

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Autorité
de la concurrence



Lignes directrices de
l’Autorité de la concurrence
relatives au contrôle des
concentrations

I.	L'objectif du contrôle des concentrations	7
II.	Les sources	8
III.	Le champ d'application du contrôle des concentrations	9
A.	La notion de concentration	9
1.	Les notions d'entreprise et de personne	10
2.	La notion de contrôle	11
a)	Le contrôle exclusif.....	11
b)	Le contrôle conjoint (ou contrôle en commun)	12
c)	Absence de contrôle.....	13
3.	Critères d'appréciation d'une influence déterminante	13
a)	Les droits conférés aux actionnaires	13
b)	Les relations contractuelles	15
c)	Les autres éléments susceptibles de permettre l'exercice d'un contrôle.....	16
d)	Exemples d'appréciations des éléments susceptibles de conférer une influence déterminante	16
4.	Le cas particulier des entreprises communes	18
5.	les opérations interdépendantes	20
6.	Le cas particulier des opérations transitoires	21
B.	Seuils de contrôle	22
1.	Les seuils applicables au contrôle national des concentrations	22
a)	Le commerce de détail.....	24
b)	Les départements et collectivités d'outre-mer.....	25
2.	Modalités de calcul du chiffre d'affaires	26
IV.	La procédure	29
A.	Vue d'ensemble de la procédure devant l'Autorité	29
1.	L'obligation de notification	29
2.	L'effet suspensif de la procédure et les dérogations	31
3.	Les différentes phases de la procédure	33
B.	La phase de pré-notification	34
C.	Les renvois et l'application des législations nationales relatives aux intérêts légitimes	35
1.	Renvois aux autorités nationales	35
2.	Renvois vers la Commission	37
3.	La protection des intérêts légitimes nationaux dans le cadre des concentrations communautaires	39
D.	La phase 1.....	40

1. Le dépôt du dossier de notification.....	40
2. Le contenu du dossier de notification.....	40
a) Les marchés concernés	42
b) Les marchés affectés.....	42
c) Calcul des parts de marché	43
d) Les dossiers simplifiés	43
3. Omission ou déclaration inexacte dans la notification et sanction	45
4. La publication d'un communiqué relatif au dépôt d'une notification	46
5. Les délais d'examen	46
6. La conduite de l'examen de phase 1.....	47
7. Les engagements en phase 1	50
8. La décision de l'Autorité en phase 1	51
9. La publication des décisions.....	52
E. La phase 2 ou examen approfondi.....	53
1. Déclenchement de la phase 2	53
2. Les délais en phase 2 et le mécanisme d'arrêt des pendules	54
3. La conduite de l'examen en phase 2.....	56
4. Décision de l'Autorité en phase 2	58
5. Le pouvoir d'évocation du ministre chargé de l'économie.....	59
6. Les retraits de notification	60
F. Les recours	60
1. Les délais de recours	61
2. Le recours en annulation.....	61
3. Les référés.....	62
4. Conséquence en cas d'annulation d'une décision par le Conseil d'État.....	63
G. La mise en œuvre des mesures correctives	64
1. Le suivi de la mise en œuvre des mesures correctives	64
2. Le réexamen des mesures correctives	67
H. La mise en œuvre de l'article L. 430-9	67
V. L'examen d'une opération sur le fond.....	68
A. Principales notions	68
B. La délimitation des marchés pertinents.....	72
1. L'objectif.....	72
2. Les critères utilisés	73
3. Délimitation en termes de produits et services	75
a) Les indices qualitatifs	75

b) Les méthodes quantitatives	79
4. Dimension géographique des marchés pertinents	80
C. L'appréciation du degré de concentration du marché.....	82
1. L'objectif.....	82
2. Les critères utilisés	83
D. Les effets non coordonnés des concentrations horizontales ou effets unilatéraux	84
1. La nature de ces effets	84
2. Les critères d'analyse	86
a) Le résultat de l'addition des parts de marché des parties à la concentration....	86
b) La nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché	87
c) Le positionnement concurrentiel des parties à la concentration l'une vis-à-vis de l'autre	88
d) La pression concurrentielle exercée par les concurrents subsistant sur le marché	89
e) La puissance d'achat des clients	91
f) La concurrence potentielle	92
E. Les effets non coordonnés dans les concentrations verticales.....	95
1. La nature de ces effets	95
2. Les critères d'analyse	97
a) Le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée	98
b) Les capacités de réaction des concurrents	99
c) La concurrence potentielle.....	101
d) Le contrepouvoir des acheteurs	101
e) Les scénarios de verrouillage	102
F. Effets non coordonnés dans les concentrations conglomerales.....	104
1. La nature de ces effets	104
2. Les critères utilisés	105
G. Autre cas d'effets non coordonnés : la disparition d'un concurrent potentiel.....	108
H. Autre cas d'effets non coordonnés : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat	110
I. Les effets coordonnés	111
1. La nature de ces effets	111
2. Les critères utilisés	112
a) Condition de compréhension.....	114
b) Condition de détection	116
c) Condition de dissuasion.....	117

d) Condition de non-contestation.....	118
3. L'analyse des effets coordonnés spécifiques aux concentrations verticales et conglomérales.....	119
J. Risques de coordination des sociétés-mères.....	119
1. La nature des effets.....	119
2. Les critères utilisés.....	121
a) Le lien de causalité.....	121
b) Les conditions de vraisemblance et d'effet sensible.....	122
K. Les restrictions accessoires.....	123
L. Les contributions au progrès économique.....	124
1. L'objectif.....	124
2. Les critères utilisés.....	125
3. Exemples de contributions au progrès économique.....	127
M. L'argument de l'entreprise défaillante.....	131
N. Les mesures correctives.....	134
1. La cession d'activités.....	136
a) Les caractéristiques de l'activité cédée.....	136
b) Les caractéristiques de l'acquéreur approprié.....	137
c) Les délais de cession.....	138
d) La nomination d'un mandataire chargé de la cession.....	138
e) Exemples de mesures correctives par cessions d'activités.....	138
2. La suppression de liens structurels entre des concurrents.....	139
3. La création de nouvelles capacités.....	139
4. Les mesures correctives comportementales.....	140
VI. Annexes.....	142
A. Vue d'ensemble de la procédure de contrôle des concentrations.....	142
B. Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrency.....	143
1. Présentation des études.....	143
2. Contenu des études.....	144
a) Sur les études économétriques.....	144
b) Sur les données de sondage.....	145
c) Sur les revues de littérature.....	146
d) Sur le recours à la modélisation économique.....	146
C. Questions relatives aux contrats de distribution.....	146
1. Contrat de distribution et influence déterminante.....	147

2. Le calcul du chiffre d'affaires	149
3. L'appréciation du pouvoir de marché	150
4. Le contenu du dossier de notification.....	150
D. Questions spécifiques aux fonds d'investissements	152
1. qualification du contrôle	152
2. Le calcul du chiffre d'affaires	153
3. Le contenu du dossier de notification.....	153
4. délai d'instruction du dossier	154
5. renvois a la commission	155
6. analyse concurrentielle	155
E. Questions relatives aux coopératives agricoles et à leurs unions.....	156
1. dans quels cas les adhérents d'une coopérative exercent-ils sur celle-ci une influence déterminante ?	157
2. La création d'une union de coopératives constitue-t-elle une concentration au titre de l'article L. 430-1-II du code de commerce ?	158
3. Comment calculer le chiffre d'affaires d'une coopérative ou d'une union de coopératives ?	159
4. comment sont analysés les marchés qui mettent en présence une coopérative et ses adhérents ?.....	159
F. Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives.....	164

I. L'objectif du contrôle des concentrations

1. Les concentrations, qu'il s'agisse de fusions, acquisitions ou de création d'entreprises communes, permettent aux entreprises d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économique, qui peuvent se répercuter positivement sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs par des prix plus bas, une amélioration de la qualité des produits, ou un élargissement du choix qui leur est offert. De ce fait, et comme le rappelle le quatrième considérant du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, les concentrations « doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté ».
2. Cependant, ce bénéfice pour les consommateurs n'est pas assuré lorsqu'une opération de concentration entrave de manière significative le libre jeu de la concurrence. C'est pourquoi, en France comme dans la grande majorité des pays développés, le législateur a mis en place un dispositif de prévention des atteintes à la concurrence résultant des concentrations. Ce contrôle n'a pas vocation à protéger les intérêts particuliers de concurrents mais de veiller à ce que la concurrence reste suffisante pour que le bien-être des consommateurs ne soit pas atteint.
3. Le contrôle des concentrations s'inscrit dans le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie : les restrictions qu'il impose à cette liberté doivent rester limitées et proportionnées. De 2000 à 2008, 94 % des concentrations dont l'autorité nationale de concurrence a examiné le bilan concurrentiel, ont été autorisées sans conditions. Cependant, dans les cas qui le nécessitent, les autorités de concurrence recherchent des mesures correctives aux atteintes à la concurrence, sous forme d'engagements proposés par les entreprises ou d'injonctions et prescriptions qui leur sont imposées. Elles peuvent aussi, lorsqu'aucun remède satisfaisant ne peut être trouvé, interdire une opération.
4. Le contrôle des concentrations a été créé en France par la loi du 19 juillet 1977. Son fonctionnement a été amélioré, successivement, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, et par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
5. Depuis le 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence met en œuvre le contrôle des concentrations défini par le législateur national. Le présent guide a pour objectif de fournir aux entreprises une présentation pédagogique sur son champ d'application, sur le déroulement de la procédure devant l'Autorité et sur les objectifs, critères et méthodes employés pour les analyses au fond.

II. Les sources

6. L'organisation de l'Autorité de la concurrence, ses attributions, les règles générales de procédure, de décision et de recours sont définies par le Titre VI du Livre IV relatif à la liberté des prix et à la concurrence, du code de commerce. Le règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence précise quelques modalités pratiques sur la procédure.
7. Plus spécifiquement, le contrôle des concentrations s'inscrit dans le cadre légal défini par les articles L. 430-1 à L. 430-10 du code de commerce. Sa mise en œuvre est précisée par les articles R. 430-1 à R. 430-10 de la partie réglementaire du code de commerce.
8. Sont également directement applicables certaines dispositions du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, notamment l'article premier qui fixe la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence nationales en fonction des chiffres d'affaires des entreprises concernées par la concentration. De même, l'article L. 430-2 du code de commerce renvoie pour le mode de calcul des chiffres d'affaires à l'article 5 du règlement, précisé par la communication consolidée sur la compétence de la Commission du 21 février 2009.
9. Le règlement (CE) n° 139/2004 prévoit aussi des mécanismes de renvoi, à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22, entre la Commission européenne et les autorités de concurrence des États membres, dont les modalités d'application sont précisées par la communication de la Commission du 5 mars 2005.
10. Les autres dispositions du règlement (CE) n° 139/2004 ne sont pas directement applicables au contrôle national des concentrations. Mais dans la pratique décisionnelle, dans un souci de cohérence et d'harmonisation avec la pratique communautaire, les différentes notions relatives au contrôle des concentrations utilisées dans le code de commerce sont alignées sur celles utilisées dans le règlement (CE) n° 139/2004 et les différentes communications publiées par la Commission qui, sur ces sujets, constituent pour l'Autorité des guides d'analyse utiles.
11. L'application de ces textes a été éclairée par la jurisprudence développée en la matière par le Conseil d'État. L'Autorité se réfère également à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, et à la jurisprudence du Tribunal de première instance et de la Cour de Justice des Communautés Européennes.
12. Le présent guide, dépourvu en lui-même de toute portée normative, complète ce corpus. Il remplace les lignes directrices de la DGCCRF produites sous le régime antérieur à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.
13. Ce guide, à vocation pédagogique, ne saurait exposer en détail toutes les applications possibles de la méthode d'analyse de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations. Il constitue, pour

l'Autorité, une directive¹ opposable aux entreprises et invocable par elles. Afin de leur garantir le maximum de sécurité juridique, l'Autorité s'engage à appliquer les lignes directrices chaque fois qu'elle examinera une opération, notifiée à compter du 1^{er} janvier 2010, sous réserve qu'aucune circonstance particulière à cette opération ou aucune considération d'intérêt général ne justifient qu'il y soit dérogé. Ce guide est susceptible d'être mis à jour, au fur et à mesure de la pratique décisionnelle de l'Autorité.

III. Le champ d'application du contrôle des concentrations

14. Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du code de commerce. L'article L. 430-1 définit ce qu'est une concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable.
15. Par exception, il est à noter que ces dispositions, ainsi que l'ensemble du livre IV du code de commerce, ne s'appliquent pas à la Nouvelle Calédonie et à la Polynésie française, comme le précisent les articles L. 930-1 et L. 940-1 du code de commerce.

A. LA NOTION DE CONCENTRATION

16. L'article L. 430-1 du code de commerce dispose que

« I. Une opération de concentration est réalisée :

1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent;

2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

II. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

III. Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise;

¹ Voir la jurisprudence issue de la décision du Crédit Foncier du Conseil d'État du 11 décembre 1970.

- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise. »

17. L'article L. 430-1-III précise que l'Autorité, pour déterminer si une opération est une concentration, considère aussi bien les circonstances de droit que de fait. En effet, le contrôle des concentrations ne pourrait être efficace si l'examen se limitait aux éléments de droit : toute opération, dès l'instant où elle constitue une concentration économique, changeant la structure des marchés, doit être soumise au contrôle, quels que soient les montages juridiques retenus.
18. Les principales questions soulevées par cette définition portent sur les notions d'entreprise, de personne, de fusion, de contrôle, et d'entreprise commune, qui sont présentées ci-dessous.

1. LES NOTIONS D'ENTREPRISE ET DE PERSONNE

19. On entend par « entreprise » « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »², l'activité économique étant entendue comme « consistant à offrir des biens et des services sur le marché »³. Une concentration peut porter sur l'ensemble d'une ou plusieurs entreprises, mais aussi sur des éléments d'actifs constituant une partie d'une entreprise, comme des marques ou des brevets, dès l'instant où ces éléments d'actifs constituent une activité se traduisant par une présence sur un marché à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté⁴.
20. La notion de « personne », évoquée au point I-2 de l'article L. 430-1 comprend les personnes morales de droit privé, les organismes de droit public⁵, y compris l'État lui-même, et les personnes physiques. Les prises de contrôle réalisées par des personnes physiques ne sont susceptibles de réaliser une concentration que si ces personnes exercent des activités économiques pour leur compte propre ou si elles contrôlent au moins une autre entreprise avant l'opération⁶.
21. Dans la suite du présent guide, le terme d'« entreprise » sera utilisé de manière générique, qu'il s'agisse d'une entreprise dans son ensemble ou seulement d'éléments d'actifs répondant aux critères ci-dessus, qu'il s'agisse d'une activité économique contrôlée par un organisme de droit privé, de droit public ou une personne physique.

² CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90, point 21.

³ CJCE, 16 juin 1987, Commission européenne c/ Italie, aff. 118/85, Rec. CJCE.2599, point 7.

⁴ Voir par exemple l'affaire communautaire COMP/M. 3867 - Vattenfall/Elsam and E2 Assets du 22 décembre 2005.

⁵ Voir par exemple le cas de la Commission IV/M.157 - Air France/Sabena du 5 octobre 1992 en ce qui concerne l'État belge ; IV/M.308 - Kali et Salz/MDK/Treuhand du 14 décembre 1993 en ce qui concerne d'autres organismes de droit public tels que la Treuhand.

⁶ Voir par exemple le cas de la Commission IV/M.82 - Asko/Jakobs/Adia du 16 mai 1991, dans laquelle l'entreprise concernée est un particulier ; COMP/M3762 – ou encore Apax/Travelex du 16 juin 2005 dans laquelle un particulier acquérant un contrôle en commun n'a pas été considéré comme une entreprise concernée.

22. Les fusions de droit peuvent être réalisées soit, par création d'une nouvelle entreprise soit, par absorption d'une entreprise par une autre. Elles entraînent, dans le premier cas, la disparition de la personnalité morale des entreprises qui fusionnent et, dans le second cas, la disparition de la personnalité morale de l'entreprise absorbée.
23. Les fusions de fait sont soumises au contrôle des concentrations comme les fusions de droit, dès l'instant où elles conduisent à la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique. L'existence d'une gestion économique unique et durable est une condition nécessaire pour déterminer si l'on est en présence d'une telle concentration. Pour le déterminer, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit et de fait permettant de qualifier l'opération. Elle peut, de plus, tenir compte dans son appréciation de différents facteurs tels que l'existence de participations croisées, la compensation des profits et des pertes entre les entreprises réunies par l'opération, la répartition des recettes entre les différentes entités, ou leur responsabilité solidaire.
24. La détermination de l'indépendance antérieure des entreprises en cause est un point essentiel, une opération pouvant s'avérer n'être qu'une restructuration interne d'un groupe, auquel cas elle ne constitue pas une concentration. Cette détermination repose sur la notion de contrôle qui s'apprécie selon les principes exposés ci-après. Si aucune des entreprises impliquées ne subit un changement de contrôle, l'opération n'est pas une concentration.

2. LA NOTION DE CONTRÔLE

25. Une entreprise est contrôlée par une autre entreprise, dès l'instant où l'entreprise contrôlante peut exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise contrôlée. Cette possibilité doit être réelle, mais il n'est néanmoins pas nécessaire de démontrer que l'influence déterminante est ou sera effectivement exercée.
26. Ces notions de « *contrôle* » et d'« *influence déterminante* » sont spécifiques au droit national et au droit communautaire du contrôle des concentrations qui se rejoignent sur ce point. Par exemple, la notion de « *contrôle* » en droit national du contrôle des concentrations n'est pas identique à la notion de « *contrôle* » au sens du droit des sociétés. Il convient aussi de noter que la notion d'« *influence déterminante* » n'est pas identique à celle d'« *influence notable* » utilisée en matière de consolidation comptable.
27. Le contrôle peut être exclusif, c'est-à-dire qu'il est acquis par une entreprise agissant seule, ou conjoint, c'est-à-dire qu'il est acquis par plusieurs entreprises associées. La notion de « *contrôle en commun* » est équivalente à celle de « *contrôle conjoint* ».

a) Le contrôle exclusif

28. Une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Une

entreprise peut détenir un contrôle exclusif sur une autre entreprise dans deux cas :

- lorsqu'elle détient seule le pouvoir de prendre les décisions stratégiques de l'entreprise concernée ;
 - lorsqu'elle est le seul actionnaire en mesure de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise, sans être toutefois en mesure d'imposer, à elle seule, ces décisions (on parle alors de contrôle exclusif « négatif »).
29. Il est à noter que, lorsqu'une opération permet au détenteur d'un contrôle exclusif négatif de passer à un contrôle exclusif positif, la qualité du contrôle n'est pas considérée comme étant modifiée par l'opération. Par exemple, lorsqu'un actionnaire minoritaire acquiert le pouvoir de prendre seul les décisions stratégiques de l'entreprise, l'opération n'est pas une concentration s'il détenait déjà un contrôle exclusif « *négatif* » avant l'opération.
30. Comme la notion de fusion, la notion de contrôle exclusif s'apprécie sur la base de toutes circonstances de droit et de fait. Un contrôle exclusif est normalement acquis de plein droit lorsqu'une entreprise obtient la majorité des droits de vote d'une société. Un contrôle exclusif peut également découler, de droit, d'une participation minoritaire, lorsque des droits spécifiques sont attachés à cette dernière comme des droits de veto par exemple. 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. Symétriquement, une participation majoritaire n'emporte pas forcément un contrôle exclusif ou même conjoint.
31. Le contrôle exclusif ne suppose pas que l'entreprise contrôlante ait le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, c'est son pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée.

b) Le contrôle conjoint (ou contrôle en commun)

32. Lorsque deux ou plusieurs entreprises ont la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, le contrôle est conjoint. Les entreprises contrôlantes sont donc appelées à collaborer et à s'entendre sur la stratégie de l'entreprise contrôlée.
33. Comme les notions précédentes, la notion de contrôle conjoint s'apprécie sur la base de toutes circonstances de droit et de fait. La forme la plus classique du contrôle conjoint est celle où deux entreprises contrôlantes se partagent à parité les droits de vote d'une entreprise contrôlée. Néanmoins, une situation de contrôle conjoint peut advenir alors même qu'il n'existe pas de parité entre les deux entreprises contrôlantes en termes de votes ou de représentation dans les organes de décision ou lorsque plus de deux entreprises contrôlantes se partagent ce contrôle.

34. Comme pour le contrôle exclusif, le contrôle conjoint ne suppose pas que les entreprises contrôlantes aient le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, comme le contrôle exclusif (cf. paragraphe 31), est leur pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée.
35. Lorsque deux ou plusieurs entreprises acquièrent une entreprise cible en vue d'en répartir immédiatement les actifs entre elles, l'opération n'est pas constitutive d'une prise de contrôle conjoint, mais d'une prise de contrôle exclusif par chacune des entreprises contrôlantes sur les actifs qu'elle acquiert. Il s'agit alors de deux opérations distinctes du point de vue du contrôle des concentrations.

c) Absence de contrôle

36. Par ailleurs, il est à noter qu'une entreprise peut ne faire l'objet d'aucun contrôle au sens du droit des concentrations, aucun actionnaire ou aucune autre entreprise ne disposant d'une influence déterminante. Ce cas peut survenir lorsque le capital et les droits de vote d'une entreprise sont répartis entre plusieurs minoritaires, sans qu'aucun élément de droit et de fait n'impose que se dégage une majorité stable dans la procédure de prise de décision et qu'une majorité peut se dégager au coup par coup suivant les combinaisons possibles des voix des actionnaires minoritaires (majorités fluctuantes). La Commission européenne a ainsi récemment conclu que Keolis n'était contrôlée par aucun de ses actionnaires et que la montée au capital de la SNCF Participations, en lui conférant un contrôle conjoint sur l'entreprise, constituait donc une opération de concentration⁷.

3. CRITÈRES D'APPRÉCIATION D'UNE INFLUENCE DÉTERMINANTE

37. Le plus souvent, ce sont les droits conférés à l'actionnaire majoritaire, voire à un actionnaire minoritaire, qui déterminent l'exercice du contrôle sur une entreprise. D'autres éléments, tels des relations contractuelles ou des relations financières, ajoutés aux droits conférés à un actionnaire minoritaire, peuvent établir un contrôle de fait. Dans des circonstances très exceptionnelles, une entreprise peut même disposer d'une influence déterminante sans aucune participation au capital.
38. L'ensemble de ces critères est apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante.

a) Les droits conférés aux actionnaires

39. C'est généralement la détention d'une majorité des droits de vote qui confère à un actionnaire une influence déterminante sur l'entreprise. Néanmoins, une participation minoritaire peut également permettre à un actionnaire d'exercer une influence déterminante si elle est assortie de droits qui excèdent ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires

⁷ Décision de la Commission COMP/M.5557 SNCF/CDPQ/KEOLIS/EFFIA.

afin de protéger leurs intérêts financiers⁸ ou si ces droits, examinés selon la méthode du faisceau d'indices convergents de nature juridique ou économique, sont de nature à démontrer l'existence d'une influence déterminante.

40. Pour déterminer si un actionnaire minoritaire dispose d'une influence déterminante, l'Autorité examine, en premier lieu, les droits qui lui sont conférés et leurs modalités d'exercice. Elle tient compte, par exemple :
- des droits de veto, en particulier ceux portant sur le plan stratégique, la nomination des principaux dirigeants, les investissements et le budget ;
 - de la possibilité de bénéficier de droits particuliers conférant immédiatement ou dans le futur une part dans les décisions supérieure à la part dans le capital ;
 - de la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise ;
 - de la possibilité de monter dans le capital ultérieurement, soit du fait d'accords particuliers, soit par la détention de titres convertibles en actions, ou encore de l'existence d'options d'achat ; en elles-mêmes, de telles options ne peuvent conférer un contrôle sur la période antérieure à leur exercice, à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants, mais elles peuvent venir conforter d'autres indices d'une influence déterminante ;
 - de la possession de droits de préemption ou de préférence ;
 - de la possibilité d'obtenir des informations détaillées sur les activités de l'entreprise, en particulier celles généralement réservées au management ou aux entreprises mères.
41. L'Autorité analyse aussi si l'éparpillement de l'actionnariat n'est pas susceptible de donner à la participation de l'actionnaire minoritaire un impact concret plus important dans les délibérations. En cas de nécessité, cet examen s'appuie sur les procès verbaux des conseils d'administration sur plusieurs années qui peuvent être utilisés pour déterminer la répartition et l'influence réelle des votes des actionnaires. Par exemple, le ministre de l'économie a considéré que la montée en capital de SNCF Participations dans Novatrans de 38,63 % à 49,02 % en 2006 était de nature à lui conférer une influence déterminante, au terme d'une analyse *in concreto* de la structure des votes des assemblées générales de Novatrans. En effet, SNCF Participations était assurée de disposer d'une majorité de fait et donc disposait d'une influence déterminante sur Novatrans. En particulier, le ministre a relevé que, pour faire barrage aux décisions de SNCF Participations, le taux de mobilisation requis des autres actionnaires devait être de 96,2 %, taux bien supérieur au taux maximum de mobilisation constaté sur la période 2003-2006 et à l'assemblée générale ordinaire de 2007 qui avait fait pourtant l'objet d'une mobilisation exceptionnelle avec un taux de participation de 79,1 %.

⁸ Voir, par exemple, les avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-07 et 04-A-08 du 18 mai 2004 et les arrêtés du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de l'agriculture C2004-120/C2004-121 du 25 mai 2005.

42. Dans certains cas, il est nécessaire d'apprécier si certains actionnaires sont amenés à coordonner leurs décisions :
- en raison d'un pacte d'actionnaires ou de tout autre accord exprès les conduisant à agir de concert ou à faciliter la coordination de leurs votes ;
 - en raison d'intérêts communs suffisamment puissants les conduisant à ne pas s'opposer les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits.
43. Par exemple, le Conseil de la concurrence a considéré⁹ que les sociétés Pan Fish et Wartdal détenaient conjointement une influence déterminante sur la société Aalesundfisk. En effet, ces deux sociétés possédaient à elles deux près de 80 % des parts de la société norvégienne, les autres actionnaires possédant au maximum 6,80 % des parts. Ce contrôle capitalistique était en outre renforcé par les droits de préemption exclusifs et réciproques concernant l'achat des actions de l'autre que s'était accordé chacun des deux actionnaires majoritaires. Ce pacte d'actionnaires réservait également aux membres du conseil d'administration nommés par Pan Fish et Wartdal un pouvoir de décision relatif à l'achat d'actions par les employés. En outre, le pacte prévoyait l'exercice d'un pouvoir conjoint des deux actionnaires au sein du conseil d'administration (le nombre de membres était fixé conjointement, les deux actionnaires désignaient chacun un membre, la désignation du président nécessitait l'accord des deux actionnaires et, enfin, ceux-ci étaient d'accord pour accorder le droit aux autres actionnaires de désigner un membre en commun). De plus, les deux sociétés influençaient la politique commerciale de la société Aalesundfisk, le contrôle exercé par le groupe Pan Fish sur la politique commerciale de la société Aalesundfisk étant, au surplus, confirmé sur le site Internet de Pan Fish, qui présentait Aalesundfisk comme un complément à sa stratégie de distribution. Il ressortait de ces éléments que Pan Fish et Wartdal exerçaient conjointement une influence déterminante sur la société Aalesundfisk.

b) Les relations contractuelles

44. A elles seules, des relations contractuelles ne sont susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise que dans des cas très particuliers. Ainsi, le point 18 de la communication consolidée de la Commission rappelle que *« afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels). »*.
45. Comme exemple de contrats pouvant permettre à eux seuls une prise de contrôle, la Commission cite dans le même point les conventions de location-gérance, par lesquelles l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés et renvoie à l'article 3, paragraphe 2, point a), du

⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006.

règlement n° 139/2004 qui précise que le contrôle peut également être constitué par un droit de jouissance sur les éléments d'actifs d'une entreprise.

46. En ce qui concerne plus particulièrement les contrats de franchise, comme l'indique la Commission, « les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur »¹⁰.
47. Les autres questions spécifiques aux contrats de distribution sont traitées dans l'annexe C.

c) Les autres éléments susceptibles de permettre l'exercice d'un contrôle

48. L'Autorité tient aussi compte, dans son appréciation, des liens économiques que les actionnaires auront avec la nouvelle entité, comme, par exemple :
 - le fait d'être le principal actionnaire industriel de la nouvelle entité, actif sur son secteur ou dans des secteurs connexes, alors que les autres actionnaires sont des investisseurs financiers ou des actionnaires disposant d'une part faible des droits de vote ;
 - l'existence d'importants contrats de livraison à long terme avec la nouvelle entité;
 - la constatation de relations commerciales très privilégiées tels des contrats commerciaux exclusifs, des droits d'usage ou de partage de marques, de brevets, de réseaux de distribution, d'unités de production ;
 - le fait de représenter une part très élevée du chiffre d'affaires de l'entreprise au point qu'une rupture des relations commerciales mettrait en péril, à court terme, sa survie ;
 - le fait d'intervenir de manière significative en tant que prêteur auprès de l'entreprise.

d) Exemples d'appréciations des éléments susceptibles de conférer une influence déterminante

49. Dans l'affaire Est-Républicain / BFCM / Socpresse, le Conseil d'État a considéré que la BFCM exerçait une influence déterminante sur EBRA en tenant compte de ses droits de veto et de son rôle de prêteur¹¹: *« il ressort des pièces du dossier que l'article 19 des statuts de la société EBRA prévoit que la nomination et la révocation des membres de son comité de direction - lequel, en vertu de l'article 14 de ces statuts, est investi des pouvoirs les plus étendus pour diriger, gérer et administrer la société - requièrent de l'assemblée des actionnaires une décision acquise à la majorité des deux tiers ; que, propriétaire de 49 % du capital, contre 51 % pour la SA Le Journal L'Est Républicain, la BFCM dispose de ce fait, à l'égal de cette*

¹⁰ Paragraphe 19 de la communication consolidée de la Commission.

¹¹ Décision du Conseil d'État du 31 janvier 2007.

dernière, d'un droit de veto sur la nomination et la révocation des cinq membres du comité alors même qu'en application de l'article 13 des statuts, elle n'a un pouvoir de proposition que pour deux d'entre eux ; qu'en outre, la BFCM a financé seule, pour un montant total de 189 millions d'euros, la reprise de la SA Delaroche par la société EBRA, dont le capital ne dépasse pas 38 000 euros ; que cette situation de prêteur conforte son pouvoir d'influence sur les décisions stratégiques de cette dernière, alors surtout qu'elle est par ailleurs en mesure, compte tenu des règles de vote prévues en la matière par l'article 19 des statuts de la société, de s'opposer, au sein de l'assemblée des actionnaires, à toute augmentation des fonds propres ; que la circonstance que, par une convention de compte courant en date du 22 mai 2006, la BFCM s'est engagée à ne pas exiger de remboursement de son prêt avant l'expiration d'une période de trois ans n'est pas de nature à réduire ce pouvoir compte tenu, notamment, de l'ampleur des difficultés financières rencontrées par la SA Delaroche et de l'importance du prêt par rapport au chiffre d'affaires annuel de cette dernière ; ».

50. En revanche, dans un avis relatif aux acquisitions réalisées par le groupe Scottish & Newcastle-Kronenbourg¹² dans le secteur de la distribution de bières, le Conseil de la concurrence a considéré que l'acquisition d'une minorité au capital de quatre sociétés ne conférerait pas à Kronenbourg d'influence déterminante : *« En l'espèce, les prises de participation minoritaires réalisées par Kronenbourg dans le capital des sociétés Ferrer, Feuvrier, Murgier et Kihl ont donné lieu à une modification des statuts. Les dispositions de ces statuts, relativement similaires d'une opération à l'autre, conféraient à Kronenbourg un droit de veto sur certaines décisions du conseil d'administration, relatives à des engagements financiers importants et un droit de préférence en cas de cession des actions. Kronenbourg a, de plus, conclu avec les groupes familiaux des sociétés Ferrer, Feuvrier et Kihl, des pactes d'actionnaires, comportant notamment une promesse de vente à échéance indéterminée de la totalité du capital en sa faveur. Dans leurs modalités, aucune de ces dispositions juridiques n'excède ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers et ne permet à Kronenbourg de contrôler la stratégie de l'entreprise. »*
51. De même, l'Autorité a récemment estimé, dans le cadre de l'examen de la fusion des groupes Banques Populaires/Caisses d'Épargne¹³ que l'État n'exercerait pas d'influence déterminante sur le nouveau groupe, sur la base d'un ensemble d'éléments de droit et de fait. En particulier, s'agissant des éléments qui pourraient conférer à l'État un contrôle de fait, l'Autorité a tenu compte du fait que l'apport en fonds propres de l'État, d'un montant de 5 Mds d'euros, était destiné à être remboursé rapidement et qu'il suffisait que la moitié des actions de préférence soient remboursées, soit environ 1,5 Mds d'euros, pour que l'État perde son droit d'être représenté par deux membres au conseil de surveillance. En tout état de cause, l'Autorité a noté que l'État avait le pouvoir de proposer deux membres indépendants mais non de les révoquer et qu'il ne disposait donc pas du pouvoir de bloquer les décisions devant être prises à la majorité qualifiée.

¹² Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-08 du 18 mai 2004 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Scottish & Newcastle-Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR.

¹³ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009.

52. Dans des cas exceptionnels, un contrôle peut être constitué alors même que l'entreprise n'acquiert aucune participation au capital. Par exemple, dans un avis du 15 octobre 1991, le Conseil de la concurrence a relevé l'existence d'une influence déterminante de Gillette sur Eemland Holdings NV (ci-après « Eemland »), bien que Gillette ne détienne pas d'actions d'Eemland, et n'ait ni droit de vote au conseil d'administration d'Eemland, ni le droit d'être représenté à ce conseil, ni le droit d'assister à l'assemblée générale des actionnaires, ni le droit à des informations sur cette société. Au cas d'espèce, l'influence déterminante était fondée sur un faisceau d'indices convergents. En premier lieu, Gillette était détenteur d'obligations convertibles auxquelles était attaché un droit de préemption sur les actions ordinaires et sur les autres obligations convertibles d'Eemland, permettant à Gillette d'être le seul opérateur industriel et commercial parmi les investisseurs d'Eemland, susceptible d'en prendre, le cas échéant, en partie ou en totalité le contrôle. En deuxième lieu, Eemland était en dépendance financière vis-à-vis de Gillette qui, en tant que prêteur, apportait des capitaux représentant environ 70 % du chiffre d'affaires mondial d'Eemland. En troisième lieu, les accords commerciaux passés entre les parties conféraient à Gillette la possibilité de limiter la concurrence d'Eemland sur le segment des produits haut de gamme en France, sur lequel était positionnée la marque Gillette.

4. LE CAS PARTICULIER DES ENTREPRISES COMMUNES

53. Pour que la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises puisse être qualifiée de concentration, il faut, en vertu de l'article L. 430-1, qu'il s'agisse « *d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ». La création d'une telle entreprise commune peut résulter :
- de la création d'une structure commune totalement nouvelle,
 - de l'apport d'actifs que les sociétés mères détenaient auparavant à titre individuel à une entreprise commune déjà existante, dès l'instant où ces actifs, qu'il s'agisse de contrats, d'un savoir-faire ou d'autres actifs, permettent à l'entreprise commune d'étendre ses activités,
 - de l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante.
54. En particulier, l'entreprise est de plein exercice si elle bénéficie de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché et notamment « *de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes (ressources humaines, budget, responsabilité commerciale)* »¹⁴. Les moyens nécessaires à son activité peuvent être transférés par les maisons mères « *notamment en matière de personnels et d'actifs incorporels (marques...)* »¹⁵ ou encore « *leur expertise dans le domaine de la conception, de la fabrication et de la commercialisation (...)*

¹⁴ Lettre C2007-14 du 13 novembre 2007, CCIP / UNIBAIL.

¹⁵ Lettre C2007-19 du 10 septembre 2007, SPIR COMMUNICATION / SCHIBSTED.

par transfert de l'ensemble de leurs activités dans ce secteur, des contrats, des salariés ainsi que tous les droits nécessaires à l'exercice de l'activité »¹⁶.

55. De plus, la structure doit être « *une entreprise accomplissant toutes les fonctions d'une entité économique autonome* » (ou encore une entreprise **de plein exercice**), ce qui signifie qu'elle opère sur un marché, en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché. C'est le cas, par exemple, des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production¹⁷. En revanche, le fait que les sociétés mères représentent une part importante des ventes de cette entreprise commune ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse s'agir d'une concentration, sous réserve que l'entreprise commune traite, sur le plan commercial, avec ses sociétés mères de la même manière qu'avec les tiers.
56. Comme le précise la communication consolidée de la Commission européenne au point 93, la notion de plein exercice ne se confond pas avec celle d'autonomie par rapport à la maison mère telle qu'elle a été définie par l'Autorité en contentieux des pratiques anticoncurrentielles : « *Le fait qu'une entreprise commune puisse être une entreprise de plein exercice et donc, du point de vue fonctionnel, économiquement autonome ne signifie pas qu'elle jouisse d'une autonomie en ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques. Dans le cas contraire, une entreprise contrôlée en commun ne pourrait jamais être considérée comme une entreprise commune de plein exercice et, en conséquence, la condition énoncée à l'article 3, paragraphe 4, ne serait jamais remplie. Il suffit dès lors, pour le critère de plein exercice, que l'entreprise commune soit autonome sur le plan fonctionnel.* ».
57. La structure doit être « **commune** », c'est-à-dire qu'elle est contrôlée conjointement par deux ou plusieurs entreprises.
58. La structure doit fonctionner « **de manière durable** ». Par exemple, la création d'une entreprise commune constituée pour construire un ouvrage d'art et destinée à être dissoute au terme de ce projet, ne réalise pas une concentration. A contrario, le fait que l'accord passé entre les sociétés-mères prévoit la dissolution de l'entreprise commune en cas d'échec ne fait pas obstacle à sa qualification de concentration.
59. Par exemple, dans sa décision relative à l'opération Opéra¹⁸, le Conseil d'État a considéré que le centrale d'achat Opéra, filiale commune de Casino, Perrachon et Cora, n'avait pas les caractéristiques d'une entreprise économique autonome : « *si la société Opéra a pour rôle essentiel d'effectuer le "référencement" des fournisseurs de ses maisons-mères pour une gamme importante de produits et de négocier les conditions d'achat avec les producteurs ainsi "référéncés", les décisions d'achat continueront à être prises par les maisons-mères et leurs filiales, qui restent présentes en tant qu'acheteurs sur le marché de l'approvisionnement en produits de*

¹⁶ Lettre C2007-18 du 6 avril 2007, ASTORG III / SAFEGUARD INTERNATIONAL FUND.

¹⁷ Communication consolidée § 95.

¹⁸ Décision du Conseil d'État du 31 mai 2000.

grande distribution ; que la société Opéra doit négocier les délais de règlement par référence aux pratiques antérieures de ses maisons-mères et ne peut accorder d'escomptes de paiement qu'avec leur accord ; que si la société Opéra est chargée d'acheter en propre certains produits afin de les revendre à ses mandants, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette activité, qui ne porte que sur une part très faible des achats des maisons-mères et de leurs filiales, suffise à lui conférer le caractère d'une entité économique autonome ; qu'il suit de là qu'en estimant que la société Opéra n'avait pas, dans son fonctionnement quotidien, un caractère d'autonomie suffisant pour que sa création puisse être regardée comme une concentration, le ministre n'a pas entaché sa décision d'une inexacte qualification des faits de l'espèce ; ».

5. LES OPÉRATIONS INTERDÉPENDANTES

60. Comme le détaille la communication consolidée de la Commission (points 38 et suivants), l'Autorité considère que des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration dès lors qu'elles sont interdépendantes, au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre. Le considérant 20 du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations précise d'ailleurs qu'il convient de traiter comme une concentration unique les opérations étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel. En revanche, dès lors que les opérations ne sont pas interdépendantes, c'est-à-dire que les parties mèneraient à son terme l'une des opérations même en cas d'échec de toutes les autres, les différentes opérations doivent être évaluées individuellement.
61. Les opérations peuvent être considérées comme liées entre elles en droit, lorsque les accords eux-mêmes sont liés par une conditionnalité réciproque. Mais il ne peut être exclu que soient pris en compte des éléments démontrant que, sur le plan économique, les opérations ne peuvent se faire l'une sans l'autre. Comme le précise le point 43 de la communication consolidée, le fait que les accords soient conclus simultanément est l'un des éléments essentiels à l'interdépendance¹⁹.
62. Même faisant l'objet d'un lien conditionnel, des opérations ne peuvent cependant être considérées comme une opération de concentration unique que si pour chacune d'elle, le contrôle est acquis par la ou les mêmes entreprises. Par exemple, lorsque plusieurs entreprises se partagent des actifs, l'Autorité considère chaque opération de façon distincte même si chacune de ces acquisitions est conditionnée par la réalisation des autres. Il convient également que chacune des opérations constituent individuellement une concentration. Des opérations qui n'emportent pas une prise de contrôle, telles que par exemple des participations minoritaires non contrôlantes, ne peuvent être considérées comme formant un tout

¹⁹ Pour une application de ces dispositions, voir la décision de la Commission COMP/M.2978 VUP/NATEXIS/LAGARDERE, points 6 à 8 : « C'est donc en vue de répondre à ce souci de rapidité que, à la demande de Lagardère, Natexis Banques Populaires est intervenue dans le processus d'acquisition des actifs concernés de VUP. Le 3 décembre 2002, le Groupe Natexis Banques Populaires a conclu avec Lagardère un accord de vente ferme, permettant à Lagardère (via Ecrinvest 4), après autorisation de la concentration par la Commission, de devenir propriétaire de la totalité du capital d'Investima 10, société qui détient les actifs de VUP. Le prix d'acquisition de ces titres a été immédiatement payé d'avance par Lagardère à Segex, société titulaire de la totalité des actions composant le capital d'Ecrinvest 4, à la même date. Par conséquent, la concentration est une acquisition de contrôle unique, au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b) du règlement sur les concentrations ».

indissociable avec des opérations concernant la prise de contrôle d'entreprises, quand bien même ces deux types d'opérations seraient liées entre elles.

63. Il convient de distinguer de ceux décrits ci-dessus, le cas prévu à l'article 5, paragraphe 2, second alinéa, du règlement n° 139/2004, aux fins du calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées. En application de cet article, des opérations successives (chacune d'elles entraînant une prise de contrôle) effectuées au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont considérées comme une seule concentration même si elles ne sont pas subordonnées l'une à l'autre.

6. LE CAS PARTICULIER DES OPÉRATIONS TRANSITOIRES

64. L'article 3, paragraphe 5, du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations considère qu'une opération de concentration n'est pas réalisée *« lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition; ce délai peut être prorogé sur demande par la Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti »*.
65. La Commission européenne indique dans sa communication consolidée²⁰ qu'elle retient deux conditions pour apprécier si une opération transitoire constitue une modification durable du contrôle. D'une part le caractère transitoire de l'opération doit être convenu entre les différents acquéreurs de manière juridiquement contraignante, et, d'autre part, il ne doit pas exister de doute quant à la célérité de la deuxième étape. La Commission européenne indique aussi que²¹ *« [...] dans le cadre d'opération en série, une entreprise accepte de prendre d'abord le contrôle exclusif d'une entreprise cible, pour ensuite directement céder certaines parties de la participation acquise dans l'entreprise cible à une autre entreprise, les deux acquéreurs contrôlant finalement en commun la société cible. Si les deux acquisitions font l'objet d'un lien conditionnel, les deux opérations constituent une concentration unique et seule l'acquisition du contrôle en commun, qui est le résultat final des opérations, sera examinée par la Commission »*.
66. L'Autorité s'inspirera de ces dispositions pour apprécier la contrôlabilité de prises de contrôle d'actifs destinés à être revendus à courte échéance.

²⁰ Paragraphes 28 et suivants de la communication consolidée de la Commission européenne.

²¹ Paragraphe 47 de la communication consolidée de la Commission européenne.

67. Pour les questions relatives aux prises de contrôle transitoire dans le commerce de détail, le lecteur peut se reporter à l'annexe sur les questions relatives aux contrats de distribution.

* * *

68. D'une façon générale, pour toute question relative à la notion de concentration, les parties pourront également se référer aux points mentionnés ou non cités de la communication consolidée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du 21 février 2009 qui, même si elle ne s'applique qu'au droit communautaire, constitue un guide d'analyse utile, même en droit national.

B. SEUILS DE CONTRÔLE

1. LES SEUILS APPLICABLES AU CONTRÔLE NATIONAL DES CONCENTRATIONS

69. En vertu de l'article L. 430-2 du code du commerce qui définit les seuils du contrôle national des concentrations et du règlement (CE) n° 139/2004 qui définit les seuils communautaires, les concentrations sont soumises au contrôle de l'Autorité de la concurrence si :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;
- l'opération ne rentre pas dans le champ de compétence de la Commission européenne (on dit usuellement qu'elle n'est pas de « dimension communautaire »). Comme l'indique l'article premier, paragraphes 2 et 3 du règlement (CE) n° 139/2004, une opération est de dimension communautaire si

« 2. a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et

b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.

3. Une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros;

- dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;
- dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et
- le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. »

70. Le règlement (CE) n° 139/2004 utilise l'expression d'« entreprises concernées », alors que le code de commerce utilise celle d'« entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration ». Ces deux expressions visent cependant le même objectif, et le terme d'« entreprise concernée » sera utilisé dans la suite de ce document indistinctement. L'interprétation de cette notion, développée dans la communication consolidée de la Commission, dépend du type d'opération :

- dans les cas des fusions, les entreprises concernées sont les entreprises qui fusionnent ;
- dans les cas d'une prise de contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible ;
- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise déjà existante, les entreprises concernées sont les entreprises prenant le contrôle et l'entreprise préexistante acquise ; toutefois, lorsque la société préexistante se trouvait sous le contrôle exclusif d'une société et que un ou plusieurs nouveaux actionnaires en prennent le contrôle en commun alors que la société mère initiale subsiste, les entreprises concernées sont chacune des sociétés exerçant le contrôle en commun (y compris donc l'actionnaire initial). En ce cas, la société cible n'est pas une entreprise concernée et son chiffre d'affaires fait partie de celui de la société mère initiale ;
- dans le cas d'une transformation d'un contrôle conjoint en contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible, les entreprises cédantes n'étant pas considérées comme concernées ;
- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise commune nouvellement créée, les entreprises concernées sont les entreprises contrôlantes. L'entreprise nouvellement créée n'est pas considérée comme « concernée », n'ayant pas de chiffre d'affaires qui lui est propre avant l'opération. Si l'une des entreprises contrôlantes apporte à l'entreprise nouvellement créée des actifs, le chiffre d'affaires qui leur est rattaché est pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires de cette entreprise contrôlante.

71. Les seuils de l'article L. 430-2-I du code de commerce indiqué ci-dessous sont abaissés dans deux cas : pour les opérations dans le commerce de détail

d'une part et pour les opérations concernant les départements et collectivités d'outre-mer d'autre part.

a) Le commerce de détail

72. Pour le commerce de détail, l'article L. 430-2-II précise les seuils applicables :

« II.-Lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;

- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ;

- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité. »

73. Cette nouvelle disposition sur le commerce de détail issue de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie vise à prévenir les opérations qui pourraient affaiblir substantiellement la concurrence dans certaines zones de chalandise, en permettant à l'Autorité d'examiner des opérations qui ne sont pas soumises au contrôle des concentrations en vertu des seuils de l'article L. 430-2-I.

74. Pour vérifier qu'une opération excède le premier seuil de 75 M€, il convient de tenir compte de l'ensemble des activités des entreprises concernées, et non seulement de celles de commerce de détail. En revanche, le second seuil de 15 M€ ne s'applique qu'aux activités de commerce de détail elles-mêmes. Par exemple, une opération impliquant deux entreprises, l'une réalisant 30 M€ de chiffre d'affaires au total, exclusivement dans le commerce de détail, l'autre réalisant 50 M€ de chiffre d'affaires au total, dont 20 M€ dans le commerce de détail, sera soumise au contrôle des concentrations. En effet, l'ensemble des entreprises concernées réalisent un chiffre d'affaires total supérieur à 75 M€. Le premier seuil est donc franchi (même si elles ne réalisent, au total, que 50 M€ de chiffre d'affaires dans le commerce de détail). Chacune réalisant plus de 15 M€ dans le commerce de détail, le second seuil est également franchi.

75. La notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Est incluse la vente d'objets d'occasion (brocante, dépôts vente, etc...). Sont traditionnellement assimilés à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de

prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien véhicules et montage de pneus). Sont toujours exclues les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance, ou les agences de voyage) ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques ou les vidéothèques), et les restaurants. Sont aussi exclues les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne, l'article L. 430-2-II précisant que ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin.

76. Un exemple peut illustrer le champ défini plus haut. Une entreprise détient un ensemble de magasins réalisant ensemble 17 M€ de chiffre d'affaires, 12 M€ en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique, le solde provenant d'activités connexes réalisées sur les mêmes surfaces de vente, telles que des ventes à des clients professionnels ou de la location de matériel. Les magasins de l'entreprise réalisent plus de la moitié de leur chiffre d'affaires en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Ces magasins sont donc considérés comme des magasins de commerce de détail. Leur chiffre d'affaires étant supérieur à 15 M€, l'entreprise franchit le second seuil prévu à l'article L. 430-2-II.
77. Autre exemple : un fabricant de produits manufacturés à destination des particuliers vend une partie de ses produits dans des magasins détenus en propre, une autre via des distributeurs indépendants. Si ce fabricant réalise un chiffre d'affaires total de 50 M€, dont 10 M€ dans ses propres magasins, l'entreprise ne franchit pas le second seuil prévu à l'article L. 430-2-II. En effet, elle ne réalise que 10 M€ de chiffre d'affaires dans le secteur du commerce de détail.
78. Les seuils prévus à l'article L. 430-2-II ne s'appliquent qu'aux entreprises exploitant au moins un magasin de commerce de détail en France. Une entreprise qui exploite des magasins de commerce de détail à l'étranger, mais aucun en France, ne sera pas soumise aux seuils de l'article L. 430-2-II. Elle reste, en revanche, soumise aux seuils prévus à l'article L. 430-2-I.

b) Les départements et collectivités d'outre-mer

79. Pour les opérations dans les départements et collectivités d'outre-mer, l'article L. 430-2-III précise :

« III.-Lorsque au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer ou dans les collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;

- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au

moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ;

- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité. »

80. Pour apprécier si le second seuil est franchi, il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans chacun des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer pris isolément. Par exemple, si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à la Réunion, et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, on considérera que cette entreprise ne franchit pas le seuil de 15 millions d'euros.

2. MODALITÉS DE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES

81. L'article L. 430-2-V énonce que les modalités de calcul de chiffre d'affaires applicables au contrôle national des concentrations sont celles de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004. Ces modalités ont été commentées et explicitées par la Commission, dans sa communication consolidée, aux paragraphes 157 à 217.
82. L'ensemble des ces dispositions vise à faire en sorte que les chiffres d'affaires calculés reflètent la force économique réelle et actuelle des entreprises concernées sur le marché, tout en restant de mise en œuvre relativement aisée afin de permettre aux entreprises de déterminer facilement si une opération est contrôlable, et si elle est de dimension communautaire ou nationale.
83. Le présent guide se limitera à rappeler les points clefs du calcul des chiffres d'affaires, le lecteur étant invité à se reporter à la communication consolidée de la Commission pour toute question plus spécifique que soulèverait un cas d'espèce.
84. Le calcul des chiffres d'affaires doit permettre d'apprécier la force économique de l'entreprise concernée dans son ensemble, et pas seulement celles des entités juridiques impliquées dans le montage de l'opération.
85. Dans le cadre d'une prise de contrôle, pour chacun des acquéreurs, le calcul doit prendre en compte toutes les activités du groupe et non celles des seules filiales directement impliquées dans l'opération ou celles relatives aux marchés concernés ou affectés par l'opération. Pour le cédant, seul le chiffre d'affaires de la partie cédée est pris en compte, le paragraphe 2 de l'article 5 du règlement disposant que *« ... lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la concentration est pris en considération dans le chef du ou des cédants »*.
86. Le paragraphe 4 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 précise que le chiffre d'affaires total à prendre en compte pour une entreprise concernée est déterminé comme suit : *« sans préjudice du paragraphe 2, le chiffre*

d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent règlement résulte de la somme des chiffres d'affaires :

a) de l'entreprise concernée ;

b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement ;

i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation ;

ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote ;

iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ;

iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise ;

c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;

d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;

e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux points a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ».

87. Les critères utilisés pour identifier les entreprises dont le chiffre d'affaires peut être attribué à l'entreprise concernée sont différents des critères de l'« *influence déterminante* » utilisés pour établir l'exercice d'un contrôle. En effet, une entreprise peut exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, sans disposer de la moitié du capital, du pouvoir d'exercer la moitié des droits de vote, du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ou du droit de gérer les affaires de l'entreprise (voir le paragraphe 184 de la communication consolidée de la Commission à ce sujet).
88. Le paragraphe 1 de l'article 5 précise que « le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article ». En effet, ne pas consolider les ventes intra-groupes dans le calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise concernée conduirait à surévaluer artificiellement son poids économique sur le marché.
89. Dans le cas particulier d'entreprises communes entre plusieurs entreprises concernées, le règlement précise, au paragraphe 5 de l'article 5, que le chiffre d'affaires de l'entreprise commune réalisé auprès de tiers est imputé à parts égales aux différentes entreprises concernées, quelle que soit la part du capital ou des droits de vote qu'elles détiennent.
90. Les aides publiques accordées aux entreprises doivent entrer dans le calcul du chiffre d'affaires, dès l'instant où elles sont directement liées à la vente de produits et de services de cette entreprise, puisqu'elles renforcent le poids économique de l'entreprise sur le marché en lui permettant de vendre à des prix inférieurs à ceux qu'elle pourrait pratiquer en l'absence de ces aides publiques.

91. Les parties notifiantes doivent fournir des chiffres d'affaires qui reflètent la situation économique des entreprises au moment de la signature de l'acte contraignant qui permet la notification²². C'est pourquoi tous les chiffres d'affaires doivent être évalués à la date du dernier exercice clos et corrigés, le cas échéant, pour tenir compte de modifications permanentes de la réalité économique de l'entreprise, suite à des opérations de fusions ou d'acquisitions survenues postérieurement. En principe, il convient de se référer au dernier chiffre d'affaires certifié. Cependant, en cas de divergence significative entre le chiffre d'affaires du dernier exercice clos, non encore certifié, et le précédent qui a été certifié, le chiffre d'affaires le plus récent peut être pris en compte pour le calcul du chiffre d'affaires, même s'il n'est pas encore certifié²³.
92. En ce qui concerne l'affectation géographique du chiffre d'affaires, celui-ci doit être affecté au lieu où s'exerce la concurrence²⁴, c'est-à-dire, en règle générale, au lieu où se trouve le client. En ce qui concerne la vente de biens, le lieu où le contrat a été conclu et le lieu de livraison priment sur l'adresse de facturation. En ce qui concerne les services, c'est le lieu de fourniture de ceux-ci qui est à prendre en compte.
93. En outre, le contrôle des concentrations s'applique à toutes les entreprises, quelles que soient leur nationalité ou leur localisation, qu'elles possèdent ou non des actifs ou une structure en France, et que l'opération soit réalisée ou non en dehors du territoire national et ce dès lors qu'elles réalisent un chiffre d'affaires en France et dépassent les seuils de contrôlabilité.
94. L'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 139/2004 comporte une disposition spécifique permettant d'assurer que des entreprises ne scindent pas une opération en une série de cessions d'actifs réparties dans le temps, afin d'échapper au contrôle des concentrations en passant sous les seuils de contrôlabilité. Aussi, des opérations successives effectuées durant une période de deux années entre les mêmes entreprises sont considérées comme une seule concentration aux fins du calcul des chiffres d'affaires des entreprises concernées²⁵. Néanmoins, si d'autres entreprises se joignent à ces mêmes entreprises pour certaines seulement des opérations considérées, la règle n'est plus applicable. L'opération globale sera à notifier à l'Autorité dès que le chiffre d'affaires consolidé de ces opérations successives dépasse les seuils de notification obligatoire.
95. Dans le cas particulier des établissements de crédit et des établissements financiers, l'article 5 paragraphe 3 du règlement précise que le chiffre d'affaires est remplacé par la somme des intérêts et produits assimilés, des revenus de titres (revenus d'actions, de parts et d'autres titres à revenu variable, revenus de participations, revenus de parts dans des entreprises liées), des commissions perçues, du bénéfice net provenant d'opérations financières, et des autres produits d'exploitation, déduction faite, le cas échéant, de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts liés à ces produits, c'est-à-dire par le produit bancaire brut.

²² Décision du ministre C2002-64 GOP /Oxford du 9 août 2002, publiée au BOCCRF du 25 novembre 2002.

²³ Décision du ministre C2004-171 Fayat / Bomag, du 27 décembre 2004, publiée au BOCCRF le 20 septembre 2005.

²⁴ Communication consolidée, paragraphes 195 à 203.

²⁵ Décision du ministre C2002-127 RBS / REXNORD du 14 novembre 2002 publiée au BOCCRF du 31 mars 2003.

96. Pour les entreprises d'assurance, l'article 5(3), point b du règlement n° 139/2004 précise que la notion de chiffre d'affaires est remplacée par « *la valeur des primes brutes émises qui comprennent tous les montants reçus et à recevoir au titre de contrats d'assurance établis par elles ou pour leur compte, y compris les primes cédées aux réassureurs et après déduction des impôts ou des taxes parafiscales perçus sur la base du montant des primes ou du volume total de celui-ci* ».
97. Dans certains secteurs d'activité, tels que les voyages à forfait ou la publicité, où la vente du service peut s'effectuer à travers des intermédiaires, la communication consolidée de la Commission indique que « *même si l'intermédiaire facture la totalité du montant au client final, le chiffre d'affaires de l'entreprise intervenant comme intermédiaire repose uniquement sur le montant de sa commission. En ce qui concerne les voyages à forfait, l'ensemble du montant payé par le client final est attribué au voyageur qui utilise l'agence de voyages comme réseau de distribution. Pour la publicité, seuls les montants reçus (sans la commission) sont considérés comme constituant le chiffre d'affaires de la chaîne de télévision ou du magazine, étant donné que les agences de presse, en leur qualité d'intermédiaires, ne représentent pas le canal de distribution des vendeurs d'espace publicitaire, mais sont choisies par les clients, c'est-à-dire les entreprises désireuses de placer de la publicité.* »²⁶
98. Dans le cas des réseaux de distribution impliquant des adhérents indépendants coordonnés par une tête de réseau (réseaux de franchise, coopératives, ...), les modalités générales d'affectation du chiffre d'affaires prévues au paragraphe 4 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 s'appliquent. En règle générale, le chiffre d'affaires de la tête de réseau n'inclut donc pas les ventes réalisées par les adhérents auprès du public. Il inclut en revanche les ventes réalisées par la tête de réseau à ses adhérents pour les approvisionner ou la rémunération des prestations de services que la tête de réseau facture à ses adhérents.

IV. La procédure

A. VUE D'ENSEMBLE DE LA PROCÉDURE DEVANT L'AUTORITÉ

1. L'OBLIGATION DE NOTIFICATION

99. Dès qu'une opération de concentration est contrôlable au sens des articles L. 430-1 et L. 430-2 du code du commerce, elle doit être notifiée auprès de l'Autorité de la concurrence.
100. Cette obligation de notification « incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les

²⁶ Paragraphe 159 de la communication consolidée de la Commission du 21 février 2009.

parties concernées qui doivent alors notifier conjointement. » (article L. 430-3). Dans le cas particulier de l'entrée de nouveaux actionnaires qui acquièrent un contrôle conjoint, l'ensemble des parties disposant du contrôle conjoint, même celles qui disposaient déjà d'un contrôle avant l'opération, doivent notifier conjointement. Par ailleurs, le renvoi à l'Autorité de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens de l'article L. 430-3.

101. En vertu du premier alinéa de l'article L. 430-3, « *L'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique* ». L'appréciation du caractère d'un projet « suffisamment abouti » se fait au cas par cas. De façon générale, il est possible d'admettre un projet si les parties notifiantes assurent l'Autorité de leur intention de conclure un engagement ferme et en apportent la preuve, indiquent l'objet et les modalités de la concentration envisagée, l'identité des parties à l'opération, le périmètre de la concentration et le calendrier prévisionnel.

102. Si aucune disposition ne limite dans le temps la validité des autorisations accordées par l'Autorité, les opérations doivent néanmoins être réalisées dans un délai raisonnable et en toute hypothèse à circonstances de droit et de fait inchangées. Si un projet est autorisé, mais qu'il subit des modifications significatives avant sa réalisation, la décision d'autorisation n'est plus valable. En effet, dans ce cas, l'Autorité se sera prononcée sur un projet différent de celui qui a été réalisé concrètement. Les parties notifiantes sont donc invitées à notifier à nouveau l'opération, avant sa réalisation, dans ce cas, afin d'obtenir l'autorisation du projet qui sera réellement mis en œuvre. Pour vérifier le respect de ces dispositions, l'Autorité peut demander aux parties ayant bénéficié d'une décision d'autorisation sur la base d'un projet d'accord de lui communiquer les accords irrévocables une fois ceux-ci signés.

103. Des entreprises qui réaliseraient une opération de concentration contrôlable sans l'avoir préalablement notifiée, s'exposent aux sanctions prévus à l'article L. 430-8-I :

« I.-Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. La procédure prévue aux articles L. 430-5 à L. 430-7 est alors applicable.

En outre, l'Autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros ».

104. Il convient de souligner que ce dispositif sanctionne aussi bien une infraction intentionnelle qu'une omission par simple négligence. L'Autorité

de la concurrence tient notamment compte, dans son appréciation, des circonstances ayant mené au défaut de notification et du comportement des entreprises vis-à-vis de l'Autorité de concurrence. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire devant l'Autorité.

105. Antérieurement à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du code de commerce intervenue le 2 mars 2009, le ministre de l'économie a, par exemple, appliqué cette disposition en sanctionnant SNCF Participations, filiale du groupe SNCF pour avoir pris le contrôle de Novatrans sans autorisation, au terme d'une analyse *in concreto* de la structure des votes des assemblées générales de Novatrans, montrant que la participation minoritaire de SNCF Participations dans Novatrans était de nature à lui conférer une influence déterminante sur Novatrans (cf. supra).

2. L'EFFET SUSPENSIF DE LA PROCÉDURE ET LES DÉROGATIONS

106. En vertu de l'article L. 430-4, « *la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'article L. 430-7-1, celui du ministre chargé de l'économie.* » Les contrevenants à cette disposition s'exposent à la sanction pécuniaire prévue à l'article L. 430-8-II.
107. Le ministre a ainsi sanctionné le Groupe Bigard²⁷ qui avait notifié le 14 décembre 2007 une opération d'acquisition de certains actifs de la société Arcadie Centre Est. Cependant, au vu des éléments communiqués dans le cadre de la notification, il apparaissait que l'opération avait été réalisée dès le 1^{er} novembre 2006, sans que les parties bénéficient de la dérogation prévue à l'article L. 430-4 du code de commerce.
108. La réalisation d'une opération est effective dès l'instant où le contrôle au sens de l'article L. 430-1-III est constitué. Par exemple, dans une opération où les droits de jouissance sur l'entreprise cible sont transmis avant les droits de propriété, l'opération est réalisée dès le transfert des droits de jouissance.
109. Toutefois, le second alinéa de l'article L. 430-4 prévoit que « *En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci* ». Il appartient aux parties, au moment du dépôt de leur dossier de notification, de préciser les raisons de leur demande de dérogation. Toute demande fait l'objet d'un examen spécifique par l'Autorité.
110. Si l'octroi d'une telle dérogation est, par définition, exceptionnel, les offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou redressement judiciaire en

²⁷ Arrêté du ministre C2007-174 Bigard / Arcadie Centre Est, du 18 janvier 2008.

bénéficient couramment, car de telles offres peuvent conduire les parties à se retrouver automatiquement en infraction vis-à-vis de l'article L. 430-4 du code de commerce, par la décision du tribunal de commerce leur attribuant le contrôle de l'entreprise concernée. D'autres circonstances exceptionnelles comme le risque de disparition imminente de l'entreprise cible peuvent également justifier l'octroi de cette dérogation. Il est demandé aux entreprises qui souhaiteraient bénéficier de cette dérogation, d'en faire la demande au moins 5 jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal, en la joignant à un dossier de notification aussi complet que possible, qui inclut, a minima, une présentation des parties et de l'opération, la justification de la demande de dérogation, et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération.

111. L'octroi d'une dérogation par l'Autorité ne préjuge toutefois en rien de la décision finale qui sera prise à l'issue de l'instruction. L'Autorité pourra imposer des mesures correctives, voire même interdire l'opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence. Les parties doivent donc veiller, pendant la période précédant la décision finale, à s'abstenir de prendre des actes ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible ou mettre en œuvre opérationnellement leur fusion de manière irréversible.
112. Un second dispositif dérogatoire à l'effet suspensif de la procédure est prévu par l'article R. 430-5 : « *Lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision de l'Autorité de la concurrence ne fait pas obstacle au transfert desdits titres* ». Ainsi, le transfert de propriété des titres ne valant pas réalisation de la concentration, il peut être effectué avant que l'opération ne soit approuvée par l'Autorité. Cette dérogation ne s'applique néanmoins pas à l'usage des droits de vote associés au transfert de titres. Aussi longtemps que l'opération n'a pas été approuvée par l'Autorité, l'exercice de ces droits, sauf en cas de dérogation individuelle prévue au second alinéa de l'article L. 430-4, réalise la concentration et, de ce fait, est passible d'une sanction en vertu de l'article L. 430-8. Ce mécanisme s'applique pour les offres publiques d'achat (OPA), les offres publiques d'échange (OPE), ou l'acquisition d'un contrôle par simple achat de titres sur un marché réglementé sans lancement d'OPA.
113. Pour les opérations, en deux temps, consistant en l'acquisition par accord de gré à gré d'un bloc d'actions entraînant une obligation de dépôt d'une OPA sur le capital restant, le fait générateur du contrôle de la concentration est alors constitué par les deux événements pris ensemble. De telles opérations peuvent être notifiées dès que le projet des parties est suffisamment abouti, au stade de l'accord hors marché ou après le lancement de l'OPA²⁸.
114. Les opérations réalisées sur des marchés non réglementés (marché libre ou hors cote) ne bénéficient pas de ce mécanisme.

²⁸ Voir, par exemple, les décisions du ministre C2002-39 AtriA Private Equity Fund / Groupe Philippe Bosc du 18 novembre 2002, C2005-97 LogicaCMG / Unilog du 20 octobre 2005, C2007-106 Vinci / Entrepose contracting du 21 août 2007.

3. LES DIFFÉRENTES PHASES DE LA PROCÉDURE

115. Plusieurs phases de la procédure devant l’Autorité peuvent être distinguées.

- La pré-notification : cette phase est facultative, informelle et confidentielle. Elle permet, en amont de la notification, pour les entreprises qui le souhaitent, d’échanger avec le service des concentrations sur les questions que soulève l’opération. La pré-notification n’est pas nécessaire pour toutes les opérations. Elle s’avère cependant utile lorsque l’opération soulève des questions de contrôlabilité, lorsque un renvoi est envisagé ou dans le cas d’opérations complexes susceptibles de nécessiter des mesures correctives. (voir paragraphe B)
- Les renvois : les opérations de dimension nationale peuvent être renvoyées à l’initiative des entreprises ou de l’Autorité nationale devant la Commission, ou, inversement, les opérations de dimension communautaire peuvent être renvoyées, à l’initiative des entreprises ou de l’Autorité, éventuellement sur invitation de la Commission, devant l’Autorité nationale. Ces renvois sont instruits en début de procédure, selon les cas, avant ou après la notification. (voir paragraphe C)
- La phase 1 : Une fois notifiée (ou renvoyée par la Commission), l’opération est examinée par l’Autorité dans le cadre d’un premier examen dit de « phase 1 ». Lorsque l’opération est susceptible d’avoir des effets anticoncurrentiels, les parties peuvent proposer des engagements pour y remédier. Au terme de cet examen, qui peut impliquer la consultation de tiers, clients, concurrents ou fournisseurs dans le cadre d’un test de marché, l’Autorité se prononce sur l’opération. Elle peut constater que le contrôle des concentrations ne lui est pas applicable, l’autoriser, en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation des engagements pris par les parties ou, s’il subsiste un doute sérieux d’atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi, dit « phase 2 ». Le ministre de l’économie peut aussi demander l’ouverture d’une phase 2. (voir paragraphe D)
- La phase 2 : En pratique, les « phases 2 » sont engagées dans des cas plus restreints. Comme en phase 1, l’Autorité peut recevoir des engagements pris par les parties. L’examen approfondi donne lieu à un rapport adressé aux parties notifiantes et au commissaire du Gouvernement qui peuvent produire leurs observations. L’opération fait l’objet d’une séance devant le collège de l’Autorité. Au terme de cette procédure contradictoire, l’Autorité peut autoriser l’opération en la subordonnant éventuellement à la réalisation d’engagements pris par les parties ou d’injonctions et prescriptions imposées aux parties, ou l’interdire. Une fois la décision de l’Autorité rendue, le ministre peut évoquer l’affaire et statuer sur l’opération en cause pour des motifs d’intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l’atteinte portée à cette dernière par l’opération (voir paragraphe E)
- Les recours : Enfin, toutes les décisions relatives au contrôle des concentrations, prises par l’Autorité ou, en cas d’évocation, par le

ministre, sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État. (voir paragraphe F)

- La mise en œuvre des mesures correctives : la mise en œuvre des mesures correctives fait l'objet d'un suivi rigoureux par l'Autorité de la concurrence pour vérifier que les obligations des parties ont bien été respectées. (voir paragraphe G)

B. LA PHASE DE PRÉ-NOTIFICATION

116. La phase de pré-notification, qui est facultative, est déclenchée à l'initiative des entreprises parties à l'opération qui souhaiteraient consulter le service des concentrations de l'Autorité lorsque des incertitudes pèsent sur la contrôlabilité de l'opération, ou, pour des opérations complexes, lorsque les parties envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques ad hoc ou lorsqu'elles souhaitent se faire une première idée sur l'acceptabilité de leur projet et ainsi anticiper les éventuels aménagements nécessaires.
117. Une prise de contact en amont de la notification permet aussi d'accélérer l'examen de l'opération par l'Autorité, notamment en minimisant le risque d'incomplétude de la notification.
118. 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 contrôle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr. A la suite de cet envoi, des réunions informelles peuvent être organisées avec les parties en tant que de besoin.
119. Lorsque les interrogations des parties portent sur la contrôlabilité d'une opération, le service des concentrations examine les éléments fournis. S'il s'avère, au vu de ces éléments, que l'opération envisagée n'est pas contrôlable, les parties pourront en être informées par le service des concentrations par lettre de confort. Néanmoins, si la contrôlabilité pose des questions nouvelles, les entreprises seront invitées à notifier afin que ces questions puissent être tranchées par l'Autorité.
120. Lorsque les parties envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques ad hoc, des réunions d'échange peuvent être organisées avec le service des concentrations et le service économique, dès la pré-notification, sur la méthodologie proposée. Plus ces réunions interviennent en amont de la procédure, plus elles sont susceptibles de permettre que les études économiques contribuent efficacement à l'instruction. Pour de plus amples détails, il convient de se reporter à l'annexe relative aux recommandations pour la soumission d'études économiques.
121. L'ensemble de cette phase de pré-notification est strictement confidentielle : elle ne donne lieu à aucune publicité sur le site internet de l'Autorité et à aucun contact avec des tiers. Néanmoins, sous réserve de l'accord préalable

écrit des parties, une consultation de marché peut être initiée dès cette phase afin de réunir des informations plus précises sans attendre la notification.

C. LES RENVOIS ET L'APPLICATION DES LÉGISLATIONS NATIONALES RELATIVES AUX INTÉRÊTS LÉGITIMES

122. Comme précisé précédemment, le règlement (CE) n° 139/2004 définit les seuils de chiffre d'affaires fixant la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence des États membres en matière de contrôle des concentrations. Cependant, le règlement prévoit à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22 des mécanismes de renvoi permettant que, dans certains cas particuliers, des opérations de dimension nationale soient examinées par la Commission et, inversement, que des opérations de dimension communautaire soient examinées par les autorités nationales de concurrence des États membres. Le bénéfice des articles 4(4) et 4(5) est demandé par les entreprises au stade de la pré-notification. Celui des articles 9 et 22 est demandé par les États membres après réception de la notification.
123. Ces mécanismes répondent à deux objectifs : permettre qu'une concentration soit examinée par l'autorité de concurrence la mieux placée pour mener l'enquête, ou permettre aux entreprises de bénéficier d'un « guichet unique », rôle joué par la Commission, dans les opérations impliquant des notifications multiples dans la Communauté.
124. Ces mécanismes sont précisés par la communication de la Commission sur le renvoi d'affaires en matière de concentrations du 5 mars 2005.

1. RENVOIS AUX AUTORITÉS NATIONALES

125. Les renvois d'affaires de dimension communautaire vers les autorités nationales de concurrence peuvent être effectués soit à la demande des entreprises, soit à la demande des États membres, éventuellement sur invitation de la Commission.
126. Ainsi, les parties concernées par une opération de concentration entrant dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 peuvent demander à la Commission le renvoi, total ou partiel, de l'opération envisagée aux autorités compétentes d'un État membre, en vertu de l'article 4 paragraphe 4 du règlement. Pour ce faire, avant même de notifier la concentration, les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (dénommé « Formulaire RS »²⁹) « *que la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qu'elle doit par conséquent être examinée, en tout ou partie, par cet État membre* ». La Commission transmet alors sans délai le mémoire à tous les États membres. L'État membre visé dans le mémoire motivé doit, dans un

²⁹ Paru en annexe III du règlement n° 802/2004 CE du 7 avril 2004 (règlement d'application du règlement CE n°139/2004), JOUE L 133/31 du 30 avril 2004.

délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son accord ou son désaccord sur la demande de renvoi de l'affaire. Au-delà de ce délai, il est réputé avoir accepté le renvoi. La Commission rend sa décision de renvoyer ou non l'affaire vers les autorités nationales dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la date où elle a reçu le mémoire motivé. En cas d'acceptation par la Commission d'une demande de renvoi d'une opération vers les autorités françaises³⁰, le droit national des concentrations s'applique. Il appartient dès lors aux parties de déposer un dossier de notification auprès de l'Autorité de la concurrence. En cas de refus par la Commission de la demande, les parties doivent notifier auprès de la Commission.

127. D'autre part, le renvoi, total ou partiel, d'une opération de concentration notifiée à la Commission peut être demandé par les autorités compétentes d'un État membre en application des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 lorsque « *la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct* » (article 9.2.a), ou qu'« *une concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun* » (article 9.2.b), ce dernier cas visant notamment les marchés de dimension géographique régionale ou locale³¹.
128. Cette demande doit être formulée dans les quinze jours ouvrables qui suivent la réception par l'autorité nationale concernée de la copie de la notification déposée par les parties à la Commission. Elle peut être faite à l'initiative de l'État membre, exercée par l'Autorité, ou sur invitation de la Commission. La demande doit être motivée « *selon une analyse préliminaire* »³² par l'État membre requérant. La Commission apprécie la pertinence et le bien-fondé de la demande au regard des conditions posées par l'article 9. Toutefois, dans le cas d'une demande fondée sur l'article 9.2.b, si la Commission constate que les conditions en sont réunies, elle ne dispose pas de la faculté de refuser le renvoi demandé³³. En cas d'acceptation par la Commission de la demande de renvoi³⁴, la décision de la Commission vaut notification en droit national, les délais du contrôle national commencent donc à courir à partir de la décision de renvoi.

³⁰ Décisions de la Commission COMP/M.3904, FEM/Entremont/Unicopa (acceptation de la demande de renvoi des parties) - 14/09/2006 et M.3898, DIA/Penny Market (acceptation de la demande de renvoi des parties) - 27/09/2005.

³¹ L'État membre peut décider de demander le renvoi de l'affaire pour examen de la totalité des marchés de produits ou services situés sur son territoire ou d'une partie d'entre eux seulement. La demande ne peut porter sur des marchés pertinents situés hors du territoire national. Néanmoins le renvoi d'affaires affectant des marchés locaux dans les zones frontalières est possible si, pour des raisons liées au fonctionnement du marché, seule la partie nationale doit être incluse dans le marché pertinent (décisions de la Commission M.2898 - Leroy Merlin / Brico du 13 décembre 2002 et M.3373 - Accor / Barrière / Colony du 4 juin 2004).

³² Communication de la Commission sur le renvoi des affaires de concentration, 2005/C 56/02, JOUE du 5 mars 2005, paragraphes 35, 36, 39 et 40.

³³ Voir le paragraphe 41 de la communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations du 5 mars 2005.

³⁴ Décisions de la Commission COMP/M.5557 SNCF-P/CDPQ/Kéolis/Effia - 29/10/2009 ; M.3373 Accor/Colony/Barrière-Desseigne/JV - 04/06/2004 ; M.2978 - Lagardère/Natexis/Vup - 23/07/2003 (refus) ; M.2898 - Leroy Merlin/Brico - 13/12/2002 ; M.2621 - Seb/Moulinex - 08.01.2002 ; M.1684 - Carrefour/Promodes - 25/01/2000 ; M.1628 - TotalFina/Elf Aquitaine -23/11/1999 (renvoi partiel des marchés visés par la demande) ; M.1522 - Csmc/Msca/Rock - 11/06/1999 ; M.1464 - Total/PétroFina (II) - 26/03/1999 ; M.1030 - Lafarge/Redland - 16/12/1997 ; M.1021 - Compagnie Nationale de Navigation/Sogelfa-Cim - 01/12/1997 M.991 - Promodes/Casino - 30/10/1997 ; M.460 - Holdercim/Cedest - 06/07/1994.

129. Le fait qu'une demande de renvoi selon l'article 9 est fondée sur une menace d'affectation significative de la concurrence, ne préjuge en rien, si le renvoi est accepté, de l'examen mené au fond par l'Autorité de la concurrence. Le TPICE l'a rappelé dans l'affaire Seb / Moulinex³⁵. Des concurrents de Seb avait contesté la décision de renvoi de la Commission vers la France, en invoquant la contradiction existant entre la motivation de la décision de renvoi, fondée sur une atteinte à la concurrence, et la décision du ministre de l'économie français, qui a autorisé l'opération sans conditions, considérant que l'argument de l'entreprise défaillante s'appliquait. Les parties soutenaient que les autorités de concurrence françaises étaient liées par les termes de la décision de renvoi et qu'elles ne pouvaient pas approuver l'opération sans demander des engagements. Le tribunal a rejeté ce moyen aux motifs que les deux décisions en cause n'avaient pas le même objet et qu'il n'existait pas de lien entre elles. Il a confirmé que l'examen de la situation concurrentielle, effectué par la Commission à l'occasion du renvoi, était un examen "*prima facie*" qui avait uniquement pour but de déterminer si les conditions du renvoi étaient réunies : « *la Commission ne saurait, sous peine de priver l'article 9, paragraphe 3, premier alinéa sous b de sa substance, se livrer à un examen de la compatibilité de la concentration de nature à lier les autorités nationales concernées quant au fond, mais elle doit se borner à vérifier, au terme d'un examen prima facie, si, sur la base des éléments dont elle dispose au moment de l'appréciation du bien-fondé de la demande de renvoi, la concentration faisant l'objet de la demande de renvoi menace de créer ou de renforcer une position dominante sur les marchés concernés* ». Les résultats de cet examen "*prima facie*" ne préjugent pas, selon le TPICE, des conclusions des autorités nationales de concurrence à l'issue de l'analyse approfondie qu'elles pourront faire de l'opération.
130. En vertu de l'article L. 430-3 du code de commerce, le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire fait l'objet d'un communiqué publié par l'Autorité de la concurrence. Ces opérations sont publiées sur le site internet de l'Autorité, dans les opérations en cours d'examen, comme les opérations notifiées directement à l'Autorité.

2. RENVOIS VERS LA COMMISSION

131. Des concentrations de dimension nationale peuvent être renvoyées devant la Commission à la demande des entreprises en vertu du paragraphe 5 de l'article 4 du règlement, ou à la demande des États membres en vertu de l'article 22 du règlement.
132. Lorsqu'une concentration n'est pas de dimension communautaire mais devrait être notifiée dans trois États membres ou plus, le règlement (CE) n° 139/2004, dans le souci de « *garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée sont évitées dans toute la mesure du possible* »³⁶, permet aux parties à la concentration de demander un renvoi à la Commission européenne. Cette demande doit être faite avant toute notification aux autorités nationales compétentes. Les parties doivent

³⁵ Arrêt Philips du TPICE du 3 avril 2003, T-119/02.

³⁶ Cf. règlement n° 139/2004 CE, considérant n°14.

informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (« formulaire RS ») qu'elles souhaitent lui notifier l'opération. Cette demande peut être adressée à la Commission dès lors que la concentration est susceptible d'être examinée par au moins trois États membres ; aucune autre justification n'est nécessaire. La Commission transmet sans délai le mémoire des parties à tous les États membres. Tout État membre compétent pour examiner la concentration en application de son droit national peut alors, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son désaccord sur la demande de renvoi. Faute de réponse dans ce délai, l'autorité nationale est réputée avoir donné son accord. Lorsqu'au moins un État membre a exprimé son désaccord dans le délai requis, la Commission en informe les parties et les États membres et l'affaire n'est pas renvoyée, les parties doivent alors notifier auprès de chacune des autorités de concurrence des États membres concernés. Si, en revanche, aucun État membre ne s'oppose au renvoi, les parties notifient l'opération auprès de la Commission. Le droit communautaire du contrôle des concentrations s'applique alors. Les membres de l'ECA (European Competition Authorities) ont précisé les principes de mise en œuvre de l'article 22³⁷.

133. L'article 22 du règlement n° 139/2004 CE prévoit la possibilité pour un ou plusieurs États membres de demander à la Commission d'examiner une concentration qui n'est pas de dimension communautaire mais qui « *affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande* ».

134. Les membres de l'ECA (European Competition Authorities) ont défini comme suit les principaux critères justifiant la mise en œuvre de l'article 22 :

« la dimension géographique du (des) marché(s) pertinent(s) affecté(s) par la concentration est plus large que nationale, et le principal effet de la concentration sur la concurrence est en rapport avec ce(s) marché(s) ;

- les autorités nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés dans la collecte des informations en raison de la localisation des parties concernées ou des principales parties tierces en dehors de leur État membre ;

- il existe des risques potentiellement significatifs d'atteinte à la concurrence sur un certain nombre de marchés nationaux ou régionaux de l'EEE, et les autorités nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés pour identifier et/ou appliquer si nécessaire les remèdes appropriés et proportionnés, en particulier dans les cas où les remèdes adéquats ne peuvent être mis en œuvre par les autorités nationales de concurrence en application de leur droit national ou en établissant une coopération entre elles ».

135. La Commission informe de cette demande les autorités compétentes des États membres mais aussi les entreprises concernées. Les autres États membres disposent alors de 15 jours ouvrables pour se joindre à la demande initiale. Ainsi, l'Autorité de la concurrence peut mettre en œuvre l'article 22

³⁷ Principes de mise en œuvre des articles 4(5) et 22 du règlement (CE) n°139/2004 sur les concentrations par les Autorités nationales de concurrence au sein de l'ECA.

pour des opérations notifiées en France ou dans un autre État membre. Au terme de ce délai, la Commission doit décider sous 10 jours ouvrables d'examiner ou non la concentration et en informer les États membres et les entreprises concernées. Par défaut, sans décision formelle, la Commission est réputée avoir accepté la demande. Les délais nationaux sont suspendus jusqu'à cette décision. Dès qu'un État membre informe la Commission et les entreprises concernées qu'il ne souhaite pas se joindre à la demande, la suspension de ses délais nationaux prend fin. Si la Commission accepte le renvoi, tous les États membres ayant demandé ou s'étant joint à la demande n'appliquent plus leur droit national à la concentration concernée. En outre la Commission peut alors demander aux entreprises concernées de lui notifier l'opération.

3. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS LÉGITIMES NATIONAUX DANS LE CADRE DES CONCENTRATIONS COMMUNAUTAIRES

136. Le règlement (CE) n° 139/2004 rappelle au paragraphe 3 de l'article 21 que la Commission dispose d'une compétence exclusive pour le contrôle des opérations entrant dans son champ de compétence. Les États membres ne peuvent pas appliquer leur propre législation sur la concurrence à ces opérations, sauf en cas de renvoi par la Commission.

137. Toutefois, pour les concentrations communautaires, en vertu du paragraphe 4 de ce même article 21, les États membres « *peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.*

Sont considérés comme intérêts légitimes (...) la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles

Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. La Commission notifie sa décision à l'État membre concerné dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à dater de ladite communication. »

138. La Commission a déjà admis que d'autres champs pouvaient légitimement faire l'objet d'une application du paragraphe 4 de l'article 21. Par exemple, dans l'affaire Lyonnaise des eaux / Northumbrian Water³⁸, la Commission a qualifié d'intérêt légitime le fait pour la Grande-Bretagne d'invoquer le respect de la réglementation relative au service essentiel de la distribution d'eau et à la protection spécifique des consommateurs en la matière.

³⁸ Décision de la Commission COMP. 567 Lyonnaise des Eaux / Northumbrian Water du 23 novembre 1995.

D. LA PHASE 1

1. LE DÉPÔT DU DOSSIER DE NOTIFICATION

139. Le dossier de notification doit être adressé en quatre exemplaires, comme le précise l'article R. 430-2 du code de commerce. De plus, l'article 27 du règlement intérieur de l'Autorité précise que l'un de ces exemplaires doit être fourni en version numérique au format PDF. Cet exemplaire peut être joint aux exemplaires en version papier, sur un CD-ROM³⁹.

140. Le dossier de notification peut être envoyé à l'Autorité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'adresse suivante :

Autorité de la concurrence

A l'attention du Chef du service des concentrations

11, rue de l'Échelle F-75001 Paris (France)

141. Il peut aussi être déposé les jours ouvrés entre 9h00 et 19h00 à la réception de l'Autorité de la concurrence, 11 rue de l'Échelle à Paris. Lors de leur réception ou de leur dépôt, les dossiers de notification sont marqués d'un timbre indiquant leur date d'arrivée à l'Autorité.

142. L'article R. 430-2 du code de commerce précise que « Le dossier de notification mentionné à l'article L. 430-3 comprend les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du présent livre. ». Un formulaire type de notification est disponible sur le site Internet de l'Autorité dans la rubrique « contrôle des concentrations / à qui adresser sa notification ? ». Le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que le dossier est complet ou que les éléments communiqués sont conformes aux spécifications contenues dans les annexes mentionnées ci-dessus. Le cas échéant, il demande que le dossier soit complété ou rectifié.

143. 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. La comptabilisation des délais d'instruction démarre à 0 heure du jour ouvré suivant celui mentionné sur l'accusé de réception.

144. Dès réception du dossier de notification, l'Autorité de la concurrence en adresse un exemplaire au ministre chargé de l'économie (article L. 430-3).

2. LE CONTENU DU DOSSIER DE NOTIFICATION

145. Comme indiqué ci-dessus, le dossier de notification doit comprendre les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du Livre IV de la partie réglementaire du code du commerce.

146. Il comprend 5 parties :

³⁹ Si elles le souhaitent, les parties peuvent aussi adresser quatre exemplaires en version papier et envoyer un exemplaire en version électronique par courriel à l'adresse : controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr.

- une description de l'opération,
 - la présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent,
 - la présentation des marchés concernés (délimitation des marchés, parts de marché des parties),
 - une présentation détaillée de chacun des marchés affectés (voir ci-après),
 - une déclaration sur l'exactitude et la complétude des informations fournies.
147. Une présentation détaillée des marchés n'est demandée que lorsqu'un marché est affecté (cf. ci-dessous), afin d'alléger le dossier de notification pour les opérations les plus simples.
148. La description de l'opération doit inclure un résumé non confidentiel de l'opération, destiné à être publié sur le site internet de l'Autorité. Ce résumé, qui sera limité à 500 mots, vise essentiellement à expliciter le périmètre de l'opération pour les tiers. Ce résumé ne doit pas contenir d'éléments préliminaires d'appréciation sur les effets de l'opération.
149. Lorsque les marchés pertinents sont délimités en zones de chalandise locales, il convient d'inclure dans le dossier des cartes délimitant ces zones, figurant la localisation des magasins des parties et de leurs concurrents et indiquant les courbes isochrones (c'est-à-dire les courbes en temps de trajet autour des points de vente considérés) pertinentes pour le marché considéré.
150. Par ailleurs, il convient de joindre au dossier de notification une copie des actes juridiques importants pour la bonne compréhension de l'opération, comme, par exemple, les accords entre les parties, les contrats de distribution, les contrats de franchise, la décision de tribunal du commerce dans le cas des entreprises reprises dans le cadre des procédures collectives, etc...
151. En cas de doute sur le contenu précis du dossier, les parties peuvent contacter le service des concentrations, en pré-notification, afin de préciser les éléments nécessaires.
152. Il est également demandé aux parties notifiantes d'indiquer, dans le cadre de la description de l'opération, la liste des États dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications. Si l'opération est notifiable dans d'autres États de l'Union européenne, l'Autorité informera rapidement les autorités des autres États membres et la Commission européenne qu'une notification a été déposée et leur précisera le nom et les coordonnées du rapporteur en charge du dossier à l'Autorité. Cet échange peut éventuellement permettre aux autorités en charge du cas de coordonner leurs calendriers, autant qu'il est possible, ainsi que d'échanger un certain nombre d'éléments non confidentiels, comme par exemple une appréciation sur les définitions des marchés pertinents. Par ailleurs, ce mécanisme peut aussi faciliter la mise en œuvre conjointe de l'article 22 du Règlement (CE) n° 139/2004.

153. Les parties doivent apporter une attention particulière aux indications relatives à leurs principaux concurrents, clients et fournisseurs. Ces informations doivent être soigneusement vérifiées car elles serviront, le cas échéant, de base à l'envoi de questionnaires pour la réalisation d'un test de marché. Les parties sont invitées à fournir, sous la forme d'un fichier informatique dont le modèle peut être téléchargé sur le site de l'Autorité, les coordonnées les plus précises possibles.

a) Les marchés concernés

154. Un marché concerné est un « marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte ».

155. La notification doit ainsi comprendre une définition de chaque marché concerné ainsi qu'une description précise des arguments ayant conduit à la délimitation proposée, compte-tenu de la pratique décisionnelle antérieure. Pour de plus amples informations sur la méthode de délimitation des marchés pertinents, voir le chapitre V du présent guide.

156. Les informations liées à la définition des marchés et aux parts de marché représentent le motif le plus fréquent d'incomplétude d'un dossier et doivent faire l'objet d'une attention particulière. Les parties sont, de ce fait, invitées, à présenter leurs parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, en particulier les plus étroites.

b) Les marchés affectés

157. Un marché concerné est considéré comme affecté si l'une au moins des 3 conditions suivantes est vérifiée :

- deux ou plusieurs entreprises concernées ou groupes auxquels elles appartiennent exercent des activités sur ce marché et que leurs parts de marché cumulées atteignent 25 % ou plus ;
- une entreprise concernée au moins exerce des activités sur ce marché et une autre de ces entreprises ou groupes exerce des activités sur un marché situé en amont, en aval ou connexe, qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble de ces entreprises ou groupes atteignent 25 % ou plus en parts de marché ;
- l'opération conduit à la disparition d'un concurrent potentiel sur l'un des marchés sur lesquels les parties sont actives.

158. Pour chacun des marchés affectés, les parties fournissent une présentation détaillée du marché et des entreprises présentes sur ce marché. L'annexe 4-3 énumère les informations devant obligatoirement figurer dans le dossier. Lorsque les parties rencontrent des difficultés pour réunir l'information requise, elles le signalent au moment du dépôt de leur dossier (ou, le cas échéant, lors de contacts préalables à ce dépôt).

c) Calcul des parts de marché

159. Les parties notifiantes sont amenées à calculer les parts de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent sur les marchés concernés. Pour les marchés affectés, la notification doit préciser les parts de marché des entreprises concernées et celles de leurs concurrents. Afin d'écartier rapidement tout doute d'atteinte à la concurrence, les parties sont invitées à présenter leur parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, en particulier les plus étroites.
160. En règle générale, la part de marché d'une entreprise se calcule en rapportant son chiffre d'affaires hors taxe au chiffre d'affaires hors taxes du marché. Néanmoins, dans certains cas, il n'est pas possible ou peu pertinent de ne prendre en compte dans l'analyse que la part de marché en valeur calculée à partir des chiffres d'affaire. Des données en volume ou en capacité peuvent parfois offrir une mesure alternative de la position des entreprises. Par exemple, il est usuel, pour le commerce de détail, d'analyser les parts de marché calculées à partir des surfaces de magasin, en plus ou à défaut des parts de marchés en valeur. Les parties sont alors invitées à proposer des modes alternatifs de calcul des parts de marché en justifiant leur proposition. Pour le commerce de détail, les données en termes de surface de magasins doivent être complétées par les chiffres d'affaires moyens par m², constatés par les parties notifiantes.
161. L'appréciation des parts de marché dépend de la fiabilité des données sources utilisées par les parties. Les parties sont invitées à indiquer quelles sont ces sources, et, le cas échéant, à joindre les données correspondantes, qu'il s'agisse de données publiques, de statistiques professionnelles, d'études de marché commanditées par les parties ou de tout autre source.
162. L'Autorité peut être amenée à confronter les estimations fournies par les parties avec des informations obtenues auprès des concurrents, des fournisseurs et des clients. L'Autorité réalise cette confrontation en protégeant le secret des affaires des parties notifiantes et des tiers interrogés. C'est pourquoi il est important que les entreprises précisent si les sources utilisées sont publiques et disponibles à l'ensemble des acteurs (comme, par exemple, les données publiées par l'Arcep dans les télécommunications), ou si elles sont confidentielles.

d) Les dossiers simplifiés

163. Plusieurs cas peuvent conduire au dépôt d'un dossier simplifié.
164. Premièrement, pour les opérations où aucun marché n'est affecté, le dossier de notification est allégé, la partie la plus exigeante en termes d'informations requises étant de très loin la description détaillée des marchés affectés.
165. Deuxièmement, 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, peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun, de

préférence en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Ils peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux informations spécifiques à l'opération.

166. Troisièmement, lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 du code de commerce mais non du I du même article⁴⁰, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omises.
167. Enfin, un dossier simplifié peut également être déposé dans les cas suivants :
- lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexe⁴¹ ; un dossier simplifié ne sera cependant accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés ; il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition ;
 - lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 mais non du I du même article⁴² et qu'elle n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés ;
168. Pour les opérations décrites au paragraphe 167, dont il est supposé a priori qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du code de commerce :
- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos ;
 - au point 2e, ne pas fournir « la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens » ;
 - au point 3, se borner à donner la liste des activités des parties.
169. Les opérations décrites au paragraphe 167 font, dans la mesure du possible, l'objet d'un traitement accéléré.
170. Cependant, un dossier complet, conforme aux dispositions de l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du code de commerce, peut toujours être demandé aux parties par le service de concentrations si les spécificités de l'espèce le

⁴⁰ Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

⁴¹ L'acquéreur peut être un fonds d'investissement.

⁴² Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

justifient. Dans ce cas, la transmission des informations complémentaires demandées sera exigée préalablement à l'envoi d'un accusé de réception du dossier.

171. Cette pratique fera l'objet d'un bilan au bout d'un an de mise en œuvre afin de vérifier, d'une part, qu'elle concerne un nombre suffisant de dossiers pour alléger les charges administratives qui pèsent sur les entreprises et, d'autre part, qu'elle ne conduit pas à un alourdissement du travail d'instruction des dossiers.

3. OMISSION OU DÉCLARATION INEXACTE DANS LA NOTIFICATION ET SANCTION

172. L'article L. 430-8 III prévoit qu'« *en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire* »⁴³. Cette sanction, en vertu de l'article L. 430-8-I, peut s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires pour les personnes morales.

173. Pour déterminer le montant de l'amende, l'Autorité tient compte, notamment, des circonstances ayant abouti à l'omission ou à la déclaration inexacte, et du comportement des entreprises en cause vis-à-vis de l'Autorité de concurrence. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire.

174. En outre, lorsque l'omission ou l'inexactitude entachant la notification est constatée postérieurement à la décision autorisant la réalisation de l'opération, cette sanction peut s'accompagner du retrait de cette décision (article L. 430-8). En ce cas, « *à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont alors 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 pour réalisation d'une opération sans notification préalable.

175. Le ministre a ainsi sanctionné la société Vico, sous le régime antérieur à la loi de modernisation de l'économie, pour omission. Cette société avait omis de signaler l'acquisition d'une autre société exerçant son activité sur le même marché de produits. En outre, les parties avaient déclaré à tort que la cible n'était pas présente sur certains segments d'activité concernés par l'opération. Toutefois, les inexactitudes et omissions ont été relevées à l'initiative des parties, et alors que l'opération n'avait pas encore été réalisée, ce qui témoignait de leur caractère involontaire. De plus, les inexactitudes et omissions n'étaient pas de nature à modifier le sens de la décision. Le ministre a tenu compte de ces circonstances pour le calcul du montant de l'amende. Comme le ministre avait déjà rendu sa décision d'autorisation, en se fondant sur des motifs erronés, il a procédé à son retrait.

⁴³ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 22 novembre 2006, au conseil de la société Vico, relative à une concentration dans le secteur de l'alimentation (C2006-139).

4. LA PUBLICATION D'UN COMMUNIQUÉ RELATIF AU DÉPÔT D'UNE NOTIFICATION

176. L'article L. 430-3 prévoit que l'Autorité de la concurrence publie un communiqué lors de la réception de la notification ou lors du renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire, dans un délai de 5 jours ouvrés. Ce communiqué est mis en ligne sur le site internet de l'Autorité sous la rubrique « Le contrôle des concentrations / Les opérations en cours d'examen »
177. Il contient les éléments prévus à l'article R. 430-4 à savoir : les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent, la nature de l'opération (fusion, prise de contrôle, création d'entreprise commune), les secteurs économiques concernés, le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations et le résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties, ainsi qu'une mention spécifique s'il s'agit d'un renvoi d'une opération de dimension communautaire. Il est à noter que le délai indiqué pour les tiers intéressés n'est pas impératif : toutes observations parvenues à l'Autorité avant que sa décision ne soit rendue sont susceptibles d'être prises en compte dans l'examen de l'opération.
178. Les entreprises sont invitées à prendre en compte les conséquences de cette publication dans l'organisation de la communication relative à leur opération, en particulier vis-à-vis des représentants du personnel de leur entreprise.

5. LES DÉLAIS D'EXAMEN

179. La phase 1 débute le jour ouvré suivant la date de réception par l'Autorité du dossier de notification complet et dure 25 jours ouvrés (article L. 430-5 I). Cette date est matérialisée par un accusé de réception du dossier complet adressé aux parties notifiantes. Elle est automatiquement prolongée de 15 jours ouvrés en cas de réception par l'Autorité d'engagements proposés par les parties (article L. 430-5 II)⁴⁴.
180. Le délai de 25 jours ouvrés représente un délai maximal qui peut se voir réduit lorsque les circonstances de l'espèce le permettent. Il ne pourra toutefois jamais être inférieur au délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations, délai précisé dans le communiqué de l'Autorité mis en ligne sur son site internet.
181. Les parties peuvent également demander une suspension des délais d'examen dans la limite de 15 jours ouvrés (L. 430-5). Cette demande peut intervenir « *en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements* ». Les parties sont donc invitées à faire parvenir à l'Autorité leur demande de prolongation motivée.
182. Les jours ouvrés ne comprennent ni les samedis et dimanches, ni les jours fériés. La liste des jours fériés est celle donnée par l'article L. 3133 du code du travail dans la rédaction en vigueur le jour du dépôt de la notification.

⁴⁴ Les délais peuvent aussi être suspendus dans les cas (rares) de mise en œuvre de l'article 22 du règlement (CE° n° 139/2004. Voir à ce sujet la section sur les renvois.

6. LA CONDUITE DE L'EXAMEN DE PHASE 1

183. Compte tenu de son caractère très bref, justifié par le souci de ne pas retarder de façon non nécessaire la réalisation d'opérations sur lesquelles pèsent de fortes contraintes économiques, l'examen de phase 1 est nécessairement conduit dans un esprit de coopération entre les parties et l'Autorité afin des réunir les éléments nécessaires à une décision motivée.
184. L'examen de l'opération est conduit par le service des concentrations, un ou plusieurs rapporteurs étant désignés pour chaque opération. Le service des concentrations s'appuie, en tant que de besoin, sur le service économique et le service juridique de l'Autorité.
185. Conformément à l'article L. 450-1, les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions du titre III (concentration économique) du code de commerce, sur l'ensemble du territoire national. En particulier, l'article L. 450-3 précise que : *« Les agents mentionnés à l'article L. 450-1 peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. Ils peuvent demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire ».*
186. En application des articles L. 450-1 et L. 450-3 du code de commerce, les rapporteurs peuvent donc demander communication de tous documents professionnels et recueillir les renseignements et justifications qu'ils jugent nécessaires à l'instruction des affaires dont ils ont la charge, aussi bien auprès des parties que des tiers. Les demandes d'information complémentaires faites aux parties ne suspendent pas le délai déclenché à la date mentionnée par l'accusé de réception de complétude, mais les parties sont invitées à y répondre avec toute la diligence requise afin de lever les doutes résultant d'une information incomplète.
187. Le V de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que *« lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un des agents visés au I de l'article L. 450-1 dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les titres v et vi du livre iv, l'autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte dans la limite prévue au II.*

Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé

au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. ».

188. Par ailleurs, l'article L. 450-8 du même code précise qu'*« est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 sont chargés en application du présent livre ».*
189. Le service des concentrations vérifie si l'opération est contrôlable en vertu des articles L. 430-1 et L. 430-2 du code de commerce, analyse si la délimitation des marchés pertinents proposées par les parties est adaptée, évalue les effets de l'opération sur la concurrence, et, le cas échéant, la pertinence des engagements proposés. Les objectifs, méthodes et critères utilisés pour les analyses au fond sont détaillés au chapitre V du présent guide.
190. Le président, qui est compétent en phase 1 pour prendre la décision au nom de l'Autorité, peut déléguer un vice-président pour statuer sur telle ou telle opération. Il peut également, dans tous les cas, désigner un ou plusieurs référents, choisis parmi les vice-présidents ou les membres du collège, pour l'éclairer par un avis informel.
191. Pour mener l'analyse, le service des concentrations s'appuie sur les données et les arguments fournis par les parties notifiantes. Au cours de l'examen de l'opération, il peut demander aux parties des informations complémentaires nécessaires à l'approfondissement de certains aspects de la concentration. Le service des concentrations confronte ces informations avec les décisions antérieures prises par les autorités de concurrence, avec toutes les informations publiques disponibles et avec toute information recueillie auprès d'entreprises tierces.
192. L'Autorité de la concurrence considère que le partage rapide du diagnostic concurrentiel et l'échange franc et constructif avec les parties, notamment lorsque des mesures correctives sont envisageables, constituent un gage de succès du contrôle des concentrations. L'organisation de réunions informelles avec les parties, à des points clefs de la procédure, peut contribuer à cet objectif. Cette démarche volontaire et facultative peut en effet aider l'Autorité à compléter son information, lui donner l'opportunité de faire le point sur le dossier avec les parties et permettre à ces dernières d'anticiper la préparation des étapes ultérieures de la procédure. L'Autorité pourra donc être amenée à prendre l'initiative d'organiser de telles réunions au cas par cas.
193. Les entreprises actives sur des secteurs sur lesquels une concentration est envisagée sont vivement conviées à communiquer toute information et tout commentaire quant aux risques que pourrait faire courir l'opération à la concurrence. Néanmoins, il convient de rappeler que l'objectif du contrôle des concentrations est de préserver la concurrence et non les concurrents considérés individuellement. Par conséquent, les tiers ne peuvent se prévaloir d'un droit à ce que leurs observations soient reprises dans les analyses de l'Autorité, ou d'un droit à obtenir certaines mesures correctives ou certains types de décision.

194. Les tiers intéressés sont invités à transmettre leurs observations par courrier électronique (à l'adresse : contrôle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr) ou par fax au numéro du service des concentrations : +33 1 55 04 01 66. Ils peuvent également contacter le service des concentrations en appelant au +33 1 55 04 01 72. Le délai dans lequel les tiers peuvent présenter des observations est précisé sur le site de l'Autorité lors de la publication du communiqué relatif au dépôt de la notification. Il est généralement de 15 jours ouvrés.
195. Lorsque l'opération le nécessite, par exemple lorsqu'elle intervient sur un marché qui n'a jamais été analysé par les autorités de concurrence ou dont l'analyse est ancienne, ou encore lorsqu'il apparaît qu'elle est susceptible de soulever des questions de concurrence, le service des concentrations réalise un test de marché. Pour ce faire, des questionnaires sont adressés aux principaux clients, fournisseurs et aux concurrents des entreprises concernées, et des réunions spécifiques peuvent être organisées. Ce test de marché peut être engagé dès la pré-notification avec l'accord exprès des parties notifiantes.
196. Les questionnaires concernent tous les aspects de la concentration et portent principalement sur les marchés pertinents, leur fonctionnement, l'activité de l'entreprise destinataire sur ces marchés et les effets attendus de l'opération de concentration. Ils peuvent également aborder les mesures correctives envisagées, lorsque l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur un marché.
197. Conformément à l'article L. 430-10, les tiers peuvent demander la confidentialité pour leur réponse aux questionnaires, comme pour leurs observations spontanées envoyées à l'Autorité. En effet, *« lorsqu'ils interrogent des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties, et rendent publique leur décision dans des conditions fixées par décret, l'Autorité de la concurrence et le ministre chargé de l'économie tiennent compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués »*. Par conséquent, les tiers interrogés sont invités à indiquer dans leurs réponses les éléments qu'ils veulent voir demeurer confidentiel. Les tiers peuvent également demander l'anonymat de leurs réponses.
198. En matière de gestion du secret des affaires, un régime particulier est prévu pour le contrôle des concentrations, à l'article R. 463-15-1, différent de celui applicable aux autres procédures de l'Autorité, afin d'éviter des délais préjudiciables pour les entreprises. Cet article dispose que :
- « pour l'application de l'article L. 463-4 dans le cadre de l'examen des projets d'opérations de concentration prévu au titre III, les personnes apportant des informations à l'Autorité de la concurrence lui précisent en même temps celles qui constituent des secrets d'affaires. Le rapporteur général veille à ce que ces informations soient réservées à l'Autorité et au commissaire du Gouvernement et à ce que soient constituées, si nécessaire, des versions non confidentielles des documents les contenant.*
- Les dispositions des articles R. 463-13 à R. 463-15 ne sont pas applicables. »*

199. Ainsi, s'il y a lieu de communiquer à des tiers ou aux parties notifiantes des documents ou informations qui, dans une version complète, comporteraient des secrets d'affaires signalés par les personnes ayant apporté ces éléments à l'Autorité, le ou les rapporteurs en charge du dossier peuvent préparer eux-mêmes les versions non-confidentielles des documents concernés à soumettre aux tiers ou aux parties notifiantes.
200. A la demande des parties, un résumé des réponses des tiers au test de marché, tenant compte des demandes de confidentialité éventuellement faites, leur est transmis. En toute hypothèse, dès lors que, sur la base du test de marché ou de tout autre élément d'appréciation, l'examen conduit par le service des concentrations laisse subsister des doutes sérieux quant aux effets de l'opération sur la concurrence, le service des concentrations fait part de son analyse aux parties et les met en mesure de donner leur point de vue et éventuellement de le soutenir par la communication d'éléments complémentaires. Les parties sont informées par oral du fait que l'opération soulève des doutes sérieux dans un délai raisonnable avant la fin du délai prévu à l'article L. 430-5 du code de commerce.

7. LES ENGAGEMENTS EN PHASE 1

201. L'article L. 430-5 II du code de commerce énonce que : *« les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue »*.
202. Ces engagements peuvent être proposés par les parties à tout moment au cours de l'examen. Ils peuvent être discutés en pré-notification, joints au dossier de notification ou proposés durant le déroulement de la phase 1.
203. Lorsque des engagements paraissent nécessaires mais que les parties n'en ont pas proposé, l'Autorité les invite à le faire.
204. Comme mentionné précédemment, la proposition par les parties d'engagements à l'Autorité prolonge automatiquement le délai maximal de la phase 1 de quinze jours ouvrés. Par ailleurs, les délais d'examen peuvent être suspendus, sur demande des parties, dans la limite de 15 jours ouvrés en cas de nécessité particulière telle que la finalisation des engagements.
205. Les engagements proposés par les parties prennent la forme d'une lettre d'engagement. Cette lettre doit comporter une liste précise, détaillée et exhaustive des engagements. Lorsqu'il s'agit d'actifs à céder, les parties doivent prévoir les moyens permettant de garantir, pendant la période transitoire entre l'autorisation de l'opération et la réalisation des cessions, l'indépendance, la viabilité économique, la valeur, et la compétitivité de ces actifs. Pour les engagements comportementaux, les parties s'attacheront à démontrer leur faisabilité opérationnelle et les moyens proposés pour en assurer la vérification. Quels que soient les engagements proposés, la lettre d'engagements doit explicitement faire référence aux moyens du suivi par

l'Autorité de ces engagements. Pour plus de détails sur la nature des engagements, il convient de se reporter à la section sur les mesures correctives du chapitre V ci-après.

206. Le service des concentrations évalue la recevabilité des engagements proposés, en fonction des atteintes à la concurrence que l'opération est susceptible de provoquer. Ces engagements peuvent être testés auprès d'acteurs des marchés concernés, dans le respect du secret des affaires des parties. Pour ce faire, les parties doivent transmettre une proposition de version non confidentielle de leurs engagements. Si la proposition transmise par les parties doit être amendée avant communication aux tiers, les parties reçoivent communication de la version sur la base de laquelle sont interrogés les tiers.

8. LA DÉCISION DE L'AUTORITÉ EN PHASE 1

207. En phase 1, en vertu de l'article L. 430-5-III du code de commerce, « l'Autorité de la concurrence peut :

soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2 ;

soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ;

soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article L. 430-6 ».

208. Comme le précise le quatrième alinéa de l'article L. 461-3, les décisions prévues à l'article L. 430-5 peuvent être prises par le président ou un vice-président désigné par lui.
209. La décision est notifiée aux parties ainsi qu'au ministre de l'économie (article R. 430-7). Le ministre peut, en vertu de l'article L. 430-7-1-I, demander à l'Autorité l'ouverture d'une phase 2 dans un délai de 5 jours ouvrés. L'échéance de ce délai est précisée aux parties dans le bordereau de notification adressé par le service des concentrations.
210. En outre, conformément à l'article L. 430-5-IV, si l'Autorité de la concurrence n'a pris aucune décision dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre chargé de l'économie. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation, au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie par le I de l'article L. 430-7-1 (autorisation dite par « accord tacite »).
211. En vertu de l'article R. 430-6, l'Autorité rend public le sens de la décision dans les 5 jours ouvrables qui la suit en publiant sur son site internet l'information selon laquelle l'opération a fait l'objet d'une constatation de l'inapplicabilité du contrôle, d'une autorisation, d'une autorisation sous réserve d'engagements, d'un accord tacite ou d'un examen en phase 2 si celui-ci est engagé.

9. LA PUBLICATION DES DÉCISIONS

212. Après réception d'une décision, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer au service des concentrations les mentions relevant du secret des affaires (article R. 430-7), par courriel ou télécopie. La publication des décisions se fait, en effet, dans le respect de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. La publication se fait également dans le respect des intérêts légitimes des personnes citées dans la décision (article D. 430-8).
213. La détermination de ce qui relève ou non du secret des affaires est toujours appréciée au cas par cas. Il est par conséquent impératif que les parties qui demandent l'occultation de certaines données le fassent d'une manière précise et circonstanciée. Les éléments pour lesquels l'occultation demandée n'aura pas été justifiée, ou aura été appuyée par des justifications considérées comme insuffisantes, ne seront pas occultés. Lorsque les demandes d'occultation des parties ne sont pas acceptées dans leur intégralité, le service des concentrations leur adresse une version aménagée de la décision, avant sa publication, afin qu'elles puissent faire leurs observations.
214. Certains éléments ne peuvent pas, en principe, être occultés :
- les informations dont la publication est obligatoire en application de la réglementation en vigueur en France ou dans un autre pays de l'Union européenne. Si une obligation de publicité pèse sur les entreprises en vertu de la réglementation, mais que les entreprises n'ont pas déféré à cette obligation (ex. : dépôt annuel des comptes au registre du commerce et des sociétés), les entreprises ne pourront pas alléguer leur manquement pour justifier du caractère confidentiel d'une donnée ;
 - les informations divulguées par l'entreprise elle-même, au-delà de ses obligations légales et réglementaires : rapports annuels, site Internet ;
 - les informations aisément accessibles : les informations issues d'un retraitement des données publiques (informations figurant sur des banques de données Internet, informations accessibles par le biais d'instituts chargés d'études, etc.) ;
 - les informations ayant perdu leur importance commerciale (par l'écoulement du temps ou pour toute autre raison). En principe, il n'y a pas lieu d'occulter les données datant de cinq ans et plus ;
 - les informations faisant partie de l'analyse concurrentielle ou permettant de définir le périmètre des engagements consentis par les parties. En particulier, la publication des engagements comportementaux (description et délais) constitue une garantie de bonne exécution, en favorisant, en complément du suivi effectué par le service des concentrations de l'Autorité, une surveillance par le marché.

215. Les demandes d'occultation peuvent notamment porter sur :

- les informations non chiffrées qui auraient par exemple trait à des secrets de fabrication, des secrets industriels, à l'organisation interne ou à la stratégie commerciale de l'entreprise ;
- les données chiffrées : chiffre d'affaires qui ne sont publics, les parts de marché, nombre de salariés, informations financières (coût de production, prix de revient, marges, projets d'investissement, ...), délais de réalisation des engagements structurels ; sauf cas particulier, les parts de marché sont remplacées par les fourchettes suivantes :
 - entre 0 et 4,99 % : [0-5]%
 - entre 5,0 et 9,99 % : [5-10]%
 - entre 10,0 et 19,99 % : [10-20]%
 - entre 20,0 et 29,99 % : [20-30]%
 - entre 30,0 et 39,99 % : [30-40]%
 - etc ...
- pour tenir compte des intérêts légitimes de tiers à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués, le service des concentrations peut également occulter ou remplacer par des fourchettes des mentions qui ne lui auraient pas été signalées par les parties notifiantes.

216. D'autres informations que celles figurant dans la liste précitée sont susceptibles d'être occultées si la demande en est fondée, alors qu'une demande d'occultation portant sur l'un des éléments mentionnés précédemment, mais dénuée de justification, ne pourra être accueillie.

217. En tout état de cause, l'Autorité n'est pas liée par les demandes d'occultation formulées par les parties, et il lui appartient de concilier l'intérêt légitime des parties à protéger leurs secrets d'affaires et l'intérêt des tiers et du marché à être informés correctement de ses décisions. En particulier, il ne pourra pas être déféré aux demandes d'occultation d'éléments qui sont le support nécessaire de la décision et dont l'occultation priverait ladite décision de son sens à l'égard des tiers.

E. LA PHASE 2 OU EXAMEN APPROFONDI

1. DÉCLENCHEMENT DE LA PHASE 2

218. Le déclenchement de la phase 2 peut intervenir :

- soit à l'initiative de l'Autorité, conformément à l'article L. 430-5 III, lorsque subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence à l'issue de la première phase ;
- soit à la demande du ministre chargé de l'économie. L'article L. 430-7-1 I énonce en effet que « *Dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-5, le*

ministre chargé de l'économie peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7 ». La décision de l'Autorité prise à l'issue de la phase 1 étant communiquée simultanément par télécopie aux parties et au ministre, la date à laquelle le ministre a reçu la décision est la même que celle de la notification aux parties.

219. S'agissant de la demande d'examen approfondi par le ministre, l'Autorité, qui a le statut d'une autorité administrative indépendante, examinera le bien-fondé d'une telle demande mais n'est pas tenue d'y déférer. L'Autorité se prononcera sur une éventuelle demande dans un délai de 5 jours ouvrés à compter de sa réception. Elle informera les parties de l'existence de cette demande dès sa réception et leur communiquera sa décision en même temps qu'au ministre. En revanche, il n'est pas prévu d'informer systématiquement les parties sur l'absence de mise en œuvre de cette disposition par le ministre.
220. Un doute sérieux d'atteinte à la concurrence peut, notamment, subsister lorsque :
- la pratique décisionnelle n'est pas suffisamment établie sur les marchés concernés et l'analyse concurrentielle nécessite d'être approfondie, par exemple en ce qui concerne la définition des marchés pertinents, l'importance des barrières à l'entrée, l'existence d'une atteinte à la concurrence ou de gains d'efficacité ;
 - des évolutions importantes et récentes sur les marchés concernés sont susceptibles de justifier une modification significative de la pratique décisionnelle ;
 - malgré les atteintes à la concurrence identifiées en phase 1, les parties n'ont pas proposé d'engagements, ou proposé des engagements insuffisants ou dont la mise en œuvre opérationnelle est incertaine.
221. L'ouverture d'une phase 2 par l'Autorité peut, dans certains cas, emporter la caducité d'une opération de concentration. En effet, l'article 231-11 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers permet aux entreprises d'introduire dans leurs offres publiques une condition suspensive sur l'obtention d'une autorisation de première phase. Dans l'hypothèse où une telle condition a été stipulée, la décision de passage en phase 2 entraîne automatiquement la caducité de l'offre. Malgré cette caducité, l'instruction de la concentration peut poursuivre son cours lorsque l'offreur fait connaître à l'Autorité son intention de poursuivre son projet.

2. LES DÉLAIS EN PHASE 2 ET LE MÉCANISME D'ARRÊT DES PENDULES

222. L'article L. 430-7 énonce les règles s'appliquant à la gestion des délais en phase 2 :

« I.- Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de celui-ci.

II.- Après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. S'ils sont transmis à l'Autorité de la concurrence moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai mentionné au I, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.

En cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de vingt jours ouvrés.

Ces délais peuvent également être suspendus à l'initiative de l'Autorité de la concurrence lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées dans le délai imparti, ou que des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. En ce cas, le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié sa suspension ».

223. Comme en phase 1, les parties peuvent donc demander une suspension des délais d'examen. En revanche, pour les phases 2 uniquement, le législateur a introduit, dans le dernier alinéa de l'article cité ci-dessus, une procédure d'arrêt des pendules (« *stop the clock* »), à l'initiative de l'Autorité. Ce mécanisme permet de suspendre le délai d'examen de l'opération dans deux cas :

- en premier lieu, les parties sont tenues d'informer l'Autorité de tout fait nouveau dès sa survenance. Lorsque les parties manquent à cette obligation d'information, le délai peut être suspendu à partir de la survenance du fait nouveau et ce jusqu'à la date à laquelle les parties informent l'Autorité. Ce dispositif est proche de celui retenu en droit communautaire. En effet, l'article 9, paragraphe 3, c) du règlement (CE) n° 802/2004 précise que lorsque les parties omettent d'informer la Commission européenne de modifications des faits ou d'informations nouvelles, les délais sont suspendus « pendant la période comprise entre la modification des faits en question et la réception des informations complètes et exactes ». L'article 9, paragraphe 4 du même règlement dispose en outre que : « La suspension des délais commence le jour suivant celui de la survenance du motif de suspension. Elle expire à la fin du jour de la disparition du motif de la suspension. Si ce jour n'est pas un jour ouvrable, la suspension expire à la fin du premier jour ouvrable qui suit » ;
- en second lieu si les parties ne fournissent pas à l'Autorité, en tout ou en partie, les informations qui leur ont été demandées dans le délai fixé au cours de l'instruction ou si les parties empêchent, de quelque façon que ce soit, des tiers de répondre à des demandes d'informations formulées par l'Autorité, les délais peuvent être suspendus pendant la période comprise entre la fin du délai fixé dans la demande d'informations et la réception des informations complètes et exactes requises dans cette demande.

224. Lorsque l'une ou l'autre des situations justifiant la mise en œuvre de la procédure d'arrêt des pendules se présente, les parties sont informées du déclenchement de la suspension des délais.
225. Dans tous les cas, les délais ne courent à nouveau que lorsque la cause génératrice de la suspension aura disparu, des informations complètes et exactes ayant été communiquées à l'Autorité. Les parties seront avisées de la fin de la suspension des délais.

3. LA CONDUITE DE L'EXAMEN EN PHASE 2

226. Le déroulement de la phase 2 est encadré par l'article L. 430-6 qui énonce :

« Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

La procédure applicable à cet examen approfondi de l'opération par l'Autorité de la concurrence est celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés.

Avant de statuer, l'Autorité peut entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification. Les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération de concentration sont entendus à leur demande par l'Autorité dans les mêmes conditions ».

227. Durant cette seconde phase, le service des concentrations approfondit les points clefs de l'analyse concurrentielle sur lesquels la phase 1 n'a pas permis de conclure. Les objectifs, critères et méthodes utilisés pour l'analyse au fond sont détaillés au chapitre V du présent guide.
228. Des engagements peuvent également être proposés par les parties au cours de la phase 2. L'article L. 430-7-II énonce qu'« après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération ».
229. Comme indiqué précédemment, si les parties les transmettent à l'Autorité moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'instruction, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.
230. Le formalisme à respecter et la procédure de test des engagements sont les mêmes qu'en phase 1. Les engagements envisageables sont explicités au chapitre V du présent guide sur les mesures correctives.

231. Les investigations de phase 2 peuvent donner lieu à l'interrogation de tiers, selon les mêmes modalités qu'en phase 1, notamment en ce qui concerne la protection du secret des affaires.
232. L'Autorité de la concurrence recueille en outre l'avis de l'autorité de régulation sectorielle compétente. Cette procédure est spécifiquement prévue pour le secteur audiovisuel (le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel étant consulté en vertu de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986), le secteur bancaire (le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement étant consulté en vertu de l'article L. 5121-4 du code monétaire et financier), et le secteur des assurances (le Comité des Entreprises d'Assurance). L'Autorité de la concurrence saisit ces autorités administratives par l'envoi d'un document présentant l'opération. Cette consultation permet de clarifier certains aspects du fonctionnement des marchés concernés, qui sont soumis à des réglementations particulières, mais aussi de mieux articuler le contrôle des concentrations et les procédures de régulation propres à ces secteurs. L'autorité de régulation sectorielle interrogée dispose alors, pour faire part de ses observations éventuelles, d'un délai réduit à un mois pour cause d'urgence. Les observations sont jointes au dossier. L'Autorité n'est pas tenue d'obtenir cet avis pour rendre sa décision. Cette procédure de consultation n'induit aucune incidence sur les délais impartis à l'Autorité.
233. L'article R. 463-9 prévoit également que «le rapporteur général communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du présent livre toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités administratives disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier. ». L'annexe 4-6 liste les autorités suivantes :
- L'Autorité des marchés financiers (AMF)
 - La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)
 - Le Médiateur du cinéma
 - La Commission bancaire
 - Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)
 - L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)
 - La Commission de régulation de l'énergie (CRE)
234. Sous le régime antérieur à l'Autorité de la concurrence, les institutions énumérées ci-dessus pouvaient transmettre leur avis à la suite de la communication par le Conseil de la concurrence de la saisine ministérielle déclenchant une phase 2. Ce mécanisme obligatoire est devenu caduc depuis le 2 mars 2009. Mais l'Autorité se réserve la possibilité de recueillir l'avis des institutions concernées (le cas du CSA relevant d'un régime différent, en application de la loi) chaque fois que cette consultation lui apparaîtra utile.

235. L'examen approfondi donne lieu à la rédaction d'un rapport qui présente les parties, l'opération, les marchés pertinents, l'analyse concurrentielle de l'opération et, le cas échéant, ses gains d'efficacité économique et une analyse des engagements proposés par les parties et des mesures correctives envisagées par l'Autorité. Le service des concentrations veille, dans la rédaction du rapport, à la protection du secret des affaires des parties comme à celui des tiers conformément aux prescriptions de l'article L. 463-4.
236. Ce rapport est ensuite transmis aux parties notifiantes ainsi qu'au commissaire du Gouvernement qui disposent d'un délai de 15 jours ouverts pour faire part de leurs observations en réponse. Conformément à l'article L. 463-2, le rapport est accompagné des documents sur lesquels se fonde le service des concentrations.
237. Le président de l'Autorité attribue le cas, lorsqu'il est en état d'être examiné par le collège, à une des formations énumérées au deuxième alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce⁴⁵. Une séance est ensuite organisée selon les modalités énoncées par l'article L. 463-7 du code de commerce et le titre IV du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence. Au cours de la séance, les rapporteurs exposent tout d'abord les conclusions de leur instruction. Le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint ainsi que le commissaire du Gouvernement présentent ensuite leurs observations. Le collège peut également entendre, au cours de la séance, des tiers ainsi que les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération. Ces témoins, qui sont invités à répondre aux questions des membres du collège, n'assistent pas à la totalité de la séance. Ces témoins sont entendus en l'absence des parties, invitées à quitter la salle des séances. Le collège entend enfin les parties qui peuvent présenter leur propre analyse et répondre aux questions des membres de la formation.

4. DÉCISION DE L'AUTORITÉ EN PHASE 2

238. Au terme de l'examen approfondi de phase 2, conformément à l'article L. 430-7,

«III – L'Autorité de la concurrence peut, par décision motivée :

a) soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;

b) soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

c) Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.

⁴⁵ Le collège comprend dix-sept membres : outre le président et les quatre vice-présidents exerçant leurs fonctions à temps plein, le collège comporte douze membres non permanents. L'Autorité de la concurrence peut siéger soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente. La composition des sections est fixe et déterminée par le président de l'Autorité qui affecte chacun des membres à une ou deux des sections. Chaque section est présidée soit par le président de l'Autorité, soit par l'un des vice-présidents. La commission permanente, quant à elle, est composée du président et des quatre vice-présidents.

d) Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations.

IV.- Si l'Autorité de la concurrence n'entend prendre aucune des décisions prévues au III, elle autorise l'opération par une décision motivée. L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification ».

239. La formation de l'Autorité délibère selon les règles définies au titre V du règlement intérieur.
240. L'Autorité transmet le projet de décision aux parties intéressées afin qu'elles puissent faire leurs observations, dans un délai raisonnable. Ce délai est apprécié en tenant compte notamment de la date à laquelle les parties ont transmis les dernières informations nécessaires à la prise de décision de l'Autorité.
241. Puis l'Autorité notifie sa décision aux parties ainsi qu'au ministre chargé de l'économie. Comme pour les décisions de phase 1, après réception de la décision, les parties disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer les mentions relevant du secret des affaires qu'elles souhaitent voir occultées (article R. 430-7). Comme pour les décisions de phase 1, la publication se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties et des tiers.
242. En outre, conformément au V, si l'Autorité de la concurrence n'a pris aucune des décisions prévues aux III et IV dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre chargé de l'économie. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie par le II de l'article L. 430-7-1 (décision dite d'« accord tacite »).
243. Quelle que soit la décision finale prise en application de l'article L. 430-7, l'Autorité en rend public le sens dans les 5 jours ouvrables suivants la décision (article R. 430-6) : autorisation, autorisation sous réserve d'engagements, autorisation sous réserve d'injonctions et prescriptions, interdiction, accord tacite.
244. Enfin, l'Autorité assure la publicité de ses décisions par une mise en ligne de celles-ci sur son site Internet, y compris pour les autorisations tacites.

5. LE POUVOIR D'ÉVOCATION DU MINISTRE CHARGÉ DE L'ÉCONOMIE

245. L'article L. 430-7-1 II énonce que, pour les décisions de phase 2 :

« dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7, le ministre chargé de l'économie peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération.

Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont,

notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi.

Lorsqu'en vertu du présent II le ministre chargé de l'économie évoque une décision de l'Autorité de la concurrence, il prend une décision motivée statuant sur l'opération en cause après avoir entendu les observations des parties à l'opération de concentration. Cette décision peut éventuellement être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements.

Cette décision est transmise sans délai à l'Autorité de la concurrence. »

246. Dans les 5 jours ouvrables suivant sa décision, le ministre de l'économie en rend public le sens (article R. 430-6).
247. Les décisions motivées du ministre de l'économie sont également rendues publiques, cette publicité étant assurée par une publication dans l'édition électronique du Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (article D. 430-8). La publication des décisions du ministre se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification et de celui des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués (article D. 430-8).

6. LES RETRAITS DE NOTIFICATION

248. A tout moment de la procédure, les parties notifiantes peuvent retirer la notification en transmettant tout document attestant de l'abandon du projet.

F. LES RECOURS

249. Le Conseil d'État est la juridiction compétente pour connaître des décisions de l'Autorité de la concurrence au regard de la nature juridique de celle-ci (autorité administrative indépendante) et de l'article R. 311-1 (4°) du code de justice administrative. Par exception à cette règle, l'article L. 464-8 du code de commerce énumère les décisions de l'Autorité de la concurrence relevant de la compétence de la cour d'appel de Paris, dont sont exclues les décisions prises au titre des articles L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8 du code de commerce. Le Conseil d'État est aussi compétent pour tout recours relatif à une décision du ministre prise dans le cadre de son pouvoir d'évocation.
250. Toutes les décisions portant sur l'autorisation ou l'interdiction des opérations de concentrations, mais aussi certaines décisions connexes, notamment en matière de publication ou d'agrément d'un repreneur d'actifs, sont susceptibles de recours. Un recours peut être introduit par les parties à l'opération comme par tout tiers ayant un intérêt à agir. Les règles relatives à la recevabilité et à la procédure des recours en matière de décisions de concentration relèvent du droit commun du contentieux administratif devant le Conseil d'État.

1. LES DÉLAIS DE RECOURS

251. Le délai pour former un recours contre une décision de l’Autorité prise en matière de contrôle des concentrations économiques est de deux mois. Le délai de recours contentieux est un délai franc. Un délai franc se compte en mois de quantième à quantième, le jour de la notification ou de la publication ne compte pas (dies a quo) et le jour de l’échéance non plus (dies ad quem). Lorsque le dernier jour du délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, le recours peut être déposé le premier jour ouvrable suivant. Par exemple pour une décision notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception le 1er octobre 2007 à 10 heures 30, le délai commencera à courir le 2 octobre 2007 à 0 heure et expirera le 2 décembre 2007 à 0 heure, le recours ne pouvant être introduit dans la journée du dimanche 2 décembre 2007, il expirera le premier jour ouvrable suivant soit le lundi 3 décembre 2007.
252. Le point de départ du délai de recours varie selon la qualité du requérant, personne visée ou tiers. Une décision de l’Autorité prise en matière de contrôle des concentrations économiques est un acte individuel ; il est donc rendu opposable à celui qu’il concerne par la voie de notification. En conséquence, pour les parties, le délai de recours court à compter du jour de la notification de la décision par l’Autorité à l’intéressé.
253. Pour les tiers, le point de départ du délai opposable correspond à la date de publication de la décision, comme le spécifie l’article R. 464-28 du code de commerce. Cette publication est assurée par la mise en ligne de la décision de l’Autorité sur son site internet conformément à l’article D. 430-8 du code de commerce. La publication du sens de la décision, préalable à la mise en ligne de la décision, ne constitue pas le point de départ du délai de recours contentieux pour les tiers.

2. LE RECOURS EN ANNULATION

254. Les recours à l’encontre des décisions en matière de concentrations sont principalement des recours en annulation. Le Conseil d’État y examine la légalité externe (compétence, respect de certaines garanties de forme ou de procédure) et la légalité interne (contrôle de la violation de la loi ou de l’erreur de droit ou de fait, avec examen de la qualification juridique des faits) des décisions.
255. Par exemple, le Conseil d’État a été amené dans ses arrêts précédents à examiner la régularité de la procédure⁴⁶, la contrôlabilité de l’opération⁴⁷, la délimitation des marchés pertinents⁴⁸, l’appréciation des effets concurrentiels

⁴⁶ Voir notamment la décision du Conseil d’État 278652 du 27 juin 2007 sur l’opération TF1 / AB / TMC, et la décision 249267 du 6 février 2004 relative à l’opération Seb / Moulinex.

⁴⁷ Voir notamment la décision 294896 du 31 janvier 2007 relative à l’acquisition de Delaroche par Ebra, et la décision 201853 Coca Cola du 9 avril 1999.

⁴⁸ Voir notamment la décision 278652 du 27 juin 2007 relative à la prise de contrôle de TMC par TF1 et AB, la décision 283479 Fiducial du 30 juin 2006, et la décision 278796 du 13 février 2006 relative à l’opération Seb / Moulinex.

de l'opération⁴⁹, la prise en compte des contributions au progrès économique susceptibles de compenser les atteintes à la concurrence identifiées⁵⁰, la prise en compte de l'argument de l'entreprise défaillante⁵¹ ou encore le caractère suffisant des engagements acceptés par l'autorité de concurrence.⁵²

256. Le Conseil d'État exerce un contrôle entier sur les décisions. Ainsi, dans l'arrêt fiducial du 13 février 2006, le Conseil d'État a déclaré licite l'autorisation ministérielle contestée après avoir réétudié les parts de marché des parties à la concentration, les obstacles au pouvoir de marché de la future entité et vérifié le bilan concurrentiel et les gains d'efficacité de l'opération. Cette approche économique dans l'examen de la légalité d'une décision en matière de concentration a conduit le Conseil d'État à apprécier cette légalité non seulement au regard de la situation de fait et de droit existant au jour où la décision a été prise, mais aussi au regard des effets constatés ou potentiels de l'opération autorisée, examen pouvant inclure des faits nouveaux, comme par exemple l'arrivée d'un nouvel opérateur sur le marché⁵³.
257. Le respect des droits des tiers est également contrôlé par le Conseil d'État. Ce dernier a ainsi annulé l'arrêté autorisant l'opération Heineken / Fischer⁵⁴ au motif que les droits d'Interbrew, qui n'était pas partie à l'opération, n'avaient pas été respectés. Dans cette affaire, les engagements pris par Heineken prévoyaient la cession d'un nombre significatif d'entrepôts au bénéfice d'acheteurs juridiquement et financièrement indépendants de certains brasseurs importants, dont Interbrew. Cette décision privait donc Interbrew de la possibilité d'acheter les entrepôts vendus par Heineken. Le Conseil d'État a annulé la décision, en application du principe général des droits de la défense, la société Interbrew n'ayant pas été mise en mesure de présenter ses observations.

3. LES RÉFÉRÉS

258. Concomitamment à l'exercice d'un recours au fond, le requérant dispose de la possibilité de former une demande en référé tendant à suspendre la décision en cause. A cet effet, il existe plusieurs procédures de référé. Deux types de référés ont d'ores et déjà été mis en œuvre devant le Conseil d'État en matière de concentrations : le référé « suspension » et le référé « conservatoire » ou « mesures utiles »
259. Le référé « suspension » est prévu à l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA). Pour ce référé, un recours au principal est nécessaire, c'est-à-dire qu'il faut engager une requête en annulation, et y adjoindre une

⁴⁹ Voir notamment la décision 278652 du 27 juin 2007 relative à la prise de contrôle de TMC par TF1 et AB, la décision 283479 Fiducial du 30 juin 2006, la décision 278796 du 13 février 2006 sur l'opération Seb / Moulinex, et la décision 201853 Coca Cola du 9 avril 1999.

⁵⁰ Voir notamment la décision 201853 Coca Cola du 9 avril 1999.

⁵¹ Voir la décision 249267 du 6 février 2004 relative à l'opération Seb / Moulinex.

⁵² Voir les décisions 278652 du 27 juin 2007 sur l'opération TF1 / AB/ TMC, 201853 du 9 avril 1999 Coca-Cola.

⁵³ CE, section du contentieux, 13 février 2006, Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise.

⁵⁴ CE n° 191654, section du contentieux, 9 avril 1999.

demande de référé. Trois conditions doivent être simultanément remplies par la demande de référé :

- **Une condition d'urgence.** Par exemple, dans l'ordonnance du 19 mai 2005 suspendant la décision d'autorisation de l'acquisition par la société CEGID de la société CCMX Holding, le juge des référés a justifié l'urgence « eu égard à l'objet de la décision contestée et à ses effets sur le marché qui sont difficilement réversibles » et « tant au regard de l'intérêt public en cause qui est le maintien d'une concurrence effective sur le marché (...) qu'à celui des sociétés requérantes qui sont présentes sur le même marché en tant que concurrents ou clients potentiels (...) ».
- **L'existence « d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ».** Dans l'ordonnance précitée, le juge des référés a considéré que l'argumentation du ministre était insuffisante « au regard du caractère probable, suffisamment rapide et durable, et suffisant, de l'entrée de nouveaux concurrents susceptibles de contrecarrer des effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération en cause », ce qui créait un doute sérieux quant à la légalité de la décision.
- Enfin, la décision de l'autorité de concurrence en cause doit encore **produire des effets juridiques** au jour de la demande pour pouvoir être suspendue. Par exemple, dans l'ordonnance du 1er juin 2006⁵⁵, le juge des référés a rejeté la demande en référé suspension car irrecevable, considérant que la décision d'autorisation était entièrement exécutée à la date de la requête. De même, dans l'ordonnance du 25 juillet 2006, société France Antilles, le juge des référés a considéré que cette requête n'était pas recevable car la décision d'autorisation de l'acquisition par le groupe l'Est Républicain de la société Delaroche auprès de la société Socpresse était entièrement exécutée à la date à laquelle la société France Antilles avait introduit sa requête tendant à la suspension de cette décision.

260. Le référé « conservatoire » ou « mesures utiles » est prévu à l'article L. 521-3 du code de justice administrative : « *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* ». Ainsi, dans son ordonnance du 18 février 2008, Fédération Nationale des Transporteurs Routiers, le juge des référés du Conseil d'État a rappelé « *que cette procédure est susceptible de s'appliquer lorsque, une opération de concentration ayant été réalisée sans être notifiée, le ministre chargé de l'économie est tenu, en vertu des dispositions précitées de l'article L. 430-8 du code de commerce, d'enjoindre la notification de l'opération* ».

4. CONSÉQUENCE EN CAS D'ANNULATION D'UNE DÉCISION PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

261. L'article R. 430-9 du code de commerce énonce qu'« *en cas d'annulation totale ou partielle d'une décision prise par l'Autorité de la concurrence ou*

⁵⁵ n° 293198, requête de la société Fromaget Vins et de la Société Centrale Européenne de Distribution Groupe C10.

par le ministre chargé de l'économie sur le fondement des articles L. 430-5, L. 430-7, L. 430-7-1, L. 430-8 ou L. 430-9 et s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées qui ont procédé à la notification soumettent une notification actualisée dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la décision du Conseil d'État ».

262. Ainsi, les entreprises concernées doivent procéder à une nouvelle notification actualisée de l'opération lorsque la décision de l'Autorité ou du ministre a été annulée. Le juge administratif pourrait néanmoins préciser dans sa décision, au titre de ses pouvoirs généraux, qu'en cas d'annulation de la décision ministérielle prise dans l'exercice de son pouvoir d'évocation, une telle annulation a pour effet de faire revivre la décision de l'Autorité de la concurrence à laquelle la décision ministérielle s'était substituée. Dans ce cas, une nouvelle notification ne serait donc pas nécessaire.

G. LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES CORRECTIVES

1. LE SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES CORRECTIVES

263. Pour garantir l'efficacité du contrôle des concentrations, le service des concentrations assure un suivi rigoureux de la mise en œuvre des injonctions, prescriptions et engagements figurant dans une décision prise par l'Autorité ou par le ministre chargé de l'économie antérieurement au transfert de compétences au bénéfice de l'Autorité à compter du 2 mars 2009. Pour les engagements, les modalités du suivi sont à préciser dans la lettre d'engagements des parties. Les parties peuvent notamment prévoir le recours à un mandataire, qui peut être chargé de surveiller la bonne exécution des engagements et d'en rendre compte à l'Autorité, ou même de réaliser la vente de certains actifs. Le mandataire doit répondre à deux conditions pour être agréé par l'Autorité. Il doit être indépendant des parties et avoir les compétences requises pour mener à bien sa mission. Ces modalités, comme celles relatives aux injonctions et aux prescriptions, sont explicitées dans le texte de la décision de l'Autorité, sous réserve d'occultation des mentions relevant de la protection du secret des affaires des parties. Dans le cas d'engagements comportementaux, les occultations acceptées par l'Autorité sont toutefois très limitées, dans la mesure où ces engagements doivent souvent être portés à la connaissance du marché pour être efficaces.
264. Afin de vérifier le respect de l'exécution des injonctions, prescriptions et engagements, les services d'instruction de l'Autorité peuvent également adresser des demandes d'informations aux parties comme aux tiers, et s'appuyer sur toute information spontanément fournie par les tiers.
265. Si les informations ainsi recueillies font apparaître un doute sérieux sur l'inexécution des engagements, injonctions ou prescriptions, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité d'ouvrir une procédure de non-respect des obligations imposées aux parties. Une telle procédure peut être engagée aussi bien pour des opérations autorisées par l'Autorité de la concurrence que des opérations autorisées sous le régime antérieur à l'entrée en vigueur

des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du code de commerce intervenue le 2 mars 2009.

266. En vertu des derniers alinéas de l'article L. 430-8-IV, la procédure applicable est « *celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés. L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés* ».
267. Pour instruire la procédure de non-respect des obligations qui incombent aux parties, un ou plusieurs rapporteurs sont désignés par le rapporteur général. Un rapport est rédigé conformément au deuxième alinéa de l'article L. 463-2. Ce rapport est notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné de l'ensemble des éléments sur lesquels se sont fondés les rapporteurs. Les parties et le Commissaire du gouvernement disposent de 15 jours ouvrés pour présenter un mémoire en réponse. Une séance contradictoire est ensuite organisée devant le collège de l'Autorité selon les modalités énoncées par l'article L. 463-7 du code de commerce et celles du règlement intérieur de l'Autorité.
268. Au terme de cette procédure, l'Autorité prend une décision en vertu de l'article L. 430-8-IV : « *IV.-Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut :*
- 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 incombe l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.*
- En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombe l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I ».*
269. La sanction pécuniaire s'élève au maximum, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise.
270. Le montant des astreintes qui peuvent être infligées ne peut dépasser la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date fixée par l'Autorité.
271. Antérieurement à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du code de commerce intervenue le 2 mars 2009, le ministre a, par exemple, sanctionné le groupe Carrefour pour le non respect

des engagements pris lors du rachat, via sa filiale Erteco, de la société Sonnenglut Weinkellerei (ci-après "Sonnenglut"), propriétaire des magasins de discount alimentaire à l'enseigne Treff Marché. Dans la décision en date du 7 novembre 2003, le ministre avait conditionné l'autorisation de la concentration à la cession par le groupe Carrefour d'un de ses deux fonds de commerce situés sur le territoire de Belfort, le magasin Treff Belfort ou le magasin ED Belfort. Le groupe Carrefour a bien procédé à la cession d'un des deux fonds, mais il n'a pas soumis cette cession à l'agrément du ministre, et, qui plus est, la cession s'est finalement traduite par la fermeture du fonds cédé. Sur la base de l'article L. 430-8 du code de commerce, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie, le ministre a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à l'inexécution des engagements souscrits par le groupe Carrefour. Le Conseil a constaté l'inexécution d'engagements. Le ministre a, en conséquence, enjoint au groupe Carrefour de céder son second magasin de la zone concernée, le magasin ED Belfort, et a sanctionné le groupe Carrefour pour non-exécution de ses engagements.

272. Cette disposition du code de commerce a aussi été appliquée à TF1 et AB Groupe, sanctionnés pour avoir méconnu leurs engagements⁵⁶, consistant notamment à exploiter de façon autonome la régie des espaces publicitaires de TMC et commercialiser les espaces publicitaires de façon totalement indépendante de la société TF1 Publicité, cela sans aucun couplage avec la chaîne TF1 (arrêté du 17 novembre 2008). Après avis du Conseil de la concurrence, le ministre a sanctionné TF1 et AB. En outre, il leur a été fait injonction de mettre en œuvre, dans un délai d'un mois, les mesures proposées le 31 juillet 2008 pour assurer l'exécution de leurs premier et deuxième engagements, sous astreinte. Il s'agissait en l'occurrence de modifications aux règles de gouvernance et de gestion de TMC Régie.
273. Dans les cas d'interdiction, l'article L. 430-8-V prévoit que si « *une opération de concentration a été réalisée en contravention des décisions prises en application des articles L. 430-7 [procédure d'examen approfondi ou phase 2] et L. 430-7-1 [procédure d'évocation par le ministre], l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de revenir à l'état antérieur à la concentration* ». Le montant des astreintes peut s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date de la décision et aussi longtemps que les parties ne reviennent pas à l'état antérieur à cette réalisation. De plus, les parties sont passibles de la sanction prévue au second alinéa de l'article L. 430-8-I, à savoir, pour les personnes morales, une amende pouvant s'élever jusqu'à « *5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1.5 millions d'euros.* »
274. Quelle que soit la décision finale prise en application de l'article L. 430-8, l'Autorité en rend public le sens dans les 5 jours ouvrables suivants la décision (article R. 430-6). Une indication sur le sens de la décision ainsi que la date de cette décision sont portées sur le site de l'Autorité. En outre,

⁵⁶ Faisant suite à la décision du ministre TF1/AB /TMC du 27 octobre 2004.

cette dernière notifie sa décision aux parties ainsi qu'au ministre chargé de l'économie. Après réception de la décision, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer à l'Autorité les mentions relevant du secret des affaires (article R. 430-7). La publication des décisions se fait en effet dans le respect de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. La publication se fait également dans le respect des intérêts légitimes des personnes citées dans la décision (article D. 430-8). Enfin, l'Autorité assure la publicité de ses décisions par une mise en ligne de celles-ci sur son site Internet (article D. 430-8).

2. LE RÉEXAMEN DES MESURES CORRECTIVES

275. Dans des circonstances exceptionnelles, les parties qui ont souscrit des engagements peuvent être conduites à en proposer le réexamen par l'Autorité.
276. Si des parties, qui s'étaient engagées à céder une activité dans un délai imparti, envisagent de demander une prolongation de ce délai, il leur appartient de démontrer que le non-respect de cet engagement résulte de raisons totalement indépendantes de leur volonté, et qu'elles restent en mesure de céder l'activité dans un délai rapide. Dans le cas inverse, elles sont passibles d'une sanction pour non-respect de leurs obligations.
277. Dans le cas de mesures correctives comportementales s'étendant sur une longue durée, 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.
278. Les demandes de réexamen peuvent porter aussi bien sur des engagements pris devant l'Autorité de la concurrence que sur des engagements pris devant le ministre chargé de l'économie antérieurement au transfert de compétences. Un courrier motivé doit être adressé à cet effet au président de l'Autorité.

H. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE L. 430-9

279. L'article L. 430-9 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 »*.

280. Cet article est applicable pour tout abus ayant été rendu possible par une opération de concentration, qu'elle ait fait, ou non, l'objet d'une procédure d'autorisation devant l'Autorité de la concurrence ou, antérieurement, le ministre.
281. L'article L. 430-9 a été mis en œuvre dans une seule affaire à ce jour, sous le régime antérieur à la loi de modernisation de l'économie. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence après s'être saisi d'office, dans le cadre de ses attributions relatives au contrôle des pratiques anticoncurrentielles, de la situation des marchés de l'eau et de l'assainissement, a, dans sa décision 02-D-44 du 11 juillet 2002, établi que la Compagnie générale des eaux (CGE) et la société Lyonnaise des eaux (SLDE) détenaient une position dominante collective sur ces marchés⁵⁷ et qu'elles en avaient abusé⁵⁸. Le Conseil a alors demandé au ministre chargé de l'économie, sur le fondement des dispositions de l'article L. 430-9 dans sa version antérieure à la loi de modernisation de l'économie, d'enjoindre aux sociétés intéressées de modifier, compléter ou résilier les accords qui les avaient conduites à associer leurs moyens dans le cadre de filiales communes. Il est à noter que la Cour de cassation a indiqué que la mise en œuvre des pouvoirs dévolus au Conseil par l'article L. 430-9 du code de commerce et que les décisions prises sur le fondement de cet article n'étaient susceptibles que d'un recours devant le juge administratif.

V. L'examen d'une opération sur le fond

A. PRINCIPALES NOTIONS

282. Le test appliqué par l'Autorité pour l'appréciation des effets d'une opération de concentration sur la concurrence est celui défini à l'article L. 430-6 du code de commerce, selon lequel l'Autorité examine si l'opération « *est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* ». Le caractère significatif de cette atteinte n'est pas mentionné en droit français mais le traitement proportionné de toute réduction de concurrence s'impose.
283. Le contrôle des concentrations poursuit un objectif d'intérêt général qui consiste à protéger la concurrence et ses effets positifs sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs. Comme cela a déjà été signalé ci-dessus au § 2, le contrôle des concentrations n'a donc pas vocation à préserver les intérêts particuliers de concurrents ou fournisseurs des parties,

⁵⁷ La CGE et la SLDE détenaient environ 85 % de ces marchés et ces deux groupes avaient créé au fil du temps, à la demande des collectivités concernées, sept filiales communes. Dans le courant de l'année 2009, le processus de décroisement de l'ensemble de ces filiales communes a été mis en œuvre.

⁵⁸ Lors de plusieurs appels d'offres publics lancés par des collectivités, à partir de juin 1997, les sociétés mères s'étaient abstenues de présenter leur candidature et donc de se positionner en concurrence avec leurs filiales communes, limitant ainsi l'intensité de la concurrence.

mais peut conduire à prévoir des mesures les protégeant si cela s'avère utile au maintien d'une concurrence effective sur les différents marchés concernés.

284. L'analyse des effets d'une opération de concentration est prospective. Toutefois, seule la situation antérieure à l'opération est observable et les effets probables de l'opération doivent être présumés. Cette analyse s'appuie sur les caractéristiques du marché et du fonctionnement de la concurrence sur celui-ci, telles qu'elles existent au moment du contrôle mais aussi compte-tenu des évolutions envisageables.
285. L'examen d'une opération de concentration débute par la délimitation des **marchés pertinents**, sur lesquels l'entreprise résultant de la concentration est active ou peut avoir une influence.
286. Une concentration peut avoir des effets **horizontaux**, **verticaux** ou **congloméraux** :
- horizontaux, lorsque les parties à l'opération sont des concurrents actuels ou potentiels sur un ou plusieurs marchés pertinents ;
 - verticaux, lorsque les parties sont actives sur des marchés situés à des stades différents de la chaîne de valeur, par exemple lorsque un fabricant fusionne avec l'un de ses distributeurs ;
 - congloméraux, lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur des marchés différents mais dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché.
 - Lorsqu'elle implique des groupes aux activités multiples, une même concentration peut avoir des effets à la fois horizontaux, verticaux et congloméraux.
287. Une opération de concentration peut porter significativement atteinte à la concurrence sur les marchés affectés de deux manières :
- par des **effets non coordonnés**, c'est-à-dire des effets résultant de comportements des acteurs du marché, agissant indépendamment les uns des autres ;
 - par des **effets coordonnés** lorsqu'elle est de nature à modifier le jeu de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient désormais en mesure de le faire. On parle alors de création ou renforcement d'une **position dominante collective**.
288. **Du côté des effets non coordonnés**, une concentration horizontale produit des **effets unilatéraux**, lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération de constituer ou de renforcer son **pouvoir de marché**. Comme le rappelle la Commission dans ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, par pouvoir de marché « *il faut entendre la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence.* ». Des effets unilatéraux peuvent aller jusqu'à la constitution ou le renforcement d'une **position dominante**, permettant à

l'entreprise d'agir indépendamment de toute pression concurrentielle. Plus rarement des effets unilatéraux peuvent être considérés comme portant atteinte à la concurrence même en l'absence de création ou de renforcement d'une position dominante.

289. Une concentration verticale ou conglomérale produit des effets non coordonnés, lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération **de restreindre ou d'empêcher l'accès à un ou plusieurs marchés**. Dans une concentration verticale, l'entreprise résultant de l'opération est présente à différents stades de la chaîne de valeur. Dans certains cas, cette position peut lui permettre d'empêcher des concurrents situés en aval de la chaîne de la valeur d'accéder à une ressource essentielle qu'elle contrôle en amont, ou, à l'inverse, de bloquer les débouchés commerciaux de concurrents situés en amont, du fait de sa position en aval. Dans une concentration conglomérale, une entreprise, qui a une position forte, peut se retrouver en position de verrouiller le marché si l'opération lui confère une gamme de produits (on parle **d'effets de gamme**) ou un portefeuille de marque (on parle **d'effets de portefeuille**) dont les concurrents ne disposent pas et qui constitue un argument de vente déterminant pour les clients.
290. Pour apprécier si une opération porte significativement atteinte à la concurrence, par ses effets non coordonnés (horizontaux, verticaux ou congloméraux), l'Autorité est amenée à analyser la capacité des clients à se reporter sur des produits ou services alternatifs offerts par des concurrents. Pour ce faire, elle conduit une analyse prospective de la demande et de l'offre, et étudie quels seront les comportements probables des clients et des concurrents, à brève échéance, après l'opération. La concurrence peut provenir d'entreprises déjà présentes sur le marché, mais aussi de **concurrents potentiels** pouvant entrer sur le marché rapidement. Leur capacité à le faire dépend des **barrières à l'entrée**, c'est-à-dire des obstacles à franchir pour pénétrer le marché. Ces obstacles peuvent, par exemple, être de nature réglementaire ou financière, ou encore liés à des droits de la propriété intellectuelle, à la difficulté d'acquérir un savoir-faire ou à l'attachement des clients à certaines offres.
291. Dans certains cas particuliers, une opération peut porter significativement atteinte à la concurrence par la **disparition d'un concurrent potentiel**. Il s'agit de cas, en pratique rares, où l'une des entreprises acquises exerce une pression concurrentielle potentielle sur un ou plusieurs marchés concernés.
292. Une opération peut aussi porter significativement atteinte à la concurrence par la **création ou le renforcement d'une puissance d'achat** de nature à fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de l'approvisionnement.
293. **Du côté des effets coordonnés**, une opération de concentration peut également créer ou renforcer les incitations des entreprises présentes sur le marché à **coordonner leur comportement**, sans qu'il leur soit nécessaire de procéder à la conclusion d'un accord explicite.
294. Dans le cas spécifique de la création d'une entreprise commune, l'Autorité analyse aussi les **risques de coordination des sociétés-mères**, la création d'une entreprise commune pouvant inciter ses coactionnaires à coordonner leur comportement concurrentiel.

295. **Des gains d'efficacité économique sont généralement attendus d'une concentration.** Lorsque, dans une première partie de l'analyse, l'Autorité constate que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur un marché, elle évalue alors dans quelle mesure les gains d'efficacité attendus pourront bénéficier aux consommateurs et s'ils sont suffisants pour compenser l'atteinte à la concurrence identifiée.
296. Dans des cas exceptionnels, une opération qui porte atteinte à la concurrence et dont les gains d'efficacité économique ne sont pas suffisants pour compenser cette atteinte, peut être tout de même autorisée, parce que l'entreprise rachetée est une entreprise défaillante, qu'il n'y a pas de meilleur acquéreur du point de vue de l'analyse concurrentielle et que l'atteinte à la concurrence ne serait pas moins grave si l'entreprise avait disparu.
297. Lorsque le bilan concurrentiel d'une opération est négatif, que les gains d'efficacité économique ne compensent pas les atteintes à la concurrence identifiées, que l'argument de l'entreprise défaillante n'est pas retenu, les entreprises notifiantes sont invitées à proposer des mesures correctives.
298. Les mesures correctives recherchées sont prioritairement des **mesures structurelles**, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des **mesures comportementales** qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération. Il peut s'agir, par exemple, de l'obligation d'octroyer l'accès à des infrastructures à des concurrents de manière transparente et non discriminatoire, ou de résiliation de contrats d'exclusivité. Dans des cas particuliers, des mesures comportementales seules peuvent permettre de résoudre les problèmes de concurrence soulevés.
299. Ces mesures correctives peuvent faire l'objet d'engagements proposés par les parties. L'autorisation de réalisation de l'opération n'est alors donnée que sous réserve de la mise en œuvre des engagements pris. Elles peuvent également faire l'objet d'injonctions et de prescriptions imposées par l'Autorité. Celles-ci conditionnent alors son autorisation. Si aucune mesure correctrice ne peut être trouvée, l'Autorité interdit l'opération.
300. Pour mener son examen sur le fond, l'Autorité suit une démarche systématique qui commence par la délimitation des marchés pertinents (B). Elle apprécie ensuite la probabilité que l'opération porte atteinte à la concurrence compte-tenu du degré de concentration sur les marchés pertinents (C). Puis elle approfondit son analyse en caractérisant ses effets non coordonnés, qu'ils soient horizontaux (D), verticaux (E) et congloméraux (F). Dans les cas qui le justifient, l'Autorité analyse les risques de disparition d'un concurrent potentiel (G) ou les risques de création ou renforcement d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs dans une situation de dépendance économique (H). L'Autorité analyse aussi les effets coordonnés de l'opération (I). Dans le cas spécifique de la création d'une entreprise commune, elle analyse le risque de coordination entre les sociétés-mères (J). Elle peut être amenée à se prononcer sur les restrictions

accessoires à une opération (K). Elle tient compte des gains d'efficacité économique prouvés qu'apporte l'opération aux consommateurs (L) et, le cas échéant, de l'argument de l'entreprise défaillante lorsqu'il est applicable (M). Si, au terme de cette analyse, le bilan concurrentiel reste négatif, l'Autorité examine les mesures correctives proposées par les parties (N).

B. LA DÉLIMITATION DES MARCHÉS PERTINENTS

1. L'OBJECTIF

301. La définition des marchés pertinents constitue une étape essentielle du contrôle des concentrations, dans la mesure où elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'apprécier, dans un deuxième temps, leur pouvoir de marché. Cette analyse couvre les marchés sur lesquels les parties sont simultanément actives mais elle peut également s'étendre aux marchés ayant un lien de connexité susceptible d'ajouter au pouvoir de marché de la nouvelle entité.
302. Le Conseil de la concurrence a donné la définition suivante d'un marché pertinent : *« Un marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché pertinent n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. »*⁵⁹.
303. Sur un tel ensemble de produits et services, une entreprise qui serait seule à les offrir ou en offrirait une part conséquente, serait en mesure d'exercer un pouvoir de marché, par exemple d'augmenter ses prix indépendamment de ses clients et concurrents. Le raisonnement est celui tenu dans le test du monopoleur hypothétique⁶⁰. Ainsi que le rappelle la Commission⁶¹, dans ce test, la question est de savoir *« si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires*

⁵⁹ Rapports annuels du Conseil de la concurrence, notamment pour l'année 2001.

⁶⁰ Le test est également appelé « SSNIP » (Small but Significant Non –transitory Increase in Price : augmentation faible mais significative et non transitoire de prix).

⁶¹ Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C372 du 9 décembre 1997.

concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produits de la zone géographique retenus soient tels qu'il devient rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs. ». En d'autres termes, il s'agit d'évaluer dans quelle mesure une augmentation faible mais significative et non transitoire des prix d'un produit qui n'est proposé que par un seul offreur (monopoleur) serait profitable pour celui-ci compte tenu des réactions de ses clients à cette hausse de prix. Si une part suffisante des clients optent pour un substitut alors la hausse de prix ne sera pas profitable⁶².

304. Si les clients de l'entreprise résultant de l'opération ne peuvent pas se reporter sur des produits ou services alternatifs offerts par des concurrents, l'opération peut porter significativement atteinte à la concurrence. Il est donc nécessaire, pour établir le bilan concurrentiel d'une opération, de délimiter des marchés pertinents, qui englobent les produits ou services offerts par l'entreprise résultant de la concentration et ceux de ses concurrents, considérés comme substituables par les clients.
305. La délimitation d'un marché de produits ou services comprend également l'identification de la zone géographique sur laquelle une entreprise disposant d'un pouvoir de marché pourra effectivement l'exercer, sans être exposée à une concurrence significative d'autres entreprises situées dans d'autres zones géographiques.
306. Lorsque la délimitation des marchés pertinents n'est pas indispensable à la décision de l'Autorité, par exemple, lorsque, quelque soit la délimitation retenue, il apparaît que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence, l'Autorité peut, dans sa décision, laisser ouvertes les questions de délimitation des marchés.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

307. Pour la délimitation des marchés pertinents, l'analyse est prospective : les évolutions en cours ou anticipées à un horizon raisonnable sont prises en compte ; alors qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'analyse est rétroactive : elle s'attache à décrire un marché contemporain des pratiques.
308. Comme il apparaît dans la définition du marché pertinent ci-dessus, **la substituabilité entre différents produits ou services du point de vue de la demande** constitue le critère déterminant de délimitation⁶³.
309. Dans des cas particuliers, l'Autorité peut cependant retenir le critère de **la substituabilité de l'offre** à titre principal pour délimiter les marchés

⁶² Il convient cependant de tenir compte également de l'effet sur la profitabilité du monopoleur de la baisse des coûts induite par la baisse d'activité liée au report d'une partie de la demande sur des produits concurrents.

⁶³ L'analyse de la substituabilité des produits du point de vue de la demande n'exclut pas la prise en compte des caractéristiques de l'offre, dans la mesure où elles peuvent expliquer le comportement de la demande. Par exemple, les stratégies de commercialisation mises en place par les entreprises, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution, peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité du point de vue des clients, et, donc, fonder une distinction des marchés.

pertinents. La prise en compte de la substituabilité de l'offre afin d'élargir un marché défini du point de vue de la demande se justifie dans la mesure où c'est le pouvoir de marché de l'entreprise que l'on cherche à apprécier. Si des concurrents peuvent très rapidement, c'est-à-dire en moins d'un an, et à peu de frais, entrer sur le marché, alors l'entreprise ne pourra pas exercer son pouvoir de marché. Le fait que la plupart des offreurs sur un marché fabriquent déjà les différents produits en cause suggère généralement que cette substituabilité de l'offre est suffisante. Par exemple, dans le secteur des compositions pour la parfumerie, le ministre a tenu compte de la substituabilité de l'offre : « *les types de produits entrant dans la composition des parfums sont assez proches, notamment au regard des techniques de fabrication ainsi que des installations utilisées, qui se révèlent identiques. Il en résulte que les segments précités appartiennent à un seul et même marché : celui des compositions pour la parfumerie* »⁶⁴. Dans la restauration collective, le Conseil a rappelé que « *les différences dans le service rendu, liées aux consommateurs finals, écoliers, salariés ou malades accueillis dans un établissement de soins, ne pouvaient conduire à isoler d'autant de marchés de la restauration collective concédée : en effet, il est constant que les grandes entreprises présentes dans ce secteur adaptent leurs offres aux différents types de clients sans se spécialiser pour répondre aux besoins spécifiques de telle ou telle clientèle. En tenant compte ainsi de la concurrence entre les différents offreurs pour délimiter le marché pertinent, le Conseil a donc conclu qu'en l'état de l'évolution économique de ce secteur, le marché à prendre en considération était celui de la restauration collective concédée dans son ensemble* ».

310. L'Autorité tient compte, dans son analyse, des décisions antérieures des autorités de concurrence communautaire et nationale portant sur les marchés concernés, ou des délimitations de marché pertinentes développées dans les avis des autorités nationales de régulation sectorielle. Toutefois, l'évolution des marchés peut rendre obsolète une délimitation antérieure, par exemple lorsque de nouveaux produits sont apparus, ou que les marchés se sont internationalisés ou sous l'effet d'évolutions technologiques majeures. C'est pourquoi l'Autorité vérifie si les décisions et analyses antérieures restent pertinentes et peut être amenée à délimiter les marchés pertinents d'une manière différente. Dans de nombreux cas, la pratique décisionnelle antérieure a laissé la question de la délimitation précise des marchés ouverte, dans la mesure où, même en retenant la délimitation la plus étroite, l'opération ne soulevait aucun problème de concurrence. La délimitation proposée n'est alors qu'une première approximation qui doit être précisée si cela s'avère nécessaire au vu des problèmes posés dans le cas d'espèce.
311. La mise en œuvre du test SSNIP nécessite de connaître les élasticités croisées des différents produits ou services⁶⁵, afin de sélectionner les produits dont on peut légitimement se demander s'ils appartiennent au même marché pertinent, les élasticités simples⁶⁶ ainsi que les marges sur coûts variables du monopoleur hypothétique. Les données permettant ces

⁶⁴ Décision du ministre Bayer / Florasynth du 5 mai 1995.

⁶⁵ L'élasticité-croisée est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation du prix d'un autre produit.

⁶⁶ L'élasticité simple est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation de son propre prix.

mesures étant rarement disponibles, l'Autorité apprécie, en règle générale, la substituabilité des produits et services en analysant l'ensemble des indices quantitatifs et qualitatifs disponibles.

312. Pour réunir ces indices, l'Autorité s'appuie sur :

- les informations, études et analyses transmises par les parties,
- celles obtenues auprès d'autres entreprises dans le cadre d'un test de marché,
- toute information publique, ou études de marché et analyses disponibles.

3. DÉLIMITATION EN TERMES DE PRODUITS ET SERVICES

a) Les indices qualitatifs

313. Compte-tenu de la diversité des marchés, il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive des indices que l'Autorité est susceptible de prendre en compte pour délimiter les marchés pertinents. Cependant, les caractéristiques des marchés les plus couramment utilisées pour conduire cette analyse sont présentées ci-dessous.

314. **Les caractéristiques physiques des produits et services** : les caractéristiques d'un produit constituent des éléments essentiels dans le choix des clients et, à ce titre, sont analysés pour comprendre leur comportement.

315. Cependant, des produits différents d'un point de vue physique ou technique, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation, peuvent être considérés comme substituables par les clients. Ainsi, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Telecom⁶⁷, le câble et l'ADSL ont été considérés comme des modalités d'accès à Internet faisant partie du même marché pertinent, car ces deux technologies offrent, du point de vue des consommateurs, les mêmes fonctionnalités.

316. A l'inverse, des produits présentant des similitudes physiques ou techniques, mais n'ayant pas le même usage, n'appartiennent pas au même marché. Ainsi, dans un avis relatif à l'acquisition par la compagnie Boeing du groupe Jeppesen⁶⁸, le marché de la fourniture de cartes aux compagnies aériennes a été distingué de celui de la fourniture de données électroniques de navigation aux fabricants d'avionique et aux compagnies aériennes. Pourtant, ces deux types de produits peuvent être élaborés à partir des mêmes données brutes. Mais, comme ces deux types de produits ne sont pas substituables pour l'utilisateur, eu égard aux fonctions fort différentes que ces deux biens remplissent et en raison du fait que la présence de l'un ne peut compenser l'absence de l'autre, ils ont été regroupés en deux marchés distincts.

⁶⁷ Décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-33 du 15 octobre 2007.

⁶⁸ Avis du Conseil de la concurrence n° 01-A-10 du 12 juin 2001.

317. Dans les métiers de service, des caractéristiques physiques de l'offre sont couramment prises en compte dans la délimitation des marchés pertinents. Par exemple, le Conseil a rappelé dans un avis relatif à des activités de distribution⁶⁹ que « *le format et la taille du magasin sont également des critères importants de délimitation des marchés en ce que, notamment, ils déterminent l'aptitude du point de vente considéré à commercialiser un plus ou moins grand nombre de produits ou à offrir certains services annexes (parkings etc.). Les grandes surfaces spécialisées (GSS) se distinguent ainsi des grandes surfaces alimentaires (GSA) et du commerce de proximité. De telles grandes surfaces spécialisées proposent, en effet, des gammes de produits et des assortiments plus étendus ainsi que des services d'accueil et de conseils aux consommateurs. Le petit commerce ne représente généralement qu'une part marginale des achats, remplissant essentiellement une fonction de dépannage ou ne s'adressant qu'à une fraction de clientèle (personnes non motorisées etc.).* ».
318. **Les besoins des clients** : par exemple, dans son avis relatif à l'acquisition d'Unibail par la CCIP, dans le secteur de la gestion de site de congrès et d'organisation de foires et salons⁷⁰, le Conseil a noté que « *le seul élément discriminant entre les sites accueillant des salons grand public ou mixtes et ceux accueillant des salons professionnels pourrait être les contraintes d'accessibilité aux sites. En effet, un salon grand public doit, par nécessité, se tenir sur un site capable d'accueillir le grand public de la zone de chalandise locale de sorte qu'un site mal desservi par les transports en commun ou difficilement accessible en voiture rencontrera des difficultés à attirer le grand public. A l'inverse, un salon professionnel accueillant des exposants et des visiteurs venant de l'ensemble de la France, voire, pour certains, de l'ensemble de l'Europe ou du monde, doit se tenir sur un site à proximité d'infrastructures autoroutières, ferroviaires ou aériennes permettant de drainer des exposants et visiteurs et disposer d'infrastructures hôtelières suffisantes pour les héberger.* » Observant par ailleurs que la plupart des sites accueillant indifféremment salons professionnels et salons grand public, le conseil a considéré « *que la segmentation des marchés de la gestion des sites selon qu'ils accueillent des salons grand public ou professionnels n'est pas justifiée* ».
319. **Les différences de prix** : un écart de prix substantiel durable entre différents produits est un indice de substituabilité imparfaite entre ces derniers et donc de non appartenance au même marché. Un écart de prix peut être la cause, ou la conséquence, de l'absence de substituabilité. Ainsi, dans le secteur des remontées mécaniques⁷¹, le Conseil a noté que les différences de prix entre les catégories d'appareil étaient considérables et que la demande des produits les plus chers ne pourrait s'expliquer si les produits les moins chers représentaient des substituts satisfaisants. De même, le rapport de 1 à 10 constaté entre le prix d'une prestation de télésurveillance et celui d'une prestation de surveillance par agent a conduit le Conseil à distinguer deux marchés⁷². Au sein du marché de la

⁶⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-06 du 16 juillet 2007.

⁷⁰ Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-10 du 26 septembre 2007.

⁷¹ Avis du Conseil de la concurrence n° 01-A-02 du 13 février 2001.

⁷² Avis du Conseil de la concurrence n° 99-A-03 du 26 janvier 1999.

commercialisation de l'huile d'olive par le canal de la grande distribution, le ministre, tout en laissant la question ouverte, a envisagé de réunir les marques de fabricants et les marques de distributeurs (MDF et MDD) sur un même marché, mais d'en exclure les marques premier prix et les marques « hard discount » (MPP et MHD), en constatant que « *les prix, les emballages et la qualité de ces deux catégories de marques sont largement inférieurs à ceux des MDF et MDD. Ainsi, le prix moyen des MDD et MDF est 60 % plus élevé que celui des MHD et 80 % plus élevé que celui des MPP. En ce qui concerne la qualité du produit, les cahiers des charges établis pour la fourniture de MPP et MHD par les GMS sont bien moins exigeants que ceux destinés aux fournisseurs de MDD* »⁷³.

320. Les niveaux de prix ne constituent cependant qu'un indice, à corroborer avec les autres caractéristiques des marchés. En effet, les comparaisons de prix n'ont de sens que si la qualité et la durabilité des produits sont équivalentes. De plus, des produits peuvent avoir des prix différents et appartenir au même marché notamment lorsqu'ils sont verticalement différenciés. Enfin, les entreprises qui disposent d'information sur la disponibilité à payer de leurs clients peuvent pratiquer des prix différents selon les catégories de clients.
321. **Les canaux de distribution** : les stratégies de distribution des entreprises, peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité des produits, du point de vue de leurs clients, et peuvent ainsi fonder une distinction des marchés. Par exemple, les questions de concurrence liées à la fabrication et à la distribution de boissons comme la bière⁷⁴ ou les boissons gazeuses au goût de cola⁷⁵ ont amené le Conseil à constater que les fabricants de ces boissons ne disposaient pas du même pouvoir de marché selon qu'elles étaient distribuées au consommateur final par le canal de la grande distribution, pour une consommation à domicile, ou par celui des cafés-hôtels-restaurants, pour une consommation hors domicile.
322. **L'image de marque** : l'image de marque associée à certains produits peut être retenue comme un critère déterminant de délimitation de marché. Par exemple, dans une décision relative aux marchés des chaussures de sport, le Conseil a isolé, au sein du marché de la chaussure de sport, celui de la chaussure de football, en considérant « *qu'afin d'accroître ou de maintenir la notoriété de leurs marques il est d'usage que les fabricants de chaussures de football de marque concluent des contrats de parrainage avec des clubs de football professionnels, lesquels acceptent que soit fait usage de leur image en contrepartie de la fourniture, par le fabricant concerné, de chaussures et d'accessoires ainsi que, le cas échéant, du versement d'une "dotation financière" variable selon la notoriété du club* ».
323. **L'environnement juridique** : l'existence d'une norme légale ou d'une réglementation spécifique est également susceptible d'influencer le comportement de la demande, dans la mesure où elle peut influencer les prix des produits, leur qualité ou la perception que les demandeurs en ont. Par exemple, dans un avis relatif à l'acquisition du groupe Poma par la société

⁷³ Décision du ministre C2004-130 Lesieur / Puget du 18 novembre 2004, publiée au BOCCRF le 23 juin 2005.

⁷⁴ Avis du Conseil de la concurrence n° 96-A-09 du 9 juillet 1996.

⁷⁵ Avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-09 du 29 juillet 1998.

Leitner⁷⁶, le Conseil a considéré que les différents types de remontées mécaniques pour station de ski (téléski, télé portés monocâble, téléphériques et funiculaires) n'étaient pas substituables entre elles, notamment en raison des contraintes relatives à la réglementation et aux normes de sécurité et d'entretien très strictes.

324. **Les préférences subjectives des clients** : en plus des besoins objectifs des clients, l'Autorité peut aussi prendre en compte leurs préférences subjectives. Par exemple, dans une décision relative aux marchés des désherbants⁷⁷, le Conseil a observé que *« même en admettant que les fonctions intrinsèques du chlorate de soude ne soient pas objectivement très différentes de celles des autres désherbants et que son coût d'usage ne constitue pas, pour un certain nombre d'utilisations, un avantage décisif, il est constant que les consommateurs, dans leur majorité, considèrent, comme le soulignent les nombreux distributeurs, que le chlorate de soude n'est pas substituable aux autres désherbants totaux »*. En revanche, dans un avis relatif à une acquisition sur le marché de la production, de la transformation et de la vente de saumons⁷⁸, le Conseil a noté que *« le saumon d'Écosse bénéficie d'une meilleure image et d'une appréciation de qualité plus grande que le saumon de Norvège auprès des consommateurs, prêts à payer un supplément de prix pour ce surplus de qualité perçues »* mais a conclu, après avoir analysé et pondéré l'ensemble des critères susceptibles de fonder une distinction de marché que *« le fait qu'un groupe de consommateurs puisse ne pas considérer l'ensemble de produits répondant aux mêmes besoins comme substituables n'exclut cependant pas que ces produits puissent appartenir au même marché pertinent. Compte tenu de la stabilité et de l'interdépendance des prix relatifs, de l'absence de véritable différence objective ainsi que de la possibilité pour une proportion suffisante des acheteurs de reporter tout ou partie de leur demande d'une origine à une autre, le Conseil est d'avis que les différentes origines du saumon Atlantique d'élevage appartiennent au même marché pertinent »*.

325. **Le fait que les produits soient destinés à des clientèles différentes** : lorsque les produits sont commercialisés à des clientèles dont les besoins diffèrent, les autorités de la concurrence peuvent être amenés à considérer des marchés distincts par type de clientèle. Parfois, ce sont certaines caractéristiques même du produit qui sont différentes en fonction du type de clients à laquelle il est destiné, mais les spécificités ne peuvent aussi porter que sur le mode de commercialisation, de livraison, de conditionnement du produit, et justifier des prix différents. Par exemple, s'agissant de la fabrication des produits alimentaires, une distinction est généralement faite selon que les produits sont destinés aux grandes et moyennes surfaces, à la restauration hors foyer ou aux industries agro-alimentaires⁷⁹. Sur les marchés des boissons, la puissance de marché des offreurs est évaluée de façon

⁷⁶ Avis du Conseil de la concurrence n° 01-A-02 du 13 février 2001.

⁷⁷ Décision du Conseil de la concurrence n° 00-D-85 du 20 mars 2001.

⁷⁸ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006.

⁷⁹ Voir par exemple, la décision de l'Autorité n° 09-DCC-48 du 22 septembre 2009, LDC/Marie.

distincte sur le marché de la consommation hors domicile d'une part, et sur le marché des cafés, hôtels, restaurants, d'autre part⁸⁰.

b) Les méthodes quantitatives

326. Au-delà de la prise en compte des différents indices évoqués ci-dessus, la délimitation des marchés de produit peut aussi s'appuyer sur **des méthodes quantitatives** plus poussées, quoique leur utilisation soit rare en pratique, compte-tenu des données nécessaires pour les mener à bien de manière rigoureuse.
327. L'observation des **évolutions de prix** peut fournir des indications précieuses sur la substituabilité des produits, car des produits différents qui répondent à une même demande peuvent présenter des écarts de prix, mais doivent en théorie évoluer de façon similaire dans le temps. Les données utilisées doivent s'étendre sur une période suffisamment longue (par exemple, au moins deux ans pour des données mensuelles). Elles doivent être corrigées des variations saisonnières qui peuvent affecter certains marchés (comme, par exemple, les changements de température pour certains marchés de l'énergie, ou les périodes de vacances pour les marchés du tourisme).
328. La substituabilité des produits s'analyse essentiellement à travers **les élasticités-prix simples** et les **élasticités-prix croisées**⁸¹ des fonctions de demande. Pour un bien « normal »⁸², lorsque son prix augmente, sa demande diminue, la demande des biens qui lui sont complémentaires diminue et la demande des biens qui lui sont substituables augmente.
329. Le **test du monopole hypothétique**, évoqué supra, peut faire l'objet d'une modélisation quantitative pour aider à la définition du marché pertinent. Il convient de préciser que la méthode du test du monopole hypothétique est adaptée lorsque les prix observés, à partir desquels sont réalisées les simulations de hausses des prix, sont des prix suffisamment concurrentiels. En revanche, elle devient d'autant plus délicate à mettre en œuvre que les prix observés s'éloignent des prix concurrentiels. L'exemple typique (dit « Cellophane fallacy ») est celui d'un monopole sur le produit dont il convient de vérifier s'il constitue ou non un marché pertinent distinct. Un monopole est capable de pratiquer son prix de monopole c'est-à-dire le prix qui maximise son profit. A ce prix, toute augmentation de prix est susceptible de réduire le profit. Le test amène automatiquement à élargir le marché au-delà de sa véritable dimension et donc à sous-estimer le pouvoir de marché de l'entreprise et les effets de l'opération de concentration.

⁸⁰ Voir l'avis n° 04-A-07 du 18 mai 2004, relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Sogebra-Heineken dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR et n° 99-A-14 du 28 septembre 1999 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company des actifs de la société Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque 'Orangina'

⁸¹ ⁸¹ L'élasticité-croisée est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation du prix d'un autre produit.

⁸¹ L'élasticité simple est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation de son propre prix.

⁸² Par opposition aux biens dits « supérieurs » ou biens de Veblen, comme les produits de luxe, dont la demande augmente avec le prix.

330. Pour toutes les modélisations économétriques proposées par les parties à l'appui d'une notification, elles sont invitées à détailler la méthodologie suivie ainsi qu'à joindre les données utilisées. Les éléments fournis font l'objet d'une analyse par le service économique de l'Autorité.
331. Par ailleurs, quand les critères qualitatifs et quantitatifs usuels ne permettent pas avec suffisamment de certitude de délimiter un marché pertinent, en particulier pour des secteurs oligopolistiques où les produits offerts sont différenciés, il peut être envisagé d'identifier directement les substituts les plus proches vers lesquels se reporterait la demande en cas d'augmentation du prix des produits concernés. Ce mode d'analyse a notamment été utilisé par le ministre dans le cas de l'acquisition de Milan par Bayard⁸³ compte tenu de la nature différenciée et hétérogène des titres de presse jeunesse et de la structure oligopolistique de l'offre. Il a ainsi été procédé à un inventaire des titres de presse édités par les opérateurs concurrents et constituant des substituts proches ou éloignés de ceux des parties. Ce mode d'analyse a permis de regrouper des titres de presse jeunesse selon les critères de l'âge du public visé et de la thématique du magazine. Les catégories ainsi identifiées ne correspondent pas à des marchés pertinents de produits mais à des modalités de regroupement des magazines selon leur degré de substituabilité (apprécié selon le prix, le format, le contenu éditorial, le positionnement, l'ancienneté sur le marché et la diffusion payée qui permettent de mesurer la notoriété du titre, le réseau de distribution etc.) afin de déterminer vers quels magazines intervient le report de demande en cas d'augmentation unilatérale du prix d'une catégorie par la nouvelle entité. Cette approche sera précisée ci-dessous dans l'analyse des effets unilatéraux.

4. DIMENSION GÉOGRAPHIQUE DES MARCHÉS PERTINENTS

332. La réalité des flux d'échanges, de la distance effectivement parcourue par les offreurs ou par les demandeurs jusqu'au point de rencontre de l'offre et de la demande, de la disponibilité des biens en cause pour les consommateurs d'une zone géographique, ou encore les écarts de prix d'une zone à l'autre, peuvent fonder des distinctions de marché en termes géographiques. Pour délimiter géographiquement les marchés, différentes caractéristiques peuvent être prise en compte par l'Autorité.
333. **Les coûts de transport** : les contraintes physiques peuvent être liées au coût du transport rapporté à la valeur des produits, comme c'est le cas pour les produits pondéreux. Ainsi, dans un arrêt du 29 juin 1993, la Cour de cassation confirme l'analyse du Conseil et de la cour d'appel en relevant « *que les tuiles et briques fabriquées sur place dans la région alsacienne* » ne sont pas substituables aux autres « *du fait de* » l'incidence contraignante du coût du transport « *sur des éléments de construction pondéreux et de faible valeur* ».
334. **La distance ou le temps de parcours des consommateurs** constitue un élément important de délimitation des marchés géographiques, par exemple de « zones de chalandise » dans les métiers de la distribution. Dans un avis

⁸³ Décision du ministre C2003-239 Bayard Presse / Editions Milan, du 11 février 2004 publiée au BOCCRF le 15 juin 2004

relatif à la grande distribution⁸⁴, le Conseil a relevé que « *si l'on tient compte des différences d'attractivité liées au critère de la taille, les temps habituellement retenus peuvent être fixés, pour les supermarchés de moins de 1 500 m² à 10 minutes maximum, pour les supermarchés de 1 500 m² à 2 499 m² à 15 minutes environ ; que, pour les hypermarchés de moins de 10 000 m², le temps de déplacement moyen peut être estimé à 15 à 20 minutes, lorsqu'ils sont sur un site isolé, et à 30 minutes dans le cas d'une implantation en centre commercial ; qu'enfin, pour les hypermarchés de plus de 10 000 m², le temps moyen peut être établi à 30 minutes* ». L'évaluation de la distance ou du temps de parcours peut être pondérée en fonction de la qualité du réseau routier, de la fréquence des déplacements nécessaires, de l'attractivité que présente un point de vente, à travers la taille de ce dernier, de l'étendue des différentes gammes proposées et de la qualité des infrastructures qui lui sont attachées (autres services à proximité du lieu de vente, parking).

335. La prise en compte de ce critère peut amener à distinguer des marchés différents selon les catégories de demandeurs. La demande des entreprises pourra ainsi s'adresser à des offreurs situés sur une zone géographique plus large que celle déterminée par la demande des particuliers. De la même façon, le ministre a considéré, dans le secteur des voyages d'affaires que, si le marché géographique demeure national pour les PME/PMI, il convient de s'interroger sur une dimension plus large du marché pour les entreprises multinationales dans la mesure où elles cherchent à avoir un fournisseur unique pour l'ensemble de leur groupe, capable de couvrir, par sa prestation, plusieurs pays européens (« one stop shopping »).⁸⁵
336. **Les contraintes légales, réglementaires** : certains marchés sont par ailleurs géographiquement limités par des contraintes légales ou réglementaires. Par exemple, le Conseil dans une décision relatives aux prestations funéraires⁸⁶ a noté que « *sous l'empire de la législation en vigueur à l'époque des faits, les familles ne pouvaient s'adresser, dès lors que le service extérieur était organisé par la commune, qu'au titulaire du monopole, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une agence funéraire, et que les dérogations prévues par la loi du 9 janvier 1986 ne pouvaient s'appliquer que lorsque la commune du lieu de mise en bière n'était pas celle du domicile du défunt ou du lieu d'inhumation ou de crémation* ». Les normes nationales en vigueur peuvent aussi constituer un critère de délimitation des marchés. Par exemple, le Conseil a noté que, pour le marché des remonte-pentes mécaniques, le coût d'adaptation des appareils étrangers aux normes de sécurité nationales était très faible par rapport à la valeur de ces équipements et tenu compte de l'harmonisation en cours de la réglementation européenne en matière de sécurité.
337. **Les préférences subjectives des clients** : des considérations subjectives quant au comportement de la demande, telles que les préférences et les habitudes régionales ou nationales, l'attachement aux marques expliquent par ailleurs que certains produits d'origine géographique différente ne soient

⁸⁴ Avis Carrefour Promodès du Conseil de la concurrence n° 00-A-06 du 3 mai 2000.

⁸⁵ Décision du ministre C2004-05 SEAVT/Protravel, du 29 mars 2005 publiée au BOCCRF du 16 décembre 2005.

⁸⁶ Décision du Conseil de la concurrence n° 00-D-59 du 6 décembre 2000.

pas, du point de vue de la demande, substituables aux produits locaux. L'élasticité croisée de la demande entre deux produits peut de plus être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales. Ainsi, du fait de l'utilisation privilégiée de la brique dans les constructions résidentielles en Alsace, ce matériau n'a pas été considéré comme substituable au parpaing de béton dans cette région, alors que c'est peut-être le cas dans d'autres régions de France⁸⁷. Egalement, le Conseil a estimé qu'il existait un marché de la vanille de la Réunion pour les touristes qui, visitant l'île de la Réunion, considèrent l'origine locale du produit comme un critère déterminant lors de l'achat de vanille dès lors qu'ils achètent de la vanille uniquement parce qu'il s'agit d'un produit local.

338. Les marchés ainsi définis sont parfois de dimension géographique très restreinte (quelques dizaines de kilomètres de rayon pour le béton prêt à l'emploi ou les enrobés bitumineux ; 30 minutes de transport pour les zones de chalandises des hypermarchés ; la ville de Paris pour l'exploitation des films en salles de cinéma). A contrario, les effets de l'harmonisation européenne, de la concentration des entreprises et de la globalisation des échanges conduisent de plus en plus à définir des marchés européens voire mondiaux.
339. Certains marchés peuvent faire l'objet d'une analyse à plusieurs niveaux. Ainsi, à l'occasion de l'examen de la fusion des groupes Banques Populaires et Caisses d'Épargne⁸⁸, l'Autorité a confirmé que l'analyse concurrentielle des marchés de la banque de détail et de certains marchés de la banque commerciale, s'agissant des PME, pouvait être effectuée à la fois au niveau national et au niveau local. Elle a en effet considéré que le pouvoir de marché des banques s'appuyait, d'une part sur la taille des groupes, de nombreux services bancaires étant caractérisés par des économies d'échelle et de gamme qui favorisent les banques disposant d'une très large base de clientèle, et d'autre part, sur leur proximité et la qualité de leur relation avec le client. De plus, l'Autorité a noté que, contrairement à ce qui a été constaté par la Commission européenne sur d'autres marchés nationaux, ces marchés présentent, en France, un certain degré d'hétérogénéité géographique, tant en ce qui concerne l'implantation des différents groupes que les conditions tarifaires pratiquées au sein d'un même groupe.

C. L'APPRÉCIATION DU DEGRÉ DE CONCENTRATION DU MARCHÉ

1. L'OBJECTIF

340. Après avoir délimité les marchés pertinents, l'Autorité conduit une analyse préliminaire sur les parts de marché et le degré de concentration du marché. Cette première estimation très utile de la structure du marché et de l'importance des parties à la concentration et de leurs concurrents ne limite toutefois pas l'analyse concurrentielle, ne serait-ce que parce qu'elle ne permet pas d'appréhender l'existence d'une pression concurrentielle

⁸⁷ Avis du Conseil de la concurrence n° 99-A-09 du 1^{er} juin 1999.

⁸⁸ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009.

provenant de l'absence de barrières à l'entrée et de l'existence de concurrents potentiels qui ne sont pas effectivement présents sur les marchés concernés. Cette analyse préliminaire ne prend pas non plus en compte des éléments tels que la capacité de la demande à exercer, via sa puissance d'achat, un contre-pouvoir à la puissance de marché des parties.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

341. Deux critères sont examinés par l'Autorité :

- **les parts de marché** : plus la part de marché de l'entreprise résultant de l'opération est élevée par rapport à celles de ses concurrents, plus la probabilité qu'elle confère ou renforce un pouvoir de marché est forte ;
- **le degré de concentration** : plus le marché est concentré, plus les risques d'atteintes à la concurrence, par effets coordonnés ou non coordonnés, sont importants.

342. En pratique, l'Autorité utilise les mêmes seuils que la Commission européenne pour déterminer si une opération justifie une analyse approfondie.

343. Lorsque la part de marché de l'entité résultant de l'opération est inférieure à 25 % dans une concentration horizontale et à 30 % dans une concentration verticale ou conglomérale, l'Autorité considère qu'une atteinte à la concurrence est peu probable, sauf cas particulier.

344. Pour apprécier le degré de concentration du marché, un indice Herfindhal-Hirschman (IHH) peut être calculé. Cet indice est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché. Lorsqu'il n'est pas possible, faute d'information disponible, d'intégrer dans le calcul toutes les entreprises présentes, il convient de se limiter aux principaux opérateurs dont les parts de marché peuvent être identifiées, l'impact des petits acteurs sur la valeur de l'IHH étant réduit. Le niveau de l'indice après l'opération et sa variation par rapport à la situation antérieure (appelée delta) sont pris en compte.

345. Pour les concentrations horizontales, comme le rappelle la Commission dans ses lignes directrices, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence horizontaux sur un marché dont l'IHH à l'issue de la concentration sera inférieur à 1 000. Ces marchés n'exigent normalement pas une analyse approfondie. Il est également peu probable que la Commission conclue à l'existence de problèmes de concurrence horizontaux lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est inférieur à 250, ou lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est supérieur à 2 000 et que le delta est inférieur à 150. Pour les concentrations verticales ou conglomérales, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence, si l'IHH après l'opération est inférieur à 2 000.

346. Cependant, la Commission réserve la possibilité qu'une opération puisse porter atteinte à la concurrence, même en deçà de ces seuils, dans des cas exceptionnels tels que :
- l'une des parties à l'opération est un entrant potentiel ou un concurrent entré récemment sur le marché dont la part de marché est faible mais est susceptible de croître rapidement,
 - une ou plusieurs parties à l'opération sont des entreprises innovantes importantes, ce que ne révèle pas leur part de marché,
 - il existe d'importantes participations croisées entre les entreprises présentes sur le marché,
 - l'une des parties à la concentration est un franc-tireur qui, très probablement, ferait échouer la coordination des comportements,
 - il existe des indices de l'existence, sur le marché, d'une coordination passée ou actuelle, ou de pratiques facilitant la coordination,
 - l'une des parties à l'opération détient, avant la concentration, une part de marché supérieure ou égale à 50 %.
347. L'Autorité se réfère aux parts de marché les plus récentes disponibles. Elle peut éventuellement prendre en considération les parts de marché au cours des deux années précédentes, si elles ont fortement évolué. La part de marché de l'entreprise résultant de l'opération est calculée en sommant celle des parties à la concentration. Elle peut éventuellement être corrigée d'estimations d'évolution de marché, en particulier lorsque celui-ci est en développement rapide.
348. Les parts de marché sont analysées en valeur et en volume. L'Autorité utilise les indicateurs de volume usuels dans les métiers de l'entreprise résultant de l'opération, comme les surfaces en m² dans la distribution, ou le nombre de véhicules immatriculés dans la vente de véhicules neufs. Dans les secteurs bancaires et immobiliers, l'Autorité a également assis l'analyse de la position des entreprises au niveau local sur le nombre d'agences, faute de données permettant d'évaluer plus finement l'activité de ces agences.
349. L'Autorité s'appuie sur les parts de marché fournies par les parties dans leur dossier de notification. Elle peut remettre en cause les estimations fournies en s'appuyant sur des sources tierces.

D. LES EFFETS NON COORDONNÉS DES CONCENTRATIONS HORIZONTALES OU EFFETS UNILATÉRAUX

1. LA NATURE DE CES EFFETS

350. Une atteinte à la concurrence, au sens de l'article L. 430-6 du code de commerce, peut être constatée, en premier lieu, lorsque l'opération confère un pouvoir de marché à l'entreprise acquéreuse ou à la nouvelle entité issue de la fusion, ou renforce un pouvoir de marché qu'elle détenait déjà. Lorsque les entreprises parties à l'opération sont des concurrents actuels sur un ou plusieurs marchés pertinents, cet effet peut aller jusqu'à créer ou

renforcer au profit de cette entreprise une position dominante simple, c'est-à-dire le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs⁸⁹. Cette entreprise serait par exemple en mesure d'augmenter significativement ses prix, de réduire la diversité des produits ou services disponibles sur le marché ou son rythme d'innovation. Sur la période récente, les autorités de contrôle ont examiné plusieurs opérations se traduisant par la constitution de monopoles, c'est-à-dire un cas extrême de renforcement d'une position dominante. Ces opérations n'ont été autorisées que sous réserve d'engagements visant à limiter leurs effets sur les prix ou sur les conditions d'accès de nouveaux acteurs aux marchés concernés⁹⁰.

351. Sans aller jusqu'à la création ou au renforcement d'une position dominante au profit de l'entité issue de l'opération, une concentration entre deux entreprises présentes sur un même marché peut porter atteinte à la concurrence du seul fait de l'élimination de la concurrence entre elles. Il est en effet possible qu'après l'opération, la nouvelle entité puisse de façon profitable augmenter ses prix ou réduire le volume ou la qualité de sa production, alors qu'avant l'opération un tel comportement aurait conduit à une réduction trop importante des ventes au profit d'autres opérateurs. Un tel effet a, par exemple, été mis en relief à plusieurs reprises dans le secteur de la distribution. Le ministre de l'économie a considéré que l'acquisition de points de vente, dans les zones de chalandise où elles en contrôlaient déjà d'autres, pouvait permettre aux entreprises concernées d'augmenter, de façon profitable, les prix dans certains établissements, les clients perdus du fait de cette augmentation étant « récupérés » par les autres établissements de l'acquéreur.
352. De plus, la réaction des autres entreprises présentes sur le même marché et qui ne sont pas parties à la concentration, est susceptible, dans certaines configurations de marché, et ce, indépendamment de tout phénomène de coordination des comportements, de contribuer à affaiblir l'intensité de la concurrence. La disparition d'un concurrent peut en effet déplacer significativement le point d'équilibre concurrentiel sur tout ou partie du marché considéré, l'ensemble des entreprises présentes étant alors en mesure de bénéficier de prix plus élevés. La perte de bien-être qui en résulte pour les consommateurs peut être prise en compte par les autorités de contrôle, même si l'opération ne crée pas ou ne renforce pas une position dominante au profit de l'entité issue de la fusion. Le Conseil de la concurrence a, par exemple, estimé qu'une concentration sur le marché du saumon Atlantique d'élevage était de nature à avoir un effet dommageable sur les prix et les quantités du saumon produit en Écosse⁹¹.

⁸⁹ TPICE, T-102-96, Gencor contre Commission, 25 mars 1999.

⁹⁰ Réf. TPS/Canal Plus et CCIP/Unibail.

⁹¹ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006.

2. LES CRITÈRES D'ANALYSE

353. La probabilité qu'une opération de concentration entraîne les effets unilatéraux décrits ci-dessus est fonction des caractéristiques présentées par le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés et, particulièrement, de l'analyse du pouvoir de marché déjà détenu par les entreprises antérieurement à l'opération. Tous les facteurs susceptibles de contribuer à un tel pouvoir de marché peuvent donc être pris en compte : les résultats de l'addition des parts de marché des parties à la concentration ; la nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché ; le positionnement concurrentiel des parties vis-à-vis l'une de l'autre ; la pression concurrentielle que sont en mesure d'exercer les concurrents actuels ; la probabilité que d'autres offreurs, non encore présents sur le marché, viennent concurrencer les acteurs actuels ; la puissance d'achat des clients.
354. Ces effets s'apprécient, dans une première étape de l'analyse, indépendamment⁹² des gains d'efficacité que l'opération est, parallèlement, susceptible de générer (cf. ci-dessous partie L).

a) Le résultat de l'addition des parts de marché des parties à la concentration

355. L'addition des parts de marché, calculées comme indiqué ci-dessus aux paragraphes 342 et suivants, sur les marchés sur lesquels les parties à la concentration sont simultanément présentes donne une première indication sur les effets d'une concentration horizontale.
356. Cette addition des parts de marché réalisées par les parties avant l'opération ne tient pas compte des phénomènes de report, sur les concurrents, de la demande qui s'adressait auparavant aux parties. En effet, si l'importance de ce report peut être qualifiée, en fonction du type de concurrence que se livraient les entreprises avant l'opération (cf. ci-dessous au paragraphe 365), l'estimation chiffrée de l'effet de ce report sur les futures parts de marché de l'entité issue de l'opération est rarement possible.
357. L'existence de parts de marché d'une grande ampleur est un élément important dans l'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise. Des parts de marché post-opération élevées, de l'ordre de 50 % et plus, peuvent faire présumer l'existence d'un pouvoir de marché important. Une telle présomption est toutefois réfutable. En examinant les effets de l'acquisition par Seb de certains actifs de Moulinex⁹³, le Conseil de la concurrence a ainsi estimé que *« les parts de marché désormais détenues par SEB sur certains marchés sont importantes, mais la part de marché n'est cependant que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante (...) D'autres facteurs peuvent constituer des obstacles à l'exercice de ce pouvoir de marché. En particulier, la pression concurrentielle à laquelle sera soumis le groupe SEB après la réalisation de l'opération ne dépendra pas seulement de l'état actuel des marchés mais aussi des possibilités de développement des autres opérateurs, et donc des facilités d'accès aux marchés concernés »*.

⁹² Cependant, certains modèles visant à quantifier ce type d'effets peuvent, compte tenu de la forme de la fonction de production retenue, prendre en compte directement les gains d'efficacité.

⁹³ Avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-07 du 15 mai 2002.

358. L'importance des parts de marché peut par ailleurs être appréciée de façon différente lorsque la concurrence sur le marché s'exerce au moyen d'appels d'offres. Ainsi, dans la décision *Bombardier/Adtranz*, la Commission a considéré qu'une part de marché de l'ordre de 50 % à 60 % ne constituait pas un indice de la position dominante de l'entité issue de l'opération, au motif notamment que « *les marchés en question étaient soumis à appels d'offres* »⁹⁴. De même, dans la décision *Ernst & Young/Andersen France*, la Commission a considéré qu'une part de marché de 40 % à 55 % ne constituait pas un indice de la position dominante de l'entité issue de l'opération sur le marché français des services d'audit et de comptabilité aux grands comptes, au motif que « *le marché de l'audit est un marché d'appels d'offres* »⁹⁵.
359. Dans le cas où l'une des parties à l'opération détient des parts de marché extrêmement faibles (moins de 2 %), l'opération, *a priori* n'emporte pas d'atteinte à la concurrence, à moins que ces parts ne viennent conforter une position déjà très forte.
360. Lorsque l'addition des parts de marché des parties à la concentration sur les marchés concernés aboutit à des parts de marché inférieures à 25 %, il est présumé que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence.

b) La nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché

361. La nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché ou les marchés sur le(s)quel(s) les parties à l'opération sont simultanément présentes est également un facteur important dans l'analyse des effets unilatéraux d'une concentration.
362. Le caractère oligopolistique du marché est par exemple de nature à soulever des préoccupations de concurrence alors même que l'entité issue de la fusion n'occupera pas une position dominante. Dans une telle configuration, les parts de marché de chacun des acteurs sont élevées et la fusion de deux d'entre eux est susceptible de réduire de façon significative les pressions concurrentielles subies tant par l'entité issue de la fusion que par les entreprises subsistant sur le marché. De façon plus générale, le degré de concentration du marché et l'effet du cumul de parts de marché sur ce degré de concentration, de nature à influencer significativement sur ce type d'effets, est un facteur important (cf. ci-dessus les calculs de IHH, paragraphes 345 et suivants).
363. Le fait que les biens ou services échangés sur le marché soient homogènes ou plus ou moins différenciés entre les offreurs est également pris en compte. L'intensité de la concurrence appréciée globalement sur le marché est en effet *a priori* plus faible dans le cas de biens très différenciés. De plus, la pression concurrentielle exercée peut varier d'un offreur à l'autre. Par ailleurs, sur les marchés de biens différenciés, la concurrence est plus susceptible de s'exercer en prix, c'est-à-dire que les offreurs sont en mesure d'agir directement sur le prix des biens ou services concernés, alors que

⁹⁴ Décision COMP/M.2139 du 3 avril 2001, *Bombardier/Adtranz*.

⁹⁵ Décision COMP/M.2816 du 5 septembre 2002, *Ernst & Young/Andersen France*.

pour des biens homogènes, les mouvements de prix sont plutôt influencés par variations dans les quantités offertes ou demandées⁹⁶. De plus, si les autorités nationales ou communautaires se sont le plus souvent interrogées sur l'importance d'éventuels effets unilatéraux, n'allant pas jusqu'à la création ou le renforcement d'une position dominante, dans le cadre de marchés de biens différenciés par offreur sur lesquels la concurrence s'exerce par les prix, le Conseil de la concurrence a déjà adapté cette analyse à un cas où la concurrence sur le marché concerné s'exerçait en quantités et non en prix et où les produits étaient différenciés, non par offreur, mais en fonction des origines géographiques du produit concerné (saumon d'Écosse, d'Irlande ou de Norvège⁹⁷).

364. Le caractère biface (« two sided ») des marchés peut aussi être utile pour expliquer le fonctionnement de la concurrence. Dans un tel cas, l'équilibre économique sur un marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur un autre marché. Dans le secteur de la presse, le Conseil de la concurrence a explicitement utilisé, dans son avis 03-A-03 du 20 mars 2003 relatif à l'opération de concentration Comareg / France Antilles, le concept de marché biface pour illustrer l'interdépendance entre deux marchés pertinents distincts, à savoir le marché des petites annonces et celui des publicités commerciales : « *le marché des publicités commerciales et celui des petites annonces sont interdépendants et sont liés à l'audience ou au lectorat. En effet il n'existerait pas de marché des publicités commerciales en l'absence de lectorat et il n'existerait pas de lectorat en l'absence de petites annonces* ». Dans l'affaire plus récente SIPA/Pôle Ouest Socpresse⁹⁸, les autorités de concurrence ont considéré que le caractère biface du marché de la presse régionale – pris parmi d'autres éléments – pouvait contribuer à écarter le risque de hausse unilatérale du prix des journaux. Comme le note le ministre dans sa décision : « *En effet, le modèle économique de la presse comme interface entre lecteurs et annonceurs, combiné au déclin structurel de la PQR ainsi qu'à la forte élasticité de la demande et la faible substituabilité entre les titres limitent le pouvoir de marché de la nouvelle entité sur le marché du lectorat* ».

c) Le positionnement concurrentiel des parties à la concentration l'une vis-à-vis de l'autre

365. Lorsque le ou les marchés concernés par la concentration sont des marchés de produits ou de services différenciés, la proximité des offres des parties à l'opération constitue l'un des facteurs susceptible d'influer sur la probabilité qu'une opération entraîne des effets horizontaux significatifs. En effet, les biens et services concernés sont alors suffisamment substituables du point de vue des acheteurs pour être considérés comme offerts sur un même marché pertinent, mais ils ne le sont qu'imparfaitement et à des degrés divers selon les offreurs. Lorsque les parties à l'opération proposent des

⁹⁶ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006 : « Le jeu concurrentiel sur le marché du saumon d'élevage présente des spécificités qui doivent être prises en compte pour évaluer les effets de l'opération sur le fonctionnement de la concurrence. Principalement, du fait de l'inélasticité de l'offre d'un produit vivant et périssable, tous les producteurs ne peuvent, à court terme, qu'accepter le prix qui découle de la confrontation de cette offre et de la demande. Le jeu concurrentiel ne peut donc s'exercer que par une action sur les quantités, qui ne peut être mise en œuvre qu'à plus long terme compte tenu des délais nécessaires à la croissance du poisson ».

⁹⁷ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 précité.

⁹⁸ Avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-18 du 11 octobre 2005.

offres très proches, alors que ce n'est pas le cas des concurrents qui subsistent, il est possible qu'un grand nombre de clients les considèrent comme leurs premier et second choix. Par exemple, le Conseil dans son avis relatif à l'acquisition du pôle distribution de la société Fincar par la société Cafom⁹⁹, a observé, s'agissant de la distribution au détail de produits d'ameublement et d'électrodomestique, que « *le format des magasins But et Conforama, les gammes de produits proposés, les services offerts comme le positionnement en prix font des parties à l'opération les plus proches substitués sur les marchés concernés, tandis que les magasins concurrents offrent des gammes de produits plus limitées ou ont des positionnements différents en matière de prix* ».

366. Dans la mesure où des parts de marché importantes sont liées à des clients qui considèrent effectivement les deux magasins comme leurs premier et deuxième choix, l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration peut rendre profitable une hausse des prix substantielle (ou une réduction du volume ou de la qualité de sa production) de l'entité issue de l'opération, celle-ci bénéficiant du caractère captif d'une partie importante des clients alors qu'auparavant, une hausse des prix de l'une des parties aurait conduit à un report important vers l'autre partie¹⁰⁰. Les possibilités de repositionnement de leur offre par les concurrents ou d'entrées de nouveaux offreurs, de nature à contrecarrer ces effets, sont toutefois attentivement examinées par l'Autorité (cf. ci-dessous).
367. Le concurrent éliminé peut aussi se caractériser par le caractère très dynamique de la concurrence qu'il exerçait sur le marché, même avec une part de marché faible. Le risque que l'opération porte atteinte à la concurrence est ainsi plus fort si l'opération conduit à l'élimination d'un acteur animant fortement la concurrence (appelé parfois « maverick »). Ce peut être le cas lorsque l'opération fait disparaître une entreprise récemment entrée sur le marché qui aurait exercé une forte pression concurrentielle en restant indépendante. Des ruptures technologiques peuvent ainsi conférer un rôle important à de petits acteurs dans le jeu concurrentiel. Par exemple, le ministre de l'économie a considéré que la mise en place de la TNT allait donner à la chaîne TMC un poids sur le marché de la publicité télévisée largement supérieur à sa part de marché telle que constaté les années précédentes¹⁰¹.

d) La pression concurrentielle exercée par les concurrents subsistant sur le marché

368. Le nombre, les parts de marché et les atouts concurrentiels des concurrents de l'entité fusionnée sont également des facteurs essentiels dans l'analyse des effets horizontaux d'une concentration. En particulier, l'Autorité évalue la capacité des concurrents actuels à réagir face à la nouvelle situation créée par l'opération. La taille des concurrents, leurs capacités de production, l'écart entre leurs parts de marché et celle de l'entreprise issue de l'opération constituent des indices importants pour apprécier si les

⁹⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-06 du 16 juillet 2007.

¹⁰⁰ Décision du ministre C2002-51 Mr Bricolage/Tabur du 29 août 2002.

¹⁰¹ Décision du ministre C2004-127 TF1/AB/TMC du 27 octobre 2004.

concurrents pourront absorber la demande dans l'hypothèse où la nouvelle entreprise augmenterait ses prix (ou si les concurrents pourront mettre sur le marché des quantités supérieures dans l'hypothèse où elle réduirait sa production). Il est également tenu compte de leur intérêt à le faire : dans certaines configurations de marché, les concurrents peuvent, même en l'absence de comportement coordonné, trouver plus profitable de bénéficier de hausses de prix à la suite de la fusion. S'agissant de la concentration sur le marché du saumon Atlantique d'élevage déjà mentionnée ci-dessus, le Conseil de la concurrence a ainsi noté sur ce sujet : « *En théorie, leur intérêt est de produire plus que ce qu'ils n'auraient fait dans l'état antérieur du marché afin de profiter du déficit d'offre par rapport à une situation sans fusion. Les concurrents n'ont toutefois pas non plus intérêt à compenser totalement ce déficit. L'effet cumulé de l'opération, prenant en compte une production inférieure des parties ainsi qu'une production supérieure des concurrents, est donc toujours négatif : à la suite d'une opération de concentration, la quantité totale offerte est inférieure à ce qu'elle aurait été sans l'opération et par conséquent, le prix de marché est supérieur à ce qu'il aurait été sans l'opération. Encore faut-il que les concurrents aient la capacité de réagir. S'ils sont contraints en capacités disponibles, le déficit d'offre et les tensions sur les prix seront plus importants* ».

369. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent toutefois être freinées par l'entreprise créée, qui contrôlerait, par exemple, des ressources nécessaires à la production, l'accès à des contenus dans le secteur des médias, des brevets ou des droits de propriété intellectuelle essentiels pour les concurrents, ou encore d'importantes capacités de distribution des biens ou services concernés. Le fait que les parties à la concentration soient des entreprises verticalement intégrées sur des marchés amont et aval est de nature à renforcer les effets horizontaux des cumuls de parts de marché¹⁰² (cf. ci-dessous partie E sur les effets verticaux des concentrations).
370. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent également être contraintes par des coûts de changement de fournisseur (« *switching costs* ») importants pour les clients. Ces coûts de sortie peuvent être liés à l'existence d'abonnements ou autres types de contrats dont la rupture est coûteuse pour les clients. La contrainte sur l'intensité concurrentielle du marché est cependant particulièrement forte en présence de coûts favorisant la reconduction de ces contrats à leur terme.
371. Le Conseil de la concurrence a, par exemple, relevé dans son avis sur l'acquisition de la société CCMX holding par la société CEGID¹⁰³, que « *l'achat d'une licence portant sur un progiciel pour expert-comptable est amorti au bout de trois à quatre ans et ce n'est donc qu'à partir de la cinquième année que le cabinet s'interrogera éventuellement sur l'opportunité de changer sa solution informatique. Les coûts de changement sont significatifs puisque au-delà du coût direct du logiciel, il faut prendre en compte la nécessité de former du personnel ainsi que le coût et le risque attachés au transfert des dossiers dans un nouveau système. La société CEGID expose que les éditeurs ont mis au point des solutions permettant la migration rapide et sans risque des données d'un système à l'autre. Ce*

¹⁰² Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 du 13 juillet 2006.

¹⁰³ Avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-04 du 14 décembre 2005.

progrès n'annule toutefois pas les coûts de changement, notamment en termes de risques pris par le cabinet qui passe d'une solution éprouvée à une solution qu'il ne connaît pas. De fait, une grande partie des clients interrogés se considèrent comme étant captifs de leur prestataire. L'importance de ces coûts explique que les cabinets hésitent à changer de logiciel, et qu'ils ont recours aux mises à jour effectuées par leur prestataire pour adapter leur logiciel ».

372. Ces coûts de sortie peuvent cependant être relatifs. Le Conseil a ainsi noté à propos de la même opération entre des fabricants de logiciels d'experts comptables que *« cependant, un changement de logiciel devient attractif, voire s'impose, lorsque le logiciel en place repose sur une technologie dépassée. Dans ces circonstances, les coûts supportés par le cabinet d'experts-comptables sont presque équivalents, qu'il opte pour une nouvelle gamme éditée par le même prestataire ou pour la gamme d'un autre éditeur. »* Dans ce cas d'espèce, la dynamique du secteur, fondée sur l'innovation, neutralisait l'effet des coûts de sortie et remettait les différents acteurs à égalité d'armes dans le jeu de la concurrence.
373. La capacité des clients à changer de fournisseur peut aussi être limitée par le fait qu'ils attachent une importance particulière à l'une des caractéristiques de l'offre de l'entreprise résultant de l'opération, dont la substituabilité avec d'autres offres disponibles est ainsi réduite, bien qu'il ait été considéré que le marché pertinent pour l'analyse englobait l'ensemble de ces offres. Sur les marchés sur lesquels les marques jouent un rôle important, la mobilité des consommateurs peut ainsi être réduite¹⁰⁴.

e) La puissance d'achat des clients

374. Le pouvoir de marché d'une entreprise peut être efficacement limité par la puissance d'achat ou contre-pouvoir des acheteurs. Les effets d'une concentration pourront donc être appréciés différemment selon que les clients des parties sont des particuliers ou d'autres entreprises, ou selon que le marché est un marché de détail ou un marché de gros. Lorsqu'il s'agit d'entreprises, la concentration des acheteurs, leur taille, la diversité de leurs achats, sont des facteurs susceptibles de leur conférer une puissance d'achat compensatrice. En revanche, lorsque les prix sont négociés avec chaque client, la puissance d'achat de certains clients ne limite pas le pouvoir de marché de l'entreprise vis-à-vis de clients moins puissants.
375. Le Conseil de la concurrence a ainsi estimé dans plusieurs avis que la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle confère aux enseignes donnent aux distributeurs un fort pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs¹⁰⁵. Dans un avis rendu sur l'acquisition d'actifs de Moulinex par Seb, il explique ainsi : *« Les déclarations des distributeurs font valoir leur liberté de choix face aux marques et leur volonté de diversifier leurs sources d'approvisionnement face au renforcement des parts de marché d'un fournisseur. Certains signalent*

¹⁰⁴ Avis du Conseil de la concurrence n° 99-A-14 du 28 septembre 1999.

¹⁰⁵ Avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-07 du 28 mars 2000 relatif à l'acquisition de certains actifs du groupe Sarah Lee par le groupe Benckiser, n° 02-A-07 du 15 mai 2007 et n° 04-A-16 du 28 juillet 2004 relatifs à l'acquisition d'actifs de Moulinex par Seb,

qu'ils ont déjà réagi à la concentration Seb/Moulinex en offrant l'opportunité aux fournisseurs concurrents de développer leur notoriété et leur présence dans les linéaires ».

376. De même, dans le secteur de l'impression de magazines, le Conseil a relevé que les éditeurs détenaient un pouvoir de marché non négligeable, pour plusieurs raisons : l'édition est concentrée entre un petit nombre d'acteurs puissants, les éditeurs ont la possibilité de fragmenter l'impression d'un même magazine entre plusieurs imprimeurs, il existait d'importantes capacités de production excédentaires chez les imprimeurs¹⁰⁶. Le Conseil a considéré que ce pouvoir de marché était susceptible de contrebalancer celui dont pourrait disposer la nouvelle entité sur un segment de marché de l'impression des magazines limités aux cahiers « chauds ».

f) La concurrence potentielle

377. Le pouvoir de marché d'une entreprise, même si elle dispose d'une part de marché élevée, peut être également efficacement limité non seulement par les réactions des concurrents déjà présents sur le marché mais également par le fait qu'il est relativement facile pour de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché en cause. Lorsque c'est le cas, toute dégradation des conditions initiales de marché liée à la concentration sera regardée comme une opportunité pour de nouveaux entrants et ces nouvelles entrées permettront de rétablir les conditions initiales de concurrence. La concurrence, même potentielle, exerce donc une pression sur les comportements des acteurs en place.
378. De ce fait et ainsi que l'expose la Commission dans les lignes directrices de 2004, « *lorsque l'entrée sur un marché est relativement aisée, il est peu probable qu'une concentration soulève d'importants problèmes de concurrence* ». Les barrières à l'entrée sur le marché en cause sont donc un facteur important de l'analyse. Il convient toutefois de s'assurer que ces entrées sont possibles dans des délais et sur une échelle suffisants pour exercer une réelle contrainte.
379. Les barrières à l'entrée peuvent prendre des formes très diverses¹⁰⁷. En premier lieu, l'entrée des concurrents sur le marché peut être rendue difficile par des barrières liées à la réglementation ou à la protection de la propriété intellectuelle. Par exemple, la réglementation sur l'urbanisme commercial limite la création de nouvelles surfaces de vente et justifie qu'un poids important soit accordé aux parts de marché dans l'analyse des concentrations dans le secteur de la distribution de détail. La fixation réglementaire des prix à un niveau très bas a également été considérée, sur les marchés des médicaments homéopathiques, comme une forte barrière à l'entrée¹⁰⁸.
380. En deuxième lieu, de nouvelles entrées seront d'autant moins probables qu'elles sont risquées. Or, le risque associé à l'entrée croît avec la part des

¹⁰⁶ Avis du Conseil de la concurrence n° 09-A-01 du 6 février 2009 (Circle Printers/Quebecor).

¹⁰⁷ Voir la typologie proposée dans l'étude thématique sur les barrières à l'entrée du rapport annuel 2006.

¹⁰⁸ Avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-01 du 7 janvier 2005 (Boiron/Dolisos).

coûts engagés pour l'entrée qui ne pourra être récupérée en cas d'échec. Les dépenses de publicité constituent par exemple des coûts irrécupérables. Le fait qu'un nouvel entrant sur le marché ne puisse y exercer une concurrence significative sans engager d'importantes dépenses publicitaires pour soutenir sa marque est donc considéré comme un frein à l'entrée.

381. Par exemple, la Commission dans l'opération Coca-cola / Carlsberg¹⁰⁹ a relevé que « *l'image de marque joue un rôle essentiel pour l'augmentation des ventes dans le domaine des BGSA, et des sociétés comme TCCC et Pepsico ont réussi à fidéliser leur clientèle grâce à des investissements très lourds qui leur ont permis de maintenir la bonne image de leurs marques. L'introduction d'une nouvelle marque nécessiterait donc des dépenses de publicité et de promotion très élevées, afin de persuader des clients fidèles de renoncer à leurs marques habituelles de boissons gazeuses sans alcool. De plus, en raison de la fidélité des consommateurs aux marques connues, un nouveau fournisseur aurait beaucoup de difficultés à persuader la clientèle des détaillants de changer de fournisseur, ce qui constituerait une entrave supplémentaire à l'entrée. De telles dépenses de publicité et de promotion sont des coûts perdus et accroîtraient considérablement les risques qu'implique l'accès à ce marché* ».
382. L'Autorité évalue également l'importance des coûts fixes et les conditions dans lesquelles ils peuvent être récupérés, c'est-à-dire la combinaison de part de marché et de temps nécessaire à l'amortissement de l'investissement initial. Plus la production implique d'importants coûts fixes, plus l'entrée sur le marché, pour être rentable, doit se faire à grande échelle. L'intensité capitalistique d'un métier, en raison de ses coûts fixes de recherche et développement, de production ou de marketing, l'impossibilité de bénéficier d'économies d'échelle suffisantes pour être concurrentiel, ou les désavantages liés à l'inexpérience et aux manques de savoir-faire peuvent conduire des nouveaux entrants potentiels à considérer que les coûts irrécupérables en cas d'échec constituent des barrières impossibles à franchir. Par exemple, dans son avis relatif à l'acquisition de la société Atos par la société Experian, le Conseil a estimé que l'investissement nécessaire pour entrer sur le marché du traitement des chèques était relativement mineur au regard des perspectives de rentabilité¹¹⁰. Le Conseil a par ailleurs tenu compte, dans son analyse prospective des marchés, de l'évolution technologique majeure en cours dans le secteur : la dématérialisation des opérations de compensation de chèques apparue avec la mise en place de l'Échange image chèque (EIC). Il a estimé que cette évolution avait deux effets : d'une part, elle rend de moins en moins nécessaire la proximité géographique entre les centres de traitement et les agences bancaires et réduit l'intérêt d'une couverture nationale. D'autre part, elle entraîne une diminution des investissements nécessaires à l'installation d'un centre, en rendant les trieuses inutiles. Le Conseil a conclu qu'au total, « *si les*

¹⁰⁹ Décision de la Commission du 11 septembre 1997 relative à la concentration The Coca-Cola Company / Carlsberg SA.

¹¹⁰ Avis du Conseil de la concurrence n° 03-A-15 du 25 juillet 2003 : « Tant la société Experian, que son principal concurrent, la société Safig, estiment la taille minimale d'un centre de traitement de chèques compétitif à environ 100 000/150 000 chèques par jour, soit, sur 250 jours, 0,74 % à 1,11 % des volumes traités sur ce marché en 2002. Malgré de légères divergences d'appréciation sur le coût d'achat des matériels dans le secteur du traitement des chèques (entre 20 000 et 150 000 euros selon la capacité des lecteurs trieurs notamment), les opérateurs se rejoignent pour estimer que l'investissement initial nécessaire pour un centre de cette capacité peut être amorti sur un seul contrat de trois ans dans des conditions normales d'activité. Les coûts fixes sont en effet relativement peu importants, le traitement de chèques étant essentiellement une activité de main d'œuvre (70 % des coûts totaux) ».

contraintes liées à la taille d'un opérateur compétitif constituent l'un des facteurs explicatifs de la concentration, elles ne constituent pas pour autant un obstacle dirimant à l'accès au marché ».

383. L'existence d'effets de réseau peut aussi constituer un obstacle difficile à franchir pour un nouvel entrant. Un marché de produits présente des effets de réseau lorsque l'utilité globale du produit pour les consommateurs qui l'utilisent dépend non seulement de l'usage personnel qu'ils en font, mais également du nombre des autres consommateurs utilisant ce produit. Un tel effet de réseau est un effet de réseau direct. Il y a effet de réseau indirect lorsque la valeur d'un bien pour un utilisateur augmente à mesure que le nombre et la variété des produits complémentaires augmentent. De tels effets jouent par exemple un rôle important dans le transport aérien : *« Le fait pour une compagnie de disposer d'un réseau étendu, offrant des fréquences élevées et des connexions rapides structurées autour d'un 'hub', peut constituer une barrière à l'entrée importante pour des compagnies concurrentes qui ne bénéficieraient pas d'un réseau aussi attractif. »*¹¹¹
384. Par ailleurs, certains avantages, dont bénéficient des acteurs en place sur le marché, sont difficilement reproductibles par de nouveaux entrants. Par exemple, dans l'avis sur l'acquisition de la société CCMX holding par la société CEGID précité, le Conseil mentionne que la notoriété des fournisseurs garantit, aux yeux des clients, la pérennité et la qualité du produit acheté : *« Lorsqu'un changement d'opérateur est envisagé, la notoriété fait alors partie des critères principaux de choix du prestataire informatique. La qualité des produits vendus par les éditeurs se mesure en termes de performance du logiciel et aussi de fiabilité des services d'assistance et de maintenance. Les clients apprécient cette qualité essentiellement en fonction de la notoriété et de l'antériorité des éditeurs. Les experts-comptables soulignent également l'importance de la pérennité d'un éditeur : la disparition, ou même le simple rachat d'un éditeur, fait en effet peser un risque sur le suivi de la gamme et le maintien des prestations de maintenance et d'assistance. ».*
385. D'une façon plus générale, l'existence de *switching costs*, tels que déjà décrits ci-dessus au paragraphe 370, empêche non seulement le report des clients vers d'autres concurrents déjà présents sur le marché, mais *a fortiori* vers de nouveaux entrants.
386. Les barrières à l'entrée peuvent ainsi résulter de l'existence de contrats d'approvisionnement ou de distribution dont bénéficient un ou plusieurs acteurs en place. Dans l'avis sur la fusion TPS/Canal Plus, le Conseil a noté que des contrats exclusifs de longue durée bloquaient complètement l'accès à certains contenus télévisuels premium : *« [...] de nombreux contenus incontournables ne sont pas disponibles en raison de droits exclusifs. Ainsi, pour créer une chaîne thématique de cinéma, un nouvel entrant a besoin d'acquérir du contenu, c'est-à-dire des droits de télévision payante qui portent à la fois sur des films américains et français récents et sur des films catalogues. Or, les contrats-cadres avec les studios américains sont tous détenus par les parties pour de longues durées ».*

¹¹¹ Lettre du ministre de l'économie du 27 avril 2000 au Conseil de la société Air France.

387. Il faut enfin noter que la constatation de l'absence d'entrée ne suffit pas à établir l'existence de barrières de même que les entrées récentes ne suffisent pas, en elles-mêmes à démontrer l'absence de barrière, dans la mesure où tant l'absence d'entrées que la constatation d'entrées peuvent revêtir un caractère exceptionnel¹¹². L'observation des entrées passées peut tout au plus constituer un indice qui doit être confronté aux éléments de l'analyse.
388. Certaines de ces barrières à l'entrée peuvent être plus franchissables pour certains concurrents potentiels que pour d'autres. Par exemple, le Conseil de la concurrence a noté, dans l'avis CEGID/CCMX que « *l'importance de ce critère de notoriété n'a toutefois, par le passé, pas été un obstacle à l'entrée sur le marché de nouveaux éditeurs, dans la mesure où il s'agissait de structures créées par d'anciens collaborateurs issus des éditeurs déjà présents sur le marché. Ainsi, la société Coala a été créée par d'anciens salariés de CEGID, et le logiciel d'Ibiza a été mis au point par un ancien collaborateur de la société Sage et se trouve commercialisé par un ancien salarié de CCMX. Les ruptures technologiques décrites ci-dessus ont favorisé ces créations par essaimage. Les structures existantes hésitent à innover de sorte que les opportunités sont alors saisies par d'anciens salariés qui créent leur propre entreprise pour développer l'innovation en cause.* ». De la même façon, certaines entreprises situées sur des marchés connexes peuvent bénéficier d'atouts en termes de savoir-faire ou d'économies de gammes lui permettant de réduire les investissements spécifiques à l'entrée sur le marché ou les coûts irrécupérables.
389. De ce fait, l'identification précise de candidats potentiels à l'entrée sur le marché accroît la vraisemblance de ces entrées.
390. Enfin, la dimension temporelle est un élément essentiel de l'analyse. Ainsi, les lignes directrices sur les concentrations horizontales de la Commission indiquent que celle-ci « *examine si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable pour dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Le moment précis auquel cette entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. Cependant, l'entrée sur le marché n'est normalement considérée comme intervenant en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans* »¹¹³.

E. LES EFFETS NON COORDONNÉS DANS LES CONCENTRATIONS VERTICALES

1. LA NATURE DE CES EFFETS

391. Les effets verticaux d'une opération de concentration sont étudiés lorsque l'opération réunit des acteurs présents à différents niveaux de la chaîne de valeur. Ce peut être l'acquisition par un producteur de moyens de distribution (ou l'inverse) ou encore l'acquisition, par une entreprise déjà

¹¹² Avis du Conseil de la concurrence n° 03-A-15 du 25 juillet 2003, Experian/Atos.

¹¹³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil de la concurrence relatif au contrôle des concentrations entre entreprises du 5 février 2004 – paragraphe 74.

active en amont et en aval, de capacités supplémentaires situées sur l'un de ses niveaux, ou sur les deux.

392. Une concentration verticale est susceptible de générer des gains d'efficacité et de favoriser la concurrence (intégration d'activités complémentaires, internalisation des doubles marges, réduction des coûts de transaction, meilleure organisation du processus de production, etc.), Ainsi, le Conseil a relevé dans l'affaire Arc/Callens-Lesage¹¹⁴ que « *l'analyse économique du comportement des entreprises a mis en évidence les gains d'efficacité susceptibles de résulter d'une intégration verticale, du fait d'une meilleure articulation des décisions prises entre fournisseurs et distributeurs, et notamment de la prise en compte des externalités des décisions prises à un niveau dont pourrait bénéficier l'autre niveau : en aval comme en amont, chaque acteur économique prend des décisions qui affectent l'autre niveau et l'intégration verticale peut favoriser la prise des décisions dans l'intérêt commun. Les fusions verticales permettent également de réduire l'ampleur de la double marginalisation. En effet, quand deux entreprises en amont et en aval maximisent séparément leur profit propre, chacune impose à l'autre une externalité négative, provoquant ainsi une baisse de surplus des consommateurs et des profits des entreprises. En alignant les intérêts des deux parties, l'intégration verticale supprime ces externalités, ce qui conduit à un prix ou un niveau de services, plus efficace* ».
393. Mais une concentration verticale peut également restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. On parle alors de « *verrouillage* » ou de « *forclusion* » des marchés. Une telle situation accroît le pouvoir de marché de la nouvelle entité et lui permet d'augmenter ces prix ou de réduire les quantités offertes.
394. C'est ce type d'effet qui a, par exemple, été relevé par le Conseil de la concurrence dans l'affaire Vivendi/Canal +¹¹⁵, soumise aux autorités de contrôle en 2000 : « *Considérant que l'intégration verticale du groupe, renforcée par l'opération examinée, est en principe susceptible d'emporter plusieurs effets anticoncurrentiels ; que [...] des situations de puissance d'achat ou de vente à certains niveaux de la chaîne de valeur pourraient s'en trouver renforcées ; que des risques d'éviction de concurrents moins intégrés verticalement ne sont pas à exclure* ». Le renforcement des barrières à l'entrée pour les concurrents potentiels est particulièrement dommageable lorsque l'intégration verticale de la nouvelle entité leur impose d'entrer eux-aussi à la fois sur les marchés aval et amont. Le Conseil indique ainsi dans l'affaire Vivendi/Canal + précitée que « *la constitution de grands groupes intégrés occupant une position forte tant sur les marchés de contenus que sur ceux de la communication, pourrait contribuer à rendre plus malaisée l'entrée sur les marchés en cause ; qu'en effet, dès lors que les activités d'amont et d'aval sont dominées par des groupes intégrés, il sera difficile à un nouvel entrant de se limiter à un seul marché* ».

¹¹⁴ Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-20 du 22 octobre 2004 relatif à l'acquisition par la société Arc International des sociétés Groupe Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage.

¹¹⁵ Avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-04 du 29 février 2000 relatif à l'acquisition par la société Vivendi de la participation de 15 % détenue par le groupe Richemont dans la société Canal +.

395. Dans les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales adoptées le 28 novembre 2007 par la Commission européenne¹¹⁶, deux types de verrouillages sont clairement distingués. Dans le premier cas, l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval ou alors le leur fournit à un prix élevé, dans des conditions défavorables ou à un niveau de qualité dégradé (verrouillage du marché des intrants). Cette forclusion peut être totale, lorsque les concurrents ne sont plus du tout approvisionnés, ou partielle, lorsque le durcissement des conditions tarifaires entraîne une augmentation des coûts des concurrents. Dans le second cas, la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter ou de distribuer les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux (verrouillage de l'accès à la clientèle)¹¹⁷.

2. LES CRITÈRES D'ANALYSE

396. Dans ces décisions les plus récentes¹¹⁸ ainsi que dans les lignes directrices citées au paragraphe précédent, la Commission européenne évalue la probabilité d'un scénario de verrouillage des intrants d'une part, et celle du verrouillage de l'accès à la clientèle, d'autre part, en examinant, premièrement, si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la capacité de verrouiller l'accès aux intrants ou à la clientèle de manière significative, deuxièmement, si les incitations à le faire sont suffisantes, et troisièmement, si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause.

397. En pratique, ces trois contraintes sont étroitement liées et sont examinées ensemble. Elles sont déterminées par la plupart des paramètres également pris en compte dans l'analyse des concentrations horizontales et déjà développés ci-dessus, comme l'a résumé le Conseil de la concurrence dans l'affaire Kronenbourg/CHR¹¹⁹ : *« La faisabilité et l'intérêt de pratiques de forclusion dépendent [...], en premier lieu, du pouvoir de marché de l'entreprise intégrée. De même, la présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration. En second lieu, pour que ces pratiques aient pour effet de fermer l'accès d'un concurrent au marché aval, il faut que l'entrée sur celui-ci soit difficile et qu'il n'existe pas d'alternatives suffisantes à la distribution par l'entreprise intégrée. Les critiques qui mettent en doute l'intérêt de ces pratiques pour l'entreprise intégrée observent, certes, que, dans l'hypothèse où des pratiques de forclusion existeraient, les entreprises non intégrées peuvent se*

¹¹⁶ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil de la concurrence relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2008/C265/07).

¹¹⁷ D'autres risques liés aux concentrations verticales ont été identifiés par les autorités de concurrence. Par exemple, un opérateur dominant sur un marché aval peut obtenir, à travers l'acquisition d'une entreprise fournissant un intrant important pour ses concurrents sur ledit marché aval, la possibilité d'avoir une connaissance précise des coûts et des consommations desdits concurrents, ce qui peut constituer un avantage concurrentiel décisif, en lui permettant d'adapter sa politique tarifaire en aval et ainsi d'évincer ses rivaux. Ce type de risque de « forclusion » ou de « verrouillage » indirect a été relevé en particulier dans l'affaire ENI/EDP/GDP: à travers l'acquisition de GDP, EDP, principal producteur d'électricité au Portugal, était en mesure de connaître les coûts de fourniture en gaz (et les consommations) de son principal concurrent sur le marché de l'électricité.

¹¹⁸ Cas COMP/M.4854 – Tomtom/Tele Atlas du 14 mai 2008.

¹¹⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-08 du 18 mai 2004 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Scottish&Newcastle-Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR.

protéger en contractant avec d'autres firmes indépendantes ou en prenant le contrôle. Encore faut-il que ces entreprises indépendantes existent ou puissent être créées. La Commission insiste de même sur l'importance des barrières à l'entrée : « Dans la mesure où il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver des acheteurs alternatifs pour le produit considéré, le verrouillage ne devrait pas poser de réel problème » (point 144 des lignes directrices). Elle insiste également sur la capacité de faire contrepoids dont disposent les acheteurs qui, s'ils sont suffisamment puissants, ne laisseront pas facilement écarter l'offre de biens ou de services concurrents ».

398. L'application spécifique de ces critères à l'analyse des risques, tant de verrouillage des intrants que de verrouillage de la clientèle, sera examinée ci-dessous (le pouvoir de marché de la nouvelle entité (a), les capacités de réaction des concurrents (b), les barrières à l'entrée sur le marché (c), la puissance d'achat des clients (d)). Les autres critères qui déterminent éventuellement la probabilité des scénarios de verrouillage seront exposés ensuite (e).

a) Le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée

399. L'intégration verticale d'une entreprise ou son renforcement peut porter atteinte à la concurrence lorsque celle-ci détient, sur un ou plusieurs des marchés concernés, un pouvoir de marché substantiel qui peut servir de point d'appui à un effet de levier (soit sur le marché amont pour un verrouillage par les intrants et sur le marché aval pour un verrouillage de la clientèle).
400. L'Autorité considère qu'il est peu probable qu'une entreprise ayant une part de marché inférieure à 30 % sur un marché donné puisse verrouiller un marché en aval ou en amont de celui-ci. En effet, le Conseil de la concurrence a indiqué dans l'affaire Arc/Callens-Lesage précitée que *« l'intégration verticale produit [...] les mêmes effets que les clauses restrictives de concurrence passées entre un fournisseur et ses distributeurs »*. Or, *« le règlement CE [n° 2790/99 relatif à l'application de l'article 81/3 du Traité CE] ne retient pas qu'il y ait de risque concurrentiel si la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 % »*. Ainsi, dans la décision Bigard/Socopa¹²⁰, le risque d'effets verticaux a été écarté par le ministre sur certains des marchés de la viande (ovins, porcs, veaux) dans la mesure où les parts de la nouvelle entité n'y dépassaient pas 30 %, quel que soit le niveau de transformation considéré.
401. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité dans le cadre de fusions verticales, l'autoconsommation peut être prise en considération. Ainsi dans l'affaire Canal +/TPS¹²¹, le Conseil de la concurrence a considéré que la relation entre Canal + et son partenaire de distribution ne relevait pas de l'autoconsommation, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre

¹²⁰ Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi C2008-100 / du 17 février 2009, au conseil de la société BIGARD, relative à une concentration dans le secteur de la viande.

¹²¹ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

consommation : « *En tout état de cause, si la distribution de la chaîne Canal + devait être considérée comme relevant de l'autoconsommation, l'analyse concurrentielle n'en serait pas changée, dès lors que l'autoconsommation doit être prise en compte pour évaluer le pouvoir de marché de la nouvelle entité* ». En effet, la production interne peut revêtir une très grande importance dans une analyse concurrentielle en tant que contrainte concurrentielle ou facteur qui renforce la position d'une entreprise sur le marché.

402. Outre la part de marché détenue, le pouvoir de marché peut être renforcé par les caractéristiques du produit concerné. En particulier, lorsqu'il s'agit d'un verrouillage par les intrants, il est nécessaire que l'intrant concerné par le verrouillage soit important pour les entreprises situées en aval. C'est le cas par exemple lorsque l'intrant est un élément critique rentrant dans la composition des produits ou services des acteurs en aval. Ainsi, dans l'affaire GE/Honeywell¹²², la Commission a considéré que Honeywell étant un fournisseur de composants clés pour les concurrents directs de GE, GE détiendrait à l'issue de l'opération « *un bastion important en amont de la chaîne d'approvisionnement* » et un contrôle direct sur la fourniture de ces composants clés à ses concurrents. En particulier, il peut s'agir d'un intrant dont le coût est significatif par rapport au prix du produit aval ou qui permet une différenciation clé du produit aval (marque reconnue, technologie particulière). De même, dans l'affaire GE/Smiths Aerospace¹²³, la Commission a écarté la possibilité d'un verrouillage par les intrants notamment parce que l'intrant concerné ne représentait que [0-5 %] du coût d'un moteur.
403. Symétriquement, pour un verrouillage de la clientèle, l'entreprise issue de l'opération doit pouvoir contrôler des débouchés essentiels pour les acteurs en amont. En examinant les effets de l'acquisition par la société Arc International de plusieurs grossistes actifs sur les marchés de gros de la distribution de produits d'arts de la table¹²⁴, le Conseil a ainsi rappelé que « *Pour s'imposer comme point de passage obligé entre fournisseurs et client final, et être en mesure de fermer l'accès des fabricants concurrents aux marchés avals, l'entreprise intégrée doit disposer d'un pouvoir de marché sur les marchés de la distribution* ». De la même façon, le Conseil a noté la forte concentration du marché de la distribution de la bière lorsqu'il s'est prononcé sur les effets de l'acquisition par les brasseurs Heineken et Kronenbourg de plusieurs entrepositaires-grossistes¹²⁵.

b) Les capacités de réaction des concurrents

404. S'agissant de concentrations verticales, les capacités de réaction des concurrents dépendent de leur propre intégration verticale, de leur capacité de production, de leur efficacité, des contre-stratégies qu'ils peuvent élaborer, des alternatives qu'ils peuvent proposer, des débouchés alternatifs

¹²² Cas COMP/M.2220 - General Electric/Honeywell du 03 juillet 2001.

¹²³ Cas COMP/M.4561 - GE / SMITHS AEROSPACE du 23 avril 2007.

¹²⁴ Avis du Conseil de la concurrence 04-A-20 du 22 octobre 2004précité

¹²⁵ Avis du Conseil de la concurrence 04-A-07 et 04-A-08 du 18 mai 2004précités.

qu'ils peuvent trouver mais aussi des contrats d'exclusivité ou de long terme noués entre les différents acteurs du marché.

405. La présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration. Le verrouillage sera peu probable si les concurrents de la nouvelle entité sont eux-mêmes verticalement intégrés et s'ils disposent de capacités de production ou de débouchés en interne qui leur permettent de subvenir à leurs besoins. Ainsi, dans l'affaire Rhodia/Chlorap¹²⁶, l'acquisition par Rhodia d'un producteur de chlore n'a pas été considérée comme un facteur de verrouillage dans la mesure où les concurrents subvenaient en interne à leurs propres besoins en chlore. Dans les affaires Colas/Spie et Vivendi/Canal + précitées, l'existence d'autres groupes intégrés a tenu une place importante dans l'analyse.
406. Lorsque les concurrents situés en aval dépendent des parties pour leur approvisionnement, il est nécessaire de déterminer s'ils pourront disposer d'une source alternative d'intrants c'est-à-dire si les concurrents amont de la nouvelle entité ont la capacité d'augmenter leur production ou au contraire s'ils sont soumis à des contraintes de capacité ou à un risque de diminution de leurs rendements d'échelle. Ainsi dans l'affaire Evraz/Highveld¹²⁷, la Commission a considéré qu'au vu du nombre limité de concurrents des parties sur le marché amont et de leurs contraintes de capacité, les acheteurs de pentoxyde de vanadium hautement purifié ne seraient pas en mesure de trouver un fournisseur alternatif aux parties. Il est de plus nécessaire de prendre en compte les éventuelles capacités des concurrents amont rendues disponibles par l'intégration de la nouvelle entité. En effet, la division aval, en s'approvisionnant à l'issue de l'opération exclusivement auprès de sa division amont, est susceptible de libérer des capacités du côté des autres fournisseurs de l'intrant.
407. Dans le cas du verrouillage de la clientèle, il s'agit de déterminer si les concurrents situés en amont pourront disposer de débouchés alternatifs. Ainsi, dans l'affaire Banamart/Fluidor¹²⁸, le ministre a considéré que les concurrents de Fluidor sur le marché aval de la vente en gros de bananes offraient des débouchés suffisants pour que les producteurs-importateurs de bananes vertes, concurrents de Banamart sur le marché amont, puissent écouler leurs bananes.
408. Enfin, l'analyse des contrats d'exclusivité ou de long-terme peut être essentielle pour caractériser le fonctionnement du marché. Ils peuvent renforcer la dépendance des concurrents s'ils sont liés par de tels contrats à l'entreprise intégrée issue de l'opération ou au contraire limiter le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée et protéger les concurrents en leur assurant des approvisionnements/débouchés alternatifs crédibles. Par exemple, dans l'affaire Arc/Callens-Lesage précitée, le Conseil a indiqué qu'« *au surplus, les barrières à l'entrée de l'activité de grossiste en arts de*

¹²⁶ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2004-170 / du 13 janvier 2005 aux conseils de la société Rhodia relative à une concentration dans le secteur des produits chimiques.

¹²⁷ Cas COMP/M.4494 - EVRAZ / HIGHVELD du 20 février 2007.

¹²⁸ Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi C2008-67 / du 4 septembre 2008, au conseil de la société Baninvest, relative à une concentration dans le secteur de l'alimentation.

*la table sont faibles. Les contrats entre fournisseurs et distributeurs sont renégociés annuellement, ce qui assure une certaine fluidité au marché ». Dans l'affaire TomTom/Tele Atlas¹²⁹, la Commission note que l'existence de contrats à long terme protège le principal concurrent de la nouvelle entité : « *Garmin, qui est le concurrent le plus important de TomTom dans le marché des appareils de navigation portables, est largement protégé des augmentations de prix des bases de données grâce à son contrat à long terme avec NAVTEQ, (...) Cette protection de Garmin contre un refus d'approvisionnement limitera les profits que TomTom pourrait capturer dans le marché en aval si elle s'engageait dans une stratégie de refus d'approvisionnement d'intrants ».**

c) La concurrence potentielle

409. Comme dans l'analyse des effets unilatéraux, le rôle des barrières à l'entrée est également primordial dans le bilan concurrentiel. En effet, si les barrières à l'entrée sont faibles et si l'entrée de nouveaux fournisseurs concurrents en amont et / ou de nouveaux acheteurs en aval est relativement facile, le verrouillage des marchés concernés est peu probable. L'Autorité tient donc compte de la possibilité que des concurrents potentiels viennent remettre en cause le pouvoir de marché de l'entreprise résultant de l'opération. Pour que la pression exercée par des concurrents potentiels soit jugée suffisante, il faut que leur entrée soit vraisemblable, qu'elle puisse se produire dans un délai court et que ces concurrents soient en mesure d'exercer une réelle pression. Les barrières à l'entrée sont analysées selon les principes développés aux paragraphes 291 et suivants, ci-dessus.

410. Notamment, l'existence de coûts de transferts (switching costs) peut jouer un rôle important dans la mesure où ces coûts de transfert conditionnent la capacité des concurrents à changer de fournisseur ou de distributeur. Ainsi, dans l'affaire Kronenbourg/CHR, de tels coûts de transfert ont été mis en évidence par le Conseil : « *Le poids des contrats de bière limite, par ailleurs, la capacité des détaillants CHR à changer de distributeur et de fournisseur rapidement. La forte proportion des CHR liées par un contrat de bière d'une durée de cinq ans, à un brasseur, a été soulignée au paragraphe 263 ci-dessus (environ 70 à 80 %)* ». D'une manière générale, le degré de fluidité du marché est un facteur important. Cette fluidité peut notamment être appréciée en observant la durée des contrats dans le secteur concerné, le mode de renouvellement de ces contrats (reconduction tacite ou non), les éventuelles pénalités en cas de rupture anticipée, etc.

d) Le contre-pouvoir des acheteurs

411. L'Autorité tient également compte du contre-pouvoir des acheteurs dans l'analyse des effets verticaux d'une opération. En effet, si les acheteurs sont puissants, ils seront en mesure de contrer les effets d'une éventuelle stratégie de verrouillage de l'entreprise intégrée issue de l'opération, par exemple, en encourageant le développement de nouveaux concurrents. Par exemple, si la clientèle d'une entreprise située en aval valorise l'offre d'une

¹²⁹ Cas COMP/M.4854 – Tomtom/Tele Atlas du 14 mai 2008.

gamme de produits (de marques différentes notamment), cette entreprise devra conserver un approvisionnement diversifié auprès des différents fournisseurs amonts.

412. Par exemple, dans l'affaire Saint-Gobain/BPB¹³⁰, la Commission a considéré que les réseaux de distribution tels Point P devaient offrir à leur clientèle une gamme très étendue de produits et que, de ce fait, Point P ne pourrait pas limiter son offre de produits à base de plâtre à ceux de BPB. Dans la décision, Colas/ Spie Rail¹³¹, l'activité de Emofer, filiale de Spie Rail active sur le marché de la production et de la commercialisation de traverses en béton, était dépendante des achats du principal donneur d'ordre du marché, RFF/SNCF, qui n'avait pas d'intérêt à perdre les avantages de sa position de monopsonne et à ne dépendre que d'un seul fournisseur.

e) Les scénarios de verrouillage

413. Par ailleurs, au-delà de ces caractéristiques du marché, l'Autorité analyse de façon concrète la probabilité de l'adoption de stratégies de verrouillage par la nouvelle entité en prenant en considération tant les incitations à adopter de tels comportements que les facteurs de nature à diminuer, voire à éliminer, de telles incitations, y compris le caractère éventuellement illégal de ces comportements. Il s'agit de démontrer dans un premier temps que l'entreprise verticalement intégrée issue de l'opération sera incitée à verrouiller le marché. Cette incitation dépend de la rentabilité du verrouillage.
414. Ainsi dans le cas d'un verrouillage par les intrants, la baisse des ventes d'intrants aux concurrents situés en aval a, dans un premier temps, des effets négatifs sur la rentabilité de la nouvelle entité. Cependant, dans un second temps, la nouvelle entité peut bénéficier du recul des ventes de ses concurrents en aval, du fait de la qualité dégradée, des coûts plus élevés ou du manque de disponibilité d'intrants, et augmenter le prix facturé aux consommateurs ou développer sa part de marché aval. Dans le cas d'un verrouillage de la clientèle, le fait de cesser de se fournir en intrants auprès de ses concurrents en amont peut entraîner pour la nouvelle entité des surcoûts ou une baisse de ses ventes en aval, qui doivent être mis en regard des gains attendus de l'affaiblissement ou l'élimination de ses concurrents. Ainsi, dans l'affaire EDF/South Western Electricity¹³², la Commission a considéré qu'elle pouvait écarter tout risque d'exclusion résultant de l'intégration verticale entre les activités de générations de EDF et LE et les activités de distribution de SWEB dans la mesure où la vente par EDF de son électricité à prix bas à sa division aval constituerait une stratégie coûteuse et ne suffisant pas à évincer les autres distributeurs.
415. Divers facteurs peuvent ainsi limiter les incitations de la nouvelle entité. En particulier le niveau des bénéfices et donc des marges réalisés en amont et en aval est un élément important. En effet, il est peu probable qu'une entreprise consente des pertes importantes sur un marché sur lequel elle

¹³⁰ Cas COMP/M.3943 - SAINT-GOBAIN / BPB du 9 novembre 2005.

¹³¹ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2007-22 / du 14 mai 2007, aux conseils de la société Colas, relative à une concentration dans le secteur de la pose et de la maintenance de voies ferrées.

¹³² Cas COMP/M.1606 - EDF/SOUTH WESTERN ELECTRICITY du 19 juillet 1999.

réalise des marges élevées pour développer sa part de marché sur un marché sur lequel les marges sont faibles.

416. Par ailleurs, lorsque la demande se détourne des concurrents situés en aval, il est nécessaire de déterminer quelle part de cette demande la nouvelle entité pourra attirer. Cette part dépendra notamment des capacités disponibles de la nouvelle entité, du degré de substituabilité existant entre les produits de la nouvelle entité et ceux de ses concurrents, etc. Ainsi, dans l'affaire Saint-Gobain/BPB précitée, dans la mesure où l'expansion des capacités de distribution de Saint-Gobain aurait été difficile, il a été considéré comme peu improbable que BPB, principal fournisseur de plaques de plâtre au Royaume-Uni, réduise ses livraisons aux distributeurs concurrents de Saint-Gobain.
417. La diversité des gammes de produits offerts est également susceptible d'avoir un impact sur la rentabilité de la stratégie de la nouvelle entité. Dans la décision C2008-103 Dole France / Compagnie fruitière, la nouvelle entité n'aurait pas eu intérêt à priver de leurs approvisionnements ses concurrents sur le segment de la vente en gros d'ananas dans la mesure où ceux-ci représentaient aussi des débouchés pour les autres fruits vendus par sa division amont et qu'ils auraient pu en représailles choisir d'autres fournisseurs que la nouvelle entité pour leurs achats de ces autres fruits.
418. En outre, l'entité verticalement intégrée issue de l'opération se heurte également à la nécessité d'écouler sa production. Ainsi, dans l'affaire Lafarge/Blue Circle¹³³, la Commission a considéré qu'il ne serait pas possible pour Lafarge, acteur majeur du marché aval du béton en Angleterre, de se réserver l'intégralité de la production très importante de Blue Circle, au détriment de ses concurrents. De même dans l'affaire Compagnie Fruitière/Dole France¹³⁴, la nouvelle entité n'aurait pas à l'issue de l'opération des capacités suffisantes en aval pour écouler la part de la production d'ananas que la Compagnie Fruitière vendait aux grossistes concurrents de Dole France avant l'opération.
419. L'Autorité peut également prendre en compte, au support de son analyse, le type de stratégie et les comportements adoptés dans le passé par la nouvelle entité. Les documents stratégiques internes peuvent également fournir un éclairage sur les stratégies envisagées. Dans son arrêt GE/Commission¹³⁵, le TPICE a indiqué que : « *Cela étant, des preuves solides pouvaient, en principe, être constituées soit par des documents attestant l'intention ferme de la direction de la requérante et/ou de celle d'Honeywell de poursuivre l'exploitation commerciale, sur les marchés des produits avioniques et non avioniques, de la puissance de GECAS et de GE Capital de la façon décrite ci-dessus sur le marché des réacteurs pour avions commerciaux de grande taille à la suite de la concentration, soit par une analyse économique démontrant qu'un tel comportement aurait été objectivement dans l'intérêt commercial de l'entité fusionnée* ». Ainsi dans l'affaire Havas/Compagnie

¹³³ Cas COMP/M.1874 – LAFARGE / BLUE CIRCLE du 7 avril 2000.

¹³⁴ Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi C2008-103 / du 28 octobre 2008, aux conseils de la société Compagnie Fruitière de Paris SAS., relative à une concentration dans le secteur des fruits et légumes.

¹³⁵ Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes T-210/01, General Electric/Commission du 14 décembre 2005.

Générale des Eaux¹³⁶, le Conseil a appuyé son analyse sur un procès-verbal d'un conseil d'administration.

420. Enfin, le TPICE, dans les affaires Tetra Laval/Commission¹³⁷ et GE/Commission précitée, a rappelé qu'il appartient à l'autorité de concurrence, dans le cadre de son appréciation, de prendre en compte l'effet dissuasif que pourrait avoir l'éventuel caractère clairement ou très probablement illicite, au regard du droit tant communautaire que national, des pratiques mises en œuvre par l'entreprise intégrée : « *la Commission doit, en principe, prendre en considération le caractère éventuellement illégal, et, partant, susceptible d'être sanctionné, d'un comportement en tant que facteur de nature à diminuer, voire à éliminer, les incitations pour une entreprise à adopter un comportement donné.* »¹³⁸. Toutefois, cette jurisprudence sera mise en regard par l'Autorité avec les bénéfices attendus du caractère préventif du contrôle des concentrations.
421. Les gains d'efficacité qui résultent de la concentration verticale doivent également être pris en compte dans l'analyse globale des effets de la concentration dès lors qu'ils sont à l'avantage des consommateurs, propres à la concentration et vérifiable. Les gains d'efficacité sont analysés selon les principes développés à la section L ci-dessous.

F. EFFETS NON COORDONNÉS DANS LES CONCENTRATIONS CONGLOMÉRALES

1. LA NATURE DE CES EFFETS

422. Une concentration a des effets congloméraux lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur plusieurs marchés dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché (hors cas de marchés situés en amont ou en aval l'un de l'autre, cf. effets verticaux). Une telle opération peut permettre de réunir ou d'étendre une gamme de produits ou un portefeuille de marques.
423. De façon générale, une concentration conglomérale ouvre la possibilité de développer des synergies entre les différents éléments constitutifs du regroupement. Certaines de ces synergies peuvent être pro-concurrentielles au sens que, en accroissant l'efficacité de la production de l'ensemble, elles permettent des baisses de coûts puis de prix dont bénéficie la demande finale¹³⁹. La nouvelle entité peut bénéficier de coûts fixes communs importants ou de la complémentarité de plusieurs produits et services. Les concentrations conglomérales peuvent aussi générer des économies d'envergure, permettre une plus grande compatibilité des composants complémentaires, ou encore conduire à une internalisation des effets positifs

¹³⁶ Avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-14 du 31 août 1998 relatif à la fusion-absorption de la société Havas par la Compagnie Générale des Eaux.

¹³⁷ Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes T-05/02, Tetra Laval/Commission.

¹³⁸ T210-01, arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, General Electric / Commission. Cette jurisprudence faisait suite à l'arrêt Commission / Tetra Laval du TPICE et au pourvoi auprès de la CJCE sur cette même affaire.

¹³⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires de volants roulants.

d'une baisse de prix sur un produit sur la vente d'un produit complémentaire (« effet Cournot ») (voir notamment la section du présent document sur les contributions au progrès économique).

424. Certaines concentrations conglomerales peuvent néanmoins produire des effets restrictifs de concurrence lorsqu'elles permettent de « *lier, techniquement ou commercialement, les ventes des éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents* »¹⁴⁰.
425. Les ventes liant ou groupant des biens ou services produits sur des marchés distincts peuvent être de différentes natures. Comme l'a rappelé le TPICE¹⁴¹, il convient de distinguer : i) les ventes groupées pures (pure bundling), c'est-à-dire les ventes liées du fait de l'imposition exclusivement commerciale d'une obligation d'acheter deux ou plusieurs produits ensemble ; ii) les ventes groupées techniques (technical bundling), c'est-à-dire les ventes liées du fait de l'imposition par une intégration technique des produits ; et iii) les ventes groupées mixtes (mixed bundling), c'est-à-dire le fait de vendre plusieurs produits ensemble à de meilleures conditions que celles proposées si les produits sont achetés séparément.
426. Le recours à des ventes liées ou groupées peut conférer à une entreprise la capacité et la motivation d'exploiter, par un effet de levier¹⁴², la forte position qu'elle occupe sur un marché et d'évincer ses concurrents. De plus, il convient d'examiner si un tel comportement aurait une incidence négative significative sur la concurrence, par exemple en évinçant du marché les concurrents ou en les marginalisant.
427. Lorsque les effets conglomeraux concernent un ensemble de marques, la Commission dans la décision Guinness/ Grand Metropolitan¹⁴³ indique que détenir un portefeuille de marques leaders permet de disposer « *d'une position plus forte vis-à-vis de ses clients* » d'« *une certaine marge de manœuvre pour définir ses prix, ses promotions et ses remises* » et qu'il est plus facile au détenteur de ces marques leaders « *de lier sa clientèle et de réaliser des économies d'échelle et de gamme au niveau de ses activités de vente et de marketing* ».

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

428. Les lignes directrices sur les concentrations non horizontales¹⁴⁴ publiées récemment par la Commission européenne donnent, pour les risques de verrouillage dans les concentrations conglomerales, le même schéma d'analyse que pour les effets verticaux. L'Autorité de la concurrence

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ T210/01 General Electric Company contre Commission.

¹⁴² La notion d'« exploitation par effet de levier » est couramment utilisée en droit de la concurrence pour désigner la capacité pour une entreprise d'augmenter les ventes d'un produit sur un marché (le « marché lié » ou « marché groupé ») en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit auquel le premier produit est lié ou groupé (le « marché liant » ou « marché exerçant un effet de levier »).

¹⁴³ Décision n° IV/M.938 du 15 octobre 1997.

¹⁴⁴ C2008/265/07 précité.

examine si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de verrouiller, si elle serait incitée à le faire et si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause. En pratique, ces trois contraintes sont étroitement liées.

429. Les facteurs déjà évoqués dans les sections précédentes (pouvoir de marché de la nouvelle entité, capacités de réaction des concurrents, barrières à l'entrée sur le marché et contrepouvoir des acheteurs) font l'objet d'une adaptation spécifique aux effets congloméraux.
430. Comme pour les concentrations verticales, il est en particulier peu probable que la détention d'une gamme de produits ou d'un portefeuille de produits porte atteinte à la concurrence sur un ou plusieurs marchés si la nouvelle entité ne bénéficie pas d'une forte position sur un marché à partir duquel elle pourra faire jouer un effet de levier. Les lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales suggèrent des « *safe harbours* » en-deçà de 30 % de parts de marché et d'un IHH à l'issue de l'opération inférieur à 2 000.
431. Mais, pour l'analyse d'effets congloméraux, le pouvoir de marché peut aussi résulter de la possession par les parties d'un ou plusieurs produits, ou d'une ou plusieurs marques, considérés par de nombreux clients comme particulièrement importants, voire incontournables, et qui ne possèdent que peu de substituts acceptables en raison, par exemple, de la différenciation des produits ou des contraintes de capacité auxquelles sont soumis les concurrents. Par exemple, dans l'opération Somfy/Zurflüh¹⁴⁵, le Conseil de la concurrence a constaté que l'entité fusionnée disposerait de fortes parts de marché et de produits à forte notoriété, considérés comme incontournables par les clients.
432. De même, dans son premier avis relatif à l'affaire Coca-Cola / Orangina¹⁴⁶, le Conseil de la concurrence a indiqué « *que les producteurs disposent généralement d'une gamme de produits de plus ou moins grande notoriété ; qu'une ou plusieurs des boissons qu'ils commercialisent peuvent apparaître incontournables pour les demandeurs sur le marché des BGSA destinées à la consommation hors domicile ; que tel peut être le cas si cette marque dispose d'une notoriété plus importante que celle des autres marques présentes sur le même segment ; qu'ainsi, par exemple, la marque " Orangina " dispose d'une notoriété plus importante que la marque " Fanta " ; que, de même, certaines boissons peuvent apparaître comme incontournables, même si leur part dans le secteur des BGSA est faible lorsqu'elles n'ont pas de concurrent direct sur leur segment ; qu'ainsi, par exemple, les boissons " Schweppes Indian Tonic " et " Gini " du groupe Cadbury Schweppes, qui ne sont pas positionnées sur les mêmes segments que les boissons offertes par Coca-Cola ou par Pepsi-Cola, sont considérées par de nombreux intermédiaires de la consommation hors foyer, comme l'ont souligné les entrepreneurs grossistes interrogés au cours de l'instruction, comme incontournables compte tenu de l'absence*

¹⁴⁵ Avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires pour volets roulants.

¹⁴⁶ Avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-09 du 29 juillet 1998 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company de l'ensemble des actifs du groupe Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina.

d'alternative sur leur segment, alors même que ces marques ne représentent respectivement que 8,4 et 4,9 millions de litres, soit 4,6 % et 2,7 % du marché des BGSA destinées à la consommation hors domicile ; ».

433. En outre, une offre groupée ou liée ne peut avoir un effet sur la concurrence sur les marchés concernés que si une part suffisante des acheteurs est susceptible d'être intéressée par l'achat simultané des produits en cause. Par exemple, dans l'opération Somfy / Zurflüh-Feller¹⁴⁷, le Conseil de la concurrence a relevé que la majorité des clients se déclaraient intéressés par un approvisionnement auprès d'un fournisseur unique pour une large gamme de produits.
434. L'Autorité étudie ensuite la crédibilité des scénarios de ventes liées. Dans sa décision General Electric contre Commission¹⁴⁸, le TPICE a évoqué trois types de preuve susceptibles d'appuyer la probabilité d'un scénario de ventes liées :
- les comportements passés pouvant indiquer que l'entreprise a déjà trouvé intérêt à des ventes groupées. Il est cependant généralement probable que ces comportements passés ont été constatés sur des marchés différents de ceux qui pourraient faire l'objet de telles ventes postérieurement à l'opération, ce qui en relativise la portée ;
 - des documents attestant de l'intention de la société acquérante d'adopter de tels comportements ;
 - une analyse économique démontrant qu'un tel comportement serait objectivement dans l'intérêt commercial de l'entité fusionnée.
435. Cette dernière preuve repose sur une étude de la rentabilité d'une stratégie de ventes liées. De côté des gains, une telle stratégie peut permettre de protéger les ventes sur le marché liant, comme de développer les ventes sur le marché lié. Les gains peuvent provenir de l'augmentation des parts de marché ou de l'augmentation des prix. Du côté des coûts, il convient de prendre en compte les remises destinées à favoriser les ventes groupées ou éventuellement, la baisse des ventes due à la perte des clients non intéressés par l'offre liée. La mise en place d'une intégration technique des produits (ventes groupées techniques) suscite quant à elle des coûts de développement.
436. Comme dans le cas des effets verticaux, il est peu probable que la nouvelle entité courre le risque de perdre des ventes sur un marché très rentable pour développer sa position sur un marché moins rentable. Par exemple, dans l'avis Somfy / Zurflüh-Feller précité, le Conseil a indiqué que les stratégies de verrouillage qui conduiraient à la baisse des ventes de moteurs seraient peu crédibles compte tenu des prix relatifs des moteurs et des autres composants.
437. L'Autorité examine également dans quelle mesure les concurrents sont susceptibles d'offrir une gamme aussi complète de produits ou un éventail

¹⁴⁷ Avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires pour volets roulants.

¹⁴⁸ T210-01, arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, General Electric / Commission.

de marques aussi attractifs. Ainsi, dans l'affaire Johnson/Bayer¹⁴⁹, le risque d'une atteinte à la concurrence a été écarté en raisons de l'existence d'une gamme concurrente équivalente à celle de la nouvelle entité. A l'inverse, dans l'affaire Spontex/3M, aucun des autres intervenants n'était capable de proposer une gamme complète. L'Autorité apprécie également la possibilité pour les concurrents de développer leur gamme en réaction à la stratégie de la nouvelle entité et examine à cet effet les barrières à l'entrée sur les différents marchés concernés.

438. L'Autorité analyse aussi les stratégies mises en œuvre par les clients pour diversifier et sécuriser leurs approvisionnements. Ainsi, dans son premier avis sur la concentration Seb/Moulinex¹⁵⁰, le Conseil a analysé en détail le contreponds que représentait la grande distribution face à ses fournisseurs insistant notamment sur la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle conférait aux enseignes ce qui se traduisait par un fort pouvoir de négociation des distributeurs vis-à-vis des fournisseurs, ainsi que sur la volonté des distributeurs de diversifier leurs sources d'approvisionnement face au renforcement des parts de marché d'un fournisseur.
439. Enfin, comme évoqué dans la section précédente sur les effets verticaux, l'Autorité de la concurrence prend en compte l'effet dissuasif que pourrait avoir le caractère clairement ou très probablement illicite d'une stratégie de l'entité fusionnée pour apprécier sa probabilité.

G. AUTRE CAS D'EFFETS NON COORDONNÉS : LA DISPARITION D'UN CONCURRENT POTENTIEL

440. Même lorsqu'une concentration n'emporte aucun cumul de parts de marché, elle peut avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence sur un ou plusieurs marchés dans la mesure où la cible, bien que non présente sur les mêmes marchés que l'acquéreur, était susceptible d'y rentrer facilement et exerçait ainsi une pression concurrentielle sur le ou les marchés concernés.
441. Pour que la disparition d'un concurrent potentiel soit considéré par l'Autorité comme une atteinte à la concurrence, il faut que :
- le concurrent potentiel pèse déjà sensiblement sur le comportement des autres entreprises ou qu'il existe une forte probabilité que ce concurrent devienne un moteur important de la concurrence,
 - le nombre d'autres concurrents potentiels, capables de maintenir des pressions concurrentielles suffisantes à l'issue de la concentration, soit insuffisant.
442. La caractérisation de cette atteinte à la concurrence est, en pratique, relativement rare. Par exemple, dans l'avis relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par l'Est Républicain et la Banque

¹⁴⁹ Décision du ministre C2003-41, Johnson / Bayer, du 11 mars 2003.

¹⁵⁰ Avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-07 du 15 mai 2002.

Fédérative du Crédit Mutuel¹⁵¹, le Conseil a rejeté l'hypothèse que la disparition de Delaroche constituait une atteinte à la concurrence par disparition d'un concurrent potentiel : « *Plusieurs éléments conduisent toutefois à estimer que la société Delaroche n'était pas un concurrent potentiel des titres de L'Est Républicain ou de la BFCM sur les marchés de presse quotidienne régionale. En premier lieu, le Conseil relève, comme il l'avait fait dans l'avis n° 05- A-18, SIPA/Socpresse, déjà cité, la crise que traverse le secteur de la presse, et en particulier de la presse quotidienne régionale. La « gravité de la crise que subit la presse d'information générale » a depuis été également soulignée dans le rapport Lancelot. Cette crise trouve en partie son origine dans des mutations de sociétés profondes et dans l'apparition de nouveaux médias en phase avec ces mutations. Dans ces conditions, les efforts de la presse quotidienne régionale ont plus été consacrés à l'endigement du recul de son lectorat qu'à la conquête de nouveaux territoires de diffusion. D'ailleurs, pour l'ensemble de la presse quotidienne régionale, on n'observe pas dans la période récente de tentative d'incursion d'un titre hors de son marché historique : au contraire, la tendance est à la concentration, pour répondre au besoin de restructuration du secteur. Les groupes privilégient également la diversification de leurs activités. En second lieu, le Conseil a noté dans son avis SIPA/Socpresse l'attachement du lecteur à « son » titre de presse quotidienne régionale en particulier. La pénétration d'un nouveau titre nécessiterait donc des investissements importants en matière de communication. Enfin, dans le cas d'espèce, la dégradation de la situation financière de la société Delaroche ne lui aurait pas permis une telle stratégie d'expansion.* »

443. En revanche, l'atteinte à la concurrence par disparition d'un concurrent potentiel a été caractérisée dans plusieurs décisions de la Commission. Par exemple, dans le cas Air Liquide/BOC¹⁵², l'analyse de la Commission s'est concentrée sur l'élimination d'un concurrent potentiel résultant de la concentration entre BOC, présent sur les marchés des gaz en vrac et des gaz en bouteilles au Royaume-Uni et en Irlande et Air Liquide, qui fournissait les mêmes produits dans d'autres pays européens mais n'était pas active au Royaume-Uni et en Irlande. La Commission a considéré qu'Air Liquide était le seul grand producteur de gaz industriels qui soit susceptible de pénétrer sur ces marchés. Elle a attribué l'absence d'Air Liquide sur le marché britannique à une décision stratégique pouvant être inversée à tout moment plutôt qu'à un facteur objectif qui aurait pu limiter la capacité d'Air Liquide à fournir ces pays en gaz vrac et bouteilles. En outre, la Commission a également considéré que BOC était un concurrent potentiel d'Air Liquide en Europe continentale quand bien même BOC avait récemment vendu ses activités en Europe continentale à Air Liquide.
444. Dans sa décision Telia/Telenor¹⁵³, la Commission a considéré que chacune des parties à l'opération représentait le concurrent potentiel le plus crédible et le plus significatif sur le marché national des télécommunications de l'autre partie à l'opération, Telia étant présente en Suède et Telenor en Norvège. Et bien que d'autres entreprises aient eu les capacités techniques

151 Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-09 du 2 août 2007 relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque Fédérative du Crédit Mutuel, filiale du Crédit Mutuel Centre Est Europe.

152 Décision de la Commission dans l'affaire IV/M.1630 - Air Liquide/BOC, considérants 201 et suivants.

153 Décision 2001/98/CE de la Commission dans l'affaire IV/M.1439 - Telia/Telenor.

pour entrer sur les marchés suédois et norvégiens, la Commission a considéré qu'aucune d'entre elles n'étaient aussi bien placées que Telia et Telenor.

445. Dans sa décision EDF/EnBW¹⁵⁴, la Commission a considéré qu'EnBW était l'une des entreprises les mieux placées sur le plan stratégique pour pénétrer le marché français de l'électricité, et qu'elle aurait été fortement incitée à entrer sur le marché français nonobstant la concentration. La Commission a aussi considéré que la concentration ouvrait à EDF la possibilité de contrer la pénétration sur le marché français d'entreprises d'interconnexion allemandes par le lancement de campagnes de représailles sur le marché allemand, et donc de diminuer la pression concurrentielle exercée par les entreprises allemandes, autres que EnBW, sur le marché français.
446. Dans les trois décisions précitées, les opérations ont finalement été autorisées par la Commission, sous réserve de l'exécution d'engagements visant à renforcer la crédibilité des concurrents potentiels restant sur le marché. Ces engagements ont porté sur des cessions d'actifs ou sur des obligations de conférer l'accès à des infrastructures essentielles aux concurrents qui le souhaitent.

H. AUTRE CAS D'EFFETS NON COORDONNÉS : LA CRÉATION OU LE RENFORCEMENT D'UNE PUISSANCE D'ACHAT

447. Une opération de concentration peut renforcer la puissance d'achat de l'entreprise créée au point de mettre en situation de dépendance économique ses fournisseurs. Ce cas d'atteinte à la concurrence est spécifiquement visé par l'article L. 430-6 du code du commerce.
448. Ce type d'examen est effectué en particulier pour les opérations intervenant dans les secteurs de la grande distribution. La Commission européenne a ainsi analysé, dans l'affaire Rewe/Meinl¹⁵⁵, la dépendance des fournisseurs vis-à-vis de la centrale d'achat de Rewe/Meinl. Certains modèles économiques montrent en effet qu'au-delà d'un certain « seuil de menace », fonction de la part que représente ce débouché dans l'ensemble des ventes du fournisseur, le distributeur peut, en stoppant ses achats, pousser son fournisseur plus ou moins rapidement vers une situation financière très difficile, voire vers une faillite. Le niveau de ce seuil n'est pas fixe et dépend d'un grand nombre de paramètres spécifiques aux secteurs concernés, à la structure et à la situation financière des entreprises, et surtout à l'existence ou au coût d'éventuelles solutions alternatives.
449. Le ministre de l'économie a également mis en évidence un risque de création d'une puissance d'achat du fait d'une concentration dans le secteur de la viande : *« A l'issue de l'opération, la nouvelle entité disposera de fortes positions concernant l'achat de bovins vifs (hors veaux) sur une zone nord de la France, quel que soit l'abattoir et la taille de la zone de chalandise considérés. L'offre alternative d'abattage dans cette zone étant*

¹⁵⁴ Décision 2002/164/CE de la Commission dans l'affaire COMP/M.1853 - EDF/EnBW.

¹⁵⁵ Décision de la Commission COMP/M.1221 – Rewe/ Meinl du 3 février 1999.

limitée et les coûts ainsi que les délais de construction d'un abattoir très importants (estimés à plus de deux ans et à environ 40 millions d'euros), les risques de création d'une puissance d'achat à l'issue de l'opération plaçant les fournisseurs de bovins en situation de dépendance économique ne peuvent être écartés. ». Des engagements de cessions d'abattoirs ont donc été négociés¹⁵⁶.

450. En soi, la dépendance économique ne constitue cependant une atteinte à la concurrence que si elle a un effet sur la concurrence sur un marché et, finalement, sur le surplus du consommateur, et non simplement sur un fournisseur, dans la mesure où l'objectif des autorités de concurrence n'est pas de protéger une entreprise en tant que telle, qu'elle soit concurrente, cliente ou fournisseur. Or, le renforcement de la puissance d'achat a en règle générale tendance à s'exercer au bénéfice des consommateurs, dès lors que celle-ci n'affecte pas les structures des marchés amont et aval.
451. Mais, dans la mesure où elle peut diminuer les capacités financières, ou les capacités d'innovation et de recherche de certains acteurs, et les amener à terme à sortir d'un marché, ce qui est réducteur de concurrence, le renforcement à une dépendance peut porter atteinte à la concurrence sur un marché. En particulier, lorsqu'elle a pour corollaire ou pour origine un accroissement du pouvoir de marché sur le marché aval, il est peu probable que la puissance d'achat accrue dont bénéficie la nouvelle entité puisse compenser la réduction de la concurrence constatée sur le marché aval. Elle peut même encore réduire l'intensité de la concurrence en aval.
452. Ces effets doivent être appréciés au cas par cas, en fonction des caractéristiques de chaque filière, pour préciser l'impact d'une éventuelle dépendance économique. Une application trop générale pourrait amener certains acheteurs ou utilisateurs de sous-traitance à renoncer ex-ante à certaines relations économiques, ce qui pourrait aussi générer des problèmes en empêchant certaines petites entreprises d'accéder soit aux marchés amont de la grande distribution soit à la sous-traitance de grands fabricants.

I. LES EFFETS COORDONNÉS

1. LA NATURE DE CES EFFETS

453. L'opération peut aussi modifier la nature de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient beaucoup plus susceptibles de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, puissent le faire plus facilement. On parle alors d'effets coordonnés, création ou renforcement d'une position dominante collective ou d'un oligopole collusif, l'opération augmentant les incitations et la capacité des entreprises présentes sur le marché à maintenir tacitement un équilibre collusif. La coordination dont il s'agit ici est « tacite » et non « expresse, chaque entreprise étant supposée continuer à se comporter d'une manière indépendante, en fonction de ses intérêts propres.

¹⁵⁶ Décision du ministre C2008-100 du 17 février 2009.

454. De tels effets sont possibles lorsque, sur un marché oligopolistique ou sur un marché fortement concentré, une opération de concentration a comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole concerné considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens des articles L. 420-1 du code de commerce ou 81 CE¹⁵⁷ et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

455. Dans l'arrêt *Airtour*¹⁵⁸, le TPICE a identifié trois conditions nécessaires aux fins d'appréciation des effets coordonnés lors d'une opération de concentration :

- *« en premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément, il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole dominant soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché, mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres; »* (condition de détection).
- *« en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter. Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune. Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative (voir, en ce sens, arrêt *Gencor/Commission*, précité, point 276); »* (condition de dissuasion)

¹⁵⁷ Voir CJCE, arrêt du 31 mars 1998, France e.a./Commission, dit «Kali & Salz», C-68/94 et C-30/95.

¹⁵⁸ TPICE, T-342/99, *Airtours plc. contre Commission*, 6 juin 2002, point 62.

- « en troisième lieu, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune. » (condition de non-contestation).

456. Ces trois critères ont été repris par le Conseil d'État dans sa décision Fiducial du 31 juillet 2009¹⁵⁹ : « Considérant que les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché peuvent, en l'absence même de toute entente formelle, être implicitement coordonnés, de sorte que le pouvoir de ces opérateurs sur le marché s'en trouve accru, au détriment, notamment, des consommateurs ; que l'identification d'une telle position dominante collective suppose que, compte tenu des différents indices et éléments de preuve qui peuvent être relevés, il apparaisse que chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres, qu'il existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous et que les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite ».
457. La CJCE a confirmé l'analyse de l'arrêt Airtours dans l'arrêt Impala¹⁶⁰ en soulignant de plus qu'une telle coordination n'était possible que si les entreprises étaient en mesure de comprendre l'objectif commun et les moyens d'y parvenir et en précisant le lien entre cette « condition de compréhension » et les trois conditions rappelées ci-dessus : « La probabilité d'une telle coordination tacite est plus forte si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination, notamment des paramètres susceptibles de faire l'objet de la coordination envisagée. En effet, sans pouvoir arriver tacitement à une compréhension partagée des modalités de la coordination, les concurrents devraient éventuellement recourir à des pratiques prohibées par l'article 81 CE pour pouvoir adopter une ligne commune d'action sur le marché. En outre, compte tenu notamment de l'éventuelle tentation qui peut exister pour chaque participant à une coordination tacite d'en dévier afin d'augmenter son profit à court terme, il convient d'apprécier si une telle coordination est susceptible d'être durable. À cet égard, les entreprises qui coordonnent leur comportement doivent être capables de surveiller dans une mesure suffisante si les modalités de la coordination sont respectées. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre, notamment, à chaque entreprise concernée de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres participants à la coordination. De plus, la discipline impose qu'il existe une forme de mécanisme de dissuasion crédible qui puisse être mise en œuvre si un comportement déviant est détecté. En outre, les réactions d'entreprises qui ne participent pas à la coordination, telles que les concurrents actuels ou futurs, ainsi que les

¹⁵⁹ Décision du Conseil d'Etat Fiducial Audit et Fiducial Expertise n°305903 du 31 juillet 2009

¹⁶⁰ CJCE, C-430-06, IMPALA, 10 juillet 2008.

réactions des clients, ne devraient pas pouvoir remettre en cause les résultats attendus de la coordination. »

458. L'arrêt de la Cour ajoute également une mise en garde : « *dans le cadre de l'application de tels critères, il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite.* ». Une approche cohérente des critères concernés peut être favorisée par l'identification d'un scénario de coordination tacite (ligne d'action commune portant sur des écarts de prix ou sur leur évolution, sur le niveau des capacités de production ou des parts de marché ou encore sur la répartition des types de clientèle, des zones géographiques ou des appels d'offres).
459. Dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité s'appuie sur tous les éléments susceptibles de l'éclairer sur les effets de l'opération sur le fonctionnement des marchés.

a) Condition de compréhension

460. Il est d'autant plus raisonnable d'anticiper une coordination des comportements sur un marché, qu'il est simple pour les entreprises concernées de parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination. Pour cela, ces entreprises doivent partager une même vision s'agissant des stratégies qui peuvent être considérées comme conformes à la ligne de conduite commune, ainsi que de celles qui ne le sont pas. La probabilité de voir émerger une compréhension mutuelle est donc d'autant plus forte que le marché, ainsi que l'environnement dans lequel il s'inscrit, sont stables et peu complexes. Aussi, dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants :

- le nombre d'opérateurs sur le marché : il est plus simple de s'entendre sur les modalités d'une coordination lorsque les participants potentiels sont peu nombreux ;
- la symétrie des entreprises : une définition commune de la manière dont doit fonctionner la coordination est d'autant plus facile à obtenir que les entreprises concernées sont semblables. La symétrie peut exister notamment au niveau de la structure des coûts, des parts de marchés, des capacités de production ou du degré d'intégration verticale. A titre d'exemple, dans sa décision Exxon/Mobil¹⁶¹ la Commission a souligné que « des degrés d'intégration verticale comparables entre les membres d'un oligopole renforcent leur volonté d'adopter des comportements parallèles et accroissent les chances que de tels comportements soient durables. Cela tient tout d'abord au fait que l'intégration peut conférer aux entreprises intégrées des avantages au niveau des coûts et rapprocher leurs structures de coûts, atouts dont les entreprises non intégrées ne peuvent, quant à elles, bénéficier. En second lieu, et c'est sans doute l'élément le plus important, les intérêts stratégiques des entreprises

¹⁶¹ Décision de la Commission du 29 septembre 1999, affaire n° IV/M.1383 - Exxon/Mobil.

parvenues à un même degré d'intégration tendent à coïncider à tous les stades du commerce. En effet, les modifications des conditions du marché affectent de la même manière les entreprises intégrées, ce qui les pousse à réagir de façon similaire. ». A contrario, dans l'affaire SFR/9Cegetel¹⁶², le ministre a précisé que l'asymétrie des parties, tant en matière de parts de marché que de structure de coûts, rendait peu probable la création d'une position dominante collective ;

- l'homogénéité du produit : un accord de coordination sur les prix est plus aisé à mettre en place si celui-ci concerne des produits homogènes. Lorsqu'il existe une forte différenciation des produits, la coordination est rendue périlleuse par la dispersion des niveaux de prix qui en découle. Dans l'affaire précitée, la Commission a noté que le degré d'homogénéité élevé des carburants était susceptible de simplifier la coordination tacite des politiques de prix ;
- la stabilité de la demande : de fortes fluctuations de la demande modifient constamment l'ampleur des incitations à la déviation et contraignent les oligopoleurs à un ajustement permanent des modalités de la coordination. A contrario, une demande stable facilite l'émergence d'une ligne de conduite commune et pérenne ;
- l'importance de l'innovation : l'innovation étant source d'instabilité, un marché sur lequel celle-ci est peu présente constitue un terrain favorable à l'émergence d'une vision commune s'agissant des conditions de coordination. Dans sa décision Alcoa/British Aluminium¹⁶³ la Commission constate que l'important degré d'innovation technologique sur le marché de l'aluminium plat roulé utilisé dans l'industrie aérospace, contribue à rendre peu probable l'apparition d'effets coordonnés.

461. La complexité ainsi que l'instabilité du cadre économique dans lequel prend place la coordination peuvent toutefois être surmontées par les entreprises concernées notamment grâce à :

- l'existence de liens structurels : de tels liens fédèrent les intérêts des oligopoleurs et favorisent ainsi la convergence de leur vision respective quant aux modalités de coordination. Par ailleurs, ces liens facilitent l'échange d'informations. Dans le secteur de l'électricité, la Commission a ainsi estimé, dans sa décision VEBA/VIAG¹⁶⁴, que la présence de participations croisées pouvait favoriser l'adoption de comportements coordonnés ;
- l'existence de règles de tarification communes : ces règles (qui peuvent par exemple prendre la forme de prix de références) constituent un ensemble de points focaux qui facilitent l'adoption de stratégies coordonnées ;
- l'accès aux données de marché : les différentes informations que peuvent obtenir et échanger les oligopoleurs, notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, via par exemple les

¹⁶² Décision du ministre affaire C2007-181 SFR/9Cegetel du 20 février 2008.

¹⁶³ Décision de la Commission affaire COMP/M.2111 - Alcoa/British Aluminium du 27 octobre 2000.

¹⁶⁴ Décision de la Commission affaire COMP/M.1673 - VEBA/VIAG du 13 juin 2000.

observatoires ou les associations professionnelles, favorisent l'émergence d'une ligne de conduite commune. La publication des prix des carburants au départ des raffineries (par des organisations telle que Platt's) mais également à tous les autres stades de la chaîne de distribution jusqu'à la commercialisation « à la pompe », est considérée par la Commission dans sa décision Exxon/Mobil¹⁶⁵ comme un facteur favorisant la coordination.

b) Condition de détection

462. Afin que les entreprises puissent coordonner efficacement leurs comportements, elles doivent être en mesure de surveiller le fonctionnement du marché sur lequel elles opèrent. La transparence de ce dernier doit en effet être suffisante pour que chacun des membres de l'oligopole collusif puisse, dans des délais utiles :

- observer la stratégie suivie par ses partenaires ;
- apprécier si un comportement imprévu constitue effectivement une violation de la ligne de conduite commune.

463. La transparence du marché s'apprécie par rapport au scénario de coordination identifié. Les éléments suivants peuvent notamment être pris en compte :

- l'homogénéité des produits : une variation dans la stratégie de prix suivie par une entreprise membre d'un oligopole collusif peut se justifier par le degré de différenciation des produits qu'elle distribue, par rapport aux autres membres de l'oligopole. Dès lors, il est plus difficile de détecter efficacement une éventuelle déviation. Par ailleurs, en cas de forte différenciation, la violation de la ligne de conduite commune est moins profitable : l'entreprise déviante ne peut espérer gagner une part de marché très importante à moins de baisser considérablement ses prix. Par exemple, dans son analyse parallèle des cas Shell/DEA et BP/E.ON, la Commission a souligné le caractère homogène que revêtait l'éthylène transporté via un pipeline ;
- l'accès aux données de marché : les informations à disposition des oligopoleurs (notamment par l'intermédiaire des associations de professionnels), portant notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, facilitent la détection d'un comportement déviant. La Commission, dans l'affaire UPM-Kymmene/Haindl¹⁶⁶, a ainsi précisé que sur les marchés du papier journal et du papier pour magazines avec bois, les associations de professionnels, tel que la CEPIPRINT, contribuaient à la transparence des marchés précités ;
- liens structurels : parce qu'ils facilitent les échanges informationnels (qui peuvent concerner par exemple les politiques tarifaires ou d'investissement) les liens structurels que peuvent partager les oligopoleurs améliorent la contrôlabilité, par chacun d'entre eux, de

¹⁶⁵ Décision de la Commission précitée.

¹⁶⁶ Décision de la Commission COMP/M. 2498 - UPM-KYMMENE/HAINDL du 21 novembre 2001.

leurs comportements. A titre d'exemple, dans sa décision n° 07-D-13¹⁶⁷ relative au secteur du transport maritime, le Conseil de la concurrence a souligné, lors de son analyse d'une possible position dominante collective, l'existence « de liens ou facteurs de corrélation structurels » ;

- l'existence d'une clientèle réduite : celle-ci peut constituer un vecteur de transmission d'informations d'un concurrent à l'autre.

c) Condition de dissuasion

464. Pour qu'une coordination soit stable, il est nécessaire de punir sévèrement les éventuelles déviations. Les menaces de représailles en cas de comportement déviant doivent être crédibles (la déviation détectée, leur mise en œuvre ne doit faire aucun doute) et suffisamment importantes pour qu'il soit dans l'intérêt de chaque oligopoleur de se conformer à la ligne de conduite commune.

465. Quel que soit l'environnement dans lequel s'inscrit la coordination, l'existence d'un mécanisme punitif crédible est toujours garantie par le simple retour à l'équilibre concurrentiel. Dès lors, la question posée par la condition de dissuasion ne porte pas tant sur l'existence de représailles que sur leur puissance dissuasive. En effet, si dans certains cas la reprise de comportements concurrentiels constitue une menace suffisante, dans d'autres cas, des punitions plus sévères sont nécessaires pour assurer la stabilité de la coordination. La théorie économique¹⁶⁸ a ainsi montré que des mesures punitives extrêmement fortes, entraînant pour les entreprises concernées des profits négatifs, appliquées sur une période de temps finie, pouvaient s'avérer plus efficaces pour le maintien de pratiques coordonnées, qu'un simple retour à l'équilibre concurrentiel.

466. L'étude des effets coordonnés s'intéresse donc aux différents éléments permettant d'apprécier le pouvoir dissuasif d'éventuelles représailles. Sont ainsi pris en compte notamment :

- les capacités de production des oligopoleurs : une capacité de production excédentaire (ou dans certain cas, des stocks importants) confère aux oligopoleurs les moyens nécessaires à la mise en œuvre de punitions sévères et constitue, par conséquent, un puissant outil de dissuasion. Cependant, la présence de surcapacités au sein des entreprises peut témoigner d'une asymétrie susceptible de nuire à la stabilité de la coordination. En effet, l'opérateur disposant d'un excédant de capacité est incité à dévier, ce qui sera d'autant plus profitable pour lui que les autres oligopoleurs, n'ayant pas une puissance productive comparable, auront des difficultés à le punir¹⁶⁹ ;

¹⁶⁷ Décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-13 du 6 avril 2007.

¹⁶⁸ Voir sur ce point les articles : Abreu, (1986), « Extremal Equilibria of Oligopolistic Supergames. » *Journal of Economic Theory*. 39 :191-225 ; Abreu, (1988), « On the Theory of Infinitely Repeated Games with Discounting. » *Econometrica*. 56 :383-96 et Abreu, Pearce and Stacchetti (1986), « Optimal Cartel Equilibria with Monitoring. » *Journal of Economic Theory*. 39:251-69.

¹⁶⁹ Voir notamment l'article de Compte, Jenny et Rey (2002), « Capacity Constraints, Mergers and Collusion. » *European Economic Review*. 46 : 1-29.

- l'existence de contacts multi marchés : lorsque les entreprises sont simultanément présentes sur plusieurs marchés, une déviation sur l'un d'entre eux peut entraîner des représailles sur tous les autres. Dès lors, les contacts multi marchés sont susceptibles d'augmenter la sévérité des punitions et avec elle la stabilité de la coordination. Dans les affaires UPM-Kymmene/Haindl et Norske Skog/Parenco/Walsum, la Commission a ainsi estimé que les contacts multi marchés des parties pouvaient sensiblement améliorer la stabilité d'une coordination. Il convient cependant de souligner que dans le cas de contacts multiples, si un oligopoleur peut dévier sur un marché, il peut également dévier sur l'ensemble des marchés réalisant ainsi un profit instantané beaucoup plus important. Les contacts multi marchés sont, par conséquent, également susceptibles d'accroître les incitations à la déviation au détriment de la coordination. La probabilité d'adoption d'une ligne de conduite commune qui découle de contacts multiples fait donc l'objet d'une appréciation au cas par cas ;
- le délai dans lequel la dissuasion peut intervenir : une punition est d'autant plus efficace qu'elle intervient rapidement après la déviation. A cet égard, un marché sur lequel les transactions sont peu nombreuses et espacées dans le temps présente une structure incitative particulièrement favorable aux comportements déviants, la punition ne prenant effet que très longtemps après. Un tel marché est donc peu favorable à l'adoption de stratégies communes.

d) Condition de non-contestation

467. Pour que la coordination soit profitable aux entreprises qui y prennent part, elle ne doit pas être perturbée par les autres acteurs présents, ou potentiellement présents, sur le marché. L'émergence ou le renforcement d'effets coordonnés dépend donc de l'efficacité avec laquelle la ligne de conduite commune peut-être remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents. Ainsi, pour apprécier une possible position dominante collective, l'Autorité de la concurrence considère notamment :

- la concurrence actuelle : la présence, après réalisation de la concentration, d'opérateurs de la frange concurrentielle (qualifiés de « mavericks » ou « francs-tireurs ») capables de modifier significativement la position des membres de l'oligopole peut nuire fortement à la stabilité de la coordination. Dans sa décision Alliance Santé Distribution/ORP¹⁷⁰, le ministre a considéré que la disparition d'un maverick était susceptible de créer une position de dominance collective entre les trois plus gros acteurs du marché, alors même que les parts de marché de la cible étaient très faible ;
- la concurrence potentielle : des concurrents potentiels peuvent également déstabiliser la coordination. La capacité de ces francs-tireurs d'entrer sur les marchés concernés est cependant conditionnée par l'existence de barrières à l'entrée ;

¹⁷⁰ Décision du ministre affaire Alliance Santé Distribution/ORP du 20 janvier 2003 publiée au BOCCRF du 11 août 2003, affaire.

- l'existence d'une puissance d'achat compensatrice : des acheteurs suffisamment importants peuvent perturber la coordination des oligopoleurs en persuadant l'un d'entre eux de dévier. Dans l'affaire VENA/VIAG, la Commission a ainsi indiqué que l'absence de puissance d'achat suffisamment importante était susceptible de favoriser l'émergence de comportements coordonnés. Les critères d'appréciation de la puissance d'achat sont les mêmes que s'agissant des effets non coordonnés (cf. § 374 ci-dessus).

3. L'ANALYSE DES EFFETS COORDONNÉS SPÉCIFIQUES AUX CONCENTRATIONS VERTICALES ET CONGLOMÉRALES

468. Les lignes directrices récemment publiées par la Commission relatives aux concentrations non horizontales soulignent que le verrouillage des marchés auquel peuvent conduire ces concentrations, en réduisant le nombre de concurrents, est susceptible de créer des conditions plus favorables à une coordination. De plus, l'intégration verticale peut modifier les conditions de transparence du marché et les incitations de l'entreprise fusionnée et de ses concurrents. Elle peut aussi avoir un effet sur l'efficacité des mécanismes de surveillance et de représailles. Ces effets sont cependant ambigus.
469. Par exemple, un fournisseur non intégré est moins incité à baisser ses prix lorsqu'il fait face à des concurrents intégrés. En effet, les distributeurs intégrés continueront vraisemblablement à s'approvisionner en interne (au moins partiellement) même si un fournisseur non intégré propose des conditions plus avantageuses. Ainsi, une fusion verticale réduit les débouchés des fournisseurs non intégrés, ce qui diminue d'autant leurs profits de déviation, et, par voie de conséquence, leurs incitations à dévier. Cet effet de baisse des débouchés favorise la collusion tacite.
470. D'un autre côté, les entreprises intégrées réalisent généralement, dans les phases de punition, plus de profit que les entreprises non intégrées. En effet, même si, lors d'une telle phase, les prix sont très proches des coûts à l'un des niveaux de la chaîne verticale, une entreprise intégrée peut réaliser des profits positifs à l'autre niveau de la chaîne. Une telle entreprise est donc moins vulnérable aux punitions qu'une entreprise non intégrée. De ce point de vue, l'intégration verticale réduit les possibilités de collusion tacite.

J. RISQUES DE COORDINATION DES SOCIÉTÉS-MÈRES

1. LA NATURE DES EFFETS

471. Lorsque deux entreprises indépendantes créent une entreprise commune, les liens ainsi institués entre elles risquent de les inciter à coordonner leur comportement, non seulement au sein de l'entreprise commune, mais de façon plus large, sur l'ensemble des marchés sur lesquels mères et filiales sont présentes, en renforçant les échanges d'information entre elles ou en facilitant la compréhension d'objectifs communs. Le contrôle des concentrations permet d'appréhender ces risques lorsque l'entreprise commune est de plein exercice (cf. ci-dessus aux paragraphes 53 et

suivants). Lorsque ce n'est pas le cas, le comportement des entreprises ressort de l'application des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 CE. Le ministre a ainsi vérifié, lorsque le groupe Banque Populaires et le groupe Caisse d'Épargne ont créé une filiale commune, Natixis, dans le secteur de la banque d'investissement et de financement, que cette opération ne risquait pas d'entraîner une coordination des comportements des deux groupes bancaires sur les marchés de la banque de détail et sur ceux de la banque commerciale, y compris au niveau local¹⁷¹.

472. Les modalités d'analyse des effets sur la concurrence d'une opération de concentration résultant de la création d'une entreprise commune par deux sociétés-mères ont été précisées dans le cadre de l'opération Est Républicain / BFCM / Socpresse¹⁷², tant par le ministre que par le Conseil de la concurrence. Comme le rappelle l'avis du Conseil dans cette affaire, aucun test spécifique à cette analyse n'est prévu en droit national. Le test applicable est donc le test général de l'article L. 430-6 du code de commerce, visant à identifier les opérations « *de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* » et qui n'apportent pas « *au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* »
473. La situation dans laquelle la création d'une entreprise commune inciterait les sociétés mères à coordonner leurs comportements sur les marchés où elles sont toutes deux actives pourrait conduire à constater que l'atteinte à la concurrence en résultant serait incompatible avec les dispositions de l'article L. 430-6, quelle que soit la forme de cette coordination : expresse, au sens qui lui est donné dans le droit des ententes, ou tacite, dans l'acception retenue par la pratique décisionnelle relative à la position dominante collective. En effet, il ne peut être exclu a priori que la création d'une entreprise commune renforce les liens structurels entre les maisons-mères qui seraient unies par une relation d'interdépendance leur permettant d'anticiper leurs comportements, d'aligner leurs stratégies et de faire converger leurs objectifs, sans pour autant qu'elles adoptent des comportements prohibés par le droit des ententes. Les caractéristiques structurelles des marchés qui sont de nature à favoriser une entente expresse recouvrent d'ailleurs en partie les critères permettant d'apprécier la vraisemblance de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. L'analyse de ce dernier risque implique toutefois que soient prises en compte la réaction des autres concurrents actifs.
474. Une telle atteinte peut être envisagée de façon plus évidente si les maisons-mères et la filiale commune sont présentes sur les mêmes marchés. Elle ne peut être exclue a priori lorsque les maisons-mères sont présentes sur un marché distinct de celui de leur filiale commune, le contact multi-marché entre des entreprises étant également susceptible de faciliter la coordination de leurs comportements.

¹⁷¹ Décision C2006-45 du 10 août 2006.

¹⁷² Voir tout particulièrement la décision du ministre C2007-27 du 28 août 2007 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-09 du 2 août 2007. Sur cette opération, une première décision d'autorisation de l'opération rendue par le ministre le 17 mai 2006 (référence C2006-52) a été annulée par le Conseil d'État par sa décision du 31 janvier 2007 (décision n° 294896 France Antilles).

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

475. Conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, reprise par les autorités nationales, les risques de coordination entre maisons mères à l'occasion de la création d'une entreprise commune sont analysés au regard de trois critères cumulatifs :

- il faut qu'il existe un lien de causalité entre la création de l'entreprise commune et l'apparition de risques de coordination des sociétés-mères ou son renforcement
- la coordination doit revêtir un certain degré de vraisemblance, c'est-à-dire doit être possible et présenter un intérêt économique pour les maisons-mères ;
- cette coordination doit avoir un effet sensible sur la concurrence.

a) Le lien de causalité

476. Le lien causal peut être établi si l'activité de l'entreprise commune revêt une importance essentielle pour les marchés sur lequel les sociétés mères sont actives. Cependant, il ne peut être exclu que, dans certains cas, d'autres facteurs puissent être à l'origine d'une interdépendance accrue entre les maisons-mères.

477. Par exemple, dans la décision précitée relative à la création de NatIxis¹⁷³, le ministre a considéré que la création de NatIxis était de nature à créer les conditions d'une coordination entre ses sociétés mères sur certains marchés. L'analyse a souligné le fait que les produits de NatIxis étaient un facteur de production essentiel dans l'activité des sociétés mères sur plusieurs de leurs marchés. Mais le ministre a aussi relevé que « *concernant l'organisation générale de l'entité composée de NatIxis et de ses sociétés mères, il ressort de l'instruction que les réseaux interviendront généralement comme apporteurs d'affaires pour les produits et services bancaires dont la production sera centralisée au niveau de NatIxis. A ce titre, leur rémunération prendra la forme de commissions. Par conséquent, le fait que les deux réseaux partagent la même plate-forme de production et se voient proposer les mêmes modes de rémunération pour les affaires apportées à NatIxis peut être de nature à faire converger leurs comportements sur le marché.* »

478. A contrario, dans le second examen de l'opération Est Républicain / BFCM / Socpresse, le ministre et le Conseil de la concurrence ont considéré que le lien causal n'était pas établi, après avoir relevé que l'interaction entre les marchés sur lesquels l'entreprise commune EBRA était active et ceux sur lesquels les deux sociétés-mères étaient en concurrence était faible, qu'il était peu probable, pour cette raison, qu'EBRA soit le vecteur d'échanges d'informations entre les deux actionnaires sur leurs activités respectives. Ils ont ajouté que les liens financiers existant entre EBRA et ses sociétés mères n'étaient pas de nature à accroître l'interdépendance entre ses sociétés-mères.

¹⁷³ Voir la décision du ministre C2006-45 du 10 août 2006.

b) Les conditions de vraisemblance et d'effet sensible

479. Les critères de vraisemblance et d'effet sensible sont étroitement liés : la coordination des politiques sera d'autant plus vraisemblable qu'elle sera rentable et donc qu'elle aura un effet sensible sur les marchés. Leur appréciation repose sur une analyse du fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels les sociétés-mères sont en compétition et sur lesquels elles pourraient coordonner leurs comportements,
480. La coordination des sociétés mères d'une entreprise commune sera d'autant plus vraisemblable si les sociétés mères peuvent facilement parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination, et si l'existence de l'entreprise commune leur permet aisément de se surveiller mutuellement. Son effet sera d'autant plus sensible que les sociétés mères occupent des positions fortes sur les marchés concernés et que la ligne de conduite commune ne peut être efficacement remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents.
481. Ces critères rejoignent ceux utilisés pour apprécier la probabilité de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. Le Conseil d'État a confirmé ce raisonnement, dans la décision du 27 juin 2007, rendue sur la requête de la société M6 qui soutenait que la création d'une entreprise commune par les sociétés TF1 et AB portait atteinte à la concurrence, dans laquelle il assimile le risque de coordination à celui de création ou renforcement d'une position dominante collective :

« Sur les risques de coordination entre les sociétés TF1 et AB

Considérant que s'il appartenait au ministre d'examiner, dans le cadre de la procédure prévue par les articles L. 430-1 et suivants du code de commerce, si l'opération conjointe de rachat de la société TMC qui lui était soumise était de nature à faire naître un risque de coordination des comportements des sociétés mères sur les marchés concernés, il ressort des pièces du dossier qu'à la date à laquelle le ministre a pris la décision attaquée et compte tenu, d'une part de la concurrence très vive existant sur les marchés de l'exploitation et de la commercialisation des chaînes thématiques et de l'achat des droits de diffusion, d'autre part des engagements pris par les sociétés TF1 et AB en ce qui concerne la publicité télévisée, l'opération considérée n'était pas par elle-même de nature à créer ou renforcer une position dominante collective de ces sociétés ; que, si le comportement des deux sociétés fait ultérieurement apparaître de tels risques, il appartiendra aux autorités de concurrence de mettre en œuvre, le cas échéant, les procédures adéquates » (soulignements ajoutés).

482. L'examen porte, en premier lieu, sur les parts de marché des sociétés mères, les risques d'atteinte à la concurrence pouvant, dans de nombreux cas, être écartés en raison de la faiblesse de la position des sociétés mères¹⁷⁴. Les risques d'atteinte à la concurrence ne peuvent toutefois pas être écartés *a priori* sur un marché donné au motif que les sociétés mères (ou l'une d'entre

¹⁷⁴ Voir, par exemple, les décisions du ministre suivantes : décision C2006-49 du 10 mai 2006 relative à l'opération AP Moller Maersk / Perrigault, décision C2008-94 du 2 janvier 2009 relative à la création d'une entreprise commune entre les groupes coopératifs Agralys et Epis-Centre.

elles seulement) ont des parts de marché faibles ou nulles, dès lors que les sociétés mères ont des projets de pénétrer ce marché.¹⁷⁵

483. Si les positions des sociétés mères ne sont pas suffisamment faibles pour que le risque d'atteinte à la concurrence par coordination de leur comportement puisse être écarté, l'Autorité prend en compte, dans son analyse, tous les éléments de fait et de droit susceptibles de déterminer si la coordination des sociétés mères est vraisemblable et aura un effet sensible. En particulier, l'Autorité peut tenir compte de la symétrie entre les sociétés mères, de l'homogénéité de leurs produits, de la stabilité de la demande, du rythme d'innovation dans le secteur, de l'existence de règles de tarification commune ou encore de la possibilité pour chaque société mère d'accéder à des informations concernant l'autre société mère, notamment du fait de la création ou du renforcement de l'entreprise commune. De plus, l'Autorité apprécie si la pression des concurrents actuels ou potentiels sur les sociétés mères et la puissance d'achat de ses clients sont susceptibles d'empêcher que la coordination soit vraisemblable ou qu'elle ait un effet sensible.

K. LES RESTRICTIONS ACCESSOIRES

484. Le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le règlement CE sur les concentrations) (1) dispose à son article 6, paragraphe 1, point b), deuxième alinéa, ainsi qu'à son article 8, paragraphe 1, deuxième alinéa, et à son article 8, paragraphe 2, troisième alinéa, que toute décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun «*est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration* ». Dans sa communication relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration publiée le 5 mars 2005, la Commission explicite cette notion de la façon suivante : «*Une opération de concentration comprend des arrangements contractuels et des accords établissant un contrôle au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement CE sur les concentrations. Tous les accords qui exécutent l'objet principal de la concentration, tels que ceux relatifs à la vente d'actions ou d'actifs d'une entreprise, font partie intégrante de la concentration. Outre ces arrangements et ces accords, les parties à la concentration peuvent conclure d'autres accords qui ne font pas partie intégrante de la concentration mais qui peuvent limiter la liberté d'action des parties sur le marché. Si ces accords comportent des restrictions accessoires, celles-ci sont automatiquement couvertes par la décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun* ». Dans la mesure où les restrictions sont directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, le règlement n°139/2004 est applicable. En revanche, pour les restrictions qui ne peuvent être considérées directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, les articles 81 (101) et 82 (102) du traité CE restent potentiellement applicables.

¹⁷⁵ Voir la décision du ministre C2006-06 du 17 février 2006 relative à la création d'une entreprise commune entre Natexis Banques Populaires et Banque Postale.

485. Ce règlement ne s'applique qu'aux opérations relevant du contrôle communautaire : il ne vise pas celles soumises au droit national. Néanmoins, la réunion, à compter du 2 mars 2009, au sein d'une même Autorité, des compétences relatives, d'une part, à l'application du droit communautaire et national des pratiques anticoncurrentielles et, d'autre part, au contrôle des concentrations, réforme qui s'inspire du modèle communautaire dans lequel le contrôle des structures du marché et la surveillance des comportements sur ce même marché sont confiés à la même institution, permet aujourd'hui à l'Autorité d'effectuer un examen de telles restrictions dans le cadre des autorisations rendues en application des articles L. 430-5 ou L. 430-7 du code de commerce. La communication précitée constitue pour ce faire un guide d'analyse qu'utilisera l'Autorité.
486. Les entreprises notifiantes n'ont pas l'obligation de porter l'existence d'une restriction accessoire à la connaissance de l'Autorité. Néanmoins, elles peuvent avoir intérêt à attirer son attention sur l'existence d'une restriction dont la compatibilité avec le droit de la concurrence peut susciter des doutes, eu égard à sa forme, à sa portée ou à sa combinaison avec d'autres, ou encore au contexte concurrentiel du ou des marchés concernés.
487. Lorsque de telles restrictions seront portées à sa connaissance, et qu'il y aura lieu de les examiner, l'Autorité appréciera elle-même si elles sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération, sans être liée par la position des parties. Des restrictions seront considérées comme directement liées et nécessaires parce qu'en leur absence, la concentration ne pourrait pas être réalisée ou sa viabilité serait remise en cause. Dans la mesure où les restrictions de concurrence excèdent ce qui est directement lié et nécessaire, la mise en œuvre par la rapporteure générale de l'Autorité des dispositions du III de l'article L. 462-5 du code de commerce, qui lui permettent de proposer à l'Autorité de se saisir d'office des pratiques anticoncurrentielles mentionnées à l'article L. 420-1, pourra être envisagée.

L. LES CONTRIBUTIONS AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE

1. L'OBJECTIF

488. L'article L. 430-6 du code du commerce précise que, en phase d'examen approfondi, l'Autorité de la concurrence « *apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ». L'Autorité apprécie, en particulier, si les gains d'efficacité économique de l'opération peuvent accroître l'incitation de l'entreprise résultant de l'opération à adopter un comportement favorable à la concurrence.
489. Il incombe aux parties qui le souhaitent de construire un argumentaire étayé et quantifié démontrant que les gains d'efficacité économique de l'opération sont susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels, et de fournir tous les éléments de preuve utiles pour soutenir cette démonstration. A titre indicatif, la Commission indique dans ses lignes directrices¹⁷⁶ que

¹⁷⁶ Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales du 5 février 2004, paragraphe 88.

« les éléments de preuve utiles pour l'appréciation des gains d'efficacité comprennent notamment les documents internes que les dirigeants des entreprises ont utilisés pour prendre la décision de lancer une telle opération, les déclarations de la direction aux propriétaires et aux marchés financiers concernant les gains d'efficacité escomptés, des exemples de gains d'efficacité et d'avantages pour les consommateurs générés par le passé, ainsi que les études réalisées par des experts extérieurs avant l'opération de concentration et portant sur le type et l'ampleur des gains d'efficacité et sur l'importance des avantages que les consommateurs sont susceptibles d'en retirer. »

490. Il convient de noter qu'en matière de gains d'efficacité économique, l'insuffisance des démonstrations apportées par les parties a souvent été soulignée. Le Conseil d'État, dans une décision relative à la concentration Coca-Cola / Orangina¹⁷⁷, indique ainsi que *« l'imprécision des données fournies ne permet pas d'établir que les effets anticoncurrentiels de l'opération envisagée pourraient être compensés par une contribution suffisante au progrès économique et social »*. Autre exemple, dans sa décision relative à l'opération Cafom/Fincar¹⁷⁸, le ministre constate que *« la partie notifiante a présenté différentes sources de gains d'efficacité potentiellement générés par l'opération de concentration, sans pour autant en apporter la preuve, pas plus qu'elle n'a fourni d'arguments sur une éventuelle transmission aux consommateurs. »*. Au-delà de la description précise des gains d'efficacité économique attendus, les parties s'attacheront à démontrer dans quelle mesure les critères d'appréciation de ces gains, présentés ci-dessous, sont remplis. A titre illustratif, dans son avis relatif à l'opération Pan Fish / Marine Harvest¹⁷⁹, le Conseil de la concurrence a relevé que, bien que les parties aient bien décrit les gains d'efficacité attendus, aucun de ces critères n'était satisfait : *« ...les gains d'efficacité avancés, lorsqu'ils sont décrits avec précision, ne sont que rarement vérifiables et encore moins quantifiables. Il n'est, en outre, pas démontré que des résultats similaires ne pourraient pas être obtenus autrement que par l'opération de concentration. Enfin et surtout, rien ne permet d'estimer avec vraisemblance qu'ils pourraient être transférés pour partie aux consommateurs, par une baisse de prix ou une augmentation de la qualité »*.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

491. La jurisprudence du Conseil d'État et la pratique décisionnelle permet de dégager trois critères applicables à la prise en compte des gains d'efficacité économique :

- ces gains doivent être quantifiables et vérifiables ;
- ils doivent être spécifiques à la concentration ;
- une part de ces gains doit être transférée aux consommateurs.

¹⁷⁷ Conseil d'État, Section, du 9 avril 1999, 201853.

¹⁷⁸ Décision du ministre C2006-155, du 31 août 2007.

¹⁷⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A20 du 20 octobre 2006 relatif à l'acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA.

492. Ce troisième critère exclut les avantages ne bénéficiant qu'aux parties à l'opération, comme l'a indiqué le Conseil d'État, dans sa décision Pernod Ricard¹⁸⁰ : *« si le développement de la société Pernod-Ricard serait susceptible d'être favorisé grâce aux disponibilités financières dégagées par l'opération de cession envisagée, un tel développement ne constitue pas en tant que tel, et n'apporte pas à lui seul, une contribution au progrès économique et social de nature à compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée ; »*. Le Conseil d'État a, de plus, précisé *« qu'une telle compensation ne peut davantage être regardée comme constituée par le produit fiscal susceptible d'être encaissé par le Trésor public si l'opération se réalise ou par les investissements dont la réalisation serait rendue possible dans cette hypothèse. »*
493. Pour apprécier dans quelle mesure les gains d'efficacité économiques répondant aux trois critères ci-dessus contrebalancent les effets anticoncurrentiels de l'opération, l'Autorité tient notamment compte de leur ampleur comparativement à l'importance des effets anticoncurrentiels de l'opération, et de la vitesse à laquelle ils sont susceptibles de se réaliser.
494. En ce qui concerne l'ampleur des gains d'efficacité économique, la Commission rappelle dans ses lignes directrices¹⁸¹ que *« l'incitation de la nouvelle entité issue de l'opération à répercuter les gains d'efficacité sur les consommateurs est souvent liée à l'existence de pressions concurrentielles exercées par les autres entreprises présentes sur le marché et par les concurrents potentiels. Plus les effets négatifs potentiels sur la concurrence sont importants, plus la Commission doit s'assurer que les gains d'efficacité allégués sont élevés, que leur matérialisation est probable et qu'ils seront répercutés suffisamment sur les consommateurs. Il est hautement improbable qu'une opération qui débouche sur une position proche du monopole, ou sur un niveau de pouvoir de marché comparable, puisse être déclarée compatible avec le marché commun au motif que les gains d'efficacité suffiraient à contrebalancer ses effets anticoncurrentiels potentiels. »*
495. Par exemple, dans l'opération Canal Plus / TPS¹⁸², tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont relevé que l'opération pouvait permettre d'enrichir le contenu de l'offre proposée aux consommateurs. Le ministre a conclu dans sa décision que *« l'opération de concentration pourrait se traduire par une amélioration du bien-être du consommateur. En effet, le monopole de la nouvelle entité sur les marchés de l'acquisition de droits de diffusion cinématographiques, par exemple, permet à cette dernière de proposer aux consommateurs, au sein d'une même offre, un éventail complet des genres cinématographiques existants. Il en va de même en ce qui concerne le sport. »*. Cependant, le ministre, mettant en balance ce gain généré pour les consommateurs avec le fait que l'opération conduisant à la création d'un monopole sur plusieurs marchés, a considéré que *« ce monopole doit être exercé sous contraintes afin de préserver la concurrence et ainsi le surplus du consommateur (ce dernier prenant en compte, outre la*

¹⁸⁰ Conseil d'État, Section, 6 octobre 2000, n° 216645.

¹⁸¹ Lignes directrices sur les concentrations horizontales du 5 février 2004, paragraphe 84.

¹⁸² Décision du ministre C2006-02 du 30 août 2006, avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 du 13 juillet 2006.

qualité de l'offre, le prix de cette dernière). Ainsi, les arguments avancés par les parties ne suffisent pas à démontrer que l'opération apporte en elle-même une contribution suffisante au progrès économique pour compenser les effets anticoncurrentiels qu'elle entraîne. »

496. En qui concerne la vitesse de réalisation des gains d'efficacité économique, la Commission rappelle dans ses lignes directrices que *« d'une manière générale, plus les gains d'efficacité projetés seront éloignés dans le temps, moins la Commission pourra leur accorder de poids. Cela signifie que, pour être considérés comme un facteur de contrepoids, les gains d'efficacité doivent intervenir en temps utile »*
497. Par exemple, en 2007, pour l'opération CCIP / Unibail¹⁸³ dans le secteur de l'organisation des foires et salon, tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont relevé que l'opération était susceptible de contribuer au progrès économique, mais que l'horizon de temps envisagé pour la réalisation de cette contribution, 2021, rendait son évaluation quantitative relativement aléatoire.
498. Cette évaluation peut se faire dans le cadre de la construction de scénarios prospectifs, tenant compte à la fois des effets anticoncurrentiels et pro-concurrentiels de l'opération, comme évoqué infra dans la section sur les effets congloméraux.

3. EXEMPLES DE CONTRIBUTIONS AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE

499. L'Autorité est susceptible de prendre en compte dans son analyse toutes les contributions au progrès économique, répondant aux critères ci-dessus, dès l'instant où elles sont démontrées par les parties. Sont illustrées, ci-dessous, les contributions les plus souvent invoquées par les parties.
500. Les gains de coût : de nombreuses concentrations conduisent à la réalisation, au sein de l'entreprise résultant de l'opération, de gains de coût, qu'il s'agisse de gains par effet d'échelle ou de gains de productivité. Il appartient aux parties qui le souhaitent de démontrer que les gains de coût envisagés répondent aux critères ci-dessus, en particulier qu'ils seront transférés, au moins en partie, à la collectivité dans son ensemble ou aux consommateurs, sous forme de baisse de prix, de l'amélioration de la qualité de l'offre ou de l'enrichissement du choix proposé au consommateur.
501. L'opération Ouest France / Socpresse¹⁸⁴ fournit un exemple de cas où les synergies de coût envisagées étaient effectivement transférables, pour partie, aux consommateurs. Le ministre a relevé dans sa décision qu'*« au plan économique, il ressort des éléments du dossier que l'opération va entraîner des économies de coûts substantielles. Ces économies résulteront de la mutualisation des informations par nature indifférenciées, de la mise en commun des régies publicitaires, des réseaux de distribution et des prestations de pré- presse et du transfert de l'impression de Presse Océan sur l'outil industriel de Ouest-France. »*. Le transfert aux consommateurs

¹⁸³ Décision du ministre C2007-14 du 13 novembre 2007, avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-10 du 26 septembre 2007.

¹⁸⁴ Décision du ministre C2005-18 du 28 octobre 2005, avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-18 du 11 octobre 2005.

des gains réalisés résultait du fait que, comme l'a indiqué le Conseil dans son avis, « *les économies réalisées apparaissent de nature à remplacer les trois titres acquis dans une situation durablement viable* ». En effet, « *la nouvelle entité a économiquement tout intérêt à amortir les coûts fixes de son activité sur un volume maximum de ventes. En outre, compte tenu du fort attachement des lecteurs de PQR [presse quotidienne régionale] à leur titre de prédilection, le groupe Ouest- France tirera avantage à poursuivre l'édition des titres acquis. Cette double incitation est donc de nature à garantir à tout le moins le maintien du tirage actuel. Il s'ensuit que les annonceurs locaux et les particuliers continueront d'avoir accès à plusieurs supports différenciés largement diffusés. La distribution du titre Presse Océan, qui est irrégulière aujourd'hui en raison de sa situation financière très fragile sera également pérennisée et rationalisée. Les annonceurs locaux et les particuliers profiteront donc de cette nouvelle régularité dans la diffusion du journal. Enfin, les annonceurs des titres du pôle Ouest bénéficieront d'une amélioration de la qualité des journaux (augmentation du nombre de pages couleurs), et de l'élargissement de l'audience (possibilité de consulter les petites annonces sur Internet ; rationalisation de la distribution des titres, mettant fin aux incertitudes actuelles quant à la livraison des titres de PQR le matin dans certains départements). L'ensemble de ces éléments, participant à l'amélioration de la qualité des titres de la nouvelle entité, accroissent l'attractivité de ces derniers. Ainsi, sur les marchés de la publicité et des petites annonces, cette attractivité est en mesure de compenser, pour les annonceurs locaux et les particuliers, une éventuelle augmentation des prix des espaces publicitaires.* »

502. L'opération Alliance Santé Distribution/ Ouest Répartition Pharmaceutique¹⁸⁵ fournit un autre exemple où, en revanche, le transfert à la collectivité des gains de coût espérés n'a pas été démontré. En l'espèce, compte tenu de la prédominance des coûts fixes dans l'économie du secteur, de la faible incitation qu'auraient les parties à répercuter des gains éventuels à leurs clients compte tenu du caractère oligopolistique du marché et de sa faible pression concurrentielle, de la faible élasticité prix de la demande finale et des contraintes réglementaires sur les prix finaux, le ministre a considéré que des gains d'efficacité éventuels ne seraient pas transférés aux consommateurs.
503. Il convient de noter, comme l'illustre notamment ce dernier exemple, qu'il est plus probable que les gains d'efficacité conduisant à des réductions des coûts variables ou marginaux entraînent une baisse des prix à la consommation que les réductions de coûts fixes, le rapport entre les coûts fixes et les prix à la consommation étant habituellement moins direct, au moins à court terme. Néanmoins, et comme le montrent les exemples suivants, il est possible de prendre en compte l'effet de l'opération sur les coûts fixes même si il est moins aisé de démontrer que ces gains de coûts fixes seront transmis aux consommateurs.
504. L'enrichissement et l'amélioration de la qualité des produits et services offerts aux consommateurs constituent une autre source de contribution au progrès économique susceptible d'être retenue dans le bilan d'une opération, en particulier dans les opérations conglomerales. L'opération

¹⁸⁵ Voir la décision du ministre C2002-21 du 20 janvier 2003.

Ouest France / Socpresse ci-dessous fournit un exemple où cet argument a été retenu. En revanche, dans l'opération Canal Plus / TPS¹⁸⁶, cet argument a été rejeté. Le ministre indique dans sa décision qu'« *une des motivations principales, avancées par le groupe acquéreur, expliquant la réalisation de l'opération, est l'enrichissement du contenu des offres proposées aux consommateurs en raison des économies de coûts à l'amont. En effet, la disparition de TPS permettrait de mettre fin à des coûts élevés artificiellement maintenus par la concurrence en amont entre les deux plates-formes satellites.* ». Le ministre a relevé que « *la réunion au sein d'une même offre de télévision payante, de contenus actuellement « éclatés » entre les offres de TPS et de CanalSat pourrait représenter un réelle augmentation du surplus du consommateur en termes de qualité de l'offre. Cette évolution, mise en avant par les parties, est en effet très souhaitable.* » Cependant, « *un enrichissement du contenu des offres proposées aux consommateurs pourrait s'accompagner d'une augmentation des prix des abonnements, ce qui constitue une atteinte à la concurrence si cette augmentation est significative et non proportionnelle à l'accroissement de la qualité du contenu.* » Et surtout, « *l'enrichissement du contenu des offres proposées par la nouvelle entité aux consommateurs vient de la disparition d'un concurrent (TPS), qui entraîne une baisse des coûts de l'acquisition de contenus. Or cette disparition conforte la position, déjà importante, du groupe acquéreur sur les marchés amont. Un tel renforcement s'accompagne forcément d'une diminution de la pression concurrentielle exercée par les opérateurs tiers, ce qui peut à terme s'avérer préjudiciable pour la concurrence.* »

505. Les retombées économiques pour la collectivité: par exemple, dans l'opération CCIP / Unibail mentionnée ci-dessus, le ministre et le Conseil de la concurrence ont apprécié les retombées économiques pour la collectivité que pouvait permettre le rapprochement des sites de foires et salons des entreprises concernées: « *il paraît bien établi que les activités de foires, salons et congrès créent des externalités positives pour les marchés géographiques où elles se tiennent, ce qui explique d'ailleurs pourquoi les collectivités locales potentiellement bénéficiaires acceptent assez souvent de contribuer à l'effort d'investissement pour la création ou la modernisation des sites.* ». Autre exemple, dans son avis relatif à l'opération TDF / Bouygtel¹⁸⁷ consistant en l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom, le Conseil a noté qu'« *une mutualisation accrue des pylônes cédés contribue au développement des marchés de la téléphonie mobile, et notamment à l'ouverture du marché de l'UMTS, en réduisant les besoins en investissement de chacun des opérateurs concernés.* », qu'« *un partage des sites et des éléments passifs permettrait de réaliser, en moyenne, une économie de 20 à 30 % sur les coûts d'investissements du réseau* » et que « *la mutualisation [pouvait] donc être considérée comme un objectif d'intérêt général* ». Toutefois, tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont indiqué que cette mutualisation ne pouvait être acceptée du point de vue du droit de la concurrence que si elle s'exerçait de manière

¹⁸⁶ Décision du ministre C2006-02 du 30 août 2006, avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 du 13 juillet 2006.

¹⁸⁷ Avis du Conseil de la concurrence n° 2002-A-04 du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom.

complète, transparente et non discriminatoire, ce qui a conduit à une autorisation sous réserve d'engagements.

506. L'amélioration des capacités d'innovation et le renforcement des moyens de recherche et développement : par exemple, dans l'opération Dolisos / Boiron¹⁸⁸, les parties ont développé un argumentaire reposant sur le fait que l'opération permettrait de dégager des ressources financières pour la R&D, que le développement de l'homéopathie contribuerait à la réduction du déficit de la sécurité sociale, que les progrès scientifiques attendus des investissements de R&D profiteraient aux consommateurs et contribueraient à la promotion de l'homéopathie en général, et donc, à l'entité fusionnée aussi bien qu'à ses concurrents actuels et potentiels. Le Conseil a considéré que l'augmentation des moyens financiers consacrés à la R&D était effectivement *« de nature à accroître la probabilité d'obtention de résultats, et ce faisant la probabilité de transmission des gains aux consommateurs. »*, même si, par nature, la contribution au progrès économique des investissements de R&D est toujours difficile à évaluer compte-tenu des aléas inhérents à la recherche.
507. L'amélioration de la compétitivité internationale des entreprises peut aussi constituer une contribution au progrès économique si elle est susceptible de bénéficier aux consommateurs français. Par exemple, sur le rachat par Coca-Cola des actifs relatifs à la marque Orangina du groupe Pernod-Ricard, le Conseil d'État a indiqué que *« la société requérante fait état des perspectives de développement qui seraient ouvertes à la marque « Orangina » à l'étranger grâce à l'opération projetée, des possibilités de développement qu'offrirait au groupe Pernod-Ricard le produit de la cession de ses actifs relatifs aux boissons « Orangina » et des effets bénéfiques de cette cession pour la collectivité ; que, toutefois, dès lors que cette cession des actifs relatifs aux boissons « Orangina » pour ce qui concerne les activités internationales n'est pas interdite, le développement à l'étranger de cette marque, qui au demeurant ne bénéficierait que de manière limitée à l'économie française, peut être assuré sans que soient cédés les actifs concernant le marché national. »*¹⁸⁹.
508. Les gains d'efficacité économique spécifiques aux concentrations verticales : les concentrations verticales, en permettant une meilleure articulation des décisions prises entre fournisseurs et distributeurs, peuvent générer des gains d'efficacité qui leur sont spécifiques. En effet, les relations entre fournisseurs et distributeurs peuvent être sujettes à des externalités que l'intégration permet d'internaliser. En particulier, lorsqu'un fournisseur choisit son prix de gros, il tient compte de sa propre marge (marge de gros), mais ne prend pas en compte celle du ou des distributeur(s) non intégrés (marge de détail). En choisissant un prix de gros plus élevé, le fabricant réduit, toutes choses égales par ailleurs, la marge de détail des distributeurs, exerçant ainsi sur eux une externalité négative. L'addition des deux marges, de gros et de détail, conduit à des prix plus élevés que ceux que choisirait la structure intégrée. Cette dernière prend en effet en compte la marge totale, somme des marges de gros et de détail, ce que ne fait pas le

¹⁸⁸ Avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-01 du 7 janvier 2005 relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron.

¹⁸⁹ Décision du Conseil d'État du 6 octobre 2000 n° 216645.

fournisseur non intégré. L'intégration verticale permet de supprimer l'inefficacité de double marginalisation, ce qui, dans certains cas, peut profiter aux consommateurs.

509. De la même façon, une entreprise intégrée est *a priori* plus encline à investir en amont dans des dépenses dont les bénéfices sont surtout attendus en aval, par exemple à adopter des designs, des processus de production ou des packaging qui favorisent les économies de coût de distribution. Symétriquement, les branches aval sont plus fortement incitées à assurer la promotion des produits.
510. Par exemple, dans l'affaire relative à l'acquisition de plusieurs entrepôts par le groupe Scottish&Newcastle-Kronenbourg¹⁹⁰, le Conseil a examiné les gains d'efficacité que l'intégration entre un brasseur et la distribution de boissons aux CHR est susceptible de générer. Selon Kronenbourg, une telle intégration permettait de supprimer la double marginalisation mais également de mieux coordonner les efforts du brasseur et du distributeur en ce qui concerne la qualité et la promotion des produits vendus. Néanmoins dans ce cas, le Conseil a constaté que les relations tarifaires entre le brasseur et les entrepositaires présentaient certaines spécificités qui ne favorisaient pas la suppression de la double marge et que, de ce fait, les gains d'efficacité allégués ne pouvaient être attendus de l'opération.
511. Dans les concentrations conglomérales, des économies de gamme sont généralement attendues et les consommateurs peuvent directement bénéficier du regroupement de leurs achats auprès d'un seul interlocuteur (« *one-stop shopping* »)¹⁹¹.

M. L'ARGUMENT DE L'ENTREPRISE DÉFAILLANTE

512. Dans le cas particulier de la reprise par un concurrent d'une entreprise, qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée, l'Autorité de la concurrence peut envisager d'autoriser l'opération, même si elle porte atteinte à la concurrence. La pratique décisionnelle de l'Autorité s'inspire à cet égard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt « Kali et Salz » du 31 mars 1998¹⁹²), selon laquelle en cas de reprise, par un concurrent, d'une entreprise en difficulté, l'opération peut être autorisée sans être assortie de prescriptions lorsqu'il apparaît que les effets de l'opération ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté. Les trois critères cumulatifs définis par la Cour dans cet arrêt ont été repris par le Conseil d'État, dans une décision du 6 février 2004¹⁹³. Il peut être considéré que les effets d'une opération ne seraient pas plus dommageables pour la concurrence que la disparition de l'entreprise en difficulté lorsque :

¹⁹⁰ Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-08 du 18 mai 2004.

¹⁹¹ Lignes directrices de la Commission européenne sur les concentrations non horizontales du 18 octobre 2008 précitées.

¹⁹² Arrêt de la CJCE du 31 mars 1998, « kali et Salz », aff. 68/94 et 30/95, Rec. p. I-1375.

¹⁹³ Arrêt du Conseil d'Etat du 6 février 2004 relatif à la concentration SEB / Moulinex (Société royal Philips Electronic et autres c/ ministre de l'économie), n° 249267.

- ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise,
 - il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise,
 - la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.
513. Le Conseil d'État a, dans cette décision, précisé comme suit ces critères d'application « ... *s'agissant de la reprise, par un concurrent, d'une société en difficulté, [le ministre] doit autoriser l'opération sans l'assortir de prescriptions lorsqu'il apparaît au terme de ce bilan que les effets de cette opération sur la concurrence ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté, c'est-à-dire s'il est établi, en premier lieu, que ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise et, en troisième lieu, que la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée* ».
514. Les cas où cet argument a été retenu par les autorités de concurrence nationales sont trop peu nombreux à ce jour pour qu'une méthode systématique d'analyse puisse être dégagée. Les principales opérations récentes où l'argument de l'entreprise défaillante a fait l'objet d'un examen sont les opérations Boiron/ Dolisos¹⁹⁴, Seb/Moulinex¹⁹⁵, EBSCO / Rowecom France¹⁹⁶, et Alliance Santé Distribution (ASD) / Ouest Répartition Pharmaceutique (ORP)¹⁹⁷ qui permettent d'illustrer comment les trois critères énoncés par le Conseil d'État sont susceptibles d'être analysés.
515. La disparition rapide de la société en l'absence de reprise : dans les opérations Seb / Moulinex et ASD / ORP, la satisfaction de ce critère s'appuyait sur le fait que les sociétés cibles étant en cessation de paiement et avaient fait l'objet d'une procédure collective devant le tribunal de commerce. Dans l'opération EBSCO / Rowecom France, bien le tribunal de commerce ait prononcé la levée de la cessation de paiement de la cible, le ministre a considéré que le premier critère était bien rempli en raison de la dégradation de la situation financière de la cible postérieure à la décision du tribunal, et du fait que sa maison mère de la cible était en faillite aux États-Unis entraînant, en France, le retrait par certaines banques de crédits accordés à la cible et le refus de fournisseurs de livrer les produits non payés.

¹⁹⁴ Décision du ministre C2004-114 du 21 février 2005, avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-01 du 7 janvier 2005.

¹⁹⁵ L'opération Seb / Moulinex a fait l'objet d'un premier examen par le ministre (décision C2002-2 du 5 juillet 2002) avec avis du Conseil de la concurrence (avis n°02-A-07 du 15 mai 2002). Après l'annulation de la décision du ministre par le Conseil d'État (décision du 6 février 2004 n° 249267), l'opération a fait l'objet d'un second examen par le ministre (décision C2004-40 du 6 février 2004) avec avis du Conseil de la concurrence (n° 04-A-16 du 28 juillet 2004). Le recours en annulation de cette seconde décision auprès du Conseil d'État par la société de Longhi a été rejeté (décision du Conseil d'État du 13 février 2006 n°278796).

¹⁹⁶ Décision du ministre C2003-45 du 25 avril 2003.

¹⁹⁷ Décision du ministre C2002-21 du 20 janvier 2003 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-15 du 23 décembre 2002.

516. Absence d'offres de reprise moins dommageables pour la concurrence : dans les opérations Seb/Moulinex et ASD / ORP, la démonstration du deuxième critère s'est aussi appuyée sur la décision du tribunal de commerce montrant l'absence d'offres alternatives sérieuses. Dans l'opération EBSCO / Rowecom, le ministre a considéré que le second critère était rempli du fait qu'une acquisition par le seul repreneur crédible s'étant déclaré ne serait pas moins dommageable pour la concurrence, et du fait qu'on pouvait, compte-tenu des réponses au test de marché, *« raisonnablement exclure toute possibilité de reprise par un autre concurrent (actuel ou potentiel) dans la mesure où aucun d'entre eux n'est capable d'apporter les fonds nécessaires au maintien de l'activité de Rowecom France, laquelle nécessite une trésorerie très importante, en raison notamment des avances aux éditeurs »*.
517. En revanche, dans l'opération Boiron / Dolisos, le ministre comme le Conseil de la concurrence ont considéré que ce deuxième critère n'était pas rempli. Le Conseil a rappelé dans son avis qu'*« en l'absence de procédure collective, avec appel public à repreneur, il appartient aux parties de démontrer, par tous moyens, qu'il n'existait pas d'autre alternative d'achat des laboratoires Dolisos »*. Les éléments fournis par les parties se sont cependant avérés insuffisants pour démontrer la satisfaction de cette condition. De plus, une société étrangère avait déclaré son intérêt à pénétrer le marché français, Dolisos constituant une cible d'acquisition possible. Enfin, il existait de nombreux concurrents étrangers susceptibles d'être intéressés, même si ils ne s'étaient pas déclarés.
518. Neutralité pour les consommateurs : dans l'affaire EBSCO / Rowecom, le ministre a considéré que le troisième critère énoncé par le Conseil d'État était rempli : *« s'agissant en effet d'un marché d'appels d'offres, il convient de s'attacher davantage au nombre d'opérateurs susceptibles de répondre à un appel d'offres qu'au niveau de parts de marché. Que l'opération ait lieu ou non, le nombre d'opérateurs internationaux, capables de répondre aux différentes demandes, passera inéluctablement de 3 à 2, face à des concurrents « résiduels » souvent spécialisés et bénéficiant d'une capacité financière et commerciale bien moindre que celle des deux principaux offreurs. »*. il a conclu que *« si l'opération ne se réalisait pas, la structure de la concurrence se détériorerait de manière au moins aussi dommageable que postérieurement à la concentration examinée. »*
519. Dans l'opération ASD / ORP, qui intervenait sur un marché oligopolistique, différents scénarios prospectifs ont été investigués, tant par le ministre que le Conseil de la concurrence, pour déterminer si la reprise d'ORP par ASD était moins dommageable que sa disparition pour la concurrence et les consommateurs. Les scénarios établis ont pris en compte la possible création d'une position dominante collective qu'ORP disparaisse ou soit racheté, les stratégies non coordonnées qu'ASD pouvait envisager, le fait que la reprise d'ORP par ASD créait une asymétrie dans l'oligopole susceptible de le déstabiliser, le fait que les concurrents d'ASD était cependant à même de recréer la symétrie en élargissant leurs offres, et les risques d'éviction des acteurs de la frange concurrentielle. Il est ressorti de cette analyse que la disparition d'ORP *« serait aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par ASD »*. En conséquence, le troisième critère a été considéré comme rempli, et l'opération autorisée, malgré des risques

sérieux d'atteinte à la concurrence par création d'une position dominante collective.

520. En revanche, dans l'affaire SEB / Moulinex, le Conseil d'État a considéré que la satisfaction du troisième critère n'avait pas été démontrée par le ministre qui avait autorisé l'opération. Le Conseil d'État a notamment souligné qu'« *en estimant qu'une éventuelle acquisition des marques détenues par la société Moulinex, sans reprise des actifs industriels, ne modifiait pas l'analyse, le ministre a méconnu les possibilités offertes par une telle acquisition à un opérateur désireux de pénétrer le marché français du petit électroménager, sur lequel, d'après le ministre lui-même, la principale barrière à l'entrée était constituée par les marques* ». Ainsi, un scénario éventuellement moins dommageable pour la concurrence, et plus favorable aux consommateurs, que la reprise projetée pouvait être envisagé.

N. LES MESURES CORRECTIVES

521. Lorsqu'une opération porte significativement atteinte à la concurrence, que les gains d'efficacité économique qu'elle apporte sont insuffisants pour compenser cette atteinte, et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'opération ne peut être autorisée que si elle est corrigée par des mesures remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence.
522. Ces mesures peuvent prendre la forme, soit d'engagements pris par les parties au titre de l'article L. 430-5-II en phase 1 ou de l'article L. 430-7-II en phase 2, soit d'injonctions et de prescriptions imposées au titre de l'article L. 430-7-III. Cet article précise que l'Autorité peut autoriser l'opération « *en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.* »
523. Le recours aux injonctions et prescriptions est rare. De 2000 à 2008, sur 64 opérations de concentration autorisées en France sous conditions, 61 l'ont été sous réserve d'exécution d'engagements pris par les parties et seulement 3 sous réserve d'exécution d'injonctions ou prescriptions imposées par l'autorité de concurrence. En effet, les autorités de concurrence n'envisagent d'imposer des injonctions ou prescriptions que lorsque les parties refusent de proposer des engagements alors que l'opération porte significativement atteinte à la concurrence, ou que les engagements proposés sont insuffisants.
524. Ce sont les parties qui sont tenues de proposer des engagements suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence et de fournir les informations nécessaires aux fins de l'appréciation de ces engagements. L'Autorité peut toutefois estimer que les engagements proposés sont insuffisants et ne permettent pas de supprimer les atteintes à la concurrence identifiées.

525. De façon plus précise, pour être acceptés, les engagements doivent répondre à plusieurs critères :

- ils doivent être efficaces, c'est-à-dire qu'ils permettent effectivement de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées ;
- leur mise en œuvre ne doit pas soulever de doute, ce qui implique qu'ils soient rédigés de manière précise, sans ambiguïté, et que les modalités opérationnelles pour les réaliser soient suffisamment détaillées ;
- leur mise en œuvre doit être rapide, la concurrence n'étant pas préservée tant qu'ils ne sont pas réalisés ;
- ils doivent être contrôlables. Pour ce faire, les parties doivent prévoir un dispositif de contrôle permettant à l'Autorité de s'assurer de leur réalisation effective dans leur lettre d'engagement.

526. Par ailleurs, l'Autorité veille à ce que :

- les mesures correctives, en particulier les injonctions, soient neutres : leur objectif est de protéger la concurrence en tant que telle, et non des concurrents spécifiques. En particulier, le pouvoir d'injonction de l'Autorité n'est pas un outil protectionniste visant à protéger des acteurs économiques nationaux ;
- les mesures correctives soient proportionnées¹⁹⁸, c'est-à-dire que les charges imposées aux entreprises, qui vont à l'encontre du principe de liberté du commerce et de l'industrie, soient strictement nécessaires pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante.

527. Dans son arrêt¹⁹⁹ Société The Coca-Cola Company, le Conseil d'État s'est ainsi prononcé sur la proportionnalité des engagements au regard de l'objectif de maintien d'une concurrence suffisante : « *Considérant, en premier lieu, que si l'entreprise requérante a [...] présenté des propositions d'engagements destinés à compenser les effets anticoncurrentiels relevés par les ministres compétents, dont la principale portait sur l'octroi à un tiers indépendant pour une durée garantie de cinq ans, d'une licence exclusive de vente et de distribution des produits "Orangina" sur une partie du marché "hors foyer", de telles propositions étaient insuffisantes en l'espèce en raison de la durée trop courte de la licence envisagée et de sa portée trop limitée ; que, par suite, en ne retenant pas lesdites propositions, les ministres n'ont pas procédé à une appréciation erronée ;*

Considérant, en second lieu, que la société THE COCA-COLA COMPANY soutient qu'il incombait aux ministres, dès lors qu'ils écartaient les propositions d'engagements formulées par elle, de définir les mesures adéquates et proportionnées susceptibles d'être imposées aux parties à l'opération de concentration et d'autoriser cette opération en l'assortissant de l'injonction de mettre en œuvre lesdites mesures ; qu'il résulte toutefois des pièces du dossier qu'eu égard à la nature et à l'importance des effets anticoncurrentiels du projet de concentration et à la difficulté corrélatrice de déterminer des mesures adéquates pour les compenser, la décision prise par

¹⁹⁸ Voir en particulier l'arrêt de Section du 9 avril 1999 du Conseil d'État, Société The Coca-Cola Company.

¹⁹⁹ Arrêt de Section du 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company (AJDA, 1999, p.611).

les ministres de s'opposer purement et simplement à l'opération projetée ne peut être regardée comme ayant porté une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie ; ».

528. L'Autorité de la concurrence recherche, en priorité, des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents²⁰⁰. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération. Dans certains cas, des mesures comportementales seules peuvent être retenues, par exemple lorsqu'aucun repreneur ne peut être trouvé pour les actifs qui pourraient être cédés pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés.
529. Quel que soit le type de mesure corrective retenue, la nomination d'un mandataire indépendant chargé du suivi de leur mise en œuvre est systématiquement prévue par l'Autorité. Son rôle, les dispositions de nature à garantir son indépendance vis-à-vis des parties et les modalités selon lesquelles il rend compte de sa mission à l'Autorité sont spécifiées dans les engagements souscrits.
530. Les principales mesures correctives sont détaillées ci-dessous.

1. LA CESSION D'ACTIVITÉS

a) Les caractéristiques de l'activité cédée

531. Pour qu'une cession d'activité puisse efficacement remédier aux atteintes à la concurrence, il est indispensable que l'activité cédée soit viable et compétitive. Pour ce faire, le périmètre de cession doit comprendre tous les actifs et l'ensemble du personnel nécessaires à son bon fonctionnement.
532. Ce périmètre doit être décrit, avec précision et sans ambiguïté, dans la proposition d'engagements des parties. Les parties veilleront à détailler les immobilisations corporelles et incorporelles (marques, droits de propriété intellectuelle, savoir-faire et fonds de commerce) cédées. Elles doivent préciser quelles sont les licences, permis et autorisations délivrés par les organismes publics, nécessaires au développement de l'activité cédée, et les inclure explicitement dans le périmètre de cession. Elles doivent expliciter quelles sont les contrats clients transmis. Enfin, elles doivent aussi indiquer, de manière générale, quel est le personnel transféré, y compris le personnel détaché, et mentionner les équipes ou les membres essentiels à la viabilité et la compétitivité de l'activité qu'elles s'engagent bien à transférer avec la propriété de l'activité.
533. Il est demandé aux cédants de s'engager à préserver, jusqu'à la réalisation de la cession, la viabilité économique, commerciale et concurrentielle des actifs cédés, notamment en s'abstenant de toute mesure ayant un impact défavorable sur leur valeur économique, sur leur gestion ou portant

²⁰⁰ Voir, à titre d'exemple, la décision de l'Autorité n° 09-DCC-016 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire

préjudice à leur périmètre d'activité. Par exemple, dans l'affaire CAFOM/FINCAR précitée, il a été demandé aux cédants de ne pas empêcher le repreneur d'établir un contrat de franchise avec la société Conforama.

534. Dans certains cas, la cession, au lieu de porter sur une activité économique autonome, peut se limiter à certains actifs, comme des brevets, des licences ou des marques, si leur cession est suffisante pour remédier aux atteintes à la concurrence identifiées.

b) Les caractéristiques de l'acquéreur approprié

535. Une cession d'activité n'est efficace que si l'acquéreur est approprié, c'est-à-dire si :

- il est indépendant des parties, d'un point de vue capitalistique et contractuel ;
- il possède les compétences et la capacité financière adéquates pour développer l'activité et concurrencer efficacement les parties ;
- l'acquisition n'est pas susceptible de créer de nouvelles atteintes à la concurrence.

536. L'identification de l'acquéreur peut se faire selon trois modalités :

- dans un délai fixé, après l'adoption de la décision, par les engagements. Dans ce cas, les parties, une fois l'acquéreur identifié, doivent en informer l'Autorité qui donne son agrément si cet acquéreur répond aux conditions ci-dessus. Cette modalité est la plus fréquente ;
- par règlement préalable : les parties peuvent proposer, au cours de l'instruction de l'opération auprès de l'Autorité de la concurrence, un acquéreur pour l'activité, avec lequel elles concluent un accord contraignant. Dans ce cas, l'Autorité apprécie si l'acquéreur est approprié avant de rendre sa décision ;
- enfin, la réalisation effective de l'opération peut être conditionnée à l'identification d'un acquéreur approprié. Cette solution peut être pertinente lorsque la réalisation de la cession présente de fortes incertitudes. Ces incertitudes peuvent provenir des difficultés à trouver un acquéreur approprié du fait de leur nombre réduit, des risques de dégradation de la valeur de l'activité pendant la période de transition, d'incertitudes liées à des droits de préemption détenus par des tiers ou liées à la possibilité de transférer des contrats clés ou de droits de propriété intellectuelle. Ce dispositif a, par exemple, été retenu par le ministre de l'économie dans la décision Panzani / Lustucru²⁰¹.

²⁰¹ C2002-14.

c) Les délais de cession

537. Les délais de cession, dans le cas où ils sont fixés par les engagements sans que la réalisation effective de l'opération soit conditionnée à l'agrément d'un acquéreur, doivent être les plus brefs possibles. En effet, la concurrence n'est pas préservée tant que la cession n'est pas réalisée. Pour apprécier le délai de cession proposé, l'Autorité de concurrence tient compte des circonstances de l'espèce et de l'intérêt légitime des parties à protéger la valeur de leurs actifs.
538. Ce délai varie selon la complexité de la mise en œuvre de l'opération mais est généralement inférieur à un an.
539. Par ailleurs, en plus de préciser le délai de cession, les engagements des parties doivent inclure la description des modalités de transition, et démontrer qu'elles sont suffisantes pour préserver la viabilité et la compétitivité de l'activité.

d) La nomination d'un mandataire chargé de la cession

540. La recherche d'un acquéreur approprié et la négociation des conditions de la cession peut être confiée, soit d'emblée, soit lorsqu'aucun acquéreur n'a été retenu au bout d'un certain délai, à un mandataire indépendant. Dans ce cas également, l'acquéreur est approuvé par l'Autorité.

e) Exemples de mesures correctives par cessions d'activités

541. Les cessions d'activités ou d'actifs peuvent être efficaces pour résoudre aussi bien des atteintes à la concurrence par effets horizontaux, que par effets verticaux, congloméraux ou par des effets coordonnés.
542. Les atteintes à la concurrence résultant du cumul des parts de marché des entreprises parties à la concentration (concentrations horizontales), peuvent être corrigées par des cessions d'actifs, comme l'illustrent, par exemple, la prise de contrôle de Socopa par Bigard dans le secteur de la viande, que le ministre de l'économie n'a autorisée que sous réserve de la mise en œuvre de plusieurs cessions d'abattoirs²⁰², ou encore la prise de contrôle des Echos par LVMH qui n'a été autorisée que sous réserve de la cession de La Tribune²⁰³.
543. Les cessions d'actifs peuvent aussi remédier à des atteintes à la concurrence identifiées dans des concentrations verticales ou conglomérales. Par exemple, en ce qui concerne le verrouillage de certains marchés locaux de distribution de la bière du fait de l'intégration verticale des brasseurs, le ministre de l'économie a enjoint, par arrêtés du 25 mai 2005, aux brasseurs Heineken et Kronenbourg de céder plusieurs entrepositaires grossistes. Dans l'affaire Lustucru/Panzani²⁰⁴, la cession par Panzani de la marque Lustucru et

²⁰² C2008-100, lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 17 février 2009 au conseil de la société Bigard, relative à une concentration dans le secteur de la viande.

²⁰³ C2007-97, Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 19 décembre 2007, aux conseils du groupe LVMH-Moët Hennessy – Louis Vuitton S.A., relative à une concentration dans le secteur de la presse écrite.

²⁰⁴ Décision du ministre C 2002-14 en date du 17 mai 2002 Lustucru/Panzani.

de l'ensemble des actifs matériels et immatériels nécessaires à l'activité Pâtes sèches de Lustucru a permis au ministre de conclure que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence par des effets congloméraux sous réserve de l'exécution des engagements souscrits.

544. Dans les concentrations où des effets coordonnés peuvent porter atteinte à la concurrence, le transfert d'une position de marché par cession d'actifs constitue une solution possible²⁰⁵. L'objectif est de créer ou de renforcer une dynamique concurrentielle capable de remettre en cause efficacement une éventuelle coordination. Ce type de remède a notamment été proposé dans l'affaire communautaire *Air Liquide/Messer Targets*²⁰⁶.

2. LA SUPPRESSION DE LIENS STRUCTURELS ENTRE DES CONCURRENTS

545. Dans certains cas, pour trancher le lien avec un concurrent important, les parties peuvent proposer la cession de participations minoritaires chez ce concurrent ou dans une entreprise détenue en commun.
546. Les parties peuvent aussi, à titre exceptionnel, proposer de renoncer aux droits liés à des parts minoritaires, sans céder ces parts. Le renoncement doit avoir les mêmes effets concurrentiels qu'une cession de part. Il doit être permanent et couvrir tous les droits susceptibles d'avoir une influence sur les comportements concurrentiels, tels que la représentation à un conseil d'administration, des droits de veto et des droits à l'information.
547. Des mesures correctives visant à supprimer les liens structurels entre des concurrents ont été mis en œuvre dans différentes opérations, comme, par exemple dans l'affaire *Solvey/Montedison-Ausimont*²⁰⁷ où un engagement de sortie d'une entreprise commune visait à rompre certains liens structurels susceptibles de favoriser l'adoption et la stabilité d'un comportement coordonné, ou encore dans l'affaire *Nordbanken/Postgirot*²⁰⁸ avec, notamment, la suppression de représentants au conseil d'administration d'une entreprise concurrente.

3. LA CRÉATION DE NOUVELLES CAPACITÉS

548. Dans l'affaire CCIP/Unibail précitée²⁰⁹, les parties notifiantes se sont engagées à pallier les effets de la création d'une situation de monopole en créer de nouvelles surfaces d'exposition en région parisienne.

²⁰⁵ Voir à ce sujet la typologie de la Commission sur les remèdes dans les cas de position dominante collective : DG COMP, European Commission (2005), Merger Remedies Study.

²⁰⁶ Décision de la Commission du 15 mars 2004, affaire COMP/M.3314 - Air Liquide/Messer Targets.

²⁰⁷ Décision de la Commission du 09 avril 2002, affaire COMP/M.2690 - Solvay /Montedison-Ausimont.

²⁰⁸ Décision de la Commission du 08 novembre 2001, affaire COMP/M.2567 - Nordbanken/Postgirot.

²⁰⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-10 du 26 septembre 2007 et décision du ministre C2007/14 du 13 novembre 2007, CCIP/Unibail.

4. LES MESURES CORRECTIVES COMPORTEMENTALES

549. Les mesures correctives comportementales peuvent être de nature différente, en fonction des objectifs auxquels ils répondent. Par exemple, ils peuvent porter sur :
- l'octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures, de manière non discriminatoire et transparente,
 - l'octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies,
 - un aménagement des relations tarifaires,
 - la résiliation ou la modification de contrats d'exclusivité,
 - l'aménagement des conditions de distribution, ou d'approvisionnement d'un produit,
 - la divulgation d'informations sur une base non exclusive.
550. Les mesures comportementales peuvent être envisagées en complément de mesures structurelles. Par exemple, dans la décision du ministre de l'économie, Lesieur/ Puget²¹⁰ Lesieur s'est engagé à céder la marque d'huile d'olive « Oli » mais aussi à cesser de pratiquer des remises de gammes et d'assortiment. Autres exemples : pour plusieurs opérations sur lesquelles la Commission a conclu qu'elles portaient atteinte à la concurrence du fait de la disparition d'un concurrent potentiel, des engagements combinant cessions d'actifs et obligations de conférer l'accès à des infrastructures essentielles ont été combinés afin de renforcer la crédibilité des concurrents potentiels restant sur le marché²¹¹.
551. Les mesures comportementales peuvent aussi être envisagées comme un substitut –temporaire ou non- à des mesures structurelles, en particulier lorsqu'une cession est difficilement envisageable. Par exemple, dans la décision rendue sur la fusion des groupes Banques Populaires et Caisses d'Épargne, l'Autorité a constaté que la cession d'une partie des actifs détenus par le nouveau groupe à La Réunion serait difficile au regard de la crise que connaît actuellement le secteur financier et de la gravité particulière qu'elle revêt outre-mer. Des mesures visant à maintenir l'autonomie de gestion et l'indépendance juridique des trois réseaux d'agence du nouveau groupe à La Réunion ont été préférées sachant que, dans l'hypothèse où leur non-respect ou inefficacité serait constatée, un engagement de cession d'actifs leur serait substitué de plein droit.
552. Des mesures correctives comportementales visant à protéger les consommateurs des effets de l'opération et à limiter les barrières à l'entrée pour de nouveaux entrants ont été mises en œuvre pour les opérations CCIP/Unibail et TPS/CanalPlus concernant des fusions sur des marchés en duopole²¹². Par exemple, dans l'affaire Canal +/TPS, de nombreux engagements comportementaux ont été pris par les parties afin de permettre

²¹⁰ Décision du ministre C 2004-130 du 18 novembre 2004 Lesieur/Puget.

²¹¹ Voir les décisions Air Liquide/BOC, Telia/Telenor et EDF/EnBW citées au chapitre sur la disparition d'un concurrent potentiel.

²¹² Décision du ministre C2006-02 du 30 août 2006, avis du Conseil de la concurrence n°06-A-13 du 13 juillet 2006, TPS/Canal + et Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-10 du 26 septembre 2007 et décision du ministre C2007/14 du 13 novembre 2007, CCIP/Unibail.

aux concurrents qui, contrairement au nouvel ensemble, n'étaient pas présents sur l'ensemble de la chaîne de valeur, d'accéder aux contenus afin d'éviter leur éviction des marchés (cession de droits d'exploitation non linéaire de films figurant au catalogue de la nouvelle entité à toute plateforme de distribution qui en ferait la demande ; engagement de mettre à disposition des distributeurs tiers sept chaînes (TPS Star, 3 chaînes de cinéma, une chaîne sport et deux chaînes jeunesse).

553. Des mesures comportementales peuvent aussi être envisagées pour remédier à des atteintes à la concurrence résultant d'une intégration verticale ou conglomérale. Par exemple, dans l'affaire *Arc/Callens*²¹³, les parties ont proposé un engagement portant sur le maintien de relations commerciales non discriminatoires avec les grossistes concurrents de la division aval, afin d'éliminer un risque de verrouillage des marchés aval. Dans l'affaire *Zürfluh-Feller*, les parties à l'opération se sont engagées à poursuivre la fabrication et la commercialisation des pièces qui permettent l'interopérabilité entre leurs accessoires et ceux de leurs concurrents²¹⁴ afin d'éliminer les risques d'atteinte à la concurrence par effets verticaux.
554. Dans certains cas, des atteintes à la concurrence par effets coordonnés ont été corrigées par des octrois d'une garantie d'accès, visant à renforcer des opérateurs rivaux. De telles mesures ont, par exemple, été proposées lors de l'affaire communautaire *Sell/DEA*²¹⁵. Elles ont également été adoptées, s'agissant du marché des viandes marinées, lors de l'opération *Groupe Bigard/Socopa Viande*²¹⁶. Dans ce dernier cas, l'acquéreur s'est engagé à conclure avec un tiers un contrat de licence exclusive de la marque Valtero, susceptible de faciliter son entrée sur le segment des marques de fabricants.
555. Les mesures correctives comportementales sont toujours prévues pour une durée déterminée, qui dépend du cas d'espèce.
556. Comme pour les mesures correctives structurales, l'Autorité en contrôle la bonne exécution. Pour ce faire, les parties peuvent proposer de rendre compte régulièrement à l'Autorité de l'avancement de leur mise en œuvre, soit directement, soit, dans les cas les plus complexes, par l'intermédiaire d'un mandataire spécifiquement désigné pour surveiller la réalisation de ces engagements et en rendre compte auprès de l'Autorité.
557. Le contrôle de l'Autorité s'appuie aussi sur la surveillance opérée par le marché, les acteurs pouvant informer le mandataire ou l'Autorité de la non-exécution d'un engagement. C'est pourquoi les engagements comportementaux sont toujours publiés, et les occultations limitées au strict nécessaire.

²¹³ Lettre du ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2004-86 du 24 novembre 2004 aux conseils du Groupe Arc International relative à une concentration dans le secteur de la distribution en gros des produits des arts de la table.

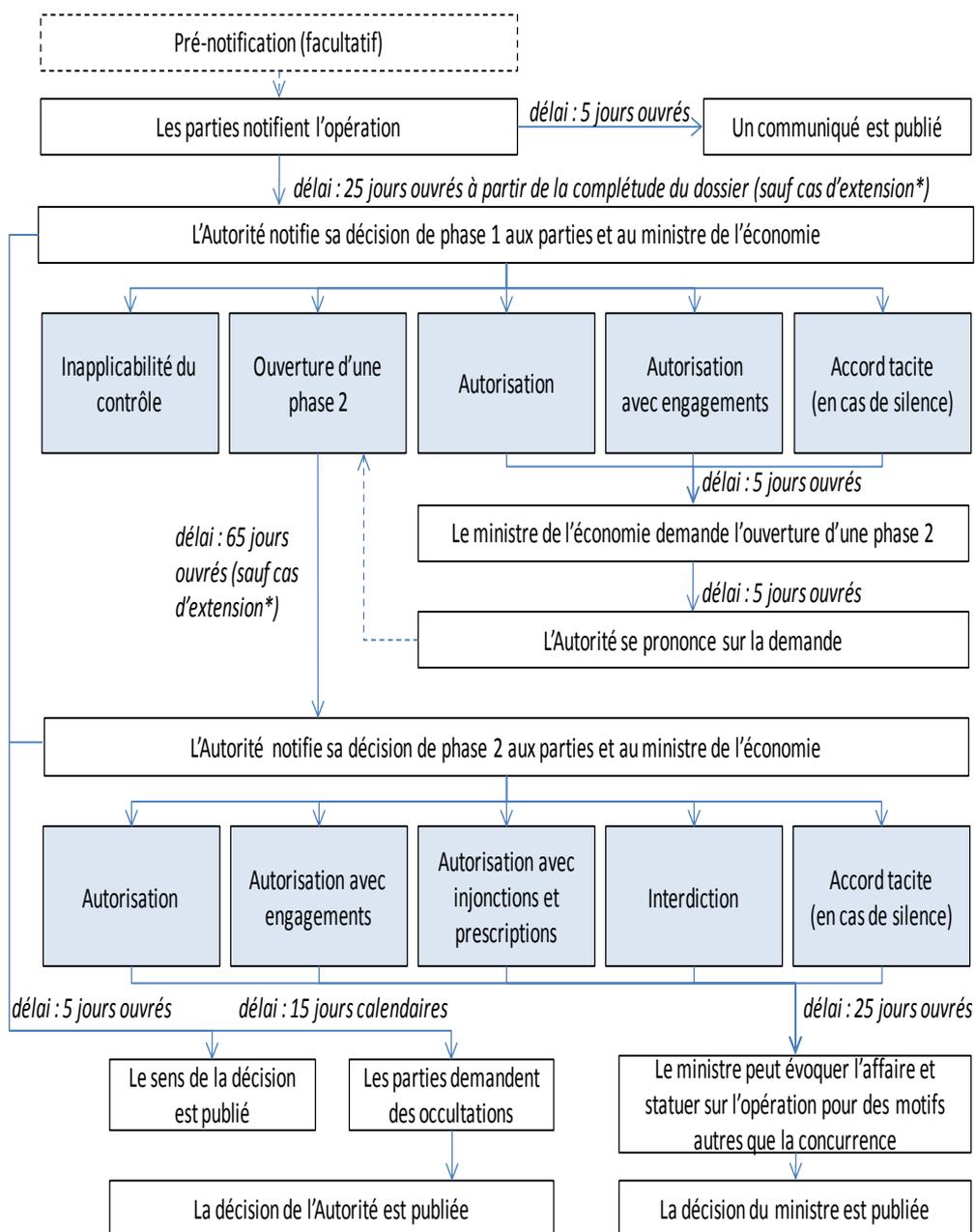
²¹⁴ Avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-08 du 14 mai 2008.

²¹⁵ Décision de la Commission du 20 décembre 2001, affaire COMP/M.2389 - Sell/DEA.

²¹⁶ Décision du ministre affaire Groupe Bigard/Socopa Viande du 11 février 2009 parue au BOCCRF du 17 février 2009.

VI. Annexes

A. VUE D'ENSEMBLE DE LA PROCÉDURE DE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS



* En phase 1, le délai est prolongé à 40 jours ouvrés lorsque des engagements sont déposés. Les parties peuvent aussi demander une prolongation dans la limite de 15 jours ouvrés. En phase 2, les délais sont prolongés de 20 jours ouvrés en cas de dépôt d'engagements moins de 20 jours avant le délai initialement prévu; les parties peuvent demander une prolongation (jusqu'à 20 jours); l'Autorité peut arrêter les délais lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées

B. RECOMMANDATIONS POUR LA SOUMISSION D'ÉTUDES ÉCONOMIQUES À L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

1. PRÉSENTATION DES ÉTUDES

558. La présente annexe formule des recommandations pour guider les entreprises et leurs conseils dans la présentation de travaux économiques, fournis à l'appui d'un dossier de notification, notamment lorsque ceux-ci reposent sur l'analyse de données statistiques. Ces recommandations visent à faciliter la communication entre les parties et les services de l'Autorité, de manière à ce que les études soumises puissent contribuer à l'instruction le plus efficacement possible.
559. Les études économiques doivent être rédigées de manière claire et transparente. Elles doivent expliciter et justifier l'ensemble des hypothèses retenues. Le service économique de l'Autorité doit être en mesure de reproduire l'ensemble des résultats présentés. Il doit donc disposer des données et de toutes les informations utiles sur les méthodes employées.
560. Les études soumises doivent, dans la mesure du possible, pouvoir être comprises indépendamment de tout document extérieur. Tous les éléments nécessaires à l'examen des raisonnements suivis et des principaux résultats présentés doivent figurer dans le corps du texte ou en annexe. Lorsqu'il n'est pas possible, pour des raisons matérielles, de joindre l'ensemble de ces éléments, les auteurs doivent inclure les références complètes et précises permettant d'y accéder facilement. Les études peuvent utilement mentionner les principaux travaux antérieurs ayant utilisé des données ou des méthodes comparables, qu'il s'agisse d'articles académiques, d'études sectorielles ou d'études économiques menées dans le cadre d'affaires de concurrence.
561. Au-delà du rappel d'arguments économiques de portée générale, les études doivent rendre compte des spécificités des marchés et des secteurs étudiés. Les méthodologies retenues doivent être adaptées au fonctionnement réel de chaque marché. Les résultats quantitatifs doivent être interprétés de façon intuitive, en illustrant de manière concrète l'ampleur des effets que l'on cherche à mesurer.
562. Les études doivent contenir un résumé écrit en langage non technique et accessible à des lecteurs non économistes. Le résumé décrit l'objectif de l'analyse, la nature des données utilisées, la méthodologie suivie, les résultats obtenus et leur robustesse. Le corps de l'étude développe ces différents points, en insistant sur le lien entre le fonctionnement concret du marché étudié et la méthodologie utilisée. L'étude doit inclure une bibliographie contenant la liste des travaux cités avec leurs références précises. Les éléments les plus techniques peuvent être reportés en annexe.
563. Le texte de l'étude et des annexes, ainsi que, le cas échéant, les fichiers de données et de programmes (voir ci-dessous), doivent être fournis en format électronique. Pour l'étude elle-même, le format pdf est souhaitable.
564. Il est recommandé aux parties d'engager les échanges avec les services d'instruction sur la méthodologie envisagée pour leurs études économiques, dès la phase de pré-notification. Ce dialogue peut conduire à modifier

certaines hypothèses et, dans certains cas, à faire évoluer l'approche de manière substantielle. Des échanges approfondis entre les entreprises et l'Autorité peuvent être nécessaires pour que les études économiques contribuent efficacement à l'instruction.

- 565. Les services d'instruction pourront organiser des réunions techniques, afin de discuter spécifiquement des études économiques. Ces réunions sont d'autant plus utiles qu'elles interviennent en amont dans la procédure.
- 566. Les auteurs des études peuvent fournir les coordonnées d'une personne à contacter pour répondre à d'éventuelles questions techniques ou de clarification.

2. CONTENU DES ÉTUDES

a) Sur les études économétriques

- 567. Les données statistiques sont l'ingrédient essentiel des études empiriques. Pour apprécier la portée des conclusions qui pourront être tirées de leur examen, il est essentiel de montrer en quoi elles sont de nature à éclairer l'Autorité sur les enjeux de concurrence et de discuter leurs qualités et leurs limites en termes de précision, de représentativité, de niveau d'agrégation, etc.
- 568. Les études doivent clairement exposer la démarche suivie pour aborder les préoccupations économiques spécifiques au cas d'espèce. Elles doivent expliciter l'ensemble des hypothèses retenues et montrer pourquoi la méthodologie choisie est adaptée aux données et à la problématique de concurrence.
- 569. Les résultats doivent être interprétés et commentés de manière intuitive, en termes économiques, au regard des éléments concrets du cas et des caractéristiques des marchés en cause. Les études doivent discuter la qualité des modélisations économétriques utilisées et vérifier l'adéquation des modèles aux données. La présentation des résultats doit donc inclure les tests standards de qualité et d'adéquation des modèles aux données. Les études doivent discuter la robustesse des résultats vis-à-vis de la spécification des modèles, de la sélection de l'échantillon et de la définition des variables. Elles doivent permettre d'apprécier la sensibilité des résultats aux différents paramètres et hypothèses utilisés.
- 570. Enfin, les services d'instruction doivent être en mesure de reproduire l'ensemble des résultats des études économétriques soumises par les parties. Les études doivent donc être accompagnées des données utilisées et de l'ensemble des programmes informatiques mis en œuvre, dans un format numérique permettant aux services d'instruction de les consulter sans difficultés (bases de données et programmes compatibles avec Stata ou Excel).
- 571. Plus précisément, s'agissant des données, les études soumises doivent être accompagnées des données brutes et des différents échantillons de travail utilisés, en format électronique. Elles doivent décrire précisément les

sources initiales des données étudiées, ainsi que la construction des différents échantillons sur lesquels les traitements statistiques ont été effectués.

572. Les études sont accompagnées des programmes informatiques ayant permis la constitution des échantillons de travail. Les programmes doivent être commentés. Les commentaires décrivent les modifications successives apportées aux données brutes : élimination des valeurs manquantes ou aberrantes, corrections d'erreurs de saisie, correction ou redressements des données, construction de nouvelles variables, etc.
573. Les études comprennent, dans un fichier spécifique, le « catalogue » de l'ensemble des variables utilisées. Ce catalogue indique, pour chaque variable, si elle est présente dans les données brutes ou si elle a été construite par les auteurs. Il donne le nom et la définition précise de chaque variable, ainsi que, le cas échéant, son mode de construction et toute information utile, par exemple son unité de mesure (milliers d'euros, tonnes, sans unité, etc.).
574. Les études présentent des statistiques descriptives détaillées pour les principales variables d'intérêt sur les échantillons de travail et, dans la mesure du possible, sur les données brutes. Ces statistiques renseignent notamment sur la représentativité des échantillons de travail.
575. Les soumissions doivent également comprendre les programmes commentés qui ont permis les traitements statistiques et économétriques appliqués aux données. Ces programmes doivent être commentés, afin d'être compris et répliqués par les services d'instruction.
576. Les études doivent être accompagnées d'un jeu de fichiers (données brutes et retraitées, programmes informatiques, catalogue de variables) qui peut être relativement complexe. Il peut alors être utile d'inclure un « mode d'emploi », pour décrire ces différents fichiers et l'ordre dans lequel ils doivent être exécutés pour obtenir les résultats présentés dans l'étude.

b) Sur les données de sondage

577. Lorsque les études se basent sur les résultats de sondages, elles doivent décrire de manière et claire et précise :
 - le questionnaire intégral avec l'ensemble des questions posées et des réponses possibles ;
 - les modalités pratiques d'interrogation (face à face, téléphone, Internet, etc.) ainsi que la période (et le cas échéant, le lieu) de l'enquête ;
 - la description de l'échantillon : la population visée, le plan de sondage, la taille et la méthode de constitution de l'échantillon ;
 - la description des réponses obtenues : taux de non réponse, cohérence des réponses, réponses manquantes ou exclues, etc.
578. Les résultats complets des sondages utilisés par les parties doivent être décrits et joints aux études. Celles-ci doivent discuter la représentativité des

échantillons, la fiabilité de la méthode de sondage, la pertinence des questions posées, les particularités des circonstances dans lesquelles s'est déroulé le sondage.

c) Sur les revues de littérature

579. Il peut être utile, pour éclairer les problématiques en jeu, de passer la littérature économique en revue. De telles revues de littérature, sans nécessairement être exhaustives, doivent présenter fidèlement l'état actuel des connaissances, discuter les hypothèses le plus souvent retenues et apprécier leur pertinence dans le cas d'espèce. Les études soumises doivent hiérarchiser les différents effets mentionnés par la littérature en fonction de leur vraisemblance et de leur ampleur probable dans le cas d'espèce.

d) Sur le recours à la modélisation économique

580. La formalisation mathématique peut être utile lorsqu'elle permet de présenter de manière plus rigoureuse les arguments et les mécanismes économiques en jeu. Les études qui utilisent ce type de technique doivent justifier les hypothèses adoptées, discuter la robustesse des résultats, expliquer de manière intuitive les mécanismes à l'œuvre et hiérarchiser les différents effets mis en évidence.

C. QUESTIONS RELATIVES AUX CONTRATS DE DISTRIBUTION

581. Les contrats de distribution peuvent prendre différentes formes. Les plus couramment soumis à l'examen de l'Autorité, dans le cadre du contrôle des concentrations, sont les contrats de franchise, d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants ou les contrats de concession automobile.

582. L'introduction par la LME de seuils de contrôlabilité spécifiques au commerce de détail²¹⁷ entraîne un accroissement du nombre de notifications qui mettent en cause de tels contrats. En particulier, plusieurs grands réseaux de distribution, qu'il s'agisse de la grande distribution alimentaire ou spécialisée, ont opté pour un mode d'organisation liant contractuellement des « adhérents du réseau » (concessionnaires, franchisés, coopérateurs, etc...) à une « tête de réseau » (qui peut être un concédant, un franchiseur ou une coopérative par exemple).

583. L'application du droit commun des concentrations aux relations existant au sein d'un tel réseau de distribution invite à s'intéresser à différentes questions (nature du contrôle, calcul du chiffre d'affaires, évaluation du pouvoir de marché, etc.). La présente annexe a donc pour objet de clarifier ces questions.

²¹⁷ II de l'article L. 430-2 du code de commerce.

1. CONTRAT DE DISTRIBUTION ET INFLUENCE DÉTERMINANTE

584. La seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce, que dans des cas très particuliers. Ainsi, la communication consolidée de la Commission rappelle que « *afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels).* »²¹⁸. Ainsi, s'agissant de magasins indépendants exploités dans le cadre d'un contrat d'enseigne, la conclusion initiale de ces contrats, à elle seule, ne constitue généralement pas une opération de concentration. Il en est de même *a priori* lorsque ces magasins s'affilient à un autre réseau et changent d'enseigne²¹⁹.
585. La Commission a affirmé ce principe s'agissant plus particulièrement des contrats de franchise : « *les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur* »²²⁰. Dans sa décision M. 940 UBS/Mister Minit du 9 juillet 1997, la Commission a estimé que les dispositions « typiques » (obligation pour le franchisé de respecter les normes de commercialisation du franchiseur, préservation des droits de propriété intellectuelle du franchiseur, etc.) d'un accord de franchise n'étaient pas de nature à conférer une influence déterminante du franchiseur sur son franchisé, dans la mesure où ce dernier continuait de supporter les risques commerciaux inhérents à son activité (gestion du stock et de l'approvisionnement, fixation des prix).
586. Les contrats de distribution sont cependant susceptibles, pris conjointement avec d'autres éléments de droit ou de fait, de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité examine toutes les clauses qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale (par exemple, à travers des mécanismes contractuels qui transfèrent, tout ou partie, du risque commercial de l'adhérent vers la tête de réseau) que dans les possibilités de changer de réseau, et détermine si elles sont suffisantes pour conférer à la « tête de réseau » une influence déterminante sur l'entreprise de son « adhérent »²²¹.

²¹⁸ Paragraphe 18 de la communication consolidée de la Commission.

²¹⁹ Lettre 09-DCC-23 du 23 juillet 2009 relative au changement d'enseigne de points de vente sous enseigne Vêti vers l'enseigne Kiabi : « *Au cas d'espèce, les contrats de commission affiliation prévoient que les sociétés d'exploitation concernées seront libres de définir leur stratégie commerciale et notamment de fixer leurs tarifs, AFFIPART ayant cependant la possibilité d'indiquer à ces dernières un prix maximum conseillé. Par ailleurs, les sociétés d'exploitation assumeront les risques financiers et commerciaux liés à leur activité et devront ainsi supporter, notamment, le coût des invendus. KIABI, via AFFIPART, n'exercera donc pas d'influence déterminante sur les sociétés d'exploitation concernées.* »

²²⁰ Paragraphe 19 de la Communication consolidée de la Commission.

²²¹ Voir par exemple la décision France Telecom / CET du 4 janvier 2008 sur les accords de distribution exclusive joints à des relations de prêteurs et à la conclusion de baux commerciaux.

587. En particulier, il est possible qu'un accord de franchise ou d'adhésion à un réseau de commerçants indépendants s'accompagne d'une acquisition d'actifs (fonds de commerce, stocks, locaux) susceptible de donner à la tête de réseau le contrôle des actifs du franchisé ou de l'adhérent. L'opération par laquelle ces actifs sont acquis est alors susceptible de relever du droit des concentrations s'il est possible d'attribuer à ces actifs un chiffre d'affaires déterminé et si les seuils en chiffre d'affaires sont atteints. Dans sa décision M.890 Blocker / Toys « R » Us, la Commission a en effet souligné que « *le simple fait que l'accord de franchise fasse partie de l'opération ne saurait exempter l'ensemble de l'opération de l'application du règlement sur les concentrations* ».
588. De la même manière, si la tête du réseau de distribution prend au capital de l'adhérent une participation qui lui permet d'exercer un contrôle unique ou conjoint sur ce dernier, l'opération peut sans difficulté être qualifiée de concentration²²².
589. Le cas où seule une participation minoritaire est acquise est plus délicat. Une telle prise de participation peut principalement avoir pour objectif de protéger les intérêts financiers des actionnaires minoritaires en tant qu'investisseurs et ne suffit *a priori* pas, à elle seule, à conférer au franchiseur (au concédant ou à la coopérative) une influence déterminante sur le franchisé (le concessionnaire ou l'adhérent). Néanmoins, ce type d'opération peut s'accompagner d'une modification des statuts de l'entreprise concernée. L'Autorité apprécie dans ce cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent. Par exemple, si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, ils permettent à la tête du réseau de distribution d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau. L'Autorité considère alors que cette participation minoritaire, jointe au contrat de distribution, confère à la tête de réseau une influence déterminante²²³. Il en est de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent *de facto* l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De tels statuts dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voir même de la détention d'une seule action de préférence²²⁴.

²²² C2006-18 Conforama / Sodice Expansion, décision du 24 février 2006 publiée au BOCCRF électronique du 22 juin 2006 (Sodice Expansion, premier franchisé de Conforama) et C2006-15 Carrefour / Hamon, décision du 14 avril 2006 publiée au BOCCRF électronique du 15 septembre 2006 (les magasins étaient franchisés sous deux enseignes de Carrefour préalablement à l'opération. Par ailleurs, la situation inverse de prise de contrôle d'une tête de réseau par son principal franchisé a également déjà été examinée par le ministre : voir la décision du 16 juillet 2006 autorisant la prise de contrôle de Sofinhor SAS, actionnaire majoritaire de la tête du réseau Jardiland, par son principal franchisé, Conte -Décision C2006-77, publiée au BOCCRF électronique du 26 octobre 2006.

²²³ Voir par exemple la décision de l'Autorité n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009, ITM/Evolis.

²²⁴ Voir la décision de l'autorité n° 09-DCC-064 du 17 novembre 2009 : « *ITM détenait une seule action de préférence de la société Mikery exploitant un point de vente à l'enseigne Intermarché mais les statuts de l'entreprise avaient été modifiés et conféraient à ITM Entreprises, pendant une durée de [supérieure à 10 ans], la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fond de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fond de commerce similaire sous une enseigne concurrente ; un droit de préférence en cas de cession du fond de commerce à un prix calculé selon une formule prédéterminée. Enfin, après [supérieur à 10 ans], si ITM Entreprises n'a plus la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne ou de s'opposer à toute mutation d'actions, ITM Entreprises conservait un droit de préférence sur toute vente de titres pendant 5 années supplémentaires.* »

590. En fonction des autres prérogatives sur la gestion de l'entreprise éventuellement conférées par les statuts à l'actionnaire minoritaire et des stipulations du contrat d'enseigne, le contrôle exercé par la tête de réseau sur l'adhérent peut être conjoint, les deux devant nécessairement s'entendre sur la politique commerciale du ou des points de vente, ou exclusif, la tête de réseau détenant seule la possibilité de déterminer cette politique. Lorsque la tête de réseau exerce déjà un contrôle conjoint sur l'adhérent, constitue également une concentration l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif de l'adhérent.
591. Certaines prises de contrôle par la tête de réseau de sociétés exploitant des magasins de commerce de détail affiliés au réseau sont faites à titre transitoire, la tête de réseau prévoyant, à plus ou moins courte échéance, de céder tout ou partie du contrôle acquis à un repreneur indépendant. Deux cas de figure sont alors envisageables :
- lorsque ce repreneur est connu, que des actes juridiques contraignants ont été signés entre le repreneur et la tête de réseau et que la revente doit intervenir à courte échéance (moins d'un an), alors les deux opérations, celle par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif et celle par laquelle elle cède tout ou partie de ce contrôle à un tiers, peuvent être considérées comme une opération unique. Dans ce cas, les deux opérations peuvent être notifiées conjointement à l'Autorité. La première opération à caractère transitoire est dans ce cas considérée comme n'ayant pas d'effets sur la structure de la concurrence, seuls les effets de la deuxième opération faisant alors l'objet d'une analyse concurrentielle ;
 - dans les autres cas, l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif du ou des points de vente doit être notifiée de façon isolée à l'Autorité qui en appréciera les effets sur la structure concurrentielle du marché.

2. LE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES

592. Le chiffre d'affaires d'une tête de réseau (franchiseur, concédant, coopérative etc.) comprend les ventes de ses succursales, les ventes à ses adhérents indépendants afin de les approvisionner et la rémunération versée par les adhérents indépendants pour toutes les prestations de services fournies par la tête de réseau. Ces services, rémunérés par une redevance ou d'autres dispositifs, peuvent prendre plusieurs formes : savoir-faire, marque, assistance, études de marché et d'assortiments, actions de formation, séminaires, etc.
593. En revanche, le chiffre d'affaires de la tête de réseau ne comprend pas les ventes au public réalisées par les adhérents indépendants dans la mesure où la tête de réseau ne dispose pas du droit de gérer les affaires de l'adhérent au sens de l'article 5 du règlement communautaire (CE) n°139/2004 auquel renvoie explicitement l'article L. 430-2 du code de commerce. Ce point a été établi dans la décision M940 UBS/Mister Minit précitée.

3. L'APPRÉCIATION DU POUVOIR DE MARCHÉ

594. Les notions d'influence déterminante et de pouvoir de marché ne se recouvrent pas. De ce fait, même si la tête de réseau ne contrôle pas le magasin d'un adhérent (franchisés, concessionnaires, adhérents coopérateurs, ...), les ventes de ce dernier pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre pour les besoins de l'analyse concurrentielle²²⁵, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau²²⁶.
595. L'Autorité examine au cas par cas s'il convient de considérer que, sur une même zone de chalandise, les magasins contrôlés par la tête de réseau, d'une part, et ceux exploités sous la même enseigne, mais que la tête de réseau ne contrôle pas, d'autre part, sont susceptible d'exercer une pression concurrentielle les uns sur les autres.

4. LE CONTENU DU DOSSIER DE NOTIFICATION

596. Comme indiqué ci-dessus aux paragraphes 163 et suivants, le contenu du dossier de notification est allégé pour les opérations qui ne soulèvent a priori pas de problèmes de concurrence :
- pour les opérations qui ne soulèvent aucune question de concurrence, l'absence de marchés affectés conduit à une notification simplifiée, la partie la plus exigeante en termes d'informations requises étant de très loin la description détaillée des marchés affectés.
 - les entreprises peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun, de préférence en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Ils peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux informations spécifiques à l'opération.
 - lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 du code de commerce mais non du I du même article ²²⁷, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation

²²⁵ Décisions M. 1221 Rewe/Meinl et M. 1684 Carrefour /Promodes ; Avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-06 et lettre du ministre C2000-03, Carrefour Promodes

²²⁶ Ainsi, dans l'avis Carrefour/Promodes, la politique commerciale des magasins aux enseignes de la société Promodès exploités en franchise ou sous contrat d'affiliation sous les enseignes Champion, Shopi et 8 à Huit était fortement contrainte: « qu'en premier lieu, la société Promodès détient des participations majoritaires ou minoritaires dans le capital de plusieurs sociétés de franchisés ou d'affiliés ; qu'en deuxième lieu, dans le cadre de ses contrats de franchise, la société exige de ses franchisés qu'ils s'engagent à adhérer à la politique commerciale définie par le franchiseur notamment en ce qui concerne les gammes, les promotions et la fixation des prix de revente aux consommateurs ; qu'en outre, les franchisés consentent un pacte de préférence à la société Promodès, à travers ses filiales, les sociétés d'exploitation Prodim, s'agissant des enseignes Shopi ou 8 à Huit, Amidis pour l'enseigne Champion ; ». En revanche, dans la même affaire, les magasins affiliés à la centrale Prodim exploités sous les enseignes Corsaire et Proxi offrent un exemple de franchisés suffisamment autonomes qui « ne peuvent être considérés comme constituant, avec les autres magasins exploités sous les enseignes de la société Promodès, un seul et même ensemble ; qu'en effet ces magasins ont souscrit un engagement d'une durée de cinq années, reconductible tacitement, leur permettant, s'ils le souhaitent, de bénéficier des conditions d'approvisionnement de la centrale en produits de grande consommation et qu'ils ne sont tenus qu'au paiement des commandes ; qu'ainsi, les accords passés avec la centrale ne limitent pas l'autonomie des magasins concernés dans la définition de leur politique commerciale envers le consommateur ; qu'en conséquence, aucune obligation n'étant prévue en matière de politique de prix ou de gammes des produits, les magasins affiliés à cette centrale ne peuvent être considérés comme constituant, avec les autres magasins du groupe, un seul et même ensemble ; »

²²⁷ Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omis.

597. Enfin, un dossier simplifié peut également être déposé dans les cas suivants :

- lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexe²²⁸ ; un dossier simplifié ne sera cependant accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés ; il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition ;
- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 mais non du I du même article²²⁹ et qu'elle n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concerné.

598. Pour ces opérations, dont il est supposé a priori qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du code de commerce :

- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos ;
- au point 2e, ne pas fournir « *la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens* » ;
- au point 3, se borner à donner la liste des activités des parties.

599. En revanche, les éléments suivants (dans le tronc commun ou, en cas de modification de ces éléments, dans chaque dossier de notification) sont indispensables pour permettre un examen rapide et complet du dossier :

- une étude détaillée des zones de chalandise concernées par l'opération. Cette étude doit être accompagnée d'une carte sur laquelle figurent la localisation et l'enseigne de chacun des magasins concurrents mais également des magasins liés (indépendants ou succursales) au réseau de distribution concerné par l'opération,
- copie des contrats de distribution (de franchise, de concession, d'adhésion à une coopérative etc.),
- copie des statuts et du règlement intérieur de la tête du réseau de distribution (franchiseur, concédant, coopérative etc.),

²²⁸ L'acquéreur peut être un fonds d'investissement

²²⁹ Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

- nom des adhérents sortis du réseau de distribution et raison de leur sortie sur les trois années précédant la date de l'opération notifiée.

D. QUESTIONS SPÉCIFIQUES AUX FONDS D'INVESTISSEMENTS

600. Le droit commun des concentrations est pleinement applicable aux opérations impliquant des fonds d'investissement. Toutefois, ces opérations soulèvent des questions spécifiques présentées ci-après.

1. QUALIFICATION DU CONTRÔLE

601. Les fonds d'investissements réunissent des investisseurs porteurs de part qui, en principe, n'exerce aucun contrôle, ni à titre personnel ni à titre collectif sur le fonds. Les fonds acquièrent généralement les actions et droits de vote qui confèrent le contrôle des sociétés faisant partie de leur portefeuille, le contrôle étant, en règle générale, exercé par la société de gestion de portefeuille qui a créé le fonds²³⁰.

602. Plusieurs cas d'opérations non contrôlables, relativement fréquents dans les opérations impliquant des fonds, peuvent être soulignés, même si l'analyse de la contrôlabilité dans ces cas n'a rien de spécifique aux fonds d'investissement :

- dans les cas des majorités fluctuantes (voir à ce sujet le paragraphe 36),
- dans le cas d'une option d'achat, sauf si elle doit s'exercer dans un avenir proche, conformément à des accords juridiquement contraignants (voir à ce sujet le paragraphe 40),
- dans le cas d'absence de changement significatif du contrôle : si une opération implique une réduction du nombre d'actionnaires exerçant un contrôle conjoint, les actionnaires restant continuant à exercer un contrôle conjoint sur l'entreprise considérée, on considèrera qu'il y a absence de changement significatif du contrôle. Cette question est traitée aux points 89 et 90 de la communication consolidée de la Commission,
- de même il peut arriver, toute choses étant égales par ailleurs, qu'un investissement réalisé par une société de gestion dans une entreprise ne lui confère aucun contrôle compte tenu de la présence d'un co-actionnaire industriel (voire les fondateurs ou dirigeants de la société) qui, du fait de sa connaissance et de son expérience approfondie du secteur, est en mesure d'exercer un contrôle exclusif.

603. Certains cas de possibles contrôles conjoints peuvent être d'appréciation délicate. En cas de doutes, les opérateurs sont invités à se rapprocher du service des concentrations.

²³⁰ La Commission rappelle au paragraphe 15 de la communication consolidée, dans des cas rares, le contrôle peut être exercé par le fonds lui-même

2. LE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES

604. Pour déterminer le chiffre d'affaires d'un fonds acquéreur, il convient d'appliquer l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 et notamment l'article 5(4), en considérant, en règle générale, que l'entreprise concernée est la société de gestion de portefeuille gérant le fonds acquéreur. Lorsqu'un actionnaire de la société de gestion de portefeuille répond aux critères prévus aux points b), c) ou e) de l'article 5 paragraphe 4, quelle que soit l'autonomie de gestion de la société de portefeuille vis-à-vis de lui, son chiffre d'affaires sera pris en compte. Lorsqu'une société de gestion de portefeuille appartient à un groupe bancaire, le chiffre d'affaires de l'ensemble du groupe doit donc être pris en compte.

3. LE CONTENU DU DOSSIER DE NOTIFICATION

605. Les dispositions prévues dans le corps des présentes lignes directrices relatives aux dossiers simplifiés s'appliquent aux opérations des fonds d'investissement.

606. La question du dossier de notification ne soulève par ailleurs pas de questions spécifiques aux fonds, sauf en ce qui concerne l'application aux fonds d'investissement du point 2 (b) du dossier de notification, qui requière de fournir : « *la liste des principaux actionnaires, les pactes d'actionnaire, ainsi que la liste et le montant des participations détenues par l'entreprise ou ses actionnaires dans d'autres entreprises, si cette participation confère directement ou indirectement au moins une minorité de blocage ou la faculté de nommer au moins un membre du conseil d'administration* », ainsi que du point 1 (b), qui requière « *une présentation des aspects juridiques et financiers de l'opération, mentionnant, le cas échéant, le montant de l'acquisition* ».

607. Cela implique d'indiquer, pour les fonds d'investissement, dans le cas le plus courant d'une prise de contrôle par une société de portefeuille :

- la composition de l'actionnariat de la société de gestion de portefeuille,
- les documents déterminant les règles de gouvernance de la société de gestion de portefeuille, tels que les statuts, pactes éventuels ou règlements intérieurs,
- l'identité des principaux investisseurs du fonds avec le montant investi par chaque investisseur dans le fonds. Dans certains cas, l'identité de l'investisseur peut être difficile à déterminer, des nominees pouvant faire écran entre la société d'investissement et l'investisseur in fine dans le fonds. Dans cette hypothèse, le dossier de notification mentionnera cette difficulté et apportera tout élément utile de nature à démontrer l'impossibilité de fournir l'identité de l'investisseur.
- le règlement intérieur du fonds ainsi que tout document contractuel régissant les relations entre la société de gestion et les investisseurs dans le fonds. Toute forme d'accord, même verbal, entre la société de

gestion du fonds et les investisseurs, doit être mentionné dans le dossier de notification²³¹,

- la liste des participations détenues par l'ensemble des fonds gérées par une même société d'investissement, en précisant la part du capital détenue, le type de contrôle (exclusif, conjoint, absence de contrôle), le chiffre d'affaires et le secteur d'activité de l'entreprise.
608. Le dépôt de ces documents vise à permettre de vérifier le degré d'autonomie effective de la société de gestion vis-à-vis de ses actionnaires et investisseurs afin de déterminer le périmètre de l'entité fusionnée prise en compte dans l'analyse concurrentielle. Dans les cas où la société de gestion n'est pas autonome vis-à-vis d'un actionnaire ou, à titre très exceptionnel, d'un investisseur, il conviendra de fournir la liste des participations détenues, directement ou indirectement, par l'actionnaire ou l'investisseur concerné.
609. Dans le cas des fonds soumis à des législations étrangères particulières, cette question fera l'objet d'un examen au cas par cas, au vu des législations nationales applicables et des éléments d'appréciation versés au dossier de notification.
610. En ce qui concerne le point 1 (b) figurant dans la partie spécifique à chaque opération, il convient notamment de préciser, dans le cas d'un fonds d'investissement appartenant à une banque, si le montage financier de l'opération comporte des crédits accordés par la banque ou si l'entreprise objet de l'opération a ou aura recours à des crédits accordés par la dite banque. La participation de la banque liée au fonds d'investissement à un montage de type LBO, ou un passif significatif de l'entreprise objet de l'opération vis-à-vis de cette banque, pourra en effet être considéré comme un élément constitutif d'une influence déterminante.

4. DÉLAI D'INSTRUCTION DU DOSSIER

611. Les fonds d'investissement sont parfois particulièrement soucieux de pouvoir réaliser leur opération rapidement. Lorsque l'opération en cause ne soulève aucun enjeu concurrentiel, il apparaît souhaitable de pouvoir rendre une décision sans retarder inutilement l'opération. Pour tenir compte de ces contraintes de délais, la législation française a été adaptée en prévoyant à l'article L. 430-3 du code de commerce la possibilité, pour les parties, de notifier des accords « suffisamment aboutis ». Les parties sont donc invitées à se servir de cette faculté pour ne pas nécessairement attendre la signature d'accords irrévocables avant de soumettre l'examen de leur opération au contrôle des concentrations.
612. Il est par ailleurs possible, lorsqu'une analyse *prima facie* permet d'écarter tout risque d'atteinte à la concurrence, de demander le bénéfice d'une autorisation dans un délai de 15 jours ouvrés au lieu des 25 jours ouvrés habituels. Dans tous les cas, il appartient aux parties soucieuses de réaliser leur opération dans des délais courts de transmettre à l'administration un dossier de notification complet dès son dépôt.

²³¹ Voir la décision M 1357 de la Commission Nordic Capital / Hilding Anders.

5. RENVOIS A LA COMMISSION

613. Lorsqu'un fonds d'investissement souhaite, au titre de l'article 4-5 du règlement n° 139/2004 CE, bénéficier d'un guichet unique d'examen au niveau communautaire, il dépose une demande en ce sens auprès de la Commission européenne. L'Autorité donnera généralement une suite favorable à cette demande si l'opération est effectivement susceptible d'être contrôlée dans trois États membres.

6. ANALYSE CONCURRENTIELLE

614. L'analyse concurrentielle d'une opération impliquant une société de gestion de portefeuille soulève des questions particulières relatives à l'appréciation de son autonomie de gestion vis-à-vis de leurs actionnaires et investisseurs dans les fonds qu'elle gère.
615. Les sociétés de gestion de portefeuille, soumises à l'agrément de l'Autorité des marchés financiers²³², ont obligation de maintenir une politique de gestion efficace des conflits d'intérêts en vertu de différents dispositions du code monétaire et financier, du règlement général de l'AMF, et du code de déontologie de l'Association Française de la Gestion financière (AFG-ASFFI) et/ou de l'Association Française des Investisseurs en Capital (AFIC). De nombreuses réglementations étrangères prévoient des dispositions similaires sur la prévention des conflits d'intérêt. Il en résulte que les sociétés de gestion de portefeuille disposent, le plus souvent, d'une autonomie de gestion vis-à-vis de leurs actionnaires, même majoritaires, et des investisseurs dans les fonds qu'elles gèrent²³³.
616. Dans le cas de prise de contrôle par une société de gestion de portefeuille suffisamment autonome, l'entité fusionnée sur laquelle porte l'analyse concurrentielle est constituée de la société de gestion et de l'ensemble des entreprises sur lesquelles elle dispose d'une influence déterminante via ses fonds gérés. Dans le cas où il est démontré que la société de gestion de portefeuille ne détient aucune participation contrôlante sur un marché identique, amont, aval ou connexe à celui de la cible, l'analyse concurrentielle n'a pas besoin d'être plus poussée. Lorsque la société de gestion détient des participations sur un marché identique, amont, aval ou connexe à celui de la cible, l'analyse fournie par les parties doit permettre d'apprécier l'impact de l'opération sur la concurrence. Il arrive ainsi que des opérations impliquant des fonds d'investissement risquent de porter atteinte à la concurrence, notamment dans des cas de build-up²³⁴.
617. Dans les cas plus rares où la société de gestion est insuffisamment autonome vis-à-vis d'un actionnaire, ou, à titre très exceptionnel, d'un investisseur, l'analyse doit être étendue aux participations détenues par le groupe auquel elle appartient ou par le ou les investisseurs individuels exerçant une

²³² En vertu de l'article L. 532-9 du code monétaire et financier.

²³³ Voir à titre d'exemple la décision du ministre de l'économie AXA IMPEE/CORNHILL du 31 juillet 2002.

²³⁴ On peut se reporter à plusieurs décisions du ministre rendues sous condition d'engagements et impliquant des fonds : C2002-14 PAI LBO (Panzani) / Lustucru, du 17 mai 2002.

C2008-4 Vivarte SA/Defi Mode du 16 janvier 2008 et C2008-16 Vivarte/Super Sport du 30 avril 2008.

influence déterminante sur la gestion des participations de la société de gestion²³⁵.

618. En particulier, lorsque les investisseurs dans les fonds gérés par la société de gestion et ses actionnaires constituent une même entité économique, l'analyse sera étendue à l'ensemble de l'entité économique concernée : « *Ce n'est en effet que lorsque existent de possibles divergences d'intérêts entre les porteurs de parts et la maison mère de la société de gestion qu'il est envisageable de présumer une certaine autonomie de la société de gestion, dans l'intérêt des porteurs de parts du fond géré* »²³⁶.

E. QUESTIONS RELATIVES AUX COOPÉRATIVES AGRICOLES ET À LEURS UNIONS

619. Les coopératives agricoles ont pour objet « l'utilisation en commun par des agriculteurs de tous moyens propres à faciliter ou à développer leur activité économique, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité »²³⁷. Les agriculteurs qui adhèrent à une coopérative sont obligatoirement associés de celle-ci. Les coopératives agricoles, dotées d'un régime juridique particulier codifié dans le livre V, Titre II du code rural sont, d'une manière générale, considérées comme des sociétés sui generis, ni civiles, ni commerciales. Leur « forme hybride » ou « semi-intégrée » leur confère une particularité rendant plus difficile leur analyse en droit de la concurrence. Elles se situent en effet entre les deux formes polaires que sont les marchés et les organisations.
620. Les coopératives se regroupent de plus en plus, notamment par la création d'unions ou par des modalités de regroupement qui ne sont pas spécifiques aux coopératives comme des fusions.
621. L'analyse des opérations de concentrations impliquant des coopératives, ou des unions de coopératives, reposent sur les principes et critères généraux du contrôle des concentrations. La présente annexe a pour objectif de préciser certaines spécificités des coopératives et de leurs unions à prendre en compte afin de répondre à quatre questions :
- dans quels cas les adhérents d'une coopérative exercent-ils sur celle-ci une influence déterminante ?
 - la création d'une union de coopératives constitue-t-elle une concentration au sens de l'article L. 430-1-II du code de commerce (création d'une entreprise commune de plein exercice) ?
 - comment calculer le chiffre d'affaires d'une coopérative ou d'une union de coopératives ?
 - comment analyser les marchés qui mettent en présence une coopérative et ses adhérents ?

²³⁵ On peut notamment se reporter à la décision du ministre C2002-82 Astorg / Vetsoca du 20 septembre 2002.

²³⁶ Décision Bridgepoint / Nocibé du ministre de l'économie du 10 septembre 2002.

²³⁷ Article L. 521-1 du code rural.

622. Pour toute autre question, comme la contrôlabilité d'une fusion entre coopératives, le lecteur est invité à se reporter aux chapitres correspondants des présentes lignes directrices.

1. DANS QUELS CAS LES ADHÉRENTS D'UNE COOPÉRATIVE EXERCENT-ILS SUR CELLE-CI UNE INFLUENCE DÉTERMINANTE ?

623. Les agriculteurs sont, d'une part, associés de la coopérative en tant qu'apporteurs de capital social (souscrit en fonction de leurs apports) et, d'autre part, fournisseurs de matières premières et/ou acquéreurs de produits et services en fonction de l'objet social de la coopérative. La coopérative et ses adhérents entretiennent donc une double relation, capitalistique et économique.

624. L'adhérent à la coopérative est tout d'abord un associé de la coopérative, dont l'engagement est conclu pour une durée limitée, variant, dans les faits, de 3 à 15 ans, selon les cycles des productions traitées par la coopérative²³⁸. Les adhérents, qui sont propriétaires de la coopérative, ne bénéficient cependant, juridiquement, d'aucun pouvoir de blocage sur ses décisions stratégiques. Les coopératives fonctionnent en effet selon le principe « une personne / une voix », avec une pondération possible des voix. Cette pondération est cependant plafonnée : un même associé ne peut ainsi disposer de plus du vingtième des voix présentes ou représentées. Dans la pratique, ces pondérations sont peu utilisées dans les coopératives mais le sont plus fréquemment dans les unions. Compte tenu de ces éléments, on peut constater qu'aucun adhérent ne bénéficie, à lui seul, d'un pouvoir de blocage de droit sur les décisions stratégiques de la coopérative.

625. Ainsi, en règle générale, aucun adhérent ou groupe d'adhérents n'exerce d'influence déterminante sur une coopérative. Cette dernière ne peut donc être considérée comme une entreprise commune et l'existence d'un marché amont entre la coopérative et ses adhérents semble logiquement en découler.

626. Toutefois, dans certains cas rares, on peut, compte tenu des prestations assurées par la coopérative au profit de ses adhérents, considérer qu'il existe des intérêts communs entre eux (puisqu'ils sont, à la fois, fournisseurs, clients et associés de la coopérative), assez puissants pour qu'ils ne s'opposent pas les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits, et agissent de manière collective au sein de « l'entreprise commune » qu'est la coopérative²³⁹.

627. Dans tous les cas, la charge de la preuve du contrôle ou de l'absence de contrôle d'une coopérative par ses adhérents est supportée par les parties à l'opération. Cette démonstration est alors soumise à l'analyse de l'Autorité.

²³⁸ Rappelons qu'il n'existe aucune obligation juridique d'adhérer à une coopérative. De même, lorsqu'un exploitant agricole adhère à une coopérative, il n'est pas tenu de le faire pour l'ensemble de ses productions ni des besoins de son exploitation.

²³⁹ Voir les paragraphes 74 et suivants de la communication consolidée de la Commission sur l'exercice en commun des droits de veto et l'action collective.

2. LA CRÉATION D'UNE UNION DE COOPÉRATIVES CONSTITUE-T-ELLE UNE CONCENTRATION AU TITRE DE L'ARTICLE L. 430-1-II DU CODE DE COMMERCE ?

628. Juridiquement, une union est une coopérative de coopératives. La majorité des éléments relevés ci-dessus décrivant les coopératives agricoles, leurs statuts, leur fonctionnement et les relations qu'elles entretiennent avec leurs adhérents sont largement applicables aux unions de coopératives. Celles-ci sont en effet, elles aussi, des filiales communes à leurs coopératives fondatrices, elles fonctionnent selon les mêmes principes²⁴⁰ (personnalité juridique, agrément du Haut Conseil de la Coopération Agricole²⁴¹, modalités de prise de décision) et répondent aux mêmes objets.
629. La création d'une union de coopératives constituera une concentration au sens de l'article L. 430-1-II du code de commerce si, d'une part, il s'agit bien d'une entreprise commune (donc contrôlée par ses coopératives adhérentes) et, d'autre part, si elle est bien de plein exercice.
630. Le contrôle par les associés est plus probable dans les unions de coopératives que dans celui des coopératives. En effet, les unions peuvent, par exemple, n'être composées que de deux coopératives associées. Dans un tel cas, l'union est, en règle générale, contrôlée par ses deux associés et peut constituer une entreprise commune. L'action collective est également plus facilement envisageable dans le cas d'une union car le nombre de coopératives adhérentes est inférieur à celui des associés d'une coopérative. Dans un tel cas, la probabilité de contrôle de l'union par ses associés est plus importante.
631. Pour que la création d'une union contrôlée conjointement par ses coopératives adhérentes constitue une opération de concentration, il faut aussi que l'union soit une entreprise de plein exercice. Les critères présentés aux paragraphes 53 et suivants s'appliquent. En particulier, il convient de vérifier si l'union disposera des ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché. Par exemple, lors de l'examen de la création d'Axéreal, union détenue à parité par Agralys et Epis-Centre qui étaient elles-mêmes des unions de coopératives, le ministre de l'économie a considéré qu'Axéreal était bien de plein exercice, compte-tenu que l'entité créée aurait bien une activité sur différents marchés, et qu'elle serait bien dotée de moyens techniques, financiers et humains propres nécessaires à la réalisation de ses activités²⁴².
632. Dans tous les cas, la charge de la preuve de la contrôlabilité d'une opération consistant en la création d'une union de coopératives est supportée par les parties à l'opération.
633. S'il est démontré que l'union créée est bien une entreprise commune de plein exercice, sa création constitue alors une concentration au sens de l'article L. 430-1-II du code de commerce. L'opération sera contrôlable si

²⁴⁰ A noter toutefois que les unions n'ont pas de circonscription territoriale.

²⁴¹ Le Haut Conseil de la Coopération agricole (HCCA) agréé les coopératives en vertu de la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006.

²⁴² Voir la lettre C2008-94 du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 2 janvier 2009, aux conseils de la société Axéreal, relative à une concentration dans le secteur des céréales et des oléoprotéagineux.

elle satisfait aux critères de chiffre d'affaires de l'article L. 430-2. Les modalités de calcul du chiffre d'affaires sont précisées ci-dessous.

3. COMMENT CALCULER LE CHIFFRE D'AFFAIRES D'UNE COOPÉRATIVE OU D'UNE UNION DE COOPÉRATIVES ?

634. L'article 5 du règlement communautaire (CE) n°139/2004, en particulier le paragraphe 4, s'applique au calcul du chiffre d'affaires pour les coopératives et union de coopératives.
635. En règle générale, les adhérents des coopératives agricoles (ou, dans une moindre mesure, des unions de coopératives) ne disposent d'aucun des droits et pouvoirs listés au point b de l'article 5 (4) du Règlement, ni isolément ni conjointement. En conséquence, le chiffre d'affaires de ces coopératives (ou unions) doit comprendre les ventes de la coopérative (ou l'union) à des tiers et les ventes de la coopérative (ou l'union) à ses adhérents, mais pas les ventes réalisées par les adhérents auprès de tiers²⁴³.
636. Dans les cas rares où les adhérents disposent de l'un des droits et pouvoirs listés au point b) de l'article 5 (4) du règlement, leur chiffre d'affaire réalisé auprès de tiers doit être inclus, conformément aux points c) ou e) de cet article. En revanche, ce chiffre d'affaires ne doit pas inclure les achats et ventes réalisés entre la coopérative (ou l'union) et ses adhérents, dans la mesure où il s'agit de ventes intra-groupes. Ce sera, par exemple, le cas d'une union contrôlée conjointement par deux coopératives adhérentes.

4. COMMENT SONT ANALYSES LES MARCHES QUI METTENT EN PRÉSENCE UNE COOPÉRATIVE ET SES ADHÉRENTS ?

637. Dans les cas fréquents où une coopérative n'est pas contrôlée par ses adhérents, il existera un ou plusieurs marchés amont mettant en présence la coopérative et ses adhérents (collecte des céréales par exemple). Même si les coopérateurs n'ont pas d'influence déterminante sur la coopérative, il n'en demeure pas moins que les relations entre la coopérative et ses adhérents présentent certaines particularités dont il convient de tenir compte au titre de l'analyse concurrentielle. En effet, une interdépendance relativement forte existe entre l'agriculteur²⁴⁴ et la coopérative²⁴⁵ (ainsi qu'entre les coopératives et leurs unions). Les liens juridiques (capitalistiques et contractuels) et économiques les unissant sont relativement forts et stables.
638. Ainsi, si les opérations économiques entre la coopérative et ses adhérents ne peuvent être considérées comme réalisées au sein d'une même unité juridique ou économique, elles ne peuvent pas non plus être identifiées aux

²⁴³ Il arrive en effet que les adhérents d'une coopérative ne vendent pas la totalité de leur production à une seule et même coopérative.

²⁴⁴ Les agriculteurs, lorsqu'ils adhèrent à une coopérative, s'engagent à livrer une partie importante de leur production. Pour cette production, les agriculteurs ne sont plus présents sur le marché de la commercialisation de leur produit et ils dépendent de la coopérative.

²⁴⁵ Les coopératives ne peuvent en effet se fournir auprès de non-adhérents que de façon limitée. En pratique, le niveau de l'apport est fonction du secteur d'activité.

liens unissant la coopérative et les tiers. Cette particularité doit être prise en compte dans l'analyse concurrentielle des opérations de concentration impliquant une ou plusieurs coopératives.

639. La Commission a abordé cette question en se prononçant sur le fonctionnement des coopératives agricoles actives au Danemark sur le marché de l'approvisionnement en animaux vivants pour l'abattage²⁴⁶. A l'occasion de l'examen de ces deux opérations, la Commission a considéré que, compte tenu de la structure et du fonctionnement des coopératives agricoles au Danemark, les agriculteurs d'une part et les coopératives d'autre part constituaient des entités juridiquement et économiquement distinctes²⁴⁷. Pour autant, la Commission a eu l'occasion de noter, au paragraphe 192 de la décision n° IV/M.1313 précitée, en se prononçant sur les marchés amont de l'achat de porcs vivants, que les coopératives parties à la concentration étaient détenues par leurs propres membres et que la plus grande part des bénéfices annuels des abattoirs avaient été, dans le passé, distribués aux membres, proportionnellement aux livraisons effectuées par chacun d'entre eux. Par conséquent, en raison de cette structure coopérative particulière, la Commission a considéré que les abattoirs n'avaient pas la possibilité d'exploiter leurs membres-fournisseurs en tant qu'acheteur dominant, dans le sens traditionnel du terme²⁴⁸.
640. Dans le cadre de l'examen de la fusion des coopératives Limagrain et Domagri²⁴⁹, sur le marché de la collecte de céréales qui mettait en présence les coopératives parties à la fusion et leurs adhérents, l'Autorité de la concurrence a aussi relevé cette particularité structurelle du marché, tout en tenant compte, dans son appréciation, des différentes options de stockage dont disposaient les agriculteurs adhérents, le recours à la coopérative n'étant pas la seule option possible.
641. La particularité du lien qui unit la coopérative à ses adhérents doit également être prise en compte dans le cadre d'opérations d'intégration verticale. En effet, bien que, dans la plupart des cas, les agriculteurs ne contrôlent pas leur coopérative, leur adhésion leur garantit des débouchés. En cas d'acquisition, par une coopérative, d'entreprises présentes à l'aval, il existe alors un risque d'assèchement des débouchés pour des agriculteurs n'adhérant pas à cette coopérative²⁵⁰. De la même manière, la possibilité,

²⁴⁶ Décisions n° IV/M.1313- Danish Crown / Vestjyske Slagterier du 09/03/1999 et n°COMP/M.2662 – Danish Crown / Steff-Houlberg du 14/02/2002.

²⁴⁷ La Commission considère ainsi : « *Furthermore, the co-operative neither owns the individual farmer nor does it assume any liability for his operations. Hence, the individual farmers and the co-operative constitute separate legal and economic entities and thus the sale and purchase of pigs and cattle are not done internally within one group. Therefore, it is necessary for the purpose of the present assessment also to take into account the buying position of the merged entity vis-à-vis the Danish pig farmers, including co-operative members, in the assessment of the competitive impact of the transaction* ».

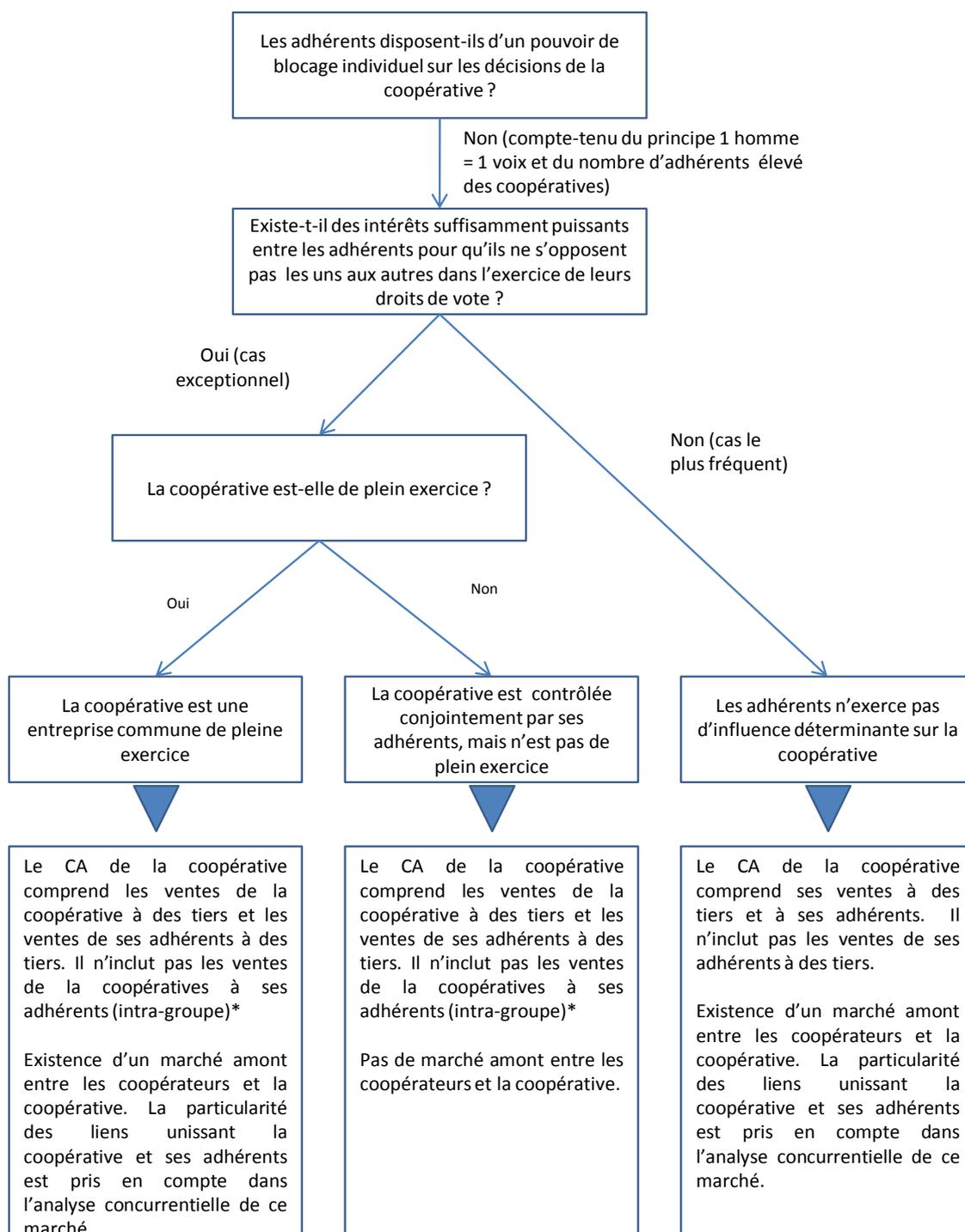
²⁴⁸ On peut lire ainsi, au paragraphe 192 précité : « *The market for live pigs: As far as the upstream markets for the purchasing of live pigs are concerned it is to be noted that the parties will achieve market shares as buyers of 76%. It is concluded that the parties will be able to act as dominant buyers on this market. However, it is also noted that the parties are owned by their members, and that the main part of the yearly profits of the slaughtering houses has in the past been distributed to the members in proportion to the deliveries by each member. Consequently, because of the co-operative structure, it is not possible for the slaughtering houses to exploit their members-suppliers in the traditional sense of a dominant purchaser* ».

²⁴⁹ Décision n° 09-DCC-38 du 4 septembre 2009 relative à la fusion des coopératives Limagrain et Domagri.

²⁵⁰ Cf. notamment la lettre d'autorisation de l'opération C2004-76 Agrial/CCLF en date du 06 juillet 2004 publiée au BOCCRF du 28 octobre 2005.

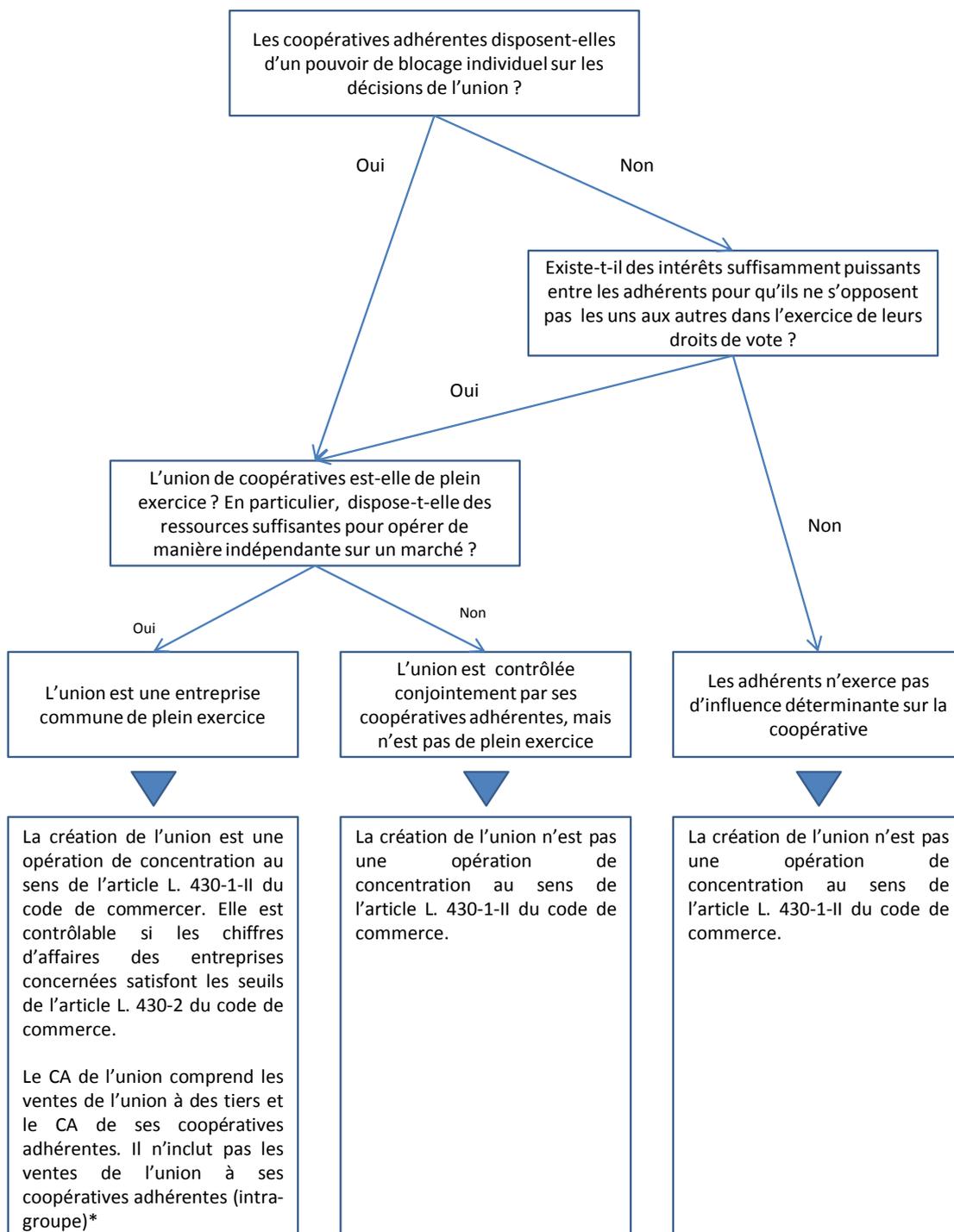
pour les adhérents qui souhaiteraient sortir de la coopérative, de trouver d'autres débouchés doit être étudiée.

LIENS JURIDIQUES ET ECONOMIQUES ENTRE UNE COOPERATIVE ET SES ADHERENTS ET IMPLICATIONS POUR LE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES ET L'ANALYSE CONCURRENTIELLE



* Sous réserve que les adhérents aient bien l'un des droits et pouvoirs prévus à l'article 5 (4) du Règlement, ce qui est le cas, sauf rare exception, dès l'instant où ils détiennent une influence déterminante sur la coopérative. Voir, à ce sujet, le paragraphe 184 de la communication consolidée de la Commission

CONTROLABILITE DE LA CREATION D'UNE UNION DE COOPERATIVES AU SENS DE L'ARTICLE L. 430-1-II



* Sous réserve que les coopératives adhérentes aient bien l'un des droits et pouvoirs prévus à l'article 5 (4) du Règlement, ce qui est le cas, sauf rare exception, dès l'instant où ils détiennent une influence déterminante sur l'union. Voir, à ce sujet, le paragraphe 184 de la communication consolidée de la Commission

F. QUESTIONS RELATIVES À LA REPRISE D'ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ DANS LE CADRE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

642. Le fait qu'une opération de concentration se déroule dans le cadre d'une décision de justice, telle que l'adoption d'un plan de reprise d'une entreprise par le tribunal de commerce, ne fait pas obstacle aux compétences respectives de la Commission européenne et de l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur la compatibilité d'une telle reprise avec le droit de la concurrence, et plus particulièrement les dispositions applicables au contrôle des concentrations. C'est ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision du 6 février 2004 annulant au fond la décision du ministre de l'économie autorisant la reprise de Moulinex par Seb.
643. L'expérience montre qu'une grande partie des entreprises qui se portent candidates à la reprise d'actifs dans le cadre d'une procédure collective ne découvrent que tardivement leurs obligations au titre du contrôle des concentrations. Celui-ci a cependant des conséquences importantes : cette procédure est en principe suspensive (si aucune dérogation n'a été explicitement demandée), et, si elle aboutit à l'identification d'une atteinte à la concurrence découlant d'un plan de reprise, des cessions peuvent être nécessaires, portant éventuellement sur le périmètre des actifs repris.
644. Il est donc très important que les candidats à la reprise d'entreprises en difficulté prennent en compte, dès le début de leur réflexion, les conséquences procédurales et de fond du contrôle des concentrations.
645. Les administrateurs judiciaires n'ont pas d'obligation légale ou réglementaire de saisir l'Autorité ou la Commission européenne si l'opération est notifiable. Cette obligation de notification incombe aux repreneurs de tout ou partie de l'entreprise placée en redressement ou en liquidation judiciaire et faisant l'objet d'un plan de cession. Les administrateurs judiciaires peuvent cependant jouer un rôle proactif très utile pour informer les candidats repreneurs de leurs obligations, par exemple en les précisant dans le cahier des charges de l'appel d'offres remis aux candidats à la reprise.
646. Le choix d'une offre de reprise par jugement du tribunal de commerce peut entraîner son exécution immédiate. Afin d'éviter que l'acceptation d'une offre par le tribunal n'entraîne automatiquement une infraction aux dispositions applicables au contrôle des concentrations, les repreneurs concernés doivent demander une dérogation à l'effet suspensif de ce contrôle au titre de l'article L. 430-4 du code de commerce²⁵¹.
647. Il est demandé aux entreprises qui souhaiteraient bénéficier de cette dérogation, d'en faire la demande au moins 5 jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal, en la joignant à un dossier de notification aussi complet que possible, incluant, a minima, une présentation des parties et de

²⁵¹ Voir détail dans la partie procédure de ces lignes directrices.

l'opération, la justification de la demande de dérogation, et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération.

648. L'octroi d'une telle dérogation par l'Autorité de la concurrence fait l'objet d'un examen rapide et bénéficie d'un a priori favorable²⁵². Elle est cependant accordée sous réserve que le repreneur s'abstienne de tout acte qui serait de nature à faire obstacle à la prise de mesures visant à remédier à un risque d'atteinte à la concurrence qui serait détecté au cours de l'instruction.
649. En outre, son octroi ne préjuge en rien de la suite donnée au contrôle de l'opération : l'Autorité conserve une pleine compétence au fond, et peut imposer des mesures correctives, c'est à dire des rétrocessions pouvant porter sur des actifs de la cible acquise ou, si le jugement l'interdit, sur des actifs du repreneur, voire interdire une opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence.
650. Les repreneurs potentiels peuvent également venir présenter au service des concentrations leur offre, en pré-notification. Cet examen informel est particulièrement utile pour faciliter le déroulement de l'examen de l'opération et éviter une suspension des délais pour insuffisance d'informations dans le dossier déposé ; elle permet également d'identifier, très tôt, le cas échéant, les types de problèmes de concurrence qui pourraient résulter de la reprise. Dans ces conditions, le candidat à la reprise de l'entreprise sera en mesure d'en tirer les conséquences pour établir le périmètre de son offre de reprise.

²⁵² En cours de l'année 2009, l'Autorité a accordé toutes les demandes de dérogation relatives à des entreprises en procédure collective