



Contribution à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence relative à la révision de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations

28 septembre 2018

1. Le 7 juin 2018, l'Autorité de la concurrence (« **l'Autorité** ») a publié un communiqué de presse annonçant plusieurs mesures d'allègement et de simplification des démarches des entreprises. Dans le même temps, l'Autorité annonçait engager un travail de révision de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations (les « **Lignes Directrices** ») et invitait tout tiers intéressé à lui transmettre toute suggestion de modification des Lignes Directrices.
2. L'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence (« **l'APDC** ») se réjouit de cette opportunité de contribuer aux réflexions de l'Autorité quant à l'évolution de ces Lignes Directrices, qui constituent un outil précieux pour la mise en œuvre du contrôle des concentrations au niveau français.
3. Ainsi, l'APDC présente ci-dessous des éléments de réflexions quant à la procédure de notification **(1)**, au rôle du mandataire et à l'exécution des engagements **(2)**, au déroulement de la phase II **(3)** et à l'appréciation du caractère de plein exercice des entreprises communes **(4)** qui pourront, de son point de vue, utilement nourrir le travail de révision des Lignes Directrices par l'Autorité en amont du projet qui sera soumis à consultation publique.
4. Par ailleurs, les membres du Conseil de l'APDC ayant supervisé la présente contribution, ainsi que son Président et son Vice-président, se tiennent à la disposition de l'Autorité pour lui présenter oralement et, le cas échéant, discuter les différents éléments de réflexion détaillés ci-dessous.

1 PRE-NOTIFICATION / PROCEDURE

1.1 Proposition d'insérer une case team allocation request

5. Dans un souci d'une plus grande efficacité de l'engagement des premiers contacts entre les parties à une opération de concentration et le Service des concentrations de l'Autorité (« **le Service** ») en vue d'une éventuelle notification, l'APDC propose la mise en place

d'une demande d'allocation de rapporteur(s) comparable à la *case team allocation request* en vigueur devant la Commission européenne (« **la Commission** »).

6. À l'heure actuelle, les Lignes Directrices prévoient que les contacts en vue d'une pré-notification sont engagés de manière informelle par l'envoi d'un email à l'adresse du Service :

*« Pour déclencher cette phase, les parties peuvent adresser une présentation de l'opération, (décrivant les parties, l'opération envisagée, les marchés concernés, les concurrents, et les parts de marché des parties), ou une version préliminaire de leur dossier de notification. Ces documents peuvent être adressés directement par courrier électronique à l'adresse controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr. A la suite de cet envoi, et dans un délai de cinq jours ouvrés, un premier retour portant sur le nom du ou des rapporteurs chargés de l'examen de la notification et sur l'état de la complétude du dossier sera fait aux parties ».*¹

7. La section Contrôle des Concentrations du site internet de l'Autorité précise également :
« Pour adresser une pré-notification ou pour toute question préliminaire, contacter le service des concentrations, par courriel : Contact ou par téléphone au 01 55 04 01 72 ».
8. A titre liminaire, il convient de noter que l'exposé des modalités concrètes de prise de contact entre les parties et le Service rattache expressément cette dernière à la phase de pré-notification, qui n'est pourtant pas un préalable obligatoire au dépôt d'une notification formelle.
9. Par ailleurs, en pratique, les modalités de cette prise de contact avec le Service des concentrations, sans interlocuteur préalablement désigné, sont moins homogènes que ce que prévoient les Lignes Directrices, aboutissant à une coexistence de situations très variées d'une opération à une autre, selon notamment (i) l'objectif poursuivi par les parties (pré-notification ou consultation préliminaire sur la contrôlabilité d'une opération ou demande de renvoi par exemple), (ii) l'éventualité de contacts préalables avec le Chef du Service ou ses adjoints (ouvrant une phase préliminaire informelle de discussions avec des interlocuteurs qui ne seront pas par la suite en charge de l'examen de l'affaire) et (iii) le contenu des informations transmises (simple email, note d'information ou projet de notification).
10. Réciproquement, le Service des concentrations ne dispose pas systématiquement d'une présentation harmonisée des demandes soumises qui faciliterait leur traitement à réception

¹ Paragraphe 138 des Lignes Directrices.

et pourrait aider à la nomination d'un ou plusieurs rapporteurs qui paraîtraient plus particulièrement désignés pour examiner telle affaire ou telle question.

11. En ligne avec le constat précédent, il n'est pas rare que le premier retour aux parties excède le délai de cinq jours ouvrés indiqué dans les Lignes Directrices pour la désignation du ou des rapporteur(s) en charge de l'examen de l'opération à notifier, étant observé qu'il s'accompagne encore plus rarement dans ce même délai d'un état sur la complétude du dossier transmis – discussion qui intervient le plus généralement dans un second temps dans le cadre des échanges avec le rapporteur qui aura effectivement été désigné.
12. L'instauration d'une demande systématique de désignation de rapporteur(s) par les parties permettrait d'homogénéiser davantage cette première prise de contact avec le Service et présenterait plusieurs avantages tant pour le Service des concentrations que pour les parties :
 - déconnecter les premiers contacts entre les parties et le Service d'une éventuelle phase de pré-notification ;
 - systématiser les informations requises des parties prenant attache avec le Service ;
 - faciliter une meilleure évaluation immédiate par le Service de la nature de la demande, de l'opération envisagée et des difficultés qu'elle est susceptible de poser ;
 - permettre au Service de désigner un ou des rapporteur(s) en adéquation avec la nature de la demande, les caractéristiques de l'opération envisagée, son degré de complexité (demande de procédure simplifiée ou non, existence de possibles marchés affectés, anticipation de possibles engagements, notification simultanée de l'opération dans plusieurs juridictions, etc.) et qui pourrait également tenir compte de l'identité des parties et des secteurs d'activités concernés ;
 - permettre aux parties de disposer avant l'envoi du projet de notification à proprement parler d'interlocuteurs identifiés qui seront par la suite ceux amenés à examiner leur opération ;
 - systématiser le retour du Service dans un délai maximal effectif de cinq jours ouvrés sur la seule désignation du ou des rapporteur(s) ;
 - déconnecter, d'une part, désignation du rapporteur et, d'autre part, transmission du projet de notification et retour sur la complétude du dossier, ces derniers aspects étant destinés à être discutés dans un second temps avec le(s) rapporteur(s) préalablement nommé(s).

13. Tel est le sens de la *Case Team Allocation Request* en vigueur à la Commission. Les *Best Practices on the conduct of EC merger proceedings* de la DG Comp précisent à cet égard que « *les contacts en vue d'une pré-notification devraient être lancés au moyen d'une soumission permettant la désignation d'une case-team de la DG Comp appropriée. Ce memorandum devrait comporter un court résumé de l'opération, une description succincte des secteurs et marchés concernés et dans des termes généraux le possible impact de l'opération sur la concurrence. Il devrait également mentionner la langue de l'affaire. Dans les affaires simples, les parties peuvent choisir de soumettre un projet de formulaire CO comme point de départ à des discussions avec la DG Comp* ».
14. De manière comparable, au Royaume-Uni, la Competition and Market Authority requiert des parties de prendre attache avec ses services lorsqu'elles envisagent une notification au titre du contrôle des concentrations par le biais d'une *Merger Case Team Allocation Request Form*, dont l'objet est de « *permettre à la CMA de désigner une case team appropriée* ».
15. Comparable à la case team allocation request de la Commission, la demande pourrait comporter l'indication des éléments d'information suivants :
 - les coordonnées des parties ;
 - le type de demande envisagée (pré-notification, en procédure normale ou simplifiée, sur renvoi ou non, ou demande de consultation) ;
 - les entreprises concernées, leurs rôles dans le cadre de la concentration envisagée et chiffres d'affaires respectifs ;
 - les principaux secteurs (produits/services) concernés par l'opération (en référence aux codes INSEE utilisés par l'Autorité pour la publication des décisions) ;
 - la description de l'opération envisagée (incluant les parties, l'opération, les marchés et la complexité de l'opération) ;
 - les autres États membres dans lesquels l'opération est également notifiable ;
 - la date prévisible d'envoi du projet de notification (si pertinent).

1.2 Pré-notification

16. Dans ses Lignes Directrices, l'Autorité traite largement de la pré-notification parmi les différentes phases de la procédure (paragraphe 135 à 142).

17. Pour l'APDC, les éléments détaillés dans les Lignes Directrices permettent, dans leur ensemble, de concilier les exigences du contrôle des concentrations et les attentes légitimes des entreprises qui font le choix de passer par cette phase informelle.
18. Néanmoins, l'APDC note que dans la pratique quotidienne, les principes annoncés par l'Autorité dans ses Lignes Directrices ne sont pas toujours respectés. A cet égard, il a notamment été constaté au cours des dernières années une relative automaticité de la phase de pré-notification détachée des exigences et préoccupations précédemment exprimées par l'Autorité.
19. Aussi, il apparaît opportun qu'à l'occasion de la révision de ses Lignes Directrices, l'Autorité puisse à la fois réaffirmer ces principes tout en adoptant un certain nombre de modalités concrètes permettant d'en assurer la bonne application, dans l'intérêt du Service et des parties notifiantes.

1.2.1 La pré-notification ne doit pas être un outil de prise de contact préalable avec le service des concentrations

20. Sans être pour autant totalement devenue un passage obligé, il est manifeste que la pré-notification s'est peu à peu transformée en outil de prise de contact avec le Service des concentrations pour tous types d'opérations.
21. En effet, en pratique, pré-notifier une opération est devenu le moyen de garantir le suivi du dossier en amont de la notification formelle. Or, un tel suivi pourrait, du point de vue de l'APDC, être utilement remplacé par une *case team allocation request* sur le modèle de celle de la Commission (cf. partie 1.1 ci-dessus).
22. Avec l'adoption d'un mécanisme du type *case team allocation request*, il ne sera plus nécessaire de pré-notifier une opération pour obtenir un premier retour sur le nom du ou des rapporteurs chargés de l'examen de la notification comme le prévoit actuellement le paragraphe 138 des Lignes Directrices. L'objectif unique de la phase de pré-notification sera alors d'obtenir, dans un délai de cinq jours ouvrés, le point de vue de ce ou ces derniers sur l'état de la complétude du dossier de notification, comme cela est mentionné au même paragraphe des Lignes Directrices.

1.2.2 La pré-notification ne doit pas non plus être le passage obligé pour déterminer le caractère complet du dossier

23. Ainsi que cela développé par ailleurs dans la présente contribution (cf. partie 1.3 ci-dessous), il existe en pratique un fort degré d'incertitude pour la partie notifiante quant au caractère complet du dossier de notification puisque que c'est, dans la plupart des cas,

seulement à quelques jours de la fin du délai légal d'examen de l'opération que lui est adressée la lettre de complétude.

24. Pour autant, l'APDC considère qu'il serait contre-productif de faire de la phase de pré-notification le préalable d'une déclaration de complétude aussi tôt que possible dans le calendrier d'examen formel d'une opération.
25. A cet égard, il convient de noter que les Lignes Directrices actuelles indiquent que les contacts de la phase de pré-notification « *minimisent le risque d'incomplétude lorsque le dossier est notifié formellement* » (paragraphe 137).

1.2.3 La pré-notification doit demeurer réservée aux opérations présentant un certain degré de complexité

26. Sous réserve des ajustements évoqués ci-dessus, la phase de pré-notification redeviendra, comme cela était prévu initialement, une démarche relativement exceptionnelle.
27. Déconnectée de l'information de la partie notifiante et ses conseils sur le ou les rapporteurs désignés pour l'examen d'une opération et des questions de complétude, la pré-notification sera effectivement réservée aux seules opérations (i) soulevant des questions de contrôlabilité, (ii) pour lesquelles un renvoi est envisagé, ou (iii) qui sont complexes et susceptibles de nécessiter des mesures correctives, ainsi que le prévoient expressément les Lignes Directrices (paragraphe 135).
28. Dès lors, elle redeviendra le moyen d'ouvrir pour les opérations complexes une phase de discussion ouverte et informelle entre le Service et la partie notifiante, ceci afin d'aborder dès que possible, et sans la pression des délais du Code de commerce, les enjeux propres à l'opération.
29. A cet égard, du point de vue de l'APDC, la partie notifiante devrait conserver le choix du document qu'elle transmet au Service pour ouvrir la phase de pré-notification (présentation de l'opération de type briefing memorandum ou bien version préliminaire du dossier de notification), ainsi que le prévoient les Lignes Directrices actuelles.
30. Enfin, l'APDC comprend que toute pré-notification sera exclue pour les notifications ultra-simplifiées actuellement envisagées par l'Autorité.

1.3 La déclaration de complétude

31. Selon le paragraphe 167 des Lignes Directrices actuelles :

« Lorsque la notification est complète, un accusé de réception, mentionnant la date du jour de réception des derniers éléments complétant le dossier, est

adressé aux parties en vertu du troisième alinéa de l'article R. 430-2. »

32. L'envoi de cet accusé de réception de complétude, ou lettre de complétude, n'est donc pas encadré dans le temps. Force est de constater qu'en pratique, la délivrance d'un accusé de réception intervient souvent uniquement quelques jours avant la décision d'autorisation, voire parfois la veille. Cette pratique fait peser une insécurité juridique certaine sur les parties, celles-ci n'étant pas en mesure de prévoir avec certitude la date d'expiration de la première phase d'examen.
33. Il est cependant crucial que les entreprises disposent de la meilleure visibilité sur les délais dans lesquels l'autorisation sera obtenue une fois la notification officielle déposée. Souvent, en pratique, ce point est fondamental pour le financement de l'acquisition dès lors que les banques exigent d'avoir des indications très précises.
34. Ainsi, s'agissant de l'accusé de complétude, l'APDC souhaite formuler les suggestions suivantes :
 - la notification formelle devrait être immédiatement suivie de l'envoi d'un accusé de réception de complétude. Un délai de quelques jours suivant la notification pourrait renforcer la sécurité juridique des parties, tout en laissant le temps aux rapporteurs en charge de l'examen de la concentration d'étudier les documents nécessaires ;
 - afin de gagner en célérité, et dans la droite lignée de l'entreprise de numérisation des dossiers de notification par l'Autorité, l'accusé de complétude pourrait prendre une forme électronique et abandonner la voie postale.

1.4 Le contrôle de fait

35. S'agissant de la qualification d'une situation de contrôle de fait, l'Autorité procède dans ses Lignes Directrices et sa pratique décisionnelle par renvoi à la Communication consolidée de la Commission² (« **la Communication** ») et précise notamment au paragraphe 30 que le droit communautaire et le droit national se rejoignent sur les notions de « contrôle » et d'« influence déterminante ».
36. Ce faisant, les Lignes Directrices n'apportent pas toujours de précisions complémentaires par rapport à la Communication quant à la notion de contrôle de fait, alors pourtant que sa pratique décisionnelle et celle du ministre sont relativement fournies sur ce point.
37. L'Autorité apporte néanmoins des précisions utiles s'agissant des situations de contrôle caractérisées sur une base contractuelle dans le secteur de la distribution, en particulier

² Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

s'agissant de l'influence déterminante exercée par une enseigne sur son réseau de magasins affiliés.

38. Au-delà du focus fait sur le secteur de la distribution et qu'il serait intéressant de mettre à jour, l'APDC considère qu'il serait utile dans le cadre de la refonte des Lignes Directrices que l'Autorité précise davantage les conditions dans lesquelles un contrôle de fait peut être caractérisé dans certains secteurs particuliers et notamment dans celui de la gestion d'actifs.
39. L'Autorité devrait ainsi exposer clairement sa pratique en matière de gestion d'actifs immobiliers et hôteliers, secteurs dans lesquels les contrats de location-gérance et de management sont susceptibles de qualifier une situation de contrôle exclusif ou conjoint aux côtés ou non du propriétaire de l'actif concerné.
40. L'APDC considère certes essentiel que l'Autorité s'efforce de rester le plus proche possible de la pratique de la Commission. Cela étant, l'appréciation de l'existence d'un contrôle de fait relève principalement d'une analyse au cas par cas en tenant compte des pratiques de marché et des structures de gouvernance et de gestion d'entreprise qui peuvent être spécifiques au niveau national.
41. L'apport par l'Autorité de nouveaux éléments d'analyse et orientations aurait le mérite d'aider les parties à une opération de rapprochement à mener seules un examen de l'existence d'un contrôle de fait. Cela permettrait de réduire les situations dans lesquelles les parties se retrouvent contraintes de solliciter l'Autorité sur les questions de contrôle en amont d'une éventuelle notification.
42. Il conviendrait notamment de clarifier les éléments et points suivants.
43. Au paragraphe 34 de ses Lignes Directrices, l'Autorité précise que : « *Un actionnaire minoritaire peut également être considéré comme détenant un contrôle exclusif de fait. C'est, par exemple, le cas lorsque celui-ci 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* ».
44. L'APDC considère que le cas de figure visé est en réalité loin d'être anecdotique, de sorte qu'il est indispensable de préciser les modalités dans lesquelles doit être mené l'examen de l'historique des décisions prises en assemblée générale (mais aussi dans d'autres organes de décision comme le Conseil d'administration). Rappelons en effet que ce cas de figure a déjà fait l'objet d'une décision de sanction du ministre en 2008 (affaire *SNCF /Novatrans*).

45. Afin de donner un maximum de prévisibilité aux entreprises, il conviendrait d'indiquer sur quelle période de référence cette évaluation d'un vote stable de l'actionnaire minoritaire en question doit être faite, par exemple sur les trois dernières années, que cet examen doit porter sur l'ensemble des procès-verbaux des organes décisionnels susceptibles d'adopter des décisions stratégiques (et non uniquement les décisions prises en assemblée générale).
46. Dans ce même paragraphe 34 des Lignes Directrices, l'Autorité indique également que « *Symétriquement, une participation majoritaire n'emporte pas forcément un contrôle exclusif ou même conjoint, même si ce cas de figure est rare* ». Il serait ici utile que l'Autorité vienne préciser dans quels cas précisément un actionnaire majoritaire pourrait ne pas exercer une influence déterminante sur l'entreprise en question.
47. Il serait également opportun que l'Autorité apporte des précisions sur la notion d' « *intérêts communs suffisamment importants* » et illustre une telle situation par des exemples concrets tirés de sa pratique au-delà du seul cas auquel elle se réfère, à savoir la décision n°10-DCC-06 du 21 janvier 2010, *Unéal/Thémis Grain*.
48. Pour mémoire, l'Autorité avait en l'espèce refusé de qualifier une situation de contrôle conjoint découlant de l'existence d'intérêts communs suffisamment puissants, en rappelant que, conformément à la Communication, la démonstration d'une action collective sur la base d'intérêts communs est une situation très exceptionnelle (paragraphe 76).
49. Enfin, il conviendrait également de préciser les cas dans lesquels le poids économique d'un des actionnaires minoritaires est susceptible de lui conférer un contrôle, notamment lorsqu'un groupe industriel est présent au capital aux côtés d'investisseurs financiers ou lorsqu'il existe un lien de dépendance économique entre un actionnaire minoritaire et la société en question (contrats de livraison à long terme, relations commerciales privilégiées, emprunts financiers, etc).
50. Ici encore, la seule façon de s'assurer que l'actionnaire minoritaire dispose d'un contrôle de fait à travers un lien économique privilégié avec la nouvelle entité nécessitera de vérifier la réalité d'une telle présomption à partir des procès-verbaux d'assemblée générale et de conseil d'administration. Comme indiqué ci-dessus, il serait dès lors utile de préciser la période de référence ainsi que les décisions concernées afin de qualifier l'exercice stable d'une influence déterminante sur la nouvelle entité par un de ses actionnaires minoritaires.

2 MANDATAIRES ET ENGAGEMENTS

51. A l'occasion de cette révision des Lignes Directives, l'APDC souhaiterait également présenter quelques réflexions relatives à la mise en œuvre des engagements

comportementaux (2.1.), à la révision des engagements et à leur sanction en cas de non-respect (2.2.) ainsi qu'au rôle des mandataires dans leur exécution (2.3.).

2.1 Réflexions sur les engagements comportementaux

2.1.1 Le nécessaire maintien des engagements comportementaux

52. Aujourd'hui, le texte des articles L. 430-5 et L. 430-7 du Code de commerce ne limite pas aux seuls engagements structurels les engagements susceptibles d'être pris pour remédier aux effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration et n'exclut pas la possibilité pour les parties de présenter des engagements comportementaux, à charge pour l'Autorité d'en évaluer la pertinence et l'efficacité.
53. L'APDC admet certes que des engagements structurels de type cession d'actifs peuvent parfois présenter plus de garanties quant à leur mise en œuvre que des engagements comportementaux qui par essence doivent se prolonger dans le temps. Mais ce n'est pas toujours le cas.
54. Comme l'Autorité le relève dans ses Lignes Directrices, il est des situations où seul le remède apporté par des engagements comportementaux se révélera efficace. Dans d'autres situations, le respect du principe de proportionnalité impose de préférer un remède comportemental à une cession qui pourrait s'avérer totalement disproportionnée par rapport à l'ampleur des préoccupations de concurrence de l'Autorité. En tout état de cause, les engagements comportementaux permettent aux parties à une opération de concentration de résoudre efficacement des situations dans lesquelles des cessions d'actifs n'auraient pas été suffisantes ou, tout simplement impossibles.
55. Les engagements comportementaux constituent ainsi les remèdes les plus efficaces dans la résolution des préoccupations liées à de potentiels effets résultant d'une intégration verticale ou conglomérale. Sans qu'il ne soit ici utile de revenir sur la pratique décisionnelle fournie de l'Autorité ou de la Commission, l'APDC relève que dans de nombreux cas les engagements comportementaux ont permis de remédier à des effets de verrouillage et des effets de levier qui n'auraient pas pu être résolus par des cessions d'actifs. Il s'agit notamment des engagements d'accès aux infrastructures et/ou d'accès des capacités de production ou de stockage ou encore des engagements visant à éviter des comportements commerciaux susceptibles d'amoinrir la situation concurrentielle d'un marché comme les offres couplées ou l'octroi d'exclusivités.
56. Priver les parties à une concentration de la possibilité de formuler des engagements comportementaux conduirait à des situations où elles seraient contraintes soit de prendre un engagement de cession inadapté - et le plus souvent disproportionné - par rapport à la difficulté de concurrence identifiée, soit de renoncer à leur projet de rapprochement.

57. Une telle approche constituerait un frein supplémentaire aux entreprises dans leurs projets de rapprochement pourtant généralement motivés par les synergies attendues et les gains de compétitivité qui en découlent, au seul prétexte que l'adoption d'engagements comportementaux nécessiterait une mobilisation accrue de moyens et de ressources pour le suivi de leur mise en œuvre.
58. L'APDC est donc en désaccord avec la vision binaire (autorisation ou interdiction/abandon d'une opération) qu'entraînerait une limitation du recours aux engagements comportementaux.
59. L'APDC considère, à l'instar des juridictions françaises et européennes, que les engagements comportementaux constituent des mesures suffisantes et adaptées pour remédier à certaines difficultés de concurrence.
60. Pour mémoire, tant la Cour de justice que le Tribunal ont rappelé à plusieurs reprises que les remèdes comportementaux « *n'étaient pas insuffisants par nature* » et qu'ils devaient être examinés au cas par cas au même titre que les engagements structurels³. En France, plusieurs décisions autorisées sous réserve de la mise en œuvre d'engagements comportementaux ont fait l'objet d'un recours et ont été validées par le Conseil d'État⁴.
61. L'APDC relève également que l'Autorité a été amenée à plusieurs reprises à privilégier des engagements comportementaux en présence d'effets horizontaux dans des situations où aucune cession d'actifs n'était envisageable, parfois pour des raisons indépendantes des parties ou parfois en raison du caractère disproportionné de la mesure de cession envisagée.
62. Dans le cadre de l'opération de rapprochement *Bouyer-Leroux/Imerys*, l'Autorité a accepté un engagement de fourniture de briques dans la région Aquitaine, après avoir constaté que, d'une part, la cession d'un site de production dans cette région était disproportionnée (en raison de l'importance de ses capacités de production pour l'acquéreur par rapport au faible incrément de part de marché auquel conduisait l'opération) et, d'autre part, aucun acteur crédible du marché n'était en mesure de reprendre un autre site de production sans créer de nouvelle difficulté de concurrence⁵.
63. Comme elle le relève dans ses Lignes Directrices, dans le cadre du rapprochement entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire, l'Autorité avait par ailleurs accepté des

³ Voir notamment CJCE, 15 févr. 2005, aff. C-12/03, *Commission c/ Tetra Laval* ; arrêt du Tribunal, T-177/04, *EasyJet / Commission*, 4 juillet 2006.

⁴ Voir notamment l'arrêt du Conseil d'État n°373065 du 5 novembre 2014 - *Bouyer-Leroux/Imerys* ; arrêt n°39547 du 14 juin 2017 - *Total/Rubis*.

⁵ Décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013.

mesures visant à garantir l'autonomie de gestion et l'indépendance des réseaux de banque au détail à La Réunion, constatant qu'une mesure de cession d'actifs pouvait difficilement être envisagée à défaut de repreneur dans le contexte de crise que connaissait le secteur financier en outre-mer⁶.

64. Ici encore, l'APDC considère qu'il est essentiel de réserver aux parties et à l'Autorité la possibilité de formuler des engagements comportementaux afin de remédier aux effets horizontaux des opérations de concentration, notamment lorsqu'aucune cession d'actif n'est susceptible de remédier efficacement et de façon proportionnée aux difficultés de concurrence identifiées.
65. **L'APDC considère par conséquent comme inopportune toute position de principe qui viendrait limiter le recours aux engagements comportementaux, que ce soit pour remédier à des effets verticaux, des effets congloméraux ou des effets horizontaux.**
66. **La pertinence des engagements proposés ne peut se faire qu'après avoir mené un examen au cas par cas de l'efficacité des engagements proposés par les parties en tenant compte des caractéristiques propres de l'opération envisagée et du contexte de marché.**
67. **Lorsque des engagements comportementaux sont proposés pour remédier à des effets horizontaux, l'APDC invite l'Autorité à examiner systématiquement si les engagements structurels envisageables ou suggérés par des tiers pourraient être efficacement mis en œuvre et sont proportionnés au regard de la difficulté de concurrence identifiée.**

2.1.2 L'aléa pouvant peser sur l'exécution des engagements comportementaux n'empêche pas d'y avoir recours

68. La principale difficulté qui réside dans les engagements comportementaux ne tient en réalité pas au point de savoir s'ils peuvent être adaptés aux problématiques de concurrence identifiées dans le cadre d'une opération de rapprochement *a fortiori* lorsque celle-ci conduit à une intégration verticale ou conglomérale, mais au *monitoring* de leur exécution dans le temps.
69. Cependant, l'APDC considère que si l'exécution d'engagements a pu susciter dans certaines affaires des difficultés, ces cas restent limités et ne doivent pas obérer les autres dossiers dans lesquels les engagements comportementaux ont permis d'assurer une concurrence efficace sur les marchés.

⁶ Décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009, *Caisse d'Épargne/Banque Populaire*.

70. L'APDC relève de surcroît que l'Autorité dispose de la possibilité d'infliger des sanctions très lourdes en cas de non-respect par les entreprises des engagements comportementaux auxquels ils ont souscrit. Les niveaux d'amendes infligés suffisent très largement à dissuader les entreprises à aller dans un sens contraire.
71. Enfin, la récente affaire Fnac / Darty démontre qu'un aléa pèse également sur les engagements structurels qui ne constituent donc pas une panacée.
72. Les difficultés soulevées dans l'exécution des engagements résident parfois dans le caractère peu clair et imprécis des engagements proposés et finalement acceptés par l'Autorité. Cela étant, ces imperfections s'expliquent généralement par la densité des échanges entre les parties, les services de l'Autorité et les tiers, dans des délais extrêmement contraints pour arriver à une solution de compromis, parfois éloignée de l'intention initiale des parties.
73. Il est de surcroît souvent difficile tant pour les parties que pour les services de l'Autorité d'anticiper au moment de la rédaction des engagements l'ensemble des contraintes juridiques, techniques ou économiques qui pèseront sur leur exécution.
74. L'APDC considère que le rôle du mandataire est ici essentiel au cours des premières étapes de mise en œuvre des engagements. En effet, il sera à même d'apprécier objectivement les difficultés auxquelles les entreprises font face dans les premiers temps de l'exécution des engagements et de les rapporter aux services de l'Autorité, laquelle appréciera si des adaptations doivent y être apportées ou non.
75. L'APDC considère également que le rôle du mandataire est essentiel dans le suivi sur le long terme des engagements comportementaux. En effet, dans la mesure où certains des engagements comportementaux peuvent conduire une entreprise à donner accès à ses concurrents à des infrastructures ou à des capacités de production, ils impliquent parfois des échanges réguliers entre acteurs concurrents. Ces échanges peuvent conduire à des discussions plus ou moins vives sur les modalités financières ou techniques de mise en œuvre et l'APDC considère à cet égard comme essentiel le rôle de médiation du mandataire.
76. Certains engagements peuvent être conclus pour des durées très longues (parfois plus de 10 ans), tant est si bien qu'il est souvent difficile d'interpréter le sens que les parties et les services de l'Autorité ont voulu originellement donner à leurs engagements au moment de leur rédaction. Ici encore, bien souvent, le mandataire qui aura suivi l'exécution des engagements depuis l'origine apportera un regard éclairé et objectif sur le sens à donner à telle ou telle disposition des engagements.

77. **L'APDC considère donc que le potentiel aléa pesant sur la mise en œuvre des engagements comportementaux ne doit pas faire obstacle à leur adoption, en particulier dans la mesure où le rôle du mandataire dans leur suivi, leur interprétation et la gestion des éventuelles difficultés permet, dans une grande mesure, de faire face à tout éventuel aléa, étant entendu qu'il rendra compte du déroulement de sa mission auprès de l'Autorité et que les tiers insatisfaits pourront parallèlement saisir cette dernière de toute difficulté.**

2.1.3 Limitation du risque qu'un engagement comportemental se révèle inefficace par la stipulation d'un engagement « alternatif »

78. L'Autorité prévoit déjà dans ses Lignes Directrices qu'elle peut demander aux parties de céder des actifs dits « alternatifs » en cas d'incertitude sur les cessions d'actifs proposée par les parties et donc en cas d'incertitude sur des engagements structurels proposés par les parties.
79. L'APDC considère que les questionnements que sont susceptibles de poser les engagements comportementaux peuvent être également utilement palliés par la formulation d'engagements dits « alternatifs » de nature structurelle ou comportementale qui auraient vocation à remplacer les dits engagements comportementaux en cas d'obstacle à leur mise en œuvre.
80. Des engagements de cessions d'actifs alternatifs ont notamment été proposés dans le secteur de la vente au détail, en remplacement des engagements de résiliation de contrats de franchise au profit d'une autre enseigne⁷, ainsi que dans le cadre de l'opération de rapprochement Caisse d'Epargne / Banque Populaire mentionnée plus haut.
81. Le Tribunal de l'UE a également validé le recours à un engagement comportemental dans la mesure où un engagement structurel de substitution avait été proposé dans l'hypothèse où les parties ne parviendraient pas à mettre en œuvre l'engagement comportemental de premier rang⁸.
82. **L'APDC considère utile de préciser dans ses Lignes Directrices la possibilité de prévoir des engagements comportementaux ou structurels alternatifs qui pourraient venir se substituer à des engagements comportementaux de premier rang en cas de doute sur leur mise en œuvre effective.**

⁷ Voir notamment décision n° 17-DCC-215 du 18 novembre 2017, *ITM/Bricorama*.

⁸ Arrêt du Tribunal du 7 juin 2013, aff. T-405/08, *Spar Österreichische Warenhandels*, paragraphe 210.

2.2 Révision des engagements et sanctions en cas de non-respect

83. Depuis l'adoption de ses Lignes Directrices en 2013, l'Autorité a autorisé 71 opérations de concentration sous réserve d'engagements. L'Autorité a en outre adopté quatre décisions sanctionnant les parties pour non-respect de leurs engagements et deux décisions portant réexamen de mesures correctives. Par ailleurs, l'Autorité continue de développer l'usage des clauses de rendez-vous permettant aux parties et à l'Autorité de fixer une date pour réévaluer la nécessité de maintenir, modifier ou supprimer les engagements comportementaux pris par les parties.
84. A la lumière de ces évolutions et de la pratique décisionnelle récente de l'Autorité, l'APDC souhaiterait insister sur :
- le réexamen des mesures correctives imposées à l'occasion d'une opération de concentration (2.2.1.) ;
 - la possibilité pour l'Autorité d'explorer des formes d'engagements susceptibles d'offrir plus de souplesse aux parties comme à l'Autorité dans le cas de marchés en rapide évolution (2.2.2.) ;
 - l'application du principe de proportionnalité dans la sanction du non-respect par les parties de leurs engagements (2.2.3.).

2.2.1 Le réexamen des mesures correctives

85. **Révision des engagements.** Les Lignes Directrices prévoient actuellement que les parties peuvent solliciter le réexamen des engagements dans des « *circonstances exceptionnelles* » (paragraphe 306).
86. En matière d'engagements structurels, les parties peuvent demander la prolongation des délais relatifs à l'exécution des engagements lorsque le non-respect « *résulte de raisons totalement indépendantes de leur volonté, et qu'elles restent en mesure de céder l'activité dans un délai rapide* » (paragraphe 307).
87. En matière d'engagements comportementaux de longue durée, les Lignes Directrices précisent que « *les parties peuvent être amenées, après les avoir mises en œuvre pendant plusieurs années, à considérer que les objectifs poursuivis par ces mesures pourraient être mieux satisfaits par des mesures différentes, ou que l'évolution de la concurrence sur les marchés les rende obsolètes. Il leur appartient alors de démontrer à l'Autorité le bien-fondé de leur demande de réexamen des mesures correctives et de proposer des mesures alternatives* » (paragraphe 308).

88. L'Autorité est régulièrement amenée à réexaminer les engagements auxquels s'engagent les parties. Depuis 2013, l'APDC a eu connaissance d'une dizaine de demandes de révision d'engagements⁹. Toutefois, comme il sera développé ci-dessous, l'APDC regrette en l'état le relatif manque de transparence concernant ces procédures.
89. **Clauses de rendez-vous.** De façon non prévue par les Lignes Directrices pour l'instant, les mesures correctives de nature comportementale peuvent également être réexaminées par l'Autorité dans le cadre d'une clause de rendez-vous prévue dans la décision d'autorisation, qui fixe la date à laquelle l'Autorité examinera la nécessité de renouveler, modifier ou supprimer tout ou partie des engagements offerts par les parties.
90. Les affaires Canal Plus ont démontré que ces clauses de rendez-vous peuvent être utilisées aussi bien dans le cadre d'engagements offerts par les parties¹⁰ qu'en cas d'injonctions prononcées par l'Autorité sur le fondement de l'article L. 430-7 du Code de commerce¹¹.
91. Ces clauses de rendez-vous offrent une flexibilité accrue à l'Autorité comme aux parties pour prendre en compte le changement des circonstances de marché dans des secteurs en évolution rapide. Dans le cadre de la revue des injonctions prononcées dans l'affaire 12-DCC-100 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi SA et Groupe Canal Plus, l'Autorité a ainsi noté qu'« *au vu de la situation actuelle du marché, des changements majeurs intervenus au cours des mois écoulés et de la tendance prévisible pour les mois à venir, l'application des remèdes présentés ci-dessus pour une durée de cinq ans ne serait pas proportionnée* »¹², et validé une extinction anticipée des remèdes au 31 décembre 2019.
92. L'APDC se félicite de l'utilisation par l'Autorité de cet outil, qui semble particulièrement approprié pour répondre aux inquiétudes exprimées récemment par l'Autorité concernant le risque que des engagements comportementaux figent une partie du marché et deviennent rapidement inadaptés compte tenu des évolutions du marché. L'APDC suggère donc qu'en matière d'engagements comportementaux, la possibilité de recourir à ces clauses de rendez-vous soit intégrée aux Lignes Directrices révisées de l'Autorité.

9 Un résumé de ces procédures est disponible dans les rapports annuels de l'Autorité.

10 Décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusive des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi Sa et Groupe Canal Plus.

11 Décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi SA et Groupe Canal Plus.

12 Décision n° 17-DCC-92 du 22 juin 2017 portant réexamen des injonctions de la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi SA et Groupe Canal Plus , paragraphe 817.

93. En particulier, la révision des Lignes Directrices pourrait être l'occasion pour l'Autorité de préciser les cas dans lesquels le recours à une clause de rendez-vous est particulièrement opportun, et les critères pris en compte par l'Autorité pour accepter des engagements d'une durée renouvelable. Ces critères pourraient être exprimés à la fois au regard des caractéristiques du ou des marché(s) concerné(s) et de la nature des engagements considérés – certains engagements, notamment en ce qui concerne les prix ou les offres commerciales, étant plus susceptibles que d'autres de figer l'évolution concurrentielle du marché à moyen terme.
94. Par ailleurs, dans le cas où une clause de rendez-vous est fixée, l'APDC estime qu'il devrait être possible de déroger à la durée minimale des engagements comportementaux telle que prévue aujourd'hui par les Lignes Directrices, qui précisent que « *sauf circonstances exceptionnelles, une durée minimale de cinq ans, éventuellement renouvelable, est généralement jugée nécessaire pour compenser les effets sur la structure des marchés d'une opération de concentration* » (paragraphe 617).
95. Cette durée minimale peut se révéler, dans certains cas, en décalage avec la réalité économique des entreprises et disproportionnée au regard de l'évolution rapide du marché, allant ainsi au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante. D'ailleurs, la Commission européenne ne fixe pas de durée minimale pour les engagements comportementaux, estimant que leur durée dépend « *des circonstances particulières* » du cas d'espèce et « *ne peut être définie au préalable de manière générale dans la présente communication* »¹³.
96. Dans les cas où, du fait de la structure du marché et/ou de la nature des engagements, une clause de rendez-vous paraît appropriée, l'Autorité pourrait accepter que la durée initiale des engagements soit inférieure à cinq ans, dès lors que ces engagements seront en tout état de cause renouvelables à l'issue de la période initialement fixée par l'Autorité dans sa décision d'autorisation, si cela s'avérait nécessaire au maintien de la concurrence sur le marché.
97. **Procédure de réexamen.** Concernant la procédure de révision des engagements, les Lignes Directrices prévoient aujourd'hui que les parties doivent adresser « *un courrier motivé* » au président de l'Autorité, sans plus détailler la procédure suivie ensuite par l'Autorité (paragraphe 309). En matière de clause de rendez-vous, la procédure peut être précisée dans la décision d'autorisation, notamment en termes de délais, mais n'est pas davantage encadrée par les Lignes Directrices

13 Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission (2008/C 267/01), paragraphe 70.

98. Dans son arrêt *Lufthansa*¹⁴, le Tribunal de l'Union européenne a récemment rappelé que même si la procédure de révision des engagements n'est encadrée par aucun délai, il n'en appartient pas moins à l'autorité de concurrence de mener un examen diligent et complet des évolutions de droit et de fait pouvant conduire à une modification ou suppression des engagements, le cas échéant en diligentant une enquête si nécessaire.
99. Dans ce contexte, un encadrement par les Lignes Directrices de la procédure suivie par l'Autorité, afin de garantir une plus grande sécurité juridique aux parties ainsi qu'aux tiers, également susceptibles d'être intéressés par le réexamen des mesures correctives, semble souhaitable.
100. L'APDC ne souhaite pas figer inutilement la procédure de réexamen en mettant en place une procédure de notification « bis » qui serait excessivement lourde pour les parties comme pour l'Autorité, mais considère toutefois qu'il pourrait être souhaitable d'encadrer les modalités de la revue de l'Autorité (que celle-ci intervienne sur la base d'une demande de révision ou d'une clause de rendez-vous) afin d'offrir certaines garanties procédurales aux parties et aux tiers, en terme de délais et de transparence notamment.
101. En ce qui concerne les délais, les demandes de révision sont aujourd'hui examinées dans des délais très variables pouvant aller de quatre mois¹⁵ à plus de trois ans¹⁶, ce qui prive les parties de visibilité sur la durée de la procédure de révision. Les clauses de rendez-vous donnent généralement lieu à un examen plus rapide, mais qui reste néanmoins relativement long (environ un an dans le cadre des affaires Canal Plus).
102. En matière de clause de rendez-vous, l'Autorité avait accepté dans l'affaire *BCFM/Est Républicain*¹⁷ une clause prévoyant l'obligation pour l'Autorité de se prononcer dans les 30 jours suivant la demande de réexamen de la partie notifiante. A défaut de réponse dans ce délai, les engagements étaient réputés prendre fin.
103. Sans fixer un délai unique applicable sans distinction à toutes les opérations, les nouvelles Lignes Directrices de l'Autorité pourraient être l'occasion de préciser que les clauses de rendez-vous et clauses de révision prévoient désormais le délai dans lequel l'Autorité devra se prononcer. La réforme des Lignes Directrices pourrait également être l'occasion

14 TUE, aff. T-712/16, Deutsche Lufthansa AG c/ Commission, 16 mai 2018.

15 C 2001-107 Mediapost/Delta Diffusion. L'Autorité s'est prononcée le 21 février 2017 sur la demande de levée des engagements qui avait été déposée le 13 octobre 2016.

16 C 2007/14 CCPI/Unibail. La demande de révision globale des engagements déposée le 30 octobre 2015 est en cours d'instruction par l'Autorité.

17 Décision n° 11-DCC-114 du 12 juillet 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe l'Est Républicain par la Banque Fédérative du Crédit Mutuel.

d'explorer la possibilité, au regard du principe de sécurité juridique, de fixer une date butoir au-delà de laquelle, en l'absence de prise de position de l'Autorité, la demande des parties serait réputée acceptée. Au vu du délai moyen aujourd'hui (environ sept mois), ce délai pourrait être de six ou neuf mois à compter de la demande, avec des possibilités de « *stop-the-clock* » pour les cas où les parties se montreraient négligentes.

104. En ce qui concerne par ailleurs les garanties procédurales, il semblerait utile que les Lignes Directrices fixent, au moins dans les grandes lignes, les modalités d'intervention des parties, du mandataire et des tiers intéressés dans le cadre de la procédure de réexamen.
 105. S'agissant des parties, dans la mesure où elles sont à l'origine de la demande de réexamen, elles ont généralement la possibilité de faire valoir leurs arguments et leur point de vue devant l'Autorité. Toutefois, les Lignes Directrices pourraient venir préciser les éléments susceptibles d'être pris en compte par l'Autorité au regard du standard de preuve requis, notamment en ce qui concerne les études économiques et autres rapports d'expert. Pour le cas où l'Autorité entend rejeter la demande des parties, les Lignes Directrices pourraient prévoir le droit pour ces parties d'être informées en amont des arguments sur lesquels l'Autorité envisage de fonder sa décision et d'être entendues par l'Autorité, par exemple dans le cadre d'un *state-of-play meeting* précédant l'adoption par l'Autorité de sa décision définitive.
 106. S'agissant du mandataire, et conformément à la position adoptée par le Tribunal de l'Union européenne dans l'affaire *Lufthansa*, l'APDC est d'avis que dans les cas où l'Autorité entend s'écarter de l'avis rendu par le mandataire, sa position doit être dûment motivée. Les parties devraient également avoir la possibilité de répondre aux arguments avancés par l'Autorité à ce sujet, y compris lors du *state-of-play meeting* précédant l'adoption de la décision définitive.
 107. Enfin, s'agissant des tiers intéressés, la révision des Lignes Directrices pourrait être l'occasion de s'interroger sur la publicité souhaitable lors de l'ouverture des procédures de réexamen des mesures correctives, afin que les tiers puissent le cas échéant intervenir aux débats. Une levée ou une modification d'engagements est susceptible d'avoir un impact significatif sur les partenaires commerciaux de l'entreprise, et les Lignes Directrices devraient venir préciser le cadre approprié pour que les tiers intéressés puissent être entendus, sans toutefois alourdir exagérément la procédure.
 108. **Publication des décisions de réexamen.** Les Lignes Directrices prévoient actuellement que « *les décisions de révision des engagements sont a priori publiées sur le site de l'Autorité à l'exception des modifications mineures ou de celles qui ne modifient pas les engagements sur le fond comme par exemple les décisions relatives à une demande de prolongation des délais de cession* » (paragraphe 310).
-

109. Toutefois, l'APDC constate que nombre de décisions de réexamen, notamment en cas de rejet, ne sont accessibles que sous forme résumée dans les rapports de l'Autorité. Dans la mesure où le raisonnement juridique de l'Autorité en matière de réexamen d'engagements peut être essentiel aux autres acteurs du marché pour appréhender les contraintes juridiques liées à leur activité, l'APDC suggère que toutes les décisions de réexamen soient publiées *in extenso* par l'Autorité (sans préjudice de la confidentialisation des éléments relevant de la protection du secret des affaires).

2.2.2 L'introduction de mécanismes de souplesse additionnels

110. *Clauses de caducité* (« **sunset clauses** »). Comme l'Autorité elle-même l'a souligné à plusieurs reprises ces derniers mois, le droit de la concurrence est aujourd'hui confronté à l'évolution rapide de certains marchés. Dans ces conditions, il convient de s'assurer que les engagements restent proportionnés et ne figent pas de manière excessive les marchés innovants ou en forte évolution.
111. Au-delà de la procédure de réexamen des mesures correctives, l'APDC considère que la révision des Lignes Directrices devrait être l'occasion d'ouvrir le débat concernant d'autres mécanismes de souplesse concernant les engagements. Des instruments complémentaires des clauses de rendez-vous ont été mis en place par certaines autorités de concurrence en Europe et pourraient inspirer les réflexions de l'Autorité dans ce domaine.
112. En particulier, la *Competition and Markets Authority* (« **CMA** ») britannique a introduit dans son arsenal juridique le principe des « *sunset clauses* », ou clauses de caducité. Au-delà d'une clause de rendez-vous, ces clauses permettent de prévoir à l'avance que la survenance d'un évènement prédéterminé mettra automatiquement fin à l'exécution d'un ou plusieurs engagements. Plutôt que de prévoir une durée fixe qui ne permet pas d'adapter les engagements aux évolutions du marché, la clause de caducité conditionne ainsi la durée des engagements comportementaux à la survenance d'évènements modifiant structurellement l'analyse concurrentielle initiale.
113. La détermination de l'évènement déclencheur doit naturellement faire l'objet d'un accord entre l'autorité et les parties. Cet évènement doit être clairement défini et pouvoir être constaté de manière non équivoque par l'autorité, sans qu'il lui soit nécessaire d'exercer un pouvoir d'appréciation discrétionnaire¹⁸. La CMA cite l'expiration d'une concession ou d'un brevet comme exemple d'évènements déclencheurs possibles¹⁹. L'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux concurrents sur le marché, la commercialisation d'un nouveau produit ou service encore au stade du développement au moment de l'adoption

18 CMA, *Updated guidance on 'sunset clauses' in market investigation remedies*, paragraphe 3.

19 *Ibid.*, paragraphe 5

des engagements, la résiliation de certains accords ou le recul des parts de marché de l'entreprise en cause peuvent également constituer des événements susceptibles de déclencher la levée des engagements.

114. A l'inverse des clauses de rendez-vous, la clause de caducité permet d'alléger considérablement la charge pesant sur l'Autorité dans la revue des engagements. Elle n'est toutefois envisageable que dans les cas où l'évolution prévisible du marché permet d'identifier un événement précis susceptible de faire disparaître ou d'alléger considérablement les préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité au moment de l'examen de l'opération. Dans l'hypothèse où le critère retenu est celui des parts de marché, elle suppose que les parties et l'Autorité disposent d'une source fiable et d'une méthode de calcul non contestée pour estimer les parts de marché.
115. L'APDC suggère d'ouvrir le débat sur la possibilité pour l'Autorité de recourir aux clauses de caducité ainsi que sur les éventuelles conditions de ce recours, notamment en ce qui concerne les types d'événements susceptibles d'être pris en compte pour déclencher la levée des engagements.
116. ***Clauses d'entrée en vigueur différée (« sunrise clauses »)***. Une autre piste que l'APDC propose à l'Autorité d'explorer dans le cadre de la révision de ses Lignes Directrices est celle des clauses d'entrée en vigueur différée des engagements, qui prévoient que certains engagements ne prendront effet, en tout ou en partie, qu'à l'apparition d'un événement déclencheur clairement identifié dans la décision.
117. Bien que ce type de clauses pose de nombreuses questions en matière de sécurité juridique, elles pourraient néanmoins constituer un outil utile dans les situations où l'Autorité identifie un changement imminent sur le marché, sans pour autant que sa réalisation ne soit certaine.
118. Par rapport aux clauses de caducité, les clauses d'entrée en vigueur différée ont notamment l'avantage de permettre à l'Autorité de laisser l'évolution normale du marché suivre son cours, tout en bénéficiant d'un « garde-fou » en cas de difficulté avérée. S'il est vrai que les parties débitrices d'un engagement lié à une situation de marché particulière peuvent en théorie en demander la levée dès lors que la situation évolue, il est parfois difficile dans ce cas pour l'Autorité d'apprécier si le changement constaté sur le marché – par exemple, l'arrivée effective de nouveaux entrants – aurait eu lieu en l'absence des engagements consentis par les parties. En théorie, ces clauses peuvent donc, dans certains cas particuliers, constituer un outil utile à la disposition de l'Autorité.
119. L'APDC propose donc d'inclure la question des clauses d'entrée en vigueur différée dans la discussion portant sur la révision des Lignes Directrices.

2.2.3 La procédure de sanction du non-respect des engagements ou injonctions

120. Les Lignes Directrices prévoient que l'Autorité peut ouvrir une procédure pour non-respect des engagements lorsque le suivi des mesures correctives révèle « *un doute sérieux sur l'inexécution des engagements, injonctions ou prescriptions* » (paragraphe 295).

121. En application de l'article L. 430-8-IV du Code de commerce, l'Autorité peut, si elle constate à l'issue de la procédure l'inexécution dans les délais fixés d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement :

« 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont 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 au I ;

2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision ;

3° 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 ».

122. En outre, l'Autorité peut infliger une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par les parties lors du dernier exercice clos.

123. Depuis 2013, l'Autorité a, à la connaissance de l'APDC, adopté trois décisions sanctionnant le non-respect d'engagements et/ou d'injonctions, dans les affaires Altice en 2016 (amende de 15 millions d'euros pour non-respect de l'engagement de cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Télécom à la Réunion et à Mayotte²⁰) et en 2017 (amende de 40 millions d'euros pour non-respect des engagements pris au titre du contrat de co-investissement en fibre optique conclu avec Bouygues Telecom²¹) et

20 Décision n° 16-D-07 du 19 avril 2016 relative au respect de l'engagement de cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Telecom à La Réunion et à Mayotte figurant dans la décision autorisant acquisition de SFR par le groupe Altice (recours rejeté par l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 mars 2017, n°401059).

21 Décision n° 17-D-04 du 8 mars 2017 relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010 (recours rejeté par l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 septembre 2017, n°409770).

FNAC/Darty en 2018 (amende de 20 millions d'euros pour défaut de cession de trois points de vente dans les délais prévus²²).

124. L'APDC ne remet pas en cause l'importance d'un contrôle effectif, par l'Autorité, de la mise en œuvre des engagements pris dans le cadre du contrôle des concentrations. L'effectivité du contrôle des concentrations repose sur la capacité pour l'Autorité de s'assurer que les engagements destinés à répondre aux préoccupations de concurrence sont mis en œuvre de façon effective et dans les délais agréés avec l'Autorité.
125. Toutefois, au regard du principe de proportionnalité (que l'Autorité rappelle au paragraphe 574 des Lignes Directrices), l'APDC considère qu'il devrait être tenu compte :
- au moment de l'examen de l'opportunité d'ouvrir une procédure, de la situation objective des parties et des efforts qu'elles ont entrepris pour exécuter leurs engagements – l'absence de mauvaise foi ou de volonté de contourner les engagements pouvant être utilement pris en compte pour accorder des délais complémentaires aux parties au lieu d'ouvrir une procédure de sanction ;
 - une fois la procédure de sanction ouverte, des évolutions du marché, fût-ce qu'à court ou moyen terme : si un événement extérieur est venu rétablir l'équilibre concurrentiel, en tout ou en partie, le respect du principe de proportionnalité impose que les parties ne se voient sanctionnés ou imposer des injonctions qu'à la mesure de ce qui est nécessaire pour achever de rétablir l'équilibre concurrentiel – ce qui vaut aussi bien pour les engagements structurels que pour les engagements comportementaux.
126. L'APDC suggère que ces points soient clarifiés dans les nouvelles Lignes Directrices, par exemple en précisant sur qui pèse la charge de la preuve²³.

2.3 Rôle des mandataires dans les procédures de contrôle des concentrations

127. A la suite de la consultation lancée à l'automne dernier, l'APDC souhaite confirmer ou compléter les observations dont elle a déjà fait part à l'Autorité s'agissant du mandataire.

2.3.1 Importance du maintien du mandataire en charge du contrôle

128. L'APDC constate que dans certains dossiers, l'Autorité a considéré que ni la nomination d'un mandataire chargé du contrôle ni celle d'un mandataire chargé de la cession n'était

²² Décision non publiée à ce jour.

²³ En tenant compte des obligations rappelées par le Tribunal de l'Union européenne dans l'arrêt *Deutsche Lufthansa* quant à l'obligation pour les autorités de concurrence de réaliser un examen diligent et complet des évolutions de droit et de fait du marché (voir, *supra*).

nécessaire (e.g., Bricorama / Bricomarché).

129. L'APDC considère toutefois que le mandataire chargé du contrôle est fréquemment un interlocuteur très précieux dont la présence facilite la mise en œuvre des engagements. En particulier, il dispose du temps et de la disponibilité nécessaire pour s'impliquer dans les dossiers d'une manière qui serait impossible aux services de l'Autorité, par exemple pour l'examen des plans d'affaires des acquéreurs, pour la compréhension des problématiques auxquelles le vendeur fait face, etc. Compte tenu de son expérience transversale, il apporte une plus-value réelle pour résoudre les problèmes auxquels les parties font fréquemment face.
130. L'APDC souhaite donc insister sur l'importance du rôle du mandataire chargé du contrôle, dont les modalités de choix et d'intervention pourraient toutefois être précisées par les nouvelles lignes directrices.

2.3.2 Maintien du mandataire de cession

131. L'APDC note que, dans plusieurs cas récents d'engagements structurels, le choix a été fait de ne demander qu'un mandataire de contrôle, et pas de mandataire de cession. L'APDC comprend que cette démarche vise à responsabiliser les entreprises vis-à-vis des engagements souscrits, ainsi qu'éventuellement à limiter les frais engendrés par la mission du mandataire de cession (bien qu'une telle préoccupation s'impose plus aux parties qu'à l'Autorité). Il semble que les cas dans lesquels le mandataire de cession a été jugé inutile soient des cas considérés comme simples par l'Autorité.
132. L'expérience montre qu'il n'est pas aisé de déterminer, *a priori*, si la cession d'un ou plusieurs actifs sera simple ou non, la taille des actifs ou leur type n'étant pas nécessairement un indicateur pertinent. Il s'agit en réalité d'apprécier l'intérêt du marché pour les actifs en cause, ce qu'il n'est pas simple d'anticiper, ni pour les parties ni pour l'Autorité. Et lorsque le test de marché réalisé quant à l'adéquation des remèdes proposés suggère que la cession pourrait se révéler plus délicate que dans d'autres cas, la solution devrait consister à avoir recours à un remède dit *upfront buyer ou fix-it-first*.
133. En d'autres termes, le mandataire chargé de la cession est d'une utilité particulière dans tous les cas où bien que rien ne laisse présager des difficultés à céder, de telles difficultés peuvent ultérieurement se matérialiser. De même, le mandataire chargé de la cession a pu prouver son utilité, notamment dans des cas récents où des conditions différentes ont pu être négociées ou des acquéreurs différents identifiés.
134. Si elle n'est pas une garantie absolue de succès, elle permet de maximiser les chances que l'engagement de cession soit rempli, minimisant pour l'Autorité comme pour les entreprises le risque de se trouver en situation de violation de leurs engagements.

135. Dans ce cadre, l'APDC s'interroge sur la question de l'opportunité de maintenir la possibilité pour les entreprises, dans leurs engagements, de proposer la désignation d'un mandataire chargé de la cession.

2.3.3 Proposition de plusieurs candidats pour le rôle de mandataire

136. L'APDC constate que l'Autorité demande, déjà aujourd'hui, aux entreprises de lui soumettre au moins trois noms de candidats susceptibles de remplir la mission de mandataire.
137. L'APDC prend note de cette position qui, si elle n'est pas sans susciter des difficultés du fait du nombre limité d'acteurs sur le marché correspondants aux critères requis par l'Autorité (indépendance, absence de conflit d'intérêt, expérience), pourrait être de nature à générer de l'intérêt de la part de nouveaux acteurs sur le marché.
138. Les orientations qui seront données par l'Autorité dans son projet de Lignes Directrices confirmeront, ou pas, cet intérêt.
139. L'APDC attire toutefois l'attention de l'Autorité sur le fait qu'il serait sans doute contreproductif de se priver, dans des secteurs où un mandataire a déjà pu mener des missions similaires, ou pour des entreprises ayant déjà eu recours à un mandataire, de la possibilité de désigner à nouveau celui-ci.
140. Cette nouvelle pratique aura par ailleurs un effet bénéfique, lié à la récente démarche de l'Autorité de publier les décisions d'agrément des mandataires, de rendre plus clairs l'application des critères mentionnés plus haut par l'Autorité.
141. En l'absence de jurisprudence (à l'exception de la notion d'indépendance qui a été précisée par la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »)), il est en effet mal aisé aujourd'hui pour les entreprises de déterminer quel candidat dispose ou pas de l'expérience (dans le secteur ? dans la matière ? dans les missions de mandataire ?), quel autre de l'indépendance ou ne fait l'objet d'aucun conflit d'intérêt.
142. L'accroissement de la transparence en la matière est donc un pas que l'APDC salue et encourage.

2.3.4 Désignation du mandataire

143. Comme rappelé *supra*, l'APDC considère que le mandataire assure un rôle primordial dans la bonne exécution des engagements tout en accompagnant les entreprises dans leur exécution.

144. A ce titre, l'APDC relève qu'il est également primordial que le mandataire soit désigné au plus tôt, la période de mise en œuvre des engagements étant, en matière d'engagements structurels, courte, et les premiers mois critiques dans tous les cas.
145. L'APDC suggère par conséquent que les entreprises proposent, dès la phase d'examen des engagements, plusieurs noms de candidats, sur la base d'une proposition de services. L'agrément de l'Autorité pourrait alors être donné en même temps que la décision finale, et la mission débiter immédiatement. Les éléments soumis à l'Autorité seraient complétés en tant que de besoin dans le cadre du premier rapport du mandataire par un plan de travail détaillé, comme c'est l'usage aujourd'hui.

2.3.5 Relations du mandataire avec l'Autorité et l'entreprise

146. L'APDC rappelle à nouveau son attachement à un mandataire indépendant et impartial, à la fois de des entreprises parties à la concentration, mais aussi de l'Autorité, bien qu'il agisse pour le compte et, *in fine*, sous le contrôle de l'Autorité qui peut en effet adopter des décisions différentes de celles du mandataire (sous réserve de ce qui suit). Un tel mandataire indépendant et impartial est à même d'être garant de la bonne exécution des engagements et de l'atteinte des objectifs poursuivis par ceux-ci.
147. Si le modèle de contrat de mandat, dans sa rédaction actuelle inspirée du modèle de la Commission, n'est pas exempt de critiques, l'APDC considère qu'il traduit largement et efficacement ce positionnement.
148. Plutôt que de modifier le rôle du mandataire, l'APDC suggère, pour sa part, de renforcer la transparence des liens et échanges entre le mandataire, l'Autorité et les entreprises, dans les cas d'engagements structurels comme comportementaux afin d'aligner les attentes et d'assurer le succès des engagements.
149. A cet égard, il pourrait être envisagé d'organiser, dans les cas d'engagements structurels, des points trimestriels de suivi et d'échange. Le cas échéant, le mandataire pourrait suggérer à l'Autorité que ces points se déroulent en présence des parties à l'opération de concentration et/ou des repreneurs potentiels.
150. De même, dans les cas d'engagements comportementaux, la remise des rapports (souvent semestriels ou annuels) du mandataire pourrait être l'occasion pour les parties prenantes de se rencontrer et faire le point sur l'adéquation des mesures prescrites et les difficultés pratiques identifiées dans leur mise en œuvre.
151. Parce que les cas qui donnent lieu à engagements sont structurants pour la pratique juridique, il pourrait enfin être envisager d'organiser, à l'issue de la période de mise en

œuvre des engagements, un « post mortem » pour partager l'expérience acquise, comme cela se pratique habituellement dans les cabinets d'audit et de conseil.

2.3.6 Accroissement de la transparence sur les rapports du mandataire

152. Si les rapports de suivi sont aujourd'hui communiqués aux entreprises, parfois en version confidentielle, il n'en va pas de même s'agissant des rapports établis par le mandataire sur le repreneur (dans le cas d'engagements de cession), ni sur le renouvellement des engagements (dans le cas d'engagements comportementaux).
153. L'APDC suggère également de renforcer la transparence sur ce point, et de permettre un accès à ces rapports, et un éventuel débat avec le mandataire et l'Autorité sur la pertinence de l'analyse menée.

2.3.7 Accroissement du contradictoire et des exigences de prévisibilité et de sécurité juridique pour les cas où l'Autorité ne suit pas le avis du mandataire

154. Comme le Conseil d'État l'a explicité dans son arrêt Fnac / Darty du 26 juillet dernier, le mandataire intervient « *pour le compte et sous le contrôle de l'Autorité* ». Cela implique que, bien que le mandataire doive mener sa mission de manière indépendante et impartiale à la fois vis-à-vis des parties et de l'Autorité, l'Autorité peut décider de s'écarter des avis du mandataire, par exemple quant à l'agrément d'un repreneur ou quant à la nécessité de modifier ou renouveler des engagements.
155. Dans de telles circonstances, l'APDC suggère que l'Autorité soit tenue d'explicitier les raisons qui pourraient la conduire à s'écarter de l'analyse menée par le mandataire et qu'elle s'assure du respect du contradictoire, c'est-à-dire qu'elle auditionne les parties à l'opération de concentration et, en particulier à chaque fois que l'Autorité s'interroge sur l'agrément d'un repreneur, qu'elle auditionne celui-ci et lui permette de répondre aux griefs qu'elle pourrait formuler quant à sa candidature.
156. De telles exigences seraient en ligne avec la jurisprudence communautaire (affaire *Deutsche Lufthansa* qui énonce un principe général). De plus, ces exigences renforceraient l'acceptabilité des décisions de l'Autorité par les parties et, à chaque fois que les décisions de l'Autorité seraient publiées, elle contribuerait aux exigences de transparence et de sécurité juridique.

3 DEROULEMENT DE LA PHASE 2

3.1 Le calendrier de la phase 2

157. Le calendrier de phase 2 est gouverné par l'obligation qui incombe aux services d'instruction de rédiger un rapport qui présente, notamment, l'analyse concurrentielle des

services des concentrations, ainsi que, dans certains cas, les engagements proposés par la partie notifiante et ceux envisagés par les services des concentrations. Ce rapport peut être vu, *mutatis mutandis*, comme une sorte d'équivalent de la notification des griefs qui marque la fin de la période d'enquête de phase 2 de la DG Concurrence de la Commission européenne.

158. Ce rapport est généralement adressé à la partie notifiante quatre semaines environ avant l'audience devant le collège de l'Autorité de la concurrence qui se tient quelques jours après le dépôt par la partie notifiante de ses observations en réponse au rapport. Le caractère obligatoire de cette séquence, prévue par les textes, marque une différence importante avec la majorité des phases 2 qui se déroulent devant la Commission.
159. La DG Concurrence n'est en effet pas tenue d'adresser une notification des griefs, tout comme elle n'est pas tenue d'organiser une audience. On remarque d'ailleurs que dans sa pratique actuelle, seuls les cas posant des problèmes qu'il a été impossible de résoudre en début de phase 2 font l'objet d'une notification de griefs. Cette souplesse permet de mobiliser les parties prenantes à la procédure pour trouver des solutions dès le début de la phase 2.
160. La partie notifiante y est d'autant plus incitée que, du fait de la pratique de la DG Concurrence consistant à transmettre les principaux documents ayant mené à l'ouverture d'une phase 2 dès le début de celle-ci, cette dernière a une idée assez précise du retour de marché sur l'opération, ce qui l'aide à apporter des éléments complémentaires pertinents pour répondre aux préoccupations de concurrence identifiées par la Commission. Par ailleurs, la Commission organise une réunion d'« état des lieux » après la réponse à la décision de phase 2 pour faire le point sur les questions prioritaires à résoudre.
161. On note d'ailleurs que dans de très nombreux cas, les parties demandent une extension des délais en début de phase 2 pour avancer avec le *case team* dans la recherche de solutions et éviter ainsi une notification de griefs.
162. L'articulation de ces différentes sources de souplesse (notification de griefs non obligatoire, bonne pratique de la Commission consistant à transmettre les éléments clefs du dossier en début de phase 2, et demande de suspension de délais effectivement mise en œuvre) permet de raccourcir la durée de la phase 2 en évitant une notification de griefs, avec pour résultat un gain de temps et une économie de moyens.
163. Si, à droit constant, il n'est pas possible d'écarter la rédaction du rapport, il semble tout à fait possible de s'inspirer de certaines étapes procédurales existant à Bruxelles. Prévoir le dépôt d'observations dans un délai de 15 jours ouvrés puis la tenue d'une réunion d'état des lieux, ou encore la communication dès l'ouverture de la phase 2 des principales pièces

qui ont convaincu les services d'instruction de la nécessité d'une phase 2 est tout à fait possible. Cela mènerait sans doute à des phases 2 moins conflictuelles.

164. Premièrement, la partie notifiante ferait sans doute un usage plus efficace de son droit à une demande de suspension de délais pour rechercher des solutions, comme cela a lieu à Bruxelles.
165. Deuxièmement, lorsque des engagements sont proposés, le rapport comprendrait alors une discussion plus substantielle qu'aujourd'hui sur des engagements élaborés sur la base d'échanges plus construits ; cela permettrait de concentrer la discussion lors de la séance du Collège sur l'essentiel. Sauf désaccord complet entre la partie notifiante et les services d'instruction, le Collège serait alors amené à entamer une discussion productive avec les parties prenantes, rendant toute son utilité à la séance.
166. Troisièmement, ces adaptations mèneraient sans doute à un décalage de la remise du rapport laissant aux parties prenantes plus de temps pour négocier efficacement les termes des engagements à prendre.
167. Pour être pleinement efficace, ces mesures devraient être accompagnées de la mise en place d'un calendrier prévisionnel, pratique que les services d'instruction ont déjà mise en œuvre mais dont il serait souhaitable, dans un souci de transparence et prévisibilité de la procédure, qu'elle soit prévue par les Lignes Directrices.

3.2 Le rôle du membre référent

168. L'APDC appuie la mise en place officielle d'un membre référent choisi parmi les membres du Collège.
169. Il conviendra de définir les contours de la mission de ce membre référent et la façon dont la partie notifiante, d'une part, et les services de concentration, d'autre part, peuvent communiquer avec lui. Ce membre référent devrait être nommé dès l'ouverture de la phase 2.
170. Il serait pertinent de permettre au membre référent de rencontrer la partie notifiante (accompagnée des rapporteurs) avant la remise du rapport par les services de l'instruction. La partie notifiante serait ainsi mise en position d'échanger avec ce membre référent sur les problèmes de concurrence et les éventuels engagements envisagés. Une telle discussion permettrait notamment d'éviter les situations dans lesquelles des engagements totalement différents de ceux étudiés conjointement par les parties et l'instruction sont discutés en séance.

3.3 Les informations publiées par l'Autorité

171. Dans la continuité de sa démarche comparatiste, l'APDC relève des différences de pratique entre la DG Concurrence et l'Autorité quant aux informations publiées sur le déroulement de la phase 2.
172. L'analyse de la pratique européenne permet de relever que la DG Concurrence est astreinte à une communication régulière lors de la phase 2, en ce compris au moment de l'ouverture de la phase 2, du dépôt des engagements, d'une éventuelle extension de la durée de la procédure ainsi que des suspensions de délais accordées.
173. L'APDC salue la démarche transparente de la DG Concurrence et invite l'Autorité à réfléchir à une transparence accrue de la pratique française.

3.4 La consultation des autorités de régulation

174. Enfin, l'APDC souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur la question des avis des autorités administratives indépendantes (« AAI »). La liste des AAI en charge de la régulation de certains secteurs auxquelles l'Autorité doit demander un avis dans le cadre de la phase 2 est lacunaire (art. R. 4693-9 du Code de commerce). Au demeurant, cette liste est limitée à certaines AAI, alors que certains secteurs sont régulés (par exemple le secteur de la santé) par des administrations non indépendantes.
175. Le caractère lacunaire des autorités devant être consultées pour avis en phase 2 peut placer les parties dans une situation de conflit de régulateurs si lorsque le régulateur sectoriel et l'Autorité expriment des préoccupations différentes.
176. Afin de remédier à cette difficulté, l'APDC suggère à l'Autorité de revoir la liste des autorités devant être sollicitées par elle et de s'engager, dans ses Lignes Directrices, à consulter toute autorité de régulation du secteur concerné par une opération notifiée. Par ailleurs, l'APDC estime que la mise en place, au bénéfice de la partie notifiante, d'un droit de consultation de l'administration (y compris des AAI) pour avis autonome de celui de l'Autorité serait opportune. Afin d'apporter une solution aux éventuels conflits entre l'Autorité de la concurrence et les autres administrations, il faudrait que l'avis émis – qui serait non liant pour l'Autorité de la concurrence - soit intégré à l'analyse concurrentielle et au rapport.

4 CARACTÈRE FULL-FUNCTION

177. Aux termes de l'article 3(1)(b) du règlement n° 139/2004 (le « **Règlement** »), « *une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte [...] de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une*

entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs entreprises [...] » (gras ajouté).

178. Aux termes de l'article 3(4) du Règlement, « **la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue également une concentration au sens du paragraphe 1(b)** » (gras ajouté).
179. Aussi, s'agissant des entreprises communes (entendues comme des entreprises soumises à contrôle conjoint), la notion de concentration peut recouvrir des situations différentes et les conditions de qualification de concentration au sens du Règlement ne seront pas les mêmes selon la situation en cause.
180. En effet, aux termes du Règlement et de la Communication, deux tests différents s'appliquent traditionnellement aux entreprises communes, selon le cas :
- **le test dit « de l'entreprise »** : l'opération sera qualifiée de concentration dès lors que la cible préexistante, qui fera l'objet d'un contrôle conjoint à l'issue de la concentration concernée, exerce une activité se traduisant par **la présence sur un marché** et à laquelle **un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté** (article 3(1)(b) du Règlement et paragraphe 24 de la Communication)²⁴ ; ou
 - **le test dit « de plein exercice »** : l'opération ne sera qualifiée de concentration que si la cible (l'entreprise commune), qui est créée à l'occasion de l'opération concernée, accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (article 3(4) du Règlement et paragraphe 92 de la Communication).
181. En droit français, l'article L. 430-1 du Code de commerce et les Lignes Directrices de l'Autorité - notamment paragraphe 55 - sont en ligne avec la pratique de la Commission.
182. La possibilité d'identifier avec certitude la situation de concentration dans laquelle une entreprise commune se trouve est donc primordiale puisqu'elle déterminera le test applicable. Or cela n'est pas toujours aisé en pratique.
183. C'est dans ce sillage que se situe l'arrêt *Austria Asphalt* rendu par la CJUE²⁵. La question était de savoir si les articles 3(1)(b) et 3(4) du Règlement doivent être interprétés en ce

²⁴ Si la Commission détaille expressément ce critère aux paragraphes 24 à 27 de sa communication consolidée, elle ne le mentionne toutefois que très rarement, voire jamais, dans sa pratique décisionnelle ; le test de l'entreprise se fait donc de manière implicite plutôt qu'explicite.

²⁵ Aff. C-248/16, 7 septembre 2017.

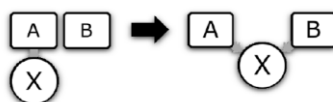
sens que **le passage d'un contrôle unique à un contrôle conjoint** sur une **entreprise existante**, à l'occasion duquel l'entreprise exerçant auparavant seule le contrôle conserve un contrôle conjoint à l'issue de l'opération concernée, n'entraîne une concentration que si la cible présente de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, *i.e.* est de plein exercice.

184. A cette question, la CJUE répond que « *l'article 3 du règlement n° 139/2004 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 [soit de plein exercice]* » (paragraphe 35 ; soulignements ajoutés).
185. Outre la réponse à la situation précise visée par la question préjudicielle (cf. exercice d'un contrôle conjoint par le contrôlant exclusif avant l'opération), la CJUE semble poser un principe plus général appréhendant d'autres cas de figure en soulignant que, « *au regard des objectifs poursuivis par le règlement n° 139/2004, l'article 3, paragraphe 4, de celui-ci doit être interprété comme se référant à la **création d'une entreprise commune, c'est-à-dire à une opération à l'issue de laquelle une entreprise contrôlée en commun par au moins deux autres entreprises apparaît sur le marché, sans qu'il importe que cette entreprise nouvellement contrôlée en commun ait existé avant l'opération en cause*** » (paragraphe 28).
186. L'Autorité s'inspirant traditionnellement de la pratique de la Commission et de celle de ses juridictions de contrôle communautaires en matière de contrôle des concentrations, la position de l'Autorité quant à son interprétation de l'arrêt *Austria Asphalt* doit être clarifiée, et ce pour plusieurs raisons.
187. D'une part, le test appliqué par l'Autorité dans ses décisions postérieures à l'arrêt *Austria Asphalt* et relatives à des situations similaires à celle que présentait cette affaire n'est pas univoque. L'APDC estime donc que la position de l'Autorité devrait être clarifiée à l'occasion de la mise à jour de ses Lignes Directrices.
188. D'autre part, deux lectures de l'arrêt *Austria Asphalt* semblent possibles. Soit le test de plein exercice s'applique dès lors qu'un contrôle conjoint nouveau apparaît, c'est-à-dire qu'une entreprise, existante sous contrôle exclusif (ou non contrôlée) ou nouvellement créée, devient contrôlée par deux ou plusieurs entreprises. Soit le test de plein exercice s'applique chaque fois qu'un contrôle conjoint nouveau apparaît mais également lorsqu'il est seulement modifié, c'est-à-dire dès qu'il y a un changement de tout ou partie des entreprises exerçant le contrôle conjoint sur cette entreprise avant l'opération.
189. Une telle clarification est d'autant plus essentielle que les conséquences du périmètre d'application du critère de plein exercice n'est nullement neutre pour les entreprises. En

particulier, ne pas notifier une concentration éligible aux seuils de contrôlabilité français applicables peut être sanctionné par une sanction pécuniaire imposée par l’Autorité. L’application de concepts clairs et balisés est donc fondamentale dans un souci de sécurité juridique

190. Dans ce contexte, l’APDC identifie ci-après les principaux cas impliquant une entreprise commune et présente une grille d’analyse tenant compte des implications probables de l’arrêt *Austria Asphalt*.
191. Il est d’ores et déjà souligné que la grille présentée ci-après implique un élargissement des cas d’application du test de plein exercice. Or ce critère n’apparaît pas pertinent dans certains cas particuliers comme l’acquisition du contrôle conjoint sur la base d’un contrat (contrat d’enseigne par exemple) ou l’acquisition du contrôle conjoint d’actifs immobiliers²⁶.
192. Cela étant précisé, les différentes situations impliquant un contrôle conjoint à l’issue de la concentration concernée seront envisagées ci-après.
193. Inspirée sur l’arrêt *Austria Asphalt*, la grille d’analyse présentée par l’APDC repose sur le principe selon lequel le critère de plein exercice a vocation à s’appliquer dans tous les cas de survenance d’une situation de contrôle conjoint nouvelle à l’issue de l’opération concernée, soit par création d’une entreprise commune nouvelle ou par passage d’un contrôle exclusif (ou d’une absence de contrôle) à un contrôle conjoint.

4.1 Passage d’un contrôle exclusif à un contrôle conjoint sur une entreprise préexistante



194. Il s’agit ici des faits de l’arrêt *Austria Asphalt*.
195. L’APDC estime que le test applicable dans cette situation est le test de plein exercice, tel que défini par la CJUE dans cet arrêt et que l’Autorité a également appliqué postérieurement à l’arrêt *Austria Asphalt*²⁷.
196. Cependant, et malgré l’arrêt *Austria Asphalt*, l’Autorité ne mentionne pas systématiquement et expressément le critère de plein exercice dans ses décisions. Par

²⁶ Dans le cas d’actifs immobiliers, le test actuel étant celui de l’entreprise avec des spécificités d’application au secteur immobilier résultant notamment du paragraphe 23 des Lignes Directrices.

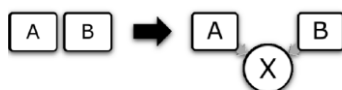
²⁷ Voir décision n° 17-DCC-181 du 6 novembre 2017 relative à cinq opérations dans le secteur immobilier dans les départements et régions d’Outre-mer.

exemple, dans une décision n° 17-DCC-231 du 27 décembre 2017 où le contrôle passait d'exclusif à conjoint, l'Autorité n'a pas évoqué le critère de plein exercice des sociétés cibles pour qualifier l'opération de concentration²⁸.

197. **L'APDC demande donc à l'Autorité de confirmer l'application systématique du test de plein exercice dans cette situation.**

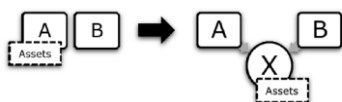
198. L'APDC estime par ailleurs qu'il n'y a pas lieu de distinguer le cas dans lequel le contrôle exclusif préalablement à l'opération est détenu par une entreprise ne co-contrôlant pas la cible post-opération (cf. partie 4.6 ci-dessous).

4.2 Création d'une entreprise commune totalement nouvelle



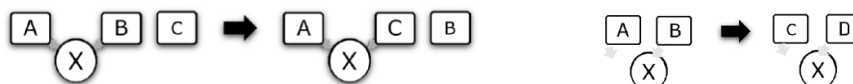
199. Ce cas correspond à l'article 3(4) du Règlement. Le test de plein exercice est donc applicable, conformément à une pratique constante de l'Autorité²⁹.

4.3 Création d'une entreprise commune avec apport d'actifs



200. Comme pour la création d'une entreprise commune sans apport d'actifs par ses mères (cf. partie 4.2 ci-dessus), ce cas correspond à l'article 3(4) du Règlement. Par conséquent, le test de plein exercice s'y applique sans ambiguïté.

4.4 Remplacement de tout ou partie des sociétés mères contrôlantes dans une entreprise commune préexistante

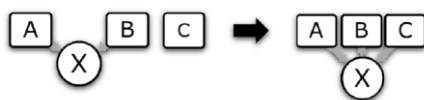


²⁸ Voir notamment décision n° 17-DCC-231 du 27 décembre 2017 relative à la prise de contrôle conjoint par la famille Zouari aux côtés du groupe Casino de 125 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire.

²⁹ Voir notamment décision n° 16-DCC-120 du 28 juillet 2016 relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice entre les sociétés DCNS et Piriou, paragraphe 7.

201. Comme indiqué précédemment, selon la lecture de l'arrêt *Austria Asphalt* retenue, deux situations peuvent être envisagées : soit le test de plein exercice ne s'applique qu'à la création d'un contrôle conjoint et ne s'applique donc pas dans ces cas, soit il s'applique à toute situation de contrôle conjoint (création comme modification), et serait dès lors applicable dans ces situations.
202. Le paragraphe 91 de la Communication semble inviter à suivre la première lecture. Rappelons que celui-ci dispose que « [...] une opération impliquant **plusieurs entreprises qui acquièrent auprès de tierces parties le contrôle en commun** d'une autre entreprise ou de parties d'une autre entreprise [...] constitue une concentration conformément à l'article 3(1), sans qu'il soit nécessaire de considérer le critère de plein exercice ». Par ailleurs, et suivant cette lecture, le paragraphe 91 de la Communication n'apparaît pas incompatible avec l'arrêt *Austria Asphalt*.
203. Les Lignes Directrices de l'Autorité n'indiquent en revanche pas la lecture qu'il conviendrait d'adopter, celles-ci se contentant d'indiquer que la création d'une entreprise commune, et donc l'application du critère de plein exercice, peut résulter de différents montages, et notamment « de l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante » (paragraphe 55). Cela étant, à la connaissance de l'APDC, dans sa pratique traditionnelle, l'Autorité n'applique en principe pas le critère de plein exercice pour qualifier l'opération en cas de contrôle conjoint avant et après l'opération³⁰.
204. **L'APDC demande donc à l'Autorité de confirmer que le test de plein exercice ne s'applique pas dans le cas d'un changement d'actionnaires au sein d'une entreprise commune préexistante.**

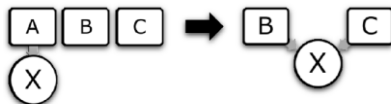
4.5 L'ajout d'une société mère contrôlante dans une entreprise commune préexistante



205. Il s'agit ici d'un cas similaire à l'hypothèse du changement d'actionnaire(s) co-contrôlant dans une société préexistante (cf. partie 4.4 ci-dessus).
206. **L'APDC préconise donc que l'Autorité confirme ici aussi que le test de plein exercice ne trouve pas à s'appliquer.**

³⁰ L'Autorité ne le faisait d'ailleurs pas non plus en cas de passage d'un contrôle exclusif à conjoint, jusqu'à récemment à l'issue de l'arrêt *Austria Asphalt* (voir décision n° 17-DCC-181 du 6 novembre 2017 relative à cinq opérations dans le secteur immobilier dans les départements et régions d'Outre-mer).

4.6 L'acquisition du contrôle en commun auprès de tierces parties



207. Selon la Communication, en particulier son paragraphe 91 précité, le test de l'entreprise devrait être ici applicable en vertu de l'article 3(1)(b) du Règlement, dans la mesure où il n'est pas « *nécessaire de considérer le critère de plein exercice* ».
208. Toutefois, l'arrêt *Austria Asphalt*, et la possible position de la CJUE de ne pas distinguer les entreprises nouvellement créées des entreprises existantes³¹, ainsi que le paragraphe 55 des Lignes Directrices de l'Autorité, semblent plutôt indiquer qu'il convient d'appliquer dans cette situation le test de plein exercice.
209. **L'APDC demande donc à l'Autorité de confirmer l'application du test de plein exercice dans cette situation.**

³¹ Voir notamment paragraphes 27 et 28 de l'arrêt *Austria Asphalt*.
