

Observations de l'AFEC sur la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur l'introduction d'un contrôle *ex post* en droit des concentrations

28 septembre 2018

L'Association française d'Etude de la Concurrence (AFEC)¹ est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la concurrence, avocats, juristes d'entreprises, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est membre de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

Dans le cadre de son objet l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur les projets de loi et projets de textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence conformément à son objectif de défense, dans l'exercice des activités économiques, commerciales, industrielles et artisanales du principe de la libre concurrence nationale et internationale contre la concurrence déloyale, abusive ou illicite.

Un groupe de travail, composé de membres de l'AFEC², a été constitué pour présenter les observations ci-dessous en réponse à la consultation publique de l'Autorité de la Concurrence ("**Autorité**") relative à l'introduction, en droit des concentrations, d'un contrôle *ex post*.

Ce contrôle serait inspiré du "modèle suédois" décrit par l'Autorité dans le document de consultation qu'elle a publié le 20 octobre 2017 en vue de moderniser et de simplifier le contrôle des concentrations. Il permettrait d'appréhender des opérations n'entrant pas dans le champ de compétence de la Commission et n'atteignant pas les seuils de notification prévus en droit français mais soulevant des "préoccupations substantielles de concurrence" identifiées en France. Ces opérations seraient, comme l'indique le document de consultation du 7 juin 2018, "*évoquées par l'Autorité puis soumises au contrôle des concentrations de droit commun*".

Les présentes observations s'articulent autour de trois thèmes : le principe même de l'introduction de ce nouveau type de contrôle (1), les critères d'intervention proposés par l'Autorité (2) et les questions d'ordre procédural soulevées par le mécanisme (3).

¹ Association inscrite au Registre des représentants d'intérêts de la Commission européenne : n° 90225872092-95. Siège social et Secrétariat : SELARL Fourgoux, 76 avenue de Wagram, 75017 Paris, Président : Jean-Louis FOURGOUX, Téléphone : 01 55 65 16 65 et Courriel : secretariat@afec.asso.fr.

² Les travaux ont été coordonnés par Michael Cousin. Le groupe de travail comprenait les membres suivants : Mathilde Boudou, Emmanuelle Flament-Mascaret, Jeremy Bernard, Thierry Boillot, Jean Julien Lemonnier et Denis Redon.

1. OPPORTUNITE DE CREER UN NOUVEAU CAS DE CONTROLE

1. L'introduction du mécanisme envisagé appelle, dans son principe, cinq séries d'observations.
2. En premier lieu, l'AFEC apprécie que l'Autorité soulève ce sujet et reconnaisse ainsi une source de préoccupation pour les entreprises dans un contexte économique tendu du fait, en particulier, d'acteurs non européens disposant de moyens financiers conséquents. Les risques d'assèchement des marchés tant nationaux qu'euro-péen sont, de ce fait, à prendre en considération. Toutefois, ce sujet ne peut être abordé par le seul prisme de la concurrence et doit être considéré dans une dimension plus macro-économique appelant des réflexions plus larges.
3. En tout état de cause, le débat sur le contrôle *ex post* devrait être nourri par un état des lieux de la situation existante. Alors que l'Autorité fait référence, dans son document de consultation, à des "manques identifiés", elle ne fournit pas de données sur ce que pourraient représenter, chaque année, les cas dans lesquels elle estime qu'une intervention *ex post* aurait été opportune.
4. Il convient sur ce point de répondre à un argument contenu dans le document de consultation du 20 octobre 2017 concernant le modèle suédois. L'Autorité relève en effet que "la mise en application du pouvoir résiduel *ex post* de l'Autorité suédoise a eu lieu cinq fois sur les 20 dernières années entraînant quatre autorisations d'opérations et un retrait"³. Par cette observation, l'Autorité entend probablement minimiser l'impact de ce contrôle pour les entreprises. Toutefois, ce n'est pas parce que le contrôle effectif est rare que les entreprises sont dispensées d'apprécier, pour chacune de leurs opérations, le risque qu'il se réalise et qu'il aboutisse à une interdiction. Il ne fait ainsi aucun doute qu'un contrôle *ex post* ferait peser une charge nouvelle et importante sur l'ensemble des entreprises. Il aurait été pertinent de mettre en balance cette charge et le nombre de cas problématiques que l'Autorité anticipe de contrôler chaque année.
5. En deuxième lieu, le droit des pratiques anticoncurrentielles constitue d'ores et déjà un garde-fou contre les comportements restrictifs auxquels peuvent donner lieu l'existence d'un pouvoir de marché important. Les outils classiques (prohibition des ententes et des abus de position dominante) sont complétés par le dispositif d'injonction structurelle de l'article L. 430-9 du code de commerce, dont le champ d'application pourrait bientôt être élargi à la faveur de la future loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises (PACTE).

Cet article a vocation à s'appliquer, que l'opération de concentration ait été notifiée ou non, ce qui lui permet ainsi une application proche de celle d'un contrôle *ex post* et pourrait déjà être qualifié comme tel ; il est d'ailleurs inséré dans le titre III (et non le titre II) du livre IV du code de commerce, titre III consacré à la concentration économique.

Les conséquences de ce texte et celles d'un potentiel contrôle *ex post* pourraient donc être en définitive assez voisines puisque les deux permettent de corriger les effets d'une opération déjà réalisée.

Il convient de se demander si l'ensemble de ces outils juridiques ne suffisent ou ne suffiront pas à lever les préoccupations que l'Autorité pourrait entretenir à propos d'un nombre réduit opérations qui ne tombent pas dans le champ du contrôle des concentrations.

³ Page 3 du document de consultation.

6. En troisième lieu, il convient d'insister sur la difficulté voire l'impossibilité de dénouer *a posteriori* une opération que l'Autorité aurait décidé d'interdire. Le dispositif proposé risque à cet égard de placer les entreprises dans une situation où elles ne seront tout simplement pas en mesure de respecter l'injonction qui leur sera faite. En effet, quelles que soient les mesures prises une fois la transaction réalisée et l'intégration achevée sur le plan opérationnel, il serait illusoire de considérer que les entreprises seraient en mesure de rétablir à l'identique la situation existant avant la fusion. Il est essentiel que l'Autorité tienne compte de cette réalité lorsqu'elle statuera.
7. En quatrième lieu, il peut être anticipé que les entreprises chercheront à obtenir le maximum de sécurité juridique quant au risque de dénouement de l'opération postérieurement à son *closing*. Elles auront ainsi largement recours à une notification ou, si elle n'est pas possible, à une information informelle de l'Autorité. Il en découle un risque d'engorgement pour le service des concentrations.
8. En cinquième lieu, l'instauration d'un contrôle *ex post* pourrait accroître les saisines de l'Autorité par des tiers concernés par les opérations réalisées. La question du recours contre un refus de l'Autorité de donner suite à une telle saisine se posera ainsi nécessairement. L'AFEC estime pour sa part que l'Autorité ne doit en aucun cas être liée par de telles saisines. Toute solution contraire ne ferait qu'accroître l'insécurité juridique des entreprises.
9. En sixième lieu, il convient de relever que dans la plupart des pays disposant aujourd'hui d'un contrôle des concentrations à la fois *ex ante* et *ex post*, le contrôle *ex ante* est bien moins exigeant qu'en France, de sorte qu'appréciée globalement, la charge administrative induite par le contrôle des concentrations y demeure raisonnable. En Suède, par exemple, le contenu du formulaire de notification d'une opération est moins contraignant qu'en France. En outre, les seuils de notification y sont élevés, ce qui légitime plus facilement l'existence d'un contrôle *ex post*⁴.
10. En septième et dernier lieu, des préoccupations plus générales ont été exprimées par certains membres de l'AFEC au sujet de l'introduction d'un contrôle *ex post*. Elles mettent l'accent sur la charge que ce contrôle représentera pour les entreprises et l'insécurité juridique dans laquelle elle les placera pendant la période où ce contrôle pourra s'exercer. Elles se réfèrent en particulier à l'atteinte qui sera portée par ce contrôle à l'attractivité de la France sur le plan économique⁵. Certains membres s'interrogent en outre sur le point de savoir si les préoccupations qui sous-tendent la réflexion sur l'introduction de ce nouveau mécanisme ne sont pas les mêmes que celles qui avaient nourri la réflexion sur l'introduction d'un seuil de contrôle exprimé en valeur de la transaction, à savoir la volonté de contrôler le rachat de "pépites" par de grandes entreprises, le plus souvent étrangères, actives dans des secteurs où l'innovation joue un rôle essentiel sur le plan concurrentiel (numérique, pharmacie). Dans ce contexte, il est souligné que ces préoccupations, qui dépassent le cadre du droit de la concurrence, trouveraient une réponse plus adéquate et moins dommageable pour les entreprises dans le renforcement d'autres outils comme par exemple le contrôle des investissements étrangers.

⁴ En effet, dans ce pays dont le PIB et la population sont respectivement cinq fois et six fois inférieurs à ceux de la France, les seuils sont relativement proches des seuils français (environ 100 millions d'euros de chiffres d'affaires combinés en Suède – contre 150 millions pour le monde entier en France – et 20 millions pour chacune des parties – contre 50 millions en France).

⁵ D'autant plus que compte tenu des seuils spécifiques de commerce de détail et pour les DROM déjà existants, le droit français des concentrations mêlerait alors des préoccupations générales et sectorielles de concurrence pour sa potentielle application.

2. CHAMP D'APPLICATION

11. Dans son document de consultation, l'Autorité évoque plusieurs pistes concernant le champ d'application du contrôle *ex post*. Celui-ci pourrait faire intervenir la notion d'"atteinte substantielle de concurrence" ainsi qu'un seuil de chiffre d'affaires (150 millions d'euros en cumulé pour l'ensemble des entreprises concernées). Ces éléments appellent les observations suivantes.
12. En premier lieu, la notion d'atteinte substantielle de concurrence manque de précision au regard de l'impératif de sécurité juridique que l'Autorité mentionne à juste titre dans son document de consultation. L'Autorité semble d'ailleurs bien le pressentir lorsqu'elle renvoie à l'adoption de lignes directrices pour préciser cette notion.
13. Il conviendrait ainsi d'encadrer soigneusement ladite notion afin de simplifier au maximum le travail d'auto-évaluation que les entreprises auront à mener. En particulier, il faudra que les préoccupations substantielles de concurrence puissent être déterminées *prima facie* au moyen de critères simples.
14. Les lignes directrices pourraient ainsi utilement être complétées par des niveaux de parts de marché. Elles pourraient également énumérer les cas dans lesquels une telle atteinte n'existe manifestement pas (par exemple : absence de chevauchement horizontal ou vertical, entreprise commune sans activité en France).
15. L'Autorité pourrait également considérer l'utilité d'introduire, à l'instar du contrôle allemand des concentrations, un seuil *de minimis* tenant à la taille, en valeur, des marchés concernés par l'opération. En effet, si ceux-ci sont trop étroits, il ne devrait pas y avoir lieu pour l'Autorité d'intervenir.
16. En deuxième lieu, s'agissant du critère de chiffre d'affaires proposé par l'Autorité, celui-ci ne soulève pas d'objection si ce n'est qu'il mériterait d'être complété par un seuil de chiffre d'affaires réalisé en France concernant la cible. Il peut en effet être anticipé qu'une opération visant une entreprise ne générant aucun chiffre d'affaires en France n'est pas de nature à soulever des préoccupations substantielles dans ce pays. Si le chiffre d'affaires de la cible n'était pas retenu comme critère, il conviendrait à tout le moins d'introduire des critères permettant d'assurer un lien suffisant entre l'opération et le territoire français (présence de la cible en France par exemple).
17. En troisième lieu, si l'AFEC rejoint l'Autorité sur la nécessité de limiter dans le temps la possibilité d'intervention *ex post*, elle considère que les délais évoqués dans le document de consultation ne sont pas satisfaisants. Un délai de six mois doit être un maximum (une majorité des membres du groupe de travail se prononce pour un délai d'un mois). L'étendre au-delà de cette durée et possiblement jusqu'à deux ans présenterait deux types de risques. D'une part, plus le délai d'intervention sera long, plus il sera difficile de défaire une concentration que l'Autorité aura décidé d'interdire. D'autre part et surtout, un délai trop long pourrait inciter l'Autorité à tenir compte, dans son examen, d'éléments collectés *a posteriori* sur l'effet de la concentration sur la concurrence, que ce soit sur l'évolution de la structure du marché, du pouvoir de marché de l'entité fusionnée ou sur le comportement de celle-ci. Il en résulterait un dévoiement de la finalité du contrôle des concentrations qui est de contrôler *a priori* les opérations modifiant la structure du marché et seulement celles-ci.

3. ASPECTS PROCEDURAUX ET CONTENU DU CONTRÔLE SUR LE FOND

18. Un certain nombre de questions se posent quant à la façon dont le contrôle pourrait être mis en œuvre, sur le plan procédural, par l'Autorité.

19. En premier lieu, il faut anticiper que les entreprises ne voudront pas attendre l'expiration du délai d'intervention pour sécuriser leurs transactions et obtenir des garanties quant à l'absence d'intervention de l'Autorité.
20. Sur ce point, deux options au moins sont possible. D'une part, un système de lettres de confort pourrait être mis en place par l'Autorité. Il améliorerait la situation de l'entreprise sans toutefois offrir de garantie totale quant à l'absence d'intervention avant l'expiration du délai d'intervention. D'autre part, il pourrait être permis aux entreprises de notifier formellement l'opération à l'Autorité sans attendre son intervention. Cette option, qui a la faveur d'une majorité des membres de l'AFEC, présente toutefois l'inconvénient de risquer d'engorger le service des concentrations.
21. En deuxième lieu, il conviendra de préciser, le cas échéant, les contraintes pesant sur l'entreprise pour ce qui est de la notification lorsque celle-ci sera exigée (quels délais ? Quelles conséquences en cas de dépassement des délais ou de notification considérée comme incomplète ? Une pré-notification sera-t-elle possible ?).
22. En troisième lieu, il conviendra d'aménager les obligations pesant sur l'entité fusionnée pendant la période d'examen. Une obligation de suspension de la concentration n'est évidemment pas envisageable et il ne peut pas être demandé à l'entreprise, sauf à avantager ses concurrents, de geler son activité pendant l'instruction. Un équilibre devra ainsi être trouvé entre le nécessaire respect des impératifs commerciaux de l'entreprise et la possibilité donnée à l'Autorité de remédier, le cas échéant, à une atteinte avérée à la concurrence.
23. En quatrième lieu, il conviendra de préciser les pouvoirs dont l'Autorité disposera au cas où elle considérerait que la concentration porte une atteinte à la concurrence à laquelle il est impossible de remédier par des engagements. Il est probable qu'il sera souvent impossible pour les parties de simplement défaire la concentration. Des mesures alternatives devront être envisagées.
24. S'agissant du contrôle de l'opération sur le fond, l'AFEC souhaite insister sur la nécessité pour l'Autorité de se placer au moment de la notification pour examiner les effets de l'opération sur la concurrence. Le contrôle ne devrait pas reposer sur des considérations liées au comportement adopté par la nouvelle entité postérieurement à la concentration. Il ne devrait pas davantage reposer sur l'évolution des marchés telle qu'elle aura été constatée après la fusion.

* * *