

**Réponse à la consultation publique lancée le 19 octobre 2017 sur la  
modernisation et la simplification du contrôle des concentrations**

**McDermott Will & Emery**  
23, rue de l'Université  
75007 Paris  
France

Le 30 novembre 2017

## **Introduction**

L'Autorité de la concurrence (« **l'Autorité** ») a fait part, le 19 octobre dernier, de sa volonté de moderniser et simplifier le contrôle des concentrations en lançant une consultation publique sur ce thème de la modernisation et la simplification du contrôle des concentrations (« **Consultation** »). Le cabinet d'avocats McDermott Will & Emery (le « **Cabinet** ») partage cette volonté dans la mesure où une telle modernisation et simplification apparaissent opportunes, voire nécessaires, et saluons l'initiative de l'Autorité de consulter, en amont, les différents acteurs concernés.

Nous voyons dans cette consultation publique une excellente opportunité de discuter des possibles améliorations qui pourraient être apportées au contrôle des concentrations afin de répondre aux difficultés qui peuvent parfois être rencontrées dans sa mise en œuvre. Dans cette optique, nous exposons ci-dessous, quelques suggestions personnelles ainsi que nos observations sur les thèmes de réflexion déjà utilement définis par l'Autorité, avec l'espoir que tout ou partie d'entre elles pourront être prises en compte.

Nous concentrerons nos observations et suggestions sur trois points :

- Les seuils du contrôle (**I**), en présentant nos idées quant à l'opportunité (i) d'introduire un nouveau seuil basé sur la valeur de l'opération, de (ii) réintroduire un seuil en part de marché à côté des seuils actuels en chiffre d'affaires qui les ont remplacés en 2001, et (iii) d'introduire un nouveau seuil de chiffre d'affaires minimum de la cible dans les opérations consistant en l'acquisition d'un contrôle conjoint par deux sociétés dépassant les seuils de notification obligatoire mais actives sur des marchés distincts et non liés entre elles et par rapport à la cible.
- L'acquisition de participations minoritaires dites « non-contrôlantes » (**II**). Nous rappellerons à cet égard la position déjà exprimée par plusieurs associés du cabinet plaidant pour la mise en place d'un système d'auto-évaluation avec possibilité d'une notification volontaire, encadrée par des règles claires et des délais stricts, et, le cas échéant, possibilité, pour l'Autorité de décider, à sa discrétion et dans une période limitée, d'initier une procédure de contrôle.
- La procédure du contrôle des concentrations (**III**). Sur ce point, nous aborderons plusieurs thèmes spécifiques, dont (i) la procédure simplifiée et l'opportunité de l'étendre à des cas non encore visés, (ii) l'accusé de complétude dont nous souhaiterions que, dans une perspective de sécurité juridique accrue pour les parties à une concentration, il puisse être envoyé par l'Autorité plus tôt après le dépôt du dossier de notification, et (iii) la phase de pré-notification que nous souhaiterions voir davantage encadrée en termes de délais afin d'augmenter la prévisibilité du contrôle des concentrations par l'Autorité.

### **I. Les seuils du contrôle**

#### **A. L'introduction d'un nouveau seuil basé sur la valeur de l'opération**

A l'occasion du lancement de sa Consultation, l'Autorité a posé la question de la nécessité d'une évolution des seuils français de contrôle. Parmi les pistes d'évolution possibles, l'Autorité a évoqué l'introduction, comme en Allemagne et en Autriche, d'un seuil alternatif

fondé sur la valeur de la transaction avec comme nexus local une « activité significative » de la cible en France.

Lors de la réunion du 26 octobre dernier qui s'est tenue dans le cadre de la Consultation et à laquelle notre Cabinet a participé, cette question a également été soulevée, ce qui fut l'occasion pour certains participants d'émettre des réserves, principalement au sujet du critère de rattachement à retenir pour caractériser une « activité significative » de la cible.

Par principe, notre cabinet serait favorable à l'introduction d'un tel nouveau seuil, mais avec les réserves suivantes.

Nous avons, en effet, été sensibles au fait de voir certaines opérations de concentration conclues pour une valeur très significative et ayant échappé à toute analyse de l'Autorité, parce que les seuils de contrôle en chiffre d'affaires existants ne permettaient pas de les appréhender, alors même qu'elles étaient susceptibles de poser des problèmes de concurrence. Il existe là une lacune du contrôle français des concentrations qu'il conviendrait donc de combler, mais de façon appropriée et proportionnée au nombre probablement relativement faible de telles opérations.

Il s'agit principalement, à ce jour du moins, d'opérations portant sur des sociétés du secteur numérique qui offrent leurs services gratuitement à leurs utilisateurs et dont la très forte valorisation ne résulte donc pas de leur capacité à générer immédiatement un chiffre d'affaires important, qui peut donc souvent être inférieur aux seuils de contrôle (en France du moins), mais de l'importante quantité de données qu'elles collectent sur leurs utilisateurs (*cf.*, par exemple, l'acquisition de WhatsApp par Facebook).

De la même façon, mais plus largement, des *start-ups* de la nouvelle économie, au chiffre d'affaires très faible, voire parfois encore nul, sont régulièrement acquises pour des montants très importants, en raison de leur potentiel (supposé). Ces opérations échappent donc là-encore, le plus souvent, à tout contrôle des concentrations en France alors que l'impact concurrentiel de l'opération de concentration peut ne pas être nul.

De même encore, s'agissant des opérations conclues dans le secteur de l'industrie pharmaceutique. Dans ce domaine, il est, en effet, fréquent que des sociétés soient rachetées alors même qu'elles ne sont encore qu'en phase de développement de nouveaux traitements/médicaments prometteurs et soient, sur cette base, très fortement valorisées, alors même que, dans l'attente de la fin des essais cliniques, de la réception de l'autorisation de mise sur le marché et de cette mise sur le marché effective, elles ne dégagent encore aucun chiffre d'affaires.

C'est donc pour pouvoir appréhender de telles opérations, et ainsi analyser leur effet au moins potentiel sur la concurrence, que nous serions favorables à l'introduction d'un seuil de contrôle alternatif basé sur la valeur de la transaction, pour autant que le nexus local à lui adjoindre pour ne pas augmenter de façon exagéré le nombre de notifications soit également défini de façon claire.

En effet, pour éviter qu'un tel seuil, puisqu'il ne requerrait pas en tant que tel que l'opération ait ou puisse avoir un effet sur la concurrence, ne conduise à des notifications additionnelles multiples et, donc, à l'examen d'opérations dépourvues de tout impact sur la concurrence, voire même de tout lien avec la France, qui alourdirait inutilement les charges résultant du

contrôle des concentrations pour les entreprises contraintes et encombrerait tout aussi inutilement les services d’instruction de l’Autorité, au seul motif que le montant de l’opération est important, il nous semble primordial de définir un critère de rattachement (« *local nexus* ») approprié et dépourvu de toute ambiguïté.

A cet égard, le critère de rattachement en nombre d’utilisateurs utilisé en Allemagne afin de qualifier une « activité significative », nous semble, en ce qu’il apparaît, au moins *a priori*, comme objectif, offrir une certaine sécurité juridique aux entreprises qui auraient la charge, suite à l’introduction éventuelle d’un nouveau seuil de contrôle, d’apprécier la notifiabilité d’un projet d’acquisition. Si certains pourraient émettre la réserve qu’une société pourrait avoir intérêt à minorer son nombre d’utilisateurs réels pour échapper au contrôle de l’Autorité, celle-ci nous paraît, en pratique assez improbable dans la mesure où, justement, le nombre d’utilisateurs de sociétés du secteur numérique est, le plus souvent, le critère clé pour la valorisation de telles sociétés.

Si un tel critère ne permettrait cependant pas d’appréhender la totalité des opérations susmentionnées, et notamment celles intervenant dans le secteur de l’industrie pharmaceutique et que, pour celles-ci notamment, pourrait être considérée l’introduction d’un critère complémentaire, nous ne voyons pas, *a priori*, quel critère complémentaire offrant la prévisibilité et donc sécurité juridique nécessaire, pourrait être introduit. Ainsi, si un critère de rattachement sous forme de faisceau d’indices pourrait être envisagé (tel que, pour les sociétés de biotechnologies innovantes dans le secteur pharmaceutique, la taille des équipes de R&D, le nombre de brevets déposés dans le pays et/ou la localisation des laboratoires), il est difficile d’imaginer une liste multicritères pertinente pour tout secteur d’activité.

A notre sens, il convient donc d’assumer le risque, que malgré l’introduction d’un critère complémentaire exprimé en valeur de la transaction, éventuellement complété par un critère additionnel du nombre d’utilisateurs très pertinent en matière de nouvelle économie, un certain nombre, *a priori* très limité, d’opérations de concentrations ne dépassant pas les seuils de contrôle actuel et pouvant avoir un effet concurrentiel sensible, puisse continuer d’échapper au contrôle de l’Autorité.

Le régime du contrôle français des concentrations doit en effet continuer d’offrir aux opérateurs économiques une prévisibilité et, donc, une sécurité juridique totale tout en assurant que l’Autorité dédie ses ressources aux opérations les plus susceptibles de produire un effet sensible en France.

#### B. La réintroduction d’un seuil en parts de marché

Comme piste d’évolution possible des seuils en contrôle des concentrations, l’Autorité a également émis l’idée de réintroduire un seuil en parts de marché, en précisant cependant immédiatement que cela « *poserait le problème de la nécessité de définir ex ante le marché pertinent* ». Il nous semble que l’Autorité a ainsi parfaitement résumé la raison pour laquelle il nous semble qu’il ne doit pas être donné suite à cette idée.

Notre cabinet a ainsi pu mesurer à plusieurs reprises, notamment lors de l’analyse de notifiabilité de certaines opérations de concentrations en Espagne et au Portugal qui disposent d’un tel critère de notifiabilité, la difficulté d’un tel exercice, y compris avec l’assistance d’un conseil local. En effet, même lorsque la définition d’un marché pertinent a été fixée dans la pratique décisionnelle de l’autorité de concurrence nationale, les conditions de marché ont pu

évoluer depuis la décision ayant procédé à cette définition ou, le cas échéant, depuis la dernière décision ayant appliqué cette définition, créant ainsi un risque que la définition initiale doive être modifiée, avec les conséquences potentielles pouvant en résulter sur l'analyse de la notifiabilité de l'opération de concentration projetée.

Dès lors, et même si, parfois, les seuils en chiffre d'affaires peuvent avoir pour effet de faire échapper au contrôle de l'Autorité des opérations de taille moyenne qui pourraient néanmoins avoir un impact significatif sur un ou plusieurs marchés pertinents de taille limitée, compte tenu de la difficulté de manier les seuils en parts de marché, il nous semble préférable que l'Autorité concentre ses ressources sur le contrôle des concentrations de plus grande taille et ne réintroduise par un seuil de marché.

### C. L'introduction d'un nouveau seuil spécifique aux cas d'acquisition d'un contrôle conjoint

Nous souhaiterions aborder ici un point qui n'a pas été évoqué par l'Autorité dans la Consultation, pas plus qu'il ne l'a été lors de la réunion précitée du 26 octobre dernier. Il nous semble en effet qu'il s'agit d'un point fondamental pour permettre à l'Autorité de concentrer ses ressources sur les opérations ayant réellement un impact en France, et donc de participer à atteindre l'objectif de simplification affiché par l'Autorité dans la Consultation.

Nous proposons et soutenons ici l'introduction d'un nouveau seuil de chiffre d'affaires minimum de la cible dans les opérations consistant en l'acquisition d'un contrôle conjoint par deux sociétés dépassant les seuils de notification, mais actives sur des marchés distincts et non liés entre elles et par rapport à la cible.

Selon nous, cette dernière circonstance ôte, en effet, sa justification au contrôle d'une telle opération car si l'on peut entendre l'argument selon lequel une cible, même réalisant uniquement un petit chiffre d'affaires, peut constituer un forum pour de potentiels échanges illégaux d'informations entre deux maisons mères, particulièrement lorsque leurs activités sont liées voire concurrentes, cet argument ne semble plus pouvoir être réellement pertinent quand les deux sociétés mères sont actives sur des marchés distincts et non liés entre elles, d'une part, mais également de celui/ceux de la cible, d'autre part.

En cas d'acquisition de contrôle conjoint d'une cible n'atteignant pas le seuil existant de 50 millions de chiffre d'affaires en France, nous estimons donc qu'il pourrait être opportun d'introduire un seuil de chiffre d'affaires minimum de la cible. Si ce dernier n'était pas atteint, et que le critère d'absence de tout lien exposé ci-dessus était rempli, peu importe alors que les sociétés mères dépassent les seuils de chiffre d'affaires, l'opération ne devrait pas être notifiable.

Ce filtre supplémentaire permettrait de ne plus avoir à notifier des opérations qui, à l'heure actuelle, font, à l'heure actuelle, l'objet d'une notification obligatoire, prenant souvent le caractère d'une simple formalité administrative qui vient, à notre sens inutilement, ralentir leur réalisation et alourdir la charge de travail de l'Autorité.

*In fine*, une telle modification participerait réellement à atteindre l'objectif de simplification recherché par la Consultation.

## **II. L'acquisition de participations minoritaires dites « non-contrôlantes »**

Concernant l'éventuelle appréhension de l'acquisition de participations minoritaires dites « non-contrôlantes » par le régime de contrôle des concentrations, nous sommes favorables à celle-ci, pour autant qu'il s'agisse d'une opération entre concurrents ou opérateurs intervenant dans le même secteur à un stade différent de la chaîne de valeur.

Une telle réforme du régime actuel permettrait de répondre efficacement, sous réserve de la mise en place de garde-fous appropriés pour ne pas encombrer inutilement l'Autorité et alourdir la lourde charge réglementaire pesant déjà sur les opérateurs économiques, au vide juridique déjà relevé à plusieurs reprises par la jurisprudence et la doctrine et sur lequel nous ne reviendrons pas ici.

Dans ce cadre, comme cela a déjà été exprimé par plusieurs associés du Cabinet<sup>1</sup> ainsi que la Commission Concurrence du Club des Juristes dont faisait partie un associé de notre Cabinet<sup>2</sup> il nous semble que la mise en place d'un système d'auto-évaluation avec possibilité de notification volontaire, encadré par des règles claires et des délais stricts, avec le cas échéant, la possibilité pour l'Autorité de décider, dans une période limitée, de lancer une investigation permettrait d'atteindre ce double objectif tout en préservant une réelle sécurité juridique indispensable à la vie des affaires.

## **III. La procédure**

### **A. La procédure simplifiée et l'opportunité de l'étendre à des cas non encore visés**

Nous estimons qu'il serait opportun d'étendre la procédure simplifiée à des opérations concentration ne soulevant pas de problèmes de concurrence et pour lesquelles il n'est pourtant pas encore prévu qu'elles puissent en bénéficier.

Notre Cabinet s'était déjà prononcé en faveur de cette idée en avril 2013 en réponse au projet révisé de lignes directrices relatives au contrôle des concentrations et souhaite aujourd'hui maintenir en tous points la position et les observations alors exprimées<sup>3</sup> afin que la procédure simplifiée puisse être étendue à toute concentration ne présentant pas de problème de concurrence majeur et non pas uniquement celles conclues par les « les entreprises qui réalisent un nombre important d'opérations contrôlables par an, comme des fonds d'investissement ou des acteurs importants du commerce de détail ».

En outre, nous proposons d'introduire en France un formulaire spécifique à la procédure simplifiée, à l'image de celui déjà adopté par de nombreuses autorités nationales de concurrence en Europe (dont Autriche, Belgique, Croatie, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Italie, Portugal, République tchèque et Roumanie), de manière à faciliter la lisibilité de la procédure simplifiée.

---

<sup>1</sup> Cf., notamment, <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/No-4-2013/Doctrines-1492/Participations-minoritaires-et-58775>.

<sup>2</sup> Cf., <http://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/commission-droit-de-la-concurrence-et-participations-minoritaires/>.

<sup>3</sup> Cf., [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/mcdermott\\_obs\\_ld\\_concentrations\\_2013.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/mcdermott_obs_ld_concentrations_2013.pdf).

## B. L'accusé de complétude

Le point 167 des Lignes Directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations de 2013 prévoit que « *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 [du Code de commerce]* », lequel prévoit que « *la notification complète fait l'objet d'un accusé de réception* ».

Aucun délai n'est donc prévu, tout au plus le point 166 des Lignes Directrices précitées prévoit que « *le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que le dossier est complet* ».

Selon nous, il serait souhaitable que l'envoi de l'accusé de complétude soit encadré dans le temps, ou, à tout, le moins que soit inscrit dans les règles du contrôle des concentrations, un engagement de l'Autorité de faire ses meilleurs efforts pour le délivrer dès que possible.

En effet, et particulièrement dans le cas où la partie notifiante n'a pas pu être en mesure d'effectuer une pré-notification, contrainte notamment par les courts délais imposés par le vendeur pour réaliser l'opération, il peut être assez inconfortable pour les entreprises concernées désireuses de planifier la réalisation de la concentration projetée de ne pas savoir, jusqu'à, parfois, quelques jours avant l'expiration du délai de 25 jours ouvrés de la Phase I si le dossier de notification déposé est bien complet, avec le risque de décalage de calendrier pouvant en résulter pour elles. La prévisibilité du contrôle des concentrations s'en trouverait ainsi renforcée.

## C. L'encadrement de la phase de pré-notification

Il nous semble, enfin, aujourd'hui nécessaire d'encadrer davantage la phase de pré-notification. En effet, si celle-ci a prouvé à maintes reprises tout son utilité, voire son caractère souvent indispensable, et s'il faut se féliciter de la réduction du nombre d'opérations passant en Phase II que la phase de pré-notification permet régulièrement, il nous semble que l'objectif de la réduction du nombre de Phases II ne doit pas être privilégié au point d'entraîner parfois une pré-notification durant plusieurs mois alors même que celle-ci n'est enfermée dans aucun délai précis. Ce point rend en effet très difficile pour les entreprises la prévision du calendrier de leurs opérations de concentration et peut parfois leur donner le sentiment d'avancer sans la moindre certitude et visibilité quant au calendrier du contrôle des concentrations.

Concernant les délais, nous comprenons que la souplesse que le caractère informel de la phase de pré-notification offre aujourd'hui doit perdurer, mais souhaiterions que l'Autorité puisse au moins fournir, par exemple dans ses Lignes Directrices, des indications de la durée potentielle de cette phase, en distinguant les opérations ne soulevant manifestement pas de problèmes de concurrence (dans le cadre desquelles les demandes d'informations formulées dans le cadre de la pré-notification pourraient être limitées) des autres opérations.

\*\*\*\*\*