

**Contribution d'ICC France à la consultation publique
de l'Autorité de la concurrence sur l'introduction
d'un mécanisme de contrôle *ex post***

Paris, le **1^{er} octobre 2018**

- (1) L'Autorité de la concurrence (« **Autorité** ») a lancé le 20 octobre 2017¹ une réflexion visant à moderniser et simplifier le droit des concentrations. Les thèmes abordés par l'Autorité concernaient notamment :
 - la simplification des procédures en matière de concentrations, notamment sous l'angle de l'adaptation de la procédure simplifiée ; et
 - l'opportunité de créer un nouveau cas de contrôle des concentrations pour traiter les opérations susceptibles de poser des problèmes de concurrence et échappant aujourd'hui au contrôle des concentrations.
- (2) L'Autorité a soumis ses propositions d'évolution des procédures à consultation publique. Le Comité Français de la Chambre de Commerce Internationale (« **ICC France** ») a participé à cette première consultation et fait part de ses observations à l'Autorité dans une contribution en date du 30 novembre 2017².
- (3) Par un communiqué de presse du 7 juin 2018³, l'Autorité a dressé un bilan de cette consultation.
- (4) Concernant la simplification des procédures, l'Autorité envisage de :
 - simplifier le contenu du dossier de notification dans le cadre de la procédure simplifiée en supprimant notamment certaines informations qui étaient jusqu'ici requises des entreprises, dont des informations financières par exemple ;
 - élargir le champ d'application de la procédure simplifiée à certaines opérations pour lesquelles les chevauchements d'activités sont limités ; et
 - créer une procédure ultra simplifiée dont pourront bénéficier les entreprises qui relevaient jusqu'alors de la procédure simplifiée.
- (5) Ainsi qu'indiqué dans sa contribution du 30 novembre 2017, ICC France salue la volonté de l'Autorité de mettre en place une telle simplification des procédures et approuve en son principe l'approche retenue par l'Autorité.

¹ Autorité de la concurrence, Consultation publique – contrôle des concentrations, 20 octobre 2017.

² Voir la contribution d'ICC France du 30 novembre 2017 à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/icc_france_ld_concen_2017.pdf

³ Autorité de la concurrence, *Modernisation et simplification du contrôle des concentrations* (Communiqué de presse), 7 juin 2018.

- (6) S'agissant de l'étude de la création de nouveaux cas de contrôle des concentrations, ICC France se félicite de la décision de l'Autorité d'écarter la création d'un « seuil en valeur de la transaction » compte tenu notamment des difficultés de détermination de la valeur de la transaction de manière précise.
- (7) L'Autorité indique dans le communiqué du 7 juin 2018 sa volonté d'étudier la création d'un nouveau contrôle des concentrations *ex post*. Selon ce communiqué, le contrôle *ex post* permettrait à l'Autorité de contrôler *a posteriori* et à son initiative des opérations de concentration déjà mises en œuvres mais échappant à son contrôle *ex ante*, ainsi qu'à celui de la Commission européenne (la « **Commission** »).
- (8) ICC France s'étonne de cette proposition de l'Autorité. En effet, le principe même de contrôle *ex post*, sans notification obligatoire, apparaît quelque peu contradictoire avec la volonté de l'Autorité de renforcer la force obligatoire du contrôle *ex ante* en donnant une large portée à l'effet suspensif des notifications prévu par l'article L. 430-4 du code de commerce, comme il résulte notamment de la décision *Altice*⁴.
- (9) ICC France souhaite exprimer ses très fortes réserves vis-à-vis de la proposition de contrôle *ex post* et apporter quelques commentaires dont ICC France espère qu'ils trouveront écho auprès de l'Autorité (section 1).
- (10) ICC France saisit également l'opportunité de cette seconde consultation pour proposer à l'Autorité quelques suggestions concernant la modification des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations annoncée par l'Autorité (section 2).

1. L'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post*

- (11) De manière générale, ICC France considère que l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post* des concentrations n'est pas souhaitable.
- (12) ICC France exprime en effet de sérieuses réserves quant à la nécessité d'un tel mécanisme (section 1.1) dans la mesure où ce mécanisme constituerait une source d'insécurité juridique importante (section 1.2) et soulèverait des difficultés significatives de mise en œuvre (section 1.3). En outre, des doutes sérieux existent quant à la constitutionnalité du régime de contrôle *ex post* tel qu'envisagé par l'Autorité (section 1.4). Enfin, l'étude des exemples étrangers mis en avant par l'Autorité ne semble pas permettre de justifier la création d'un mécanisme de contrôle *ex post* en France (section 1.5).

⁴ Voir notamment, Autorité de la concurrence, Décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce.

1.1 L'absence de nécessité d'un mécanisme de contrôle *ex post*

- (13) ICC France considère qu'il existe des doutes sérieux quant à la nécessité de l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post* en droit français.
- (14) En effet, les insuffisances de contrôle mises en avant par l'Autorité ne semblent pas à même de justifier la création d'un mécanisme de contrôle *ex post* (section 1.1.1). Cela est d'autant plus vrai que l'Autorité dispose d'ores et déjà d'outils lui permettant d'imposer le démantèlement de certaines entreprises (section 1.1.2).

1.1.1 Des « insuffisances de contrôle » non démontrées

- (15) ICC France considère que l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post*, évolution majeure du droit français de la concurrence, ne pourrait être envisagée qu'en présence d'insuffisances de contrôle réelles et établies.
- (16) L'Autorité justifie dans son communiqué de presse l'introduction d'un contrôle *ex post* par les insuffisances du régime actuel du contrôle des concentrations pour appréhender le rachat d'entreprises numériques ou de high tech, qui peuvent conduire à de fortes valorisations pour des entreprises « *sans chiffres d'affaires* »⁵.

Toutefois, l'Autorité ne mentionne pas d'exemple d'opération qui aurait posé de sérieux problèmes de concurrence tout en échappant à son contrôle ainsi qu'à celui de la Commission. Le seul exemple cité par l'Autorité est celui du rachat de Whatsapp par Facebook. Or, cette opération n'a pas échappé au contrôle des autorités de concurrence. Bien au contraire, cette opération a été contrôlée, et autorisée, par la Commission européenne⁶.

- (17) De plus, le champ d'application du contrôle *ex ante* de l'Autorité est d'ores et déjà très large, du fait de l'existence de trois seuils : (i) les seuils de droit commun, (ii) les seuils spécifiques au commerce de détail et (iii) les seuils spécifiques aux départements ou régions français d'outre-mer et aux collectivités d'outre-mer (« **DROM-COM** »). Ce champ d'application est d'autant plus large que les seuils de droit commun n'ont pas été réévalués depuis l'Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, en dépit des évolutions de l'économie française⁷. Ce point avait d'ailleurs été mis en avant par ICC France dans sa contribution du 30 novembre 2017⁸.

⁵ Autorité de la concurrence, *Modernisation et simplification du contrôle des concentrations* (Communiqué de presse), 7 juin 2018.

⁶ Commission européenne, 3 octobre 2014, Case No COMP/M.7217, *FACEBOOK/ WHATSAPP*.

⁷ Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises.

⁸ Voir la contribution d'ICC France du 30 novembre 2017 à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence, page 2.

L'application des seuils existants a d'ailleurs conduit l'Autorité à rendre un nombre significatif de 236 décisions en matière de concentrations en 2017⁹. Ce nombre élevé de décisions semble indiquer qu'un très faible nombre d'opérations échappe au contrôle de l'Autorité.

- (18) Dès lors, et en l'absence d'insuffisances de contrôle avérées, ICC France s'interroge sur la réelle nécessité d'introduire un nouveau régime de contrôle des concentrations *ex post*.

1.1.2 L'existence en l'état du droit d'un contrôle *ex post* en cas d'abus de position dominante (article L. 430-9 du code de commerce)

- (19) La création d'un contrôle *ex post* des concentrations apparaît d'autant moins nécessaire qu'une forme de contrôle *a posteriori* des opérations de concentrations existe déjà au travers de la procédure prévue à l'article L. 430-9 du code de commerce.

- (20) L'article L. 430-9 du code de commerce dispose que « *L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre* ».

Sur la base de cet article, l'Autorité de la concurrence peut donc imposer le démantèlement d'une concentration qui n'aurait pas été soumise à son contrôle *ex ante*, en cas d'abus de position dominante. Cette mesure apparaît en soi particulièrement dissuasive. Elle est, de surcroît, particulièrement bien proportionnée, dès lors que le champ de son application est circonscrit aux entreprises qui ont adopté un comportement anticoncurrentiel avéré, découlant directement de la concentration en cause. La création d'un second mécanisme de contrôle *a posteriori* apparaît dès lors peu justifiée.

- (21) ICC France note que ce mécanisme, qui n'avait jamais été utilisé sous l'empire de l'ordonnance de 1986¹⁰, n'a fait l'objet, à sa connaissance, que d'une seule application par l'Autorité, et ce en juillet 2002¹¹.

Cette très faible application de l'article L. 430-9 du code de commerce (une seule fois en 32 ans) confirme l'intérêt limité d'un contrôle *a posteriori* des opérations

⁹ Autorité de la concurrence, Rapport annuel 2017, page 14.

¹⁰ Ce mécanisme était prévu par l'article 43 de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et a été codifié en 2001 à l'article L.430-9 du code de commerce.

¹¹ Conseil de la concurrence, décision n° 02-D-44 du 11 juillet 2002.

de concentrations. L'intérêt de la création d'un nouveau contrôle *ex post* semble dès lors très contestable.

1.2 **Le mécanisme de contrôle *ex post* envisagé par l'Autorité est source d'insécurité juridique importante**

- (22) ICC France considère que l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post* poserait de graves problèmes en termes de sécurité juridique pour les entreprises mais également, dans une certaine mesure, pour l'Autorité elle-même, au regard de la nécessaire clarté des règles applicables.
- (23) En effet, les critères permettant son déclenchement sont bien trop vagues (section 1.2.1). De plus, le mécanisme envisagé par l'Autorité risque de gravement pénaliser la vie des affaires et la sécurité des opérations de concentrations (section 1.2.2).

1.2.1 L'absence de définition des « préoccupations substantielles de concurrence »

- (24) L'Autorité propose que le contrôle *ex post* lui permette de se saisir d'opérations (i) ne dépassant pas les seuils en chiffre d'affaires du contrôle *ex ante*, (ii) non contrôlées par la Commission européenne, et (iii) dont l'analyse laisserait apparaître des « préoccupations substantielles de concurrence ».
- (25) ICC France considère que ce dernier critère pose des difficultés sérieuses. En effet, compte tenu des conséquences potentielles d'une revue *ex post*, les « préoccupations substantielles de concurrence » doivent être définies précisément. Cette préoccupation répond au souci de préserver la sécurité juridique des entreprises et de leur permettre de déterminer les opérations pouvant potentiellement être concernées par le dispositif de contrôle *ex post*.
- (26) L'Autorité de la concurrence reconnaît elle-même cette nécessité et propose de définir ce critère dans des lignes directrices.
- (27) Cependant, ICC France émet de sérieuses réserves quant à la possibilité de parvenir à établir une définition des « préoccupations substantielles de concurrence » qui permettrait de lever toute ambiguïté quant aux opérations répondant à ce critère.
- (28) En effet, le concept de « préoccupations substantielles de concurrence » est par nature flou et risque de poser de nombreuses difficultés d'interprétation et de donner lieu à un contentieux important.

- (29) De plus, l'Autorité de la concurrence n'a, à l'heure actuelle, pas indiqué ce que recouvre ce concept. L'Autorité mentionne uniquement que le contrôle *ex post* serait limité aux opérations conduisant à des « *positions dominantes ou monopolistiques sur des marchés identifiés* ».
- (30) Si les préoccupations substantielles de concurrence devaient être définies comme recouvrant des situations dans lesquelles les parties détiennent des parts de marché importantes sur certains marchés donnés, ce critère ne serait pas satisfaisant.

En effet, cette définition imposerait aux parties et à l'Autorité de définir les marchés pertinents ainsi que les positions des acteurs sur ces différents marchés. Une telle définition des marchés pertinents nécessiterait des travaux économiques poussés et complexes et pourrait donc conduire à une mobilisation importante des ressources de l'Autorité et des entreprises concernées (le plus souvent, des PME) sur des dossiers de faible ampleur.

Ceci est particulièrement vrai dans des secteurs tels que celui des nouvelles technologies où la jurisprudence existante est limitée voire inexistante, alors même que l'Autorité entend précisément justifier le contrôle *ex post* par des insuffisances de contrôle dans ces secteurs.

- (31) Ces difficultés d'appréhension des seuils en parts de marché avaient été soulignées par le législateur lors de l'examen de la loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques (« *NRE* »). Les parlementaires avaient ainsi relevé que « *a l'inverse du chiffre d'affaires aisé à déterminer, la notion de parts de marché apparaît, en effet, beaucoup plus floue et difficile à appréhender, ne serait-ce que lorsqu'il s'agit de déterminer le marché pertinent de référence* »¹².
- (32) Pour ces raisons, ICC France exprime des réserves les plus sérieuses quant au critère des préoccupations substantielles de concurrence mis en avant par l'Autorité.

1.2.2 L'absence de garanties pour les entreprises et la vie des affaires

- (33) Le mécanisme de contrôle *ex post* envisagé par l'Autorité ne prévoit aucune garantie pour les entreprises leur permettant de s'assurer de la conformité au droit de la concurrence des opérations non soumises au contrôle *ex ante* avant leur réalisation.
- (34) Quand bien même l'Autorité autoriserait les entreprises à notifier volontairement les opérations tombant sous les seuils de chiffre d'affaires de droit commun, le mécanisme se révélerait insatisfaisant.

¹²

Rapport n° 2327 XIe législature de M. Eric Besson au nom de la commission des finances sur les nouvelles régulations économiques, tome I (sous l'article 49).

En effet, il est probable que de nombreuses entreprises souhaiteront, afin d'éviter un éventuel contrôle *ex post*, utiliser cette possibilité de notification volontaire pour sécuriser leurs opérations, alors même que les opérations en question ne poseraient pas en elles-mêmes de problèmes de concurrence. L'Autorité devrait alors procéder à l'analyse des concentrations qui lui seront notifiées volontairement et ainsi mobiliser ses ressources pour des dossiers de faible ampleur. La mise en place du contrôle *ex post* serait ainsi de nature à créer des retards de traitement et des rythmes de travail affectant l'ensemble des opérations et *in fine* l'organisation de l'Autorité.

- (35) Dès lors, l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post* apparaît porter des risques importants en terme de sécurité juridique. ICC France considère que ce mécanisme est susceptible de se révéler extrêmement pénalisant pour la vie des affaires compte tenu des graves problèmes de sécurité juridique qu'il pourrait entraîner.

1.3 Les difficultés posées par le contrôle *ex post* sur un plan pratique

- (36) ICC France considère que le contrôle *ex post* envisagé par l'Autorité est également susceptible de donner lieu à de grandes difficultés de mise en œuvre pratique pour les entreprises.
- (37) L'Autorité a en effet indiqué envisager un délai compris entre six mois et deux ans durant lequel elle pourrait se saisir d'une opération non soumise à son contrôle *ex ante*.
- (38) Tout d'abord, ICC France considère que ce délai est totalement disproportionné et incompatible avec la vie des affaires. En effet, il est probable qu'après un tel délai (jusqu'à deux ans), l'intégration de la cible au sein de l'acquéreur sera déjà avancée, voire terminée au moment de l'auto saisine par l'Autorité. Si l'Autorité devait interdire ou solliciter des engagements concernant une opération déjà mise en œuvre tels que des cessions d'actifs, ces mesures pourraient se révéler difficiles voire impossibles à mettre en œuvre, selon notamment le niveau d'intégration des entreprises.

Cette difficulté avait été d'ailleurs relevée par les parlementaires lors des débats relatifs au projet de loi NRE et avait justifié le caractère suspensif des opérations de concentration. En effet, les débats avaient mis en lumière le fait que « *une réalisation anticipée pourrait être difficile à dénouer si l'opération venait à être interdite, rendant le retour à la situation antérieure plus difficile, voire très coûteux pour les entreprises concernées* »¹³. La réforme envisagée par l'Autorité

¹³

Rapport n ° 2327 XIe législature de M. Eric Besson au nom de la commission des finances sur les nouvelles réglementations économiques, tome I (sous l'article 51).

apparaît aussi contraire aux objectifs poursuivis par le législateur au soutien du régime actuel.

- (39) De plus, la question du point de départ des délais de notification est également problématique. En effet, l'Autorité n'indique pas le point de départ du délai de six mois à deux ans envisagé. Si le point de départ de ce délai était la réalisation effective de la cession (le « *closing* »), cela pourrait poser de graves difficultés. En effet, retenir comme point de départ du délai la date de closing d'une transaction pourrait conduire à des situations dans lesquelles l'Autorité aurait eu connaissance d'une opération qu'elle souhaiterait contrôler, par voie de presse par exemple, mais aurait décidé (ou aurait l'obligation) d'attendre la réalisation effective de la cession pour se saisir du dossier.
- (40) Ensuite, les remèdes requis *ex post* pour obtenir l'autorisation de l'Autorité pourraient faire perdre leur sens économique à l'opération. Ainsi les parties risqueraient d'être placées dans une situation dans laquelle elles seraient contraintes de proposer à l'Autorité des remèdes qui, si elles les avaient connus avant l'opération, les auraient conduites à ne pas réaliser l'opération. En l'état du système actuel, une renonciation à réaliser l'opération compte tenu des exigences de l'Autorité a des conséquences autrement moins graves.
- (41) Enfin, quand bien même l'opération serait *in fine* autorisée par l'Autorité, l'intégration de la cible pourrait devoir être suspendue pendant toute la durée du contrôle. Une telle suspension ferait encourir des coûts importants, et non justifiés, aux parties à l'opération.
- (42) ICC France considère donc que le dispositif envisagé par l'Autorité comporterait de grandes difficultés de mise en œuvre pratique.

1.4 **Le risque d'inconstitutionnalité d'un système de contrôle *ex post***

- (43) ICC France considère que l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post*, au champ d'application aussi étendu que celui envisagé par l'Autorité, comporte un fort risque d'inconstitutionnalité si un tel régime était adopté par le législateur. En effet, le contrôle *ex post*, en permettant à l'Autorité d'imposer le démantèlement d'une concentration déjà réalisée, porte atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.
- (44) Cette analyse est notamment fondée sur la décision du Conseil constitutionnel en date du 5 août 2015¹⁴ qui a censuré les dispositions du projet de loi pour la croissance, l'activité, et l'égalité des chances économiques prévoyant la création d'une procédure d'injonction structurelle de l'Autorité dans le commerce du détail

¹⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015.

en France métropolitaine¹⁵. Pour rappel, ce pouvoir d'injonction de l'Autorité pouvait être mis en œuvre en cas de réunion de quatre conditions cumulatives :

- L'existence d'une position dominante d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises ;
- La détention d'une part de marché de plus de 50% par cette entreprise ou groupe d'entreprises ;
- Une concentration excessive du marché portant atteinte à la concurrence dans une zone précise ;
- Des prix et des marges élevées pratiquées dans cette zone par l'entreprise ou le groupe d'entreprises.

Selon le texte censuré par le Conseil constitutionnel, en cas d'insuffisance des engagements comportementaux proposés par les entreprises, l'Autorité pouvait enjoindre l'entreprise ou groupe d'entreprises en position dominante à modifier, compléter ou résilier tous accords ou tous actes par lesquels s'était constituée cette puissance économique.

- (45) Le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision de censure que les dispositions du projet de loi pour la croissance, l'activité, et l'égalité des chances économiques portaient une atteinte manifestement disproportionnée tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété au regard du but poursuivi. En effet, le Conseil constitutionnel a souligné que le pouvoir d'injonction conféré à l'Autorité s'étendait à l'ensemble du territoire national et à tout le commerce de détail, tandis que l'intention du législateur était de remédier à certaines situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire.
- (46) ICC France relève que le contrôle *ex post* que l'Autorité souhaite instaurer pourrait encourir un risque de censure identique par le Conseil constitutionnel pour ces mêmes raisons. En effet, la possibilité pour l'Autorité d'imposer le démantèlement d'une opération de concentration déjà réalisée peut être regardée comme portant atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété alors qu'un contrôle *ex post* concernerait un nombre limité d'opération.

En effet, ICC France note que le nouveau contrôle *ex post* sera applicable dans tous les secteurs d'activité sur l'ensemble du territoire français. ICC France relève que l'Autorité souhaite simplement remédier à des insuffisances de contrôles au vu de la « *spécificité des rachats d'entreprises numériques ou de high tech (biotech, médicaments), qui peuvent conduire à de fortes valorisations*

¹⁵

Voir le projet de loi n° 2765 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, article 39 : http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta-pdf/2934-1-art_49-3.pdf

pour des entreprises « sans chiffre d'affaires » »¹⁶, et pour un « nombre très limité d'opérations qui pourraient s'avérer problématiques »¹⁷.

Le champ d'application du nouveau contrôle *ex post* apparaît donc disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi par l'Autorité. Ce dispositif porterait donc une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété des entreprises. ICC France souligne donc que le projet présenté par l'Autorité comporte un fort risque d'être déclaré inconstitutionnel.

1.5 **L'absence de justification d'un mécanisme de contrôle *ex post* par les exemples étrangers cités par l'Autorité**

- (47) ICC France considère que les exemples étrangers mis en avant par l'Autorité ne permettent pas de justifier l'introduction d'un régime de contrôle des concentrations *ex post* en France.
- (48) L'Autorité a en effet souligné l'existence d'un contrôle *ex post* dans différentes juridictions pour justifier sa volonté de se doter d'un outil similaire. Les pays cités par l'Autorité sont la Hongrie, l'Irlande, la Lituanie, le Royaume-Uni, la Suède, le Brésil, les Etats-Unis, le Canada et le Japon¹⁸.
- (49) ICC France tient tout d'abord à souligner que la référence au Royaume-Uni ne lui apparaît pas pertinente. En effet, la possibilité pour la *Competition & Markets Authority* d'exercer un contrôle *ex post* a pour seule justification l'absence de régime de notification obligatoire des opérations de concentration franchissant par ailleurs certains seuils exprimés en chiffre d'affaires et en parts de marché au Royaume-Uni. La mise en avant de l'exemple britannique n'apparaît donc pas fondée dès lors qu'un tel régime de notification volontaire n'existe pas en France. Il en va de même concernant la référence faite au Canada ainsi qu'aux Etats-Unis. Ces deux systèmes ne sont pas dotés d'un contrôle *ex ante* rigide: au Canada, le « standstill » devient caduc à compter d'un certain délai, tandis qu'aux Etats-Unis, de nombreuses autorisations *ex ante* sont rendues de manière tacite. Eu égard au décalage de ces régimes par rapport au régime français, dont le contrôle *ex ante* constitue un filtre formellement appliqué, ces deux exemples sont peu convaincants au soutien de l'introduction d'un contrôle *ex post* en France.

¹⁶ Autorité de la concurrence, *Modernisation et simplification du contrôle des concentrations* (Communiqué de presse), 7 juin 2018.

¹⁷ Autorité de la concurrence, *Modernisation et simplification du contrôle des concentrations* (Communiqué de presse), 7 juin 2018.

¹⁸ Autorité de la concurrence, *Réforme du droit des concentrations et contrôle ex post* (Synthèse), page 2.

(50) Ensuite, dans plusieurs des juridictions citées par l'Autorité, le contrôle des concentrations *ex post* a été mis en place pour remédier à des problèmes spécifiques identifiés sur certains marchés :

- en Hongrie, le contrôle *ex post* a pour but de cibler les marchés locaux ;
- en Lituanie, ce mécanisme vise principalement le secteur de la publicité en ligne ;
- en Suède, le contrôle *ex post* a été mis en place afin de remédier à des difficultés sur des marchés déjà très concentrés.

Or, ainsi que démontré précédemment, l'Autorité ne justifie pas d'insuffisances de contrôle spécifiques permettant de justifier la création d'un mécanisme de contrôle *ex post* (section 1.1.1). De plus, en France, des seuils spécifiques moins élevés sont déjà prévus pour les opérations de concentration dans le secteur de la distribution de détail ainsi que pour les opérations dans les DROM-COM. Dès lors, la comparaison avec les autres pays n'apparaît pas justifiée dans la mesure où il existe des seuils spécifiques applicables à certains marchés et où l'Autorité ne justifie pas l'existence de réelles insuffisances de contrôle.

(51) Enfin, ICC France note que dans la plupart des juridictions mises en avant par l'Autorité, le contrôle *ex post* est en pratique peu appliqué et, de surcroît, ne conduit que très rarement à des décisions d'interdiction.

Ainsi, le contrôle *ex post* n'a, à la connaissance d'ICC France, été mis en œuvre qu'une seule fois en Hongrie et au Brésil et que trois fois en Lituanie. Au Japon, cette procédure n'a même jamais été appliquée.

A la connaissance d'ICC France, la mise en œuvre du contrôle *ex post* n'a donné lieu qu'à une seule décision d'interdiction en Suède et au Royaume-Uni et à aucune décision d'interdiction en Irlande.

Dès lors, ICC France considère que ces données illustrent la faible aptitude des procédures de contrôle *ex post* à permettre un contrôle effectif des opérations de concentration posant de réels problèmes de concurrence, ce qui rend d'autant moins pertinente l'introduction d'un tel régime en France.

(52) ICC France considère donc que, compte tenu (i) de l'absence d'insuffisances avérées du régime actuel de contrôle des concentrations en France et (ii) des difficultés juridiques et pratiques faisant obstacle à un régime de contrôle *ex post*, les exemples étrangers mis en avant par l'Autorité ne permettent pas de justifier l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post* en France.

2. Les nouvelles lignes directrices sur le contrôle des concentrations

- (53) ICC France se félicite de la volonté de l'Autorité de procéder à une révision de ses lignes directrices relatives aux contrôles des concentrations et proposera une contribution plus détaillée lorsque les principales propositions d'évolutions auront été identifiées.
- (54) A ce stade, ICC France se propose de souligner les principaux éléments qui, à son sens, pourraient appeler à être précisés dans les nouvelles lignes directrices :
- Tout d'abord, ICC France souligne que la révision des lignes directrices pourrait constituer une opportunité, pour l'Autorité, de mieux définir et encadrer la procédure de pré notification. Il serait notamment particulièrement important pour les entreprises que, contrairement à sa pratique actuelle, l'Autorité s'engage fermement à examiner la complétude/l'incomplétude de leur dossier de concentration dès la phase de pré notification à l'image du contrôle des concentrations par la Commission. Or, en pratique, la lettre de complétude est envoyée quelques jours avant la décision. L'Autorité devrait donc s'engager à indiquer aux entreprises les éléments manquants du dossier de concentration, ce qui permettrait aux entreprises de pouvoir s'assurer de la complétude du dossier avant la notification.
 - Ensuite, ICC France suggère que la question du gun-jumping soit également abordée dans les lignes directrices. En effet, la révision des lignes directrices peut être considérée comme une opportunité, pour l'Autorité, de préciser, sur la base de l'article de sa Présidente¹⁹, la notion de réalisation anticipée d'une concentration à la lumière notamment des incertitudes soulevées par la décision *Altice*²⁰.
 - En outre, ICC France suggère que l'allègement des informations demandées aux entreprises lors des notifications ne soit pas limité à la procédure simplifiée mais puisse également concerner la procédure de droit commun. En effet, certaines informations requises par le dossier de notification n'apparaissent pas indispensables à l'examen de toutes les opérations de concentration. ICC France considère qu'il serait ainsi possible d'alléger le contenu du dossier de concentration, tout en laissant la possibilité à l'Autorité, si nécessaire, de demander des informations complémentaires.
 - Enfin, ICC France considère que le recours systématique à la nomination d'un mandataire indépendant chargé du suivi des engagements n'est pas toujours

¹⁹ Isabelle de Silva, *Gun-jumping : Quelles sont les pratiques à éviter ?*, septembre 2018, Revue Concurrences N° 3-2018, Art. N° 87364, pp. 55-66.

²⁰ Autorité de la concurrence, Décision n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce.

justifié en pratique. ICC France suggère donc à l'Autorité de profiter de la révision des lignes directrices pour revoir sa position sur ce point et prévoir des cas dans lesquels la nomination d'un mandataire ne sera pas exigée des entreprises.

==*