

# SULLIVAN & CROMWELL LLP

A LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP

TELEPHONE: +32 (0)2 896 8000

FACSIMILE: +32 (0)2 896 8099  
WWW.SULLCROM.COM

*Boulevard du Régent 35*

*1000 Brussels, Belgium*

FRANKFURT • LONDON • PARIS

LOS ANGELES • NEW YORK • PALO ALTO • WASHINGTON, D.C.

BEIJING • HONG KONG • TOKYO

MELBOURNE • SYDNEY

Le 28 septembre 2018

## **Observations du cabinet Sullivan & Cromwell LLP sur le projet d'introduction en droit français d'un mécanisme de contrôle *ex post* des concentrations**

1. Le 7 juin 2018, l'Autorité de la concurrence (« l'Autorité ») a ouvert une consultation publique sur l'opportunité d'introduire en droit français un mécanisme de contrôle *ex post* des concentrations pour les opérations soulevant des « *préoccupations substantielles de concurrence* » sur le marché français. Au travers des présentes observations, nous souhaitons alerter l'Autorité des risques et incohérences que susciteraient l'introduction d'un tel mécanisme.
2. Notre position est le reflet des considérations suivantes :
  - un régime de contrôle *ex post* des concentrations générerait une insécurité juridique associée à un risque économique disproportionné pour les entreprises potentiellement concernées ;
  - le régime d'interdiction des abus de position de dominante ou de dépendance économique, déjà prévu au code de commerce, a précisément pour objet de prévoir les conditions dans lesquelles l'Autorité peut intervenir *ex post* à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles unilatérales. Les éventuelles imperfections du régime français de contrôle des concentration ne justifient pas l'introduction d'un mécanisme de remédiation dérogatoire à ces dispositions, au seul détriment des opérations de concentration non-soumises au contrôle *ex ante* ;
  - l'Autorité pourrait aussi bien combler les lacunes alléguées du régime français de contrôle des concentrations dans le cadre de la procédure d'examen *ex ante* ; et
  - l'introduction d'un régime *ex post* introduirait un précédent néfaste, qui, s'il venait à se généraliser à l'ensemble des juridictions exerçant un contrôle des concentrations, compliquerait considérablement la mise en œuvre de leurs restructurations commerciales par les entreprises.

**I. L'introduction d'un régime *ex post* de contrôle des concentrations générerait un risque juridique disproportionné**

3. Il n'est nullement nécessaire de rappeler dans le détail les inconvénients du contrôle *ex post* des concentrations au regard des avantages du contrôle *ex ante*. En bref, dans le cadre du contrôle *ex ante*, les parties peuvent procéder en connaissance de cause et conditionner leur opération à l'obtention des autorisations réglementaires nécessaires, dont elles peuvent anticiper le calendrier d'adoption. Le régime *ex ante* leur permet également de prévoir les éventuels remèdes qu'elles vont devoir offrir, et d'intégrer leur activités en tenant compte des remèdes proposés. Si ces remèdes ne leur conviennent pas, les parties peuvent décider d'abandonner, de restructurer ou de renégocier leur opération.
4. L'introduction d'une procédure de contrôle *ex post* permettrait en revanche à l'Autorité de remettre en cause des opérations consommées sur la base d'un scénario sans obligation de notification, et donc sans remèdes. Ceci impliquerait que les parties soient notamment privées de la possibilité (i) de prendre en compte les exigences de l'Autorité dans la négociation et la structuration de leur opération, (ii) de régler d'éventuelles préoccupations de concurrence avant de procéder à l'intégration de leurs activités, et (iii) d'abandonner leur projet de concentration si les conditions requises par l'Autorité ne leur conviennent pas. Cette impossibilité est susceptible d'engendrer des coûts disproportionnés pour les entreprises concernées, notamment dans l'hypothèse où l'Autorité exigerait des remèdes importants, voire l'annulation rétroactive de l'opération.
5. En outre, le coût d'un tel risque ne se limiterait pas aux seules opérations effectivement contrôlées et amendées par l'Autorité, mais il toucherait l'ensemble des opérations non-notifiables en France qui pourraient potentiellement tomber dans le champ du contrôle *ex post*. Or, le nombre d'opérations dont les parties seront amenées à tenir compte d'un tel risque (et à en supporter le coût, notamment en termes de financement) sera bien plus élevé que les seules concentrations effectivement ciblées par l'Autorité. En effet, les entreprises ne pourront qu'entrevoir avec un degré de certitude très restreint si leur opération sera susceptible de soulever des « *préoccupations substantielles de concurrence* » sur le marché français pouvant donner lieu à un contrôle *ex post*. A cet égard, nul n'imaginerait qu'un seuil de notification basé sur une probabilité de préoccupations substantielles de concurrence satisfasse l'impératif de sécurité juridique propre au contrôle *ex ante*. Du fait de cette incertitude, l'impact du contrôle *ex post* dépassera largement sa cible.
6. Enfin, l'Autorité devra s'attendre à recevoir un nombre élevé de plaintes de tiers (et notamment de concurrents), entendant tirer parti de la large marge d'appréciation dont elle disposera pour sélectionner les opérations qu'elle souhaite examiner. Le traitement de ces plaintes sera susceptible de générer une charge de travail importante pour l'Autorité, et pourrait constituer une source importune de contentieux. L'ensemble de ces inconvénients apparaissent disproportionnés eût égard aux « *manques identifiés* » du régime de contrôle *ex ante*, dont l'Autorité ne

précise pas la nature et qui ne semblent pas être étayés par de quelconque études empiriques.<sup>1</sup>

## **II. L'introduction d'un régime *ex post* de contrôle des concentrations constituerait une dérogation inique au droit commun de la concurrence**

7. Le régime de contrôle *ex post* proposé par l'Autorité semble reposer sur un test dérogatoire au droit commun des pratiques anticoncurrentielles, prévu aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux articles L. 420-1 à L. 420-7 du code de commerce. En vertu de ces dispositions, l'Autorité est déjà compétente pour prononcer des injonctions contre les entreprises qui contreviennent aux règles de concurrence relatives aux pratiques anticoncurrentielles unilatérales et coordonnées. En particulier, l'article L430-9 du Code de commerce prévoit que l'Autorité 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* ».
8. Nous comprenons donc que le régime de contrôle *ex post* reposerait sur une théorie du dommage concurrentiel dérogatoire au droit commun de la poursuite *ex post* des pratiques anticoncurrentielles. Cette théorie serait fondé sur un test moins exigeant, que l'Autorité identifie par le fait de « [laisser] *apparaître des 'préoccupations substantielles de concurrence'* ». Ce test dérogatoire reprend les termes du test de compétence allégé de l'Autorité pour accepter des engagements volontaires dans le cadre de la poursuite *ex post* de pratiques anticoncurrentielles en vertu de l'article L. 464-2 du code de commerce,<sup>2</sup> et semble destiné à répliquer le standard d'examen applicable dans le cadre du contrôle *ex ante* des concentrations, à savoir le fait pour une opération d'être de « *nature à porter atteinte à la concurrence* ».
9. Ainsi, l'Autorité ne tiendrait pas compte du fait que les conséquences de son intervention seraient bien plus lourdes et plus attentatoires aux droits et intérêts des parties dans le cadre du contrôle *ex post* que dans celui du contrôle *ex ante*. Cette différence justifie pourtant que le régime d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles unilatérales repose sur un seuil d'intervention bien plus strict que le contrôle *ex ante* des concentrations, limitant l'intervention de l'Autorité aux cas exceptionnels où une entreprise aurait effectivement abusé de sa situation de dominance ou de la situation de dépendance économique d'un tiers.

---

<sup>1</sup> L'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post* mettrait, en outre, fin à l'alignement procédural et matériel du droit français sur le règlement (CE) n° 139/2004. Cette cohérence avec le droit européen constitue pourtant une source importante de prévisibilité et de simplification des démarches pour les entreprises.

<sup>2</sup> En vertu de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité peut « *accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5* » (soulignement ajouté).

10. Par l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post*, l'Autorité pourra donc requérir des mesures de portée similaire aux injonctions les plus lourdes qui peuvent être prononcées dans des dossiers d'abus de position dominante, sur la base d'une théorie du dommage concurrentiel allégée. Cette dérogation particulièrement importante au droit commun de la concurrence dans son application *ex post* s'appliquerait par ailleurs au seul détriment d'opérations de concentration non-notifiable *ex ante*. Or, le droit des poursuites *ex post* n'a pas vocation à s'appliquer de façon plus sévère aux pratiques qui résultent de telles opérations qu'aux pratiques dont l'historique ou le contexte est différent.
11. Une entreprise peut, en effet, acquérir un pouvoir de marché et générer des préoccupations de concurrence par d'autres moyens qu'une opération de concentration (croissance interne, disparition de certains concurrents, évolutions technologiques, etc.) Il ne serait pas équitable de traiter les mêmes effets concurrentiels plus sévèrement au seul motif qu'ils résultent d'une opération de concentration, alors qu'une entreprise qui exploite de la même manière une situation acquise par d'autres moyens se trouverait dans une situation plus favorable.
12. Une telle dérogation serait d'autant plus inique qu'elle ne concernerait que les opérations de concentration qui ne sont pas soumises au contrôle obligatoire *ex ante*. Il est, cependant, tout à fait concevable qu'une opération soumise à un examen *ex ante* puisse générer des préoccupations substantielles de concurrence à un stade ultérieur de sa mise en œuvre, que l'Autorité n'aurait pas décelées dans le cadre de son analyse *ex ante*. Pourtant, une telle opération ne serait pas soumise à l'application dérogatoire *ex post* du droit des pratiques anticoncurrentielles, alors même qu'une opération non-soumise au contrôle *ex ante*, mais générant les mêmes effets, pourrait être ciblée.
13. Etant donné les avantages que présente la procédure d'autorisation *ex ante* pour les entreprises concernées, l'introduction d'un mécanisme de contrôle *ex post* aurait donc pour effet paradoxal de soumettre des opérations non-notifiables à un risque juridique particulièrement lourd et onéreux sur la base d'une théorie du dommage concurrentiel allégée et dérogatoire au droit commun. De façon incidente, une telle disposition courrait le risque de porter atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi.

### **III. L'Autorité a la possibilité de combler d'éventuelles lacunes du régime de contrôle des concentrations dans le cadre de la procédure *ex ante***

14. L'objectif de l'Autorité à travers le mécanisme *ex post* de contrôle des concentrations est d'examiner spontanément et de manière ciblée « *un nombre très limité d'opérations qui pourraient s'avérer problématiques en terme de concurrence* ». Il n'y a cependant aucune raison justifiant qu'un tel contrôle s'effectue *ex post*, et non *ex ante*. Le bénéfice du contrôle *ex ante* devrait en effet s'étendre à l'ensemble des opérations que l'Autorité a le pouvoir d'analyser et de réformer.
15. Afin de répliquer les avantages du contrôle *ex post* des concentrations dans le cadre d'un examen *ex ante*, l'Autorité pourrait mettre en place une procédure de

déclaration pour les opérations ne dépassant pas les seuils de notification. Cette obligation pourrait être conditionnée au dépassement de certains seuils de chiffre d'affaires moins élevés que les seuils de notification<sup>3</sup> et ne concerner qu'une liste d'activités ou un type d'opérations que l'Autorité souhaite soumettre à un contrôle ciblé.

16. Sur la base des informations sommaires soumises dans le cadre de cette procédure de déclaration (qui devront être particulièrement minimales, étant donné le champ d'application et le stade de la procédure) et de lignes directrices limitant son intervention à certains cas exceptionnels, l'Autorité pourrait décider dans un court délai (quelques jours) si elle souhaite que l'opération lui soit notifiée. La publication de lignes directrices sera à cet égard très importante pour permettre aux entreprises d'anticiper une éventuelle notification et préparer les informations nécessaires en amont de la procédure.
17. Cette procédure de déclaration pourrait utilement remplacer le mécanisme de contrôle *ex post* envisagé par l'Autorité puisqu'elle en conserverait les avantages tout en éliminant les lourds inconvénients. En tout état de cause, si l'Autorité décidait de mettre en œuvre le mécanisme de contrôle *ex post* tel qu'il est actuellement proposé, elle devrait impérativement permettre aux entreprises dont l'opération ne dépasse pas les seuils de notification de venir spontanément solliciter *ex ante* (au moyen d'un formulaire allégé) pour obtenir l'assurance que leur opération ne fera pas l'objet d'un examen *ex post*. Cette possibilité fait notamment partie des régimes britannique et suédois, auxquels l'Autorité fait référence.<sup>4</sup>
18. D'autre part, l'Autorité devrait limiter la possibilité d'intervention *ex post* à l'expiration d'un court délai à partir du moment où l'opération est rendue publique. Il serait en effet particulièrement inique de faire supporter aux opérateurs économiques concernés les conséquences d'une procédure d'enquête tardive, dans des situations où l'Autorité était en mesure d'apprécier l'opportunité d'intervenir dès qu'elle avait pris connaissance de l'opération. Un délai de deux mois serait donc amplement suffisant pour permettre à l'Autorité d'appeler les opérations qu'elle souhaite examiner. Le délai actuellement proposé (entre six mois et deux ans) semble ignorer l'impératif minimal de réactivité des autorités de contrôle, pourtant destiné à limiter les effets disruptifs du régime *ex post*.
19. A cet égard, nous observons, par exemple, que le système britannique prévoit que le *Competition and Markets Authority* (« CMA ») ne peut ouvrir une enquête

---

<sup>3</sup> Nous observons à cet égard que le régime suédois de contrôle *ex post*, auquel l'Autorité fait référence, ne s'applique qu'aux parties à l'opération dont le chiffre d'affaires combiné en Suède dépasse 1 milliard de couronnes suédoises (soit à peu près 100 million d'euros). De même, le régime britannique ne s'applique qu'aux cibles dont le chiffre d'affaires au Royaume-Uni dépasse 70 million de livres sterling (soit à peu près 80 millions d'euros) ou aux parties qui disposent d'une part de marché (« *share of supply* ») combinée supérieure à 25% au Royaume-Uni ou dans une partie substantielle de celui-ci. Le champ d'application de ces régimes n'est donc pas nécessairement plus large que le champ d'application actuel du contrôle *ex ante* des concentrations en France.

<sup>4</sup> Bien que cette procédure de prise de contact volontaire soit nécessaire dans le cadre d'un régime de contrôle *ex post*, celle-ci génèrent une charge de travail importante pour les autorités concernées.

approfondie plus de quatre mois après la clôture, la déclaration ou la publication d'une opération de concentration.<sup>5</sup> Le régime britannique comprend également une série de dispositions destinées à pallier les inconvénients du contrôle *ex post* des concentrations. Ainsi, le CMA est dans l'obligation de renvoyer en phase d'examen approfondi toutes les opérations de concentration anticipées dont il a connaissance, qui sont susceptibles de porter une atteinte significative à la concurrence (« *substantial lessening of competition* »), sans attendre que l'opération soit clôturée.<sup>6</sup> Le CMA peut également adopter des injonctions transitoires (« *Interim Enforcement Orders* ») destinées à éviter que les parties ne continuent d'intégrer leurs opérations avant la fin de la procédure de contrôle.<sup>7</sup>

20. En pratique, le CMA fait usage des injonctions transitoires dans tous les cas où il examine une opération clôturée. Il reconnaît, en outre, que ces injonctions ne sont utiles que si elles sont prononcées le plus rapidement possible après la clôture de l'opération.<sup>8</sup> Ces injonctions transitoires sont pourtant loin d'effacer complètement les effets négatifs du contrôle *ex post* et génèrent une charge de travail importante pour le CMA, qui en vérifie la mise en œuvre concrète dans le cours des activités quotidiennes de l'entreprise concernée, et doit examiner les nombreuses demandes de dérogation formulées par l'entreprise pour accomplir certaines actions nécessaires au maintien de son activité.
21. Le régime suédois de contrôle *ex post* fait preuve de la même préoccupation d'intervenir au plus vite, avant que les parties n'intègrent leurs opérations. A cet égard, le *Konkurrensverket* suédois n'a semble-t-il requis des remèdes *ex post* que dans une seule affaire.<sup>9</sup> Dans tous les autres cas, l'examen des opérations ne remplissant que les seuils de contrôle *ex post* s'est effectué dans le cadre d'une notification volontaire, éventuellement sur demande informelle du *Konkurrensverket*, seulement quelques semaines après la publication et avant la clôture de l'opération.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Section 24 de l'*Entreprise Act 2002*.

<sup>6</sup> Section 33(1) de l'*Entreprise Act 2002*.

<sup>7</sup> Section 72 de l'*Entreprise Act 2002*.

<sup>8</sup> Voir, *Merger : Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, para. C.13 (“*experience has shown that, for interim measures to be effective, they should be implemented as soon as possible after completion of the merger in question*”).

<sup>9</sup> Voir l'affaire, *Swedbank Franchise AB / Svensk Fastighetsförmedling AB* (2014-06-17, Dnr 426/2014).

<sup>10</sup> Par exemple, dans l'affaire *Bonnierförlagen AB / Pocket Shop* (2012-07-16, Dnr 370/2012), l'autorité suédoise a demandé aux parties de notifier leur opération quelques semaines après l'annonce de celle-ci.

**IV. L'introduction d'un régime *ex post* de contrôle des concentrations constituerait un précédent néfaste sur la scène internationale**

22. Dans sa prise de décision, l'Autorité ne pourra ignorer la dimension internationale du processus de contrôle des concentrations. La tendance actuelle à la multiplication des juridictions de contrôle et au renforcement de l'intensité des procédures d'examen constitue en effet un défi particulièrement lourd pour les entreprises. Dans ce contexte, toute aggravation des règles de contrôle dans un Etat est susceptible d'influencer d'autres juridictions, qui à leur tour viendront accroître le risque juridique et les charges réglementaires qui pèsent sur les parties. Eût égard aux inconvénients exposés ci-dessus, la généralisation du contrôle *ex post* à l'échelle internationale est donc susceptible d'avoir un impact majeur sur les incitations économiques des entreprises à se restructurer, dont il n'est pas établi qu'il satisfasse l'intérêt économique général.

\* \*  
\*

Sullivan & Cromwell LLP

## **Contacts à Sullivan & Cromwell LLP**

### **Bruxelles**

Michael Rosenthal

Tél: +32 2896 8001

Email: rosenthalm@sullcrom.com

Pierre Moullet

Tél: +32 2896 8008

Email: moulletp@sullcrom.com

### **Londres**

Juan Rodriguez

Tél: +44 207 959 8499

Email: rodriguezja@sullcrom.com

### **Paris**

Olivier de Vilmorin

Tél: +33 1 7304 5895

Email: devilmorino@sullcrom.com

### **Washington DC**

Renata Hesse

Tél: +1 202 956 7575

Email: hesser@sullcrom.com