir en utilisant le pouvoir d'injonction qui lui est offert par l'article L.430-9, et enjoindre à l'entreprise concernée toute modification, voire la résiliation, des accords par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique.
- (21) Il s'agit très précisément d'un outil de contrôle *ex post* des concentrations, qui est applicable à toute opération, qu'elle soit ou non notifiable.

(c) *Le pouvoir de faire des recommandations au gouvernement*

- (22) Enfin, dans le cadre de sa fonction consultative, l'Autorité a toujours la faculté de recommander – et ce de sa propre initiative – au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné, de mettre en œuvre toutes mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés (article L.462-4).
- (23) Rien ne semble s'opposer à l'utilisation de ce texte dans l'hypothèse où l'Autorité constaterait des dysfonctionnements structurels sur un marché à la suite d'opérations de concentration, même si l'on peut concevoir que cette faculté puisse apparaître plus contraignante à mettre en œuvre que le nouveau pouvoir de contrôle *ex post* envisagé par l'Autorité.

2 Un contrôle *ex post* se heurterait à plusieurs principes fondamentaux à valeur constitutionnelle et poserait de nombreuses difficultés pratiques

2.1 L'instauration d'un contrôle *ex post* serait contraire à la Constitution

- (24) En premier lieu, le contrôle *ex post* envisagé par l'Autorité aboutirait à lui conférer un pouvoir de régulation structurelle sans précédent qui porterait une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété¹⁰.
- (25) En particulier, tout en s'inscrivant dans la même logique, ce nouveau pouvoir dépasserait très largement le pouvoir d'injonction structurelle envisagé en 2015 par la loi Macron¹¹ dans le secteur du commerce de détail en France métropolitaine, qui visait à corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels se serait constituée une situation de puissance économique portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée se traduisant par des pratiques de prix ou de marges inhabituellement élevés¹².
- (26) Or le Conseil constitutionnel avait précisément jugé cette disposition inconstitutionnelle, aux motifs que s'il est « *loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre (...) des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* », c'est uniquement « *à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »¹³. En l'espèce, cette condition n'avait clairement pas été respectée dès lors que :
- d'une part, le pouvoir d'injonction envisagé aurait permis à l'Autorité d'obliger les entreprises à « *modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté* », et
 - d'autre part, le texte prévoyait que l'Autorité pourrait utiliser ce pouvoir à l'ensemble du secteur du commerce de détail et sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine, alors qu'il ressortait

¹⁰ Articles 2, 4 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme (**Déclaration**) de 1789 ; Article 1er du Protocole 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (**CEDH**).

¹¹ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹² Décision n°2015-715 DC du 5 août 2015, § 32.

¹³ Décision n°2015-715 DC du 5 août 2015, §§ 31 s.

des travaux préparatoires que le législateur visait à remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire.

- (27) Et pourtant, dans le cadre de l'examen du projet de loi Macron, le rapporteur de la commission spéciale avait cru pouvoir écarter tout risque d'inconstitutionnalité du dispositif en soulignant qu'il était conçu dans des termes similaires à celui d'ores et déjà instauré en Nouvelle-Calédonie (validé par le Conseil constitutionnel) et qu'il était au surplus « assorti de critères d'engagements plus stricts, avec l'exigence d'une part de marché d'au moins 50% dans la zone de chalandise et non 25% »¹⁴.
- (28) En l'espèce, il ne fait aucun doute que le Conseil constitutionnel parviendrait à la même conclusion puisqu'il s'agirait cette fois d'un pouvoir absolu permettant à l'Autorité de remettre en cause toute opération de concentration *a posteriori*, sans distinction de secteur ni de territoire, et sans même que l'Autorité ne fasse état de la moindre situation concrète dans laquelle elle aurait constaté une dégradation telle des conditions de concurrence qu'elle serait de nature à nécessiter l'instauration d'un tel pouvoir.
- (29) Par ailleurs, l'instauration d'un contrôle *ex post* serait également contraire au principe d'égalité devant la loi¹⁵, au principe de clarté de la loi¹⁶, et à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi¹⁷, éléments essentiels à la sécurité juridique :
- le principe d'égalité serait inévitablement violé dès lors que :
 - les entreprises atteignant les seuils de notification bénéficient de la sécurité offerte par la procédure de contrôle *a priori*, alors que celles qui ne les atteignent pas encourraient désormais un risque de remise en cause de leurs opérations *a posteriori*, sans avoir la possibilité de l'anticiper matériellement en soumettant un dossier de notification à l'Autorité ;
 - ce dispositif serait en outre laissé à la discrétion de l'Autorité, ce qui générerait également une rupture d'égalité entre les entreprises n'atteignant pas les seuils de notification dès lors que seules certaines d'entre elles feraient l'objet d'un contrôle en pratique. Ce risque d'inégalité serait d'autant plus important que l'identification des opérations susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence requerrait un mécanisme particulièrement efficace et systématique de détection qu'il semble difficile de mettre en place en l'état (cf. *Section 2.2*) ;
 - le principe de clarté de la loi, ainsi que l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, risqueraient également d'être violés si, comme semble l'envisager l'Autorité, les conditions et critères d'application du contrôle *ex post* étaient définis non dans la loi, mais dans des lignes directrices et ainsi laissés à sa libre appréciation.

Rappelons à cet égard que ces principes imposent au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »¹⁸.

Certes, cet écueil pourrait être évité si les conditions et critères du contrôle étaient directement inclus dans le Code de commerce. Toutefois, encore faudrait-il qu'ils soient suffisamment précis pour permettre aux entreprises de déterminer dans quelle mesure ce nouveau dispositif pourrait leur être applicable, ce qui semble loin d'être acquis en l'état (cf. *Section 3*).

¹⁴ Rapport en date du 25 mars 2015 de Mmes Catherine Deroche, Dominique Estrosi Sassone et M. François Pillet au nom de la commission spéciale, II.A.

¹⁵ Article 6 de la Déclaration de 1789.

¹⁶ Le principe de clarté de la loi découle de l'article 34 de la Constitution (Décision n°2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 13).

¹⁷ Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999 (objectif à valeur constitutionnelle dégagé par le Conseil constitutionnel sur la base des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789).

¹⁸ Décision n°2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 13.

(30) Dans ces conditions, le contrôle *ex post* envisagé par l'Autorité semble difficilement envisageable en l'état de notre Constitution.

2.2 La mise en œuvre d'un contrôle *ex post* poserait de nombreuses difficultés pratiques

(31) Le contrôle *ex post* envisagé serait en outre particulièrement complexe à mettre en œuvre en pratique et risquerait non seulement de ne pas être efficace, mais d'être détourné de son objet :

- la mise en œuvre d'un contrôle *ex post* nécessiterait que l'Autorité soit en mesure de mettre en place un système de *monitoring* suffisamment efficace pour détecter en temps réel l'ensemble des opérations de concentration réalisées dans le monde, tous secteurs et tous pays confondus, afin d'analyser celles qui seraient susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence sur le marché français ;
- l'Autorité devrait ainsi consacrer une part importante de ses ressources à cet exercice, pour des résultats dont il est fort probable qu'ils seront très limités. A titre d'illustration, au Royaume-Uni, en dehors des opérations notifiées sur une base volontaire à la *Competition Markets Authority (CMA)*, le *Mergers Intelligence Committee (MIC)* examine près de 700 opérations non-notifiées par an, pour en définitive n'ouvrir qu'une quinzaine de procédures d'enquête contre ces opérations¹⁹. Ainsi, les coûts administratifs qu'impliquerait ce type de contrôle risqueraient de s'avérer totalement disproportionnés au regard de l'objectif poursuivi et des résultats attendus ;
- s'agissant des sources d'informations qui pourraient être utilisées par l'Autorité aux fins de détection, il est à craindre que ce nouveau contrôle donne libre cours aux dénonciations infondées de tiers animés d'une intention de nuire, uniquement dans le but de faire échec aux opérations ;
- ce nouveau contrôle générera inévitablement un risque d'arbitraire entre les opérations dès lors que l'Autorité ne sera jamais en mesure de toutes les contrôler, quels que soient les moyens mis en œuvre ;
- dans l'hypothèse où l'Autorité détecterait une opération soulevant des préoccupations de concurrence, le fait que l'opération soit déjà réalisée poserait des problèmes pratiques s'agissant de l'adoption de mesures correctives, en particulier si elles sont de nature structurelle (cessions), plus le degré d'intégration entre les activités des parties sera élevé ;
- dans la mesure où la remise en cause d'une opération d'ores et déjà réalisée représenterait un enjeu majeur pour les entreprises concernées, ce contrôle *ex post* générerait sans aucun doute un risque de recours systématiques contre les décisions de l'Autorité, étant précisé qu'un droit de recours devrait nécessairement être consenti aux entreprises (*cf. Section 3.4*) ;
- enfin, l'insécurité juridique inhérente à ce nouveau pouvoir constituerait inévitablement un frein à l'économie et découragerait les investissements, ce qui risque en définitive d'avoir des effets néfastes sur l'évolution des marchés et le jeu de la concurrence.

(32) Ces écueils importants ont d'ailleurs été pointés de longue date par l'OCDE²⁰, ce qui explique sans doute que le nombre de juridictions ayant introduit ce type de contrôle soit très limité et que sa mise en application reste relativement rare en pratique.

(33) Au regard de l'ensemble de ces éléments, la proposition de l'Autorité visant à instaurer un contrôle *ex post* n'apparaît ni nécessaire ni appropriée et devrait selon nous être abandonnée.

¹⁹ Au cours de l'exercice 2016/2017, le MIC a examiné 682 opérations non-notifiées, et n'a lancé sur cette base que 13 investigations (CMA, Annual Report and Accounts 2016/17, p.46).

²⁰ Note du Secrétariat de l'OCDE du 25 février 2014, *Enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration* (DAF/COMP/WP3(2014)1, 20 janvier 2015), p.20 s.

3 En tout état de cause, l'instauration d'un contrôle *ex post* nécessiterait d'être très strictement encadrée

- (34) Si l'Autorité choisissait malgré tout de poursuivre dans cette voie, l'attribution d'un pouvoir de contrôle *ex post* nécessiterait l'intervention du législateur afin de réformer le Code de commerce en conséquence, et devrait faire l'objet d'un encadrement très strict.
- (35) A cet égard, les propositions de l'Autorité apparaissent insuffisantes en l'état et devraient être revues afin de garantir un niveau de prévisibilité et de sécurité juridique suffisant pour les entreprises.

3.1 Les entreprises devraient a minima avoir la faculté de déposer une notification ou une déclaration sur une base volontaire

- (36) Lors de la séance d'échanges organisée par l'Autorité le 25 mai 2018 afin de faire part de ses conclusions à l'issue de la première phase de consultation, la Présidente a indiqué qu'il n'était pas envisagé de permettre aux parties de notifier leurs opérations sur une base volontaire.
- (37) Ceci semble confirmé par le communiqué du 7 juin 2018 et le texte de la présente consultation, où l'Autorité envisage le contrôle *ex post* comme un pouvoir laissé à sa seule discrétion, en vertu duquel elle serait habilitée à « évoquer » de sa propre initiative les opérations identifiées comme susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence.
- (38) Un tel système serait totalement incompatible avec l'exigence de sécurité juridique et les principes constitutionnels énoncés précédemment.
- (39) Il convient d'ailleurs de souligner que, parmi les quelques juridictions ayant mis en place un contrôle *ex post*, la plupart des autorités de concurrence permettent aux parties de notifier (ou de déclarer) leurs opérations si elles le souhaitent avant de procéder à leur réalisation (notamment le Canada²¹, la Hongrie, l'Irlande, le Japon, le Royaume-Uni et la Suède).
- (40) Une telle procédure pourrait être accompagnée d'une obligation de suspension lorsqu'elle serait utilisée par les parties, ce qui permettrait de limiter les risques de remise en cause de l'opération post-réalisation.
- (41) Par ailleurs, dans le cas où les parties ne souhaiteraient pas notifier ou déclarer leur notification préalablement à sa réalisation, il serait utile de leur permettre d'adresser une déclaration à l'Autorité postérieurement à la réalisation afin de l'en informer, toujours sur une base volontaire. Une telle déclaration (post-réalisation) serait un bon moyen pour l'Autorité de détecter les opérations, et pourrait en outre être utilisée comme point de départ du délai d'intervention de l'Autorité, ce qui permettrait de limiter l'insécurité juridique des parties (cf. Section 3.3).

3.2 Les critères de déclenchement du contrôle *ex post* devront être limités et très précisément définis

- (42) A ce stade, les différentes options, alternatives ou cumulatives, envisagées par l'Autorité pour circonscrire le champ d'application du contrôle *ex post* n'apparaissent pas assez précises ni suffisamment restrictives.
- (a) *Le critère de « préoccupations substantielles de concurrence »*
- (43) Aux termes de la consultation, seules seraient concernées par le contrôle *ex post* les opérations susceptibles de poser des « préoccupations substantielles de concurrence ».
- (44) A cet égard, l'Autorité indiquait dans son communiqué du 7 juin 2018 qu'elle n'entendait intervenir que pour « un nombre très limité d'opérations qui pourraient s'avérer problématiques en terme de concurrence,

²¹ Au Canada, bien que la procédure de notification soit réservée aux opérations remplissant les seuils de contrôle *ex ante*, les parties ont la faculté de déposer une demande d'*Advance Ruling Certificate* au *Competition Bureau*. Cette procédure permet aux parties, si la demande est acceptée, d'obtenir une confirmation écrite que le *Commissioner* ne remettra pas en cause l'opération. A défaut, le *Commissioner* peut alternativement fournir une lettre de confort (*no-action letter*) aux parties, indiquant qu'il n'envisage pas d'entamer d'action contre l'opération à ce stade.

notamment en ce qu'elles conduisent à des positions dominantes ou monopolistiques sur des marchés identifiés, ou lorsqu'elles peuvent conduire à diminuer sensiblement la concurrence. »

- (45) Toutefois, si le critère d'acquisition d'une position dominante ou monopolistique apparaît relativement clair, tel n'est pas le cas de la « *diminution sensible de la concurrence* » qui nécessiterait d'être précisément définie, à tout le moins par des seuils en parts de marché et/ou en degrés de concentration (IHH), dont le niveau devrait nécessairement être supérieur aux seuils utilisés pour déterminer l'existence de marchés affectés.
- (46) Par ailleurs, la proposition de l'Autorité visant à encadrer la notion de « *préoccupations substantielles de concurrence* » par des lignes directrices n'apparaît pas satisfaisante dès lors que, comme évoqué plus haut, cette tâche devrait incomber au législateur.

(b) *Le seuil de chiffre d'affaires total HT mondial cumulé*

- (47) La proposition de l'Autorité tendant à « *limiter le champ d'application de la mesure aux opérations pour lesquelles le CA total HT mondial cumulé des entreprises dépasse un certain seuil (par exemple le seuil actuel de 150 millions d'euros)* » apparaîtrait peu efficace dès lors que :
- ce seuil est extrêmement bas et serait facilement atteint par les parties à une opération de concentration, et
 - surtout, on perçoit mal l'intérêt de se référer à un seuil en chiffre d'affaires mondial cumulé si l'objectif est de circonscrire le contrôle *ex post* aux opérations susceptibles d'impacter le marché français.
- (48) En outre, cette proposition aboutirait à déconnecter les deux seuils fixés à l'article L.430-2 du Code de commerce et à priver de tout sens le seuil de chiffre d'affaires en France dès lors que toute opération pourrait désormais être contrôlée sur la seule base du chiffre d'affaires mondial des parties, indépendamment de leur activité sur le territoire national.
- (49) En revanche, il pourrait être utile de créer un nouveau seuil se référant au chiffre d'affaires cumulé réalisé en France par les parties, voire d'y ajouter (à titre cumulatif) un seuil individuel de chiffre d'affaires devant être réalisé par la cible, dont le montant pourrait le cas échéant être établi à un niveau plus bas que le seuil actuel de 50 millions d'euros.

3.3 Le délai dans lequel l'Autorité serait autorisée à intervenir devrait être très limité

- (50) Le délai de 6 mois à 2 ans envisagé à ce stade par l'Autorité pour intervenir dans le cadre d'un contrôle *ex post* serait manifestement excessif et générerait une insécurité juridique majeure pour les entreprises.
- (51) A titre d'illustration, le Royaume-Uni dont l'ensemble du régime de contrôle des concentrations repose pourtant sur une base volontaire, limite le pouvoir d'intervention de la CMA à un délai de 4 mois à compter de la première des deux dates suivantes : (i) soit la date à laquelle la CMA a été notifiée de la réalisation de l'opération, (ii) soit la date à laquelle la réalisation a été publiée (sous réserve qu'une telle publicité ait eu lieu).
- (52) Le délai susceptible d'être appliqué en France devrait donc nécessairement être inférieur dans la mesure où le contrôle *ex post* serait limité aux opérations n'atteignant pas les seuils de notification obligatoire et ne devrait concerner qu'un nombre très faible d'opérations.
- (53) En tout état de cause, il ne devrait pas excéder le délai de 25 jours ouvrés applicable en Phase 1, sauf à créer une inégalité excessive entre les entreprises soumises à la procédure de notification classique et celles soumises au contrôle *ex post*.
- (54) En revanche, le point de départ de ce délai pourrait s'inspirer de celui appliqué au Royaume-Uni et être fixé à la première des deux dates entre (i) la date à laquelle l'Autorité a été notifiée de la réalisation via la

procédure de déclaration post-réalisation proposée plus haut (*cf. Section 3.2*), ou (ii) la date à laquelle la réalisation a fait l'objet d'une publicité.

3.4 L'adoption de mesures correctives devrait être précisément encadrée

- (55) Afin de limiter autant que possible l'adoption de mesures correctives excessives, et par là même de limiter les risques de recours subséquents, il serait souhaitable que les parties puissent spontanément proposer des engagements à l'Autorité de nature à remédier aux préoccupations de concurrence qu'elle aurait identifiées.
- (56) A cet égard, en cas de notification ou de déclaration volontaire préalable à la réalisation, il suffirait d'étendre à ces situations la procédure classique prévue aux articles L.430-5 et suivants.
- (57) Toutefois, en l'absence de notification ou de déclaration volontaire préalable, une procédure contradictoire similaire devrait pouvoir être mise en place en cas d'intervention d'office de l'Autorité.

3.5 Un droit de recours devrait être instauré contre les décisions de l'Autorité

- (58) Afin de respecter le droit constitutionnel à un recours effectif²², l'existence d'un contrôle *ex post* devrait nécessairement s'accompagner du droit pour les entreprises concernées d'exercer un recours contre les décisions de l'Autorité adoptées à la suite de ce contrôle.
- (59) Ce recours devrait s'exercer devant le Conseil d'Etat dans les mêmes conditions que celles qui s'appliquent actuellement aux opérations soumises à notification.

* *

*

- (60) Nous remercions l'Autorité pour l'attention qu'elle voudra bien accorder à ces quelques réflexions et espérons qu'elles contribueront utilement à son analyse des nombreux écueils inhérents au contrôle *ex post* envisagé.

Marta Giner Asins
Avocat Associée

Arnaud Sanz
Avocat Of Counsel

²² Article 16 de la Déclaration de 1789, Article 13 de la CEDH.