

Paris, le 24 septembre 2009

Observations de l'AFEC

sur le projet de nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations.

L'Association Française d'Etude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante, créée en 1952, à but non lucratif, qui réunit des magistrats, des avocats, des juristes d'entreprises, des économistes, des professeurs de droit et d'économie et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de concurrence et de la DGCCRF.

Elle a pour objet de défendre le principe d'une concurrence libre et non faussée, et de lutter par tous moyens appropriés sur le plan national et international contre la concurrence déloyale, abusive ou illicite. L'AFEC est aussi un lieu d'échange d'idées et d'expériences sur le droit de la concurrence, tant dans ses aspects juridiques qu'économiques, à travers des journées d'études ou des groupes de travail. Les questions d'actualité et de prospective en droit de la concurrence sur le plan communautaire ou international sont traitées par l'AFEC au sein de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence (LIDC) qui regroupe des représentants de plus de quarante pays à travers le monde et au congrès de laquelle elle participe chaque année activement.

Au premier semestre 2009, l'AFEC a mis en place un groupe de travail sur les lignes directrices françaises en matière de concentration.

L'objectif de l'AFEC était d'instaurer un échange entre ses membres sur l'application des lignes directrices de la DGCCRF afin de soumettre à l'Autorité de la concurrence, ses souhaits quant aux futures lignes directrices.

Le résultat des travaux du groupe de travail a été remis et présenté à l'Autorité le 25 juin 2009, au cours d'un échange très ouvert dont l'AFEC ne peut que se féliciter. L'idée de rendez-vous périodiques entre l'AFEC et l'Autorité pour faire un point de l'application des lignes directrices a d'ailleurs été discutée pendant cette réunion et a reçu un accord de principe. L'AFEC réitère ici son intérêt pour ces échanges périodiques qui permettent de confronter des expériences et de discuter de questions identifiées lors d'opérations de concentrations.

A la suite de la publication par l'Autorité de la Concurrence (ci-après l' « Autorité ») du projet de nouvelles lignes directrices relatives aux concentrations (ci-après le « projet de LD ») le groupe de travail AFEC a poursuivi ses travaux. Le présent document exprime les commentaires et les souhaits de l'AFEC sur ce projet de LD et en suit, pour plus de facilité, le plan chronologique.

Par ailleurs, et sur la proposition du Président de l'Autorité, il avait été convenu de mettre en place un petit groupe de travail entre l'AFEC et l'Autorité sur le point spécifique des procédures simplifiées. Une réunion a eu lieu pendant l'été et les propositions de l'AFEC, discutées pendant cette réunion, sont reprises dans le présent document.

L'AFEC souhaite que ses propositions reçoivent un écho favorable et se dit prête à continuer à échanger avec l'Autorité sur l'application des lignes directrices concentrations (ci-après les « LD »).

TABLE DES MATIERES

	Page
I – LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS	4
1. Le portage	4
2. Les "interrelated transactions"	5
3. Les facteurs de contrôle: options d'achat, de vente et droits de préemption	8
4. La modification « durable » de la nature du contrôle	10
5. La notion de contrôle de fait	11
6. La définition de l'entreprise commune de plein exercice	11
7. Le commerce de détail	12
8. Les seuils de concentration pour les DOM TOM	15
II – PROCÉDURE	17
9. L'obligation de notification : sur la notion de "projet suffisamment abouti"	17
10. L'effet suspensif de la procédure et dérogations	17
11. Les lettres de confort	18
12. La procédure de renvoi de l'article 22 du règlement concentrations	18
13. L'accusé de réception / complétude	19
14. Le contenu du dossier de notification	20
15. La simplification des procédures	20
16. Rectification du titre de la section IV.D.4 en page 39 du projet de LD	22
17. La conduite de l'examen en phase 1	22
18. Les tests de marché engagé dès la pré-notification	23
19. L'information des parties en cas de déclenchement de la phase 2 par le Ministre	24
20. Les demandes de confidentialité et la computation des délais	24
III – EXAMEN DE L'OPÉRATION AU FOND	25
21. La délimitation des marchés pertinents	25
22. Les effets unilatéraux	28
23. Les concentrations conglomerales	29
24. Les autres cas d'effets non coordonnés : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat	30
25. La coordination entre sociétés mères d'une JV	31
26. Les gains d'efficacité	31
27. Les entreprises défaillantes	32
28. La suppression des liens structurels entre les concurrents	35
29. Les recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence	36
30. Les alliances fluctuantes	37
31. Le calcul du chiffre d'affaires des coopératives agricoles	37
32. La reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre de procédures collectives	38
33. Les restrictions accessoires	39
34. Le secret professionnel	40
35. Divers	40

1. **Le portage (pas de référence)**

Il n'est pas fait mention dans le projet de LD des opérations transitoires et notamment des opérations de portage.

En droit communautaire, ce principe est consacré à l'article 3.5.a) du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après le « règlement concentrations ») et a été utilisé par la Commission européenne (ci-après la « Commission ») à plusieurs reprises au moins jusqu'en 2004 et ceci dans le cadre de l'opération Lagardère / Natexis / VUP du 7 janvier 2004¹. L'affaire Lagardère/Odile Jacob (affaire T-279/04), encore pendante devant les juridictions européennes a cependant conduit la Commission à adopter une position attentiste sur ce sujet.

Les autorités françaises ont quant à elles, accepté la mise en œuvre de cette technique qui procure aux entreprises une vraie flexibilité². Exercé à titre temporaire par un établissement financier, le portage peut permettre à un industriel de concourir à égalité de chances avec un fonds d'investissement pour la reprise d'une activité. Le portage permet en effet de reporter l'analyse des problèmes de concurrence à un stade ultérieur sans ralentir l'opération que souhaite réaliser le vendeur.

Exercé dans le domaine de la franchise par un franchiseur, le portage permettrait au franchiseur de prendre le contrôle exclusif d'une entreprise « franchisée » pour une durée limitée, le temps pour le franchiseur de trouver un nouveau partenaire, sans avoir à notifier cette prise de contrôle, celle-ci n'ayant pas pour objet de s'inscrire dans la durée.

En droit français, une prise de contrôle exclusive par un franchiseur, dès lors qu'elle remplit les critères de seuil de chiffre d'affaires doit être notifiée, alors même qu'elle n'entraîne pas de modification durable et structurelle du marché (notamment lorsqu'il s'agit de magasins franchisés déjà porteurs d'une enseigne du franchiseur).

En raison de l'abaissement des seuils de chiffres d'affaires applicables au commerce de détail, les notifications de ces opérations ne posant pas de problèmes de concurrence vont se multiplier à l'excès, notamment dans le domaine de la grande distribution.

Pour limiter ces multiples notifications qui ne présentent aucun risque de concurrence, l'AFEC souhaite que soit reconnue la notion de portage de façon générale et plus particulièrement en matière de franchise/distribution et propose que soit ajoutée une disposition en ce sens dans les LD.

¹ Voir surtout le communiqué de presse IP/03/808 du 6 juin 2003.

² Lettre du 18 novembre 2004, C2004-130 (Affaire LESIEUR / PUGET, le portage par Natexis n'est pas mentionné dans la décision mais a été repris dans la presse).

L'AFEC propose que, sous condition d'engagement par l'établissement financier de trouver un acquéreur dans un délai de 12 mois et de ne pas exercer les droits de vote attachés aux droits sociaux acquis, seule l'opération finale soit analysée comme une concentration susceptible de notification.

L'AFEC propose que ce régime soit étendu au franchiseur lorsque la situation de contrôle exclusive par le franchiseur n'est que provisoire, en particulier dans le domaine de la grande distribution.

2. **Les « interrelated transactions » (pas de référence)**

Le projet de LD n'apporte aucune précision sur les conditions dans lesquelles des transactions parallèles peuvent être considérées comme une seule et même opération de concentration (« *interrelated transactions* »).

L'article L.430-1 du Code de commerce prévoit en effet qu'une « *opération de concentration est réalisée (...) 2° (...) lorsque 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* ».

Or, le projet de LD se contente de faire référence en leur § 11 aux « *différentes communications publiées par la Commission qui, sur ces sujets, constituent pour l'Autorité des guides d'analyse utiles* ».

Il apparaît que ces textes de droit communautaire sont eux-mêmes ambigus sur la notion de conditionnalité.

Les LD devraient traiter de cette question, qui est source d'insécurité juridique en l'état des textes et de la pratique décisionnelle, tant française que communautaire.

Il conviendrait de préciser notamment les notions de conditionnalité de droit et de fait ainsi que les modalités d'application des seuils dans de telles hypothèses.

(a) **Conditionnalité de droit**

Dans sa Communication consolidée sur la compétence de la Commission³ (ci-après « la Communication consolidée »), la Commission expose que la conditionnalité est normalement démontrée dès lors que les opérations sont liées de droit, c'est à dire lorsque les accords eux-mêmes sont liés par une conditionnalité réciproque (point 43).

³ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOUE C 43/10 du 21 février 2009.

Doit ainsi être considérée comme une seule et même concentration l'opération par laquelle un même acquéreur A se propose d'acquérir le contrôle de deux entreprises distinctes B et C, lorsque les deux accords d'acquisition sont conditionnés l'un à l'autre.

(b) Conditionnalité de fait

La Communication consolidée indique également que « *si une conditionnalité de fait peut être établie de manière satisfaisante, elle peut également être suffisante pour considérer les opérations comme une opération de concentration unique* » (point 43).

En l'état de la Communication consolidée, la notion de conditionnalité de fait apparaît imprécise, voire subjective.

En effet, la Communication consolidée indique que « *l'interdépendance d'opérations multiples peut apparaître à la lumière de déclarations faites par les parties elles-mêmes ou de la conclusion simultanée des accords en cause* ».

Dans sa décision LGI/Telenet du 26 février 2007, la Commission a ainsi considéré que deux opérations non conditionnées juridiquement l'une à l'autre étaient néanmoins interdépendantes parce qu'elles n'auraient pas été réalisées l'une sans l'autre, cette interdépendance ressortant des procès verbaux des instances de décision des deux sociétés concernées⁴.

La Commission a relevé les caractéristiques tout à fait particulières de cette affaire, dont le montage complexe avait pour effet de faire échapper à sa compétence la partie la plus sensible de l'opération.

Il n'en reste pas moins que la conclusion simultanée ou concomitante de transactions, ou encore les présentations faites aux organes de direction des sociétés concernées semblent des éléments bien peu fiables⁵ pour considérer être en présence d'opérations qui ne seraient pas réalisées l'une sans l'autre.

Si l'on conçoit aisément que deux opérations réellement conditionnées l'une à l'autre doivent pouvoir être examinées de manière unitaire, la conditionnalité n'a pas vocation à soumettre au contrôle, des opérations simplement parallèles qui, prises indépendamment, échapperaient à sa compétence.

⁴ Voir également TPICE, Cementbouw/Commission, affaire T-282/02.

⁵ Ainsi, en pratique, la concomitance résulte fréquemment d'une demande des établissements finançant la ou les opérations, compte tenu de leur impact respectif sur la situation financière de l'entreprise, bien plus que d'une conditionnalité entre les deux opérations.

On notera également les divergences dans la pratique française. Dans une affaire concernant des transactions parallèles simultanées (affaire Arc International), le Conseil et le Ministre ont en effet exprimé des points de vue divergents sur la qualification de l'opération. Dans son avis du 22 octobre 2004, le Conseil avait relevé être en présence d'une seule et même concentration au motif que les quatre sociétés rachetées étaient liées entre elles par des filiales communes, et il avait également relevé que l'acquéreur avait présenté une notification unique pour ces quatre acquisitions. Dans sa décision du 24 novembre 2004, le Ministre avait au contraire observé être en présence de quatre concentrations distinctes, l'une d'entre elle échappant aux seuils de contrôle.

(c) Modalités d'application des seuils dans de telles hypothèses

Par ailleurs, la Communication consolidée n'évoque nullement les modalités d'application des seuils dans de telles hypothèses.

Ainsi, lorsque A acquiert le contrôle de B et C, faut-il agréger les chiffres d'affaires de B et de C pour appliquer les seuils, ou convient-il de considérer que l'opération de concentration unique met en présence trois parties distinctes, auxquelles s'appliquent les seuils indépendamment ?

La pratique décisionnelle de la Commission semble indiquer que dans le cas de deux acquisitions parallèles interdépendantes, il conviendrait d'appliquer les seuils aux trois parties que constituent (i) l'acquéreur (ii) la première cible, et (iii) la deuxième cible⁶, i.e. sans agréger les chiffres d'affaires des deux cibles.

L'avis du Conseil de la Concurrence dans l'affaire Arc International précitée va dans le même sens en appliquant les seuils de manière individuelle à chacune des entreprises concernées, et en constatant sur cette base que deux au moins des entreprises concernées franchissent individuellement le deuxième seuil, ce qui lui attribue compétence pour l'ensemble de l'opération.

En revanche, on doit considérer que si aucune ne franchit les seuils, l'agrégation des chiffres d'affaires des cibles ne permet pas de rendre l'opération contrôlable.

Ceci paraît conforme aux textes dès lors que le principe, en droit communautaire comme en droit français, est celui de l'application des seuils à chaque entreprise indépendante partie à la concentration (voir en ce sens le point 133 de la Communication consolidée). Les chiffres d'affaires ne sont agrégés que dans le cas prévu à l'article 5(2) alinéa 2 du règlement concentrations (transactions successives entre mêmes parties) venant

⁶ Voir notamment Affaire COMP/M.2650 - Haniel/Cementbouw/JV (CVK) du 26 juin 2002, para. 23 ; Affaire COMP/M.2926 - EQT/H&R/Dragoco du 16 septembre 2002, para. 7.

d'ailleurs confirmer le principe plus qu'y apporter une exception : dans ce cas, les différentes acquisitions successives sont nécessairement considérées comme une seule et même concentration puisque les parties étaient sous le contrôle du même vendeur.

Une clarification de toutes ces questions s'impose donc.

L'AFEC propose d'intégrer la notion de transactions parallèles dans le projet de LD en ajoutant quelques paragraphes par exemple sous la section III.A *La notion de concentration* ainsi que sous la section III.B *Seuils de contrôle*, pour :

- renforcer la sécurité juridique des entreprises ;
- servir de guide pour les consultations informelles des entreprises auprès de l'Autorité ainsi que pour la délivrance des lettres de confort.

L'AFEC est d'avis que seule la conditionnalité juridique est un critère suffisamment fiable, précis et objectif pour permettre de retenir que deux opérations distinctes constituent une concentration unique. La conditionnalité économique doit, a minima, être bien mieux encadrée qu'elle ne l'est dans la Communication consolidée afin de prévoir des critères permettant de la cantonner à des hypothèses tout à fait spécifiques, telles que celles évoquées dans les affaires communautaires LGI/Telenet ou Cementbouw.

L'AFEC est également d'avis qu'une lecture stricte des textes et de la pratique décisionnelle rappelée ci-dessus, impose de considérer que les seuils doivent être appliqués de manière distincte aux chiffres d'affaires des différentes parties à la concentration, sans agréger les chiffres d'affaires des différentes cibles.

3. **Les facteurs de contrôle : options d'achat, de vente et droits de préemption (§ 38 du projet de LD)**

Le § 38 du projet de LD liste les éléments pris en compte par l'Autorité pour déterminer si un actionnaire minoritaire dispose d'une influence déterminante. Parmi ceux-ci figure l'existence d'options d'achat ou de vente, de droits de préemption ou de préférence (ci-après les « options »).

Il est fréquent que les contrats d'acquisition d'entreprise prévoient de tels droits que les parties au contrat pourront exercer ou non dans un délai donné.

L'AFEC rappelle que la Commission considère au point 60 de sa Communication consolidée, qu'« *une option d'achat ou de conversion d'actions ne peut pas en soi, conférer un contrôle exclusif, à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir en vertu d'accords juridiquement contraignants. Dans des circonstances*

exceptionnelles, une option peut néanmoins, ajoutée à d'autres éléments, permettre de conclure à l'existence d'un contrôle exclusif de fait ».

(a) *Le principe d'incertitude de l'exercice des options d'achat ou de vente*

Les options, de par leur caractère incertain, ne permettent pas à elles seules de déterminer la nature du contrôle. Elles peuvent cependant constituer l'un des éléments d'analyse permettant de qualifier la nature du contrôle.

Ainsi, dans une décision Claas France⁷, le Ministre de l'économie a analysé l'option d'achat accordée à Claas sur les actions détenues par Renault dans la société Renault Agriculture, et a considéré qu'elle pourrait être exercée par Claas dans « *un délai assez bref* » (le délai est confidentialisé dans la version publique de la décision). Mais le Ministre n'analyse pas la seule option d'achat, puisqu'il relève surtout que Claas acquiert dès l'origine 51% du capital de la cible, avec 4 administrateurs sur 8 dont une voix prépondérante, et que Renault ne disposera plus que de certains droits de veto (les décisions sur lesquelles portent ces droits de veto sont confidentialisées). Ainsi le Ministre considère qu'il « *résulte de ces éléments* », pris donc dans leur ensemble, que Claas détiendra un contrôle exclusif sur Renault Agriculture.

De même en ce qui concerne les droits de préemption, le Conseil de la concurrence a, dans son avis Pan Fish⁸, analysé les droits détenus par les sociétés Pan Fish et Wartdal et a conclu qu'elles exerçaient un contrôle conjoint sur Pan Fish. Parmi d'autres indices (politique commerciale déterminée conjointement, exercice d'un pouvoir commun des deux actionnaires au sein du Conseil d'administration etc.), le Conseil relève que : « *ces sociétés possèdent en effet 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 est renforcé par les droits de préemption exclusifs et réciproques concernant l'achat des actions de l'autre* ».

L'AFEC suggère, dans le prolongement de l'approche de la Commission, qu'il soit rappelé beaucoup plus explicitement dans les LD que, **par principe**, les options ne peuvent pas **en soi** conférer un contrôle exclusif ou conjoint selon le cas et qu'elles ne constituent qu'un indice parmi d'autres.

⁷. C2003-49 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 25 avril 2003, aux conseils de la société Claas France, Section I.

⁸ 06-A-20 / Avis du Conseil de la concurrence relatif à l'acquisition de la société Marine Harvest NV par la société Pan Fish ASA, pts 10 à 15.

(b) L'exception : le caractère certain d'une option

Il peut être prévu dans les contrats d'acquisition que l'une des parties exercera les options qui lui sont conférées de manière certaine au terme d'un délai fixé contractuellement. En pratique, ces cas sont néanmoins plus rares que les options dont l'exercice est incertain.

Lorsque la certitude de l'exercice d'une option est avérée, la nature du contrôle exercé initialement est souvent mise de côté au profit de l'analyse du contrôle tel qu'il résultera de l'exercice de l'option après expiration de la période transitoire.

Dans le passé, la pratique décisionnelle du ministre a fixé à trois ans le délai pouvant être considéré comme transitoire. Le Ministre a pu ainsi considérer que « *la période initiale de contrôle conjoint (...) est amenée à cesser au bout de trois ans en vertu d'accords juridiquement contraignants. Il s'agit donc d'une période transitoire qu'il n'apparaît pas nécessaire de contrôler au titre du contrôle des concentrations* »⁹.

Dans ses décisions, le Ministre faisait alors référence à la Communication de la Commission sur la notion de concentrations au sens du règlement 4064/89, qui prenait en compte une période initiale de trois ans¹⁰.

L'AFEC propose que les LD prévoient qu'une période transitoire pouvant durer jusqu'à trois ans soit acceptable pour contrôler l'opération selon ses caractéristiques au terme de cette période, plutôt qu'à la date de signature puis à celle de l'exercice des options en cause.

4. **La modification « durable » de la nature du contrôle (§ 38 du projet de LD)**

Le projet de LD ne fait référence à aucune notion de durée dans l'analyse de la modification de la nature du contrôle. Or c'est bien une modification durable du contrôle qui entraîne l'obligation de notifier une opération.

Ainsi, à titre d'exemple, le § 38 du projet de LD indique que la nature du contrôle peut s'analyser sur une base contractuelle, en particulier « *l'existence de conventions de location-gérance des activités* ». Cependant le projet de LD ne mentionne pas que ces contrats doivent avoir une durée suffisamment longue, contrairement au point 18

⁹ C2004-79 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 24 juin 2004, aux conseils du groupe Caisse d'épargne. C2006-82 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 6 octobre 2006 aux conseils de la société éditrice Le Monde. C2006-51 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 24 août 2006 C2006-51 aux conseils de la société Sodial.

¹⁰ La Communication consolidée sur la compétence de la Commission note, sur ce point, que la pratique de la Commission a évolué, et prend désormais en compte pour la détermination de la période transitoire, une durée de un an.

de la Communication consolidée qui précise que le contrôle peut s'acquérir sur la base d'un contrat « *devant se caractériser par une durée extrêmement longue* ».

L'AFEC suggère que le caractère durable de la modification du contrôle soit clairement affirmé dans les LD.

5. **La notion de contrôle de fait (§ 39 et suivants du projet de LD)**

Le projet de LD apporte des précisions sur les critères d'analyse permettant de déterminer l'existence d'un contrôle de fait en donnant plusieurs exemples à titre d'illustration, dont la récente décision SNCF/Novatrans, ou encore la décision Gilette.

Le projet de LD ne mentionne cependant pas la décision du 5 mars 2009 relative à une concentration dans le secteur des boissons¹¹.

L'AFEC propose d'intégrer cette décision dans les LD, dans la mesure où elle apporte des précisions importantes sur le faisceau d'indices pris en compte pour établir l'existence d'une influence déterminante, en particulier à travers l'analyse détaillée des droits conférés par les dispositions contractuelles d'un accord commercial de longue durée prévu entre les parties (voir les développements importants consacrés à cet accord aux pages 3 à 6 de la décision).

6. **La définition d'entreprises communes de plein exercice (§ 52 à 56 du projet de LD)**

Le projet de LD ne consacre que cinq paragraphes à la définition des entreprises communes de plein exercice. L'AFEC est d'avis que cet exposé est trop succinct et ne permet pas de traiter l'ensemble des conditions retenues en droit communautaire et en droit français.

Par exemple, s'agissant du § 52, il conviendrait de faire référence au fait qu'une entreprise commune peut résulter de l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise préexistante.

Par ailleurs, les § 53 et 54 ne couvrent pas l'ensemble des critères permettant d'établir l'autonomie d'une entreprise commune : l'entreprise commune doit disposer des ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché¹² et doit

¹¹ C2008-129 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 5 mars 2009, aux conseils de la société Pédandel.

¹² Communication consolidée de la Commission, point 94.

exercer des activités allant au-delà de la reprise d'une fonction spécifique des entreprises fondatrices¹³.

Le Ministre rappelle ainsi que l'entreprise est de plein exercice si elle bénéficie « *de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes (ressources humaines, budget, responsabilité commerciale)* »¹⁴.

Pour qualifier l'autonomie d'une entreprise commune, l'analyse porte sur les moyens nécessaires à son activité transmis par les sociétés 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 (...) 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. Comme le précisait le Conseil de la concurrence, ces éléments constituent un faisceau d'indices : « *on ne saurait tirer argument de la seule organisation interne de la filiale commune pour conclure à l'absence d'autonomie* »¹⁷.

Ainsi, l'affaire Opéra, citée dans le projet de LD est une décision assez ancienne, et les LD mériteraient d'être complétées des enseignements des décisions plus récentes, notamment celles énumérées ci-dessus, qui visent des cas plus complexes et procurent les éléments pertinents pour conclure à l'existence ou à l'absence d'autonomie d'une entreprise commune.

L'AFEC est d'avis que les LD devraient viser la Communication consolidée, en faisant, entre autres, référence aux précédents français énumérés ci-dessus, qui viennent utilement compléter la pratique décisionnelle de la Commission.

7. **Le commerce de détail (§ 60 et suivants du projet de LD)**

L'analyse des § 60 et suivants du projet de LD suscite deux questions :

La première a trait à la notion de magasin de commerce de détail.

La seconde aux règles de calcul des seuils de contrôlabilité de l'opération (plus particulièrement du second seuil de 15 millions d'euros).

¹³ Communication consolidée de la Commission, points 95 et 96.

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

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

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

¹⁷ Décision du Conseil de la Concurrence du 31 juillet 2008, 08-D-19, AP Möller-Maersk.

(a) Notion de commerce de détail

Aux termes du § 63 du projet de LD, « *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* ».

En premier lieu, l'AFEC ne peut que se féliciter de la volonté de l'Autorité d'énoncer une définition claire de la notion de commerce de détail et ne voit, à cet égard, aucune difficulté à ce que cette définition soit directement inspirée des règles prévalant en matière d'aménagement commercial. De même et toujours dans un souci de sécurité juridique, l'effort de clarification du terme « *essentiellement* » paraît louable et le fait de retenir sur ce point un critère basé sur la réalisation ou non, par une entreprise, de plus de la moitié de son chiffre d'affaires grâce à une activité de commerce de détail ne semble pas devoir susciter d'objection de principe (voir cependant les remarques de l'AFEC sur le calcul des seuils applicables ci-dessous).

De même, l'AFEC ne voit aucune objection à ce que le projet de LD exclut de la définition susvisée « *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* ».

L'AFEC est plus nuancée sur l'exclusion des « *entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne* ». Certes, le texte de l'article L. 430-2-II du Code de commerce ne vise que les « *magasins* » de commerce de détail. Toutefois, dans la pratique, le système risque d'aboutir à des situations très différentes, voire discriminatoires entre les entreprises de vente en ligne qui ont un ou des magasins (et qui devront dès lors tenir une comptabilité séparée de l'activité vente au détail et vente à des professionnels par exemple) et celles qui ne font que de la vente en ligne et qui ne seront pas soumises à ces nouveaux seuils.

Certaines réserves paraissent devoir également être formulées concernant l'inclusion dans le champ d'application de la réglementation relative au commerce de détail d'un certain nombre « *de prestations de service à caractère artisanal* » telles que notamment des activités de « *pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien véhicules et montage de pneus* ».

Selon l'Autorité, ces activités seraient « *traditionnellement assimilées à du commerce de détail* ». L'Autorité se réfère sans doute ici aux règles applicables en matière d'équipement commercial (circulaire interprétative du 16 janvier 1997 portant application des dispositions de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973, qui se

fonde sur ce point sur la jurisprudence du Conseil d'Etat). Il convient toutefois de noter que le Conseil d'Etat, notamment dans ses arrêts Les Trois Sautets du 4 novembre 1994¹⁸ et SCAEX Interrégion Parisienne du 30 septembre 1987¹⁹, n'a assimilé ce type d'activités à du commerce de détail que parce qu'elles s'inscrivaient dans des galeries marchandes attenantes à des grandes surfaces alimentaires et qu'il s'agissait, de ce fait, de pouvoir contrôler la construction d'ensembles commerciaux pour lesquels la réglementation relative aux autorisations d'exploitation commerciale aurait pu être détournée (la superficie de la seule grande surface étant à chaque fois inférieure aux seuils de déclenchement de la procédure d'autorisation).

Si un tel raisonnement paraissait justifié au regard de l'objectif poursuivi par la réglementation relative à l'urbanisme commercial, celui-ci ne se retrouve pas dans le cas présent. Dès lors, on voit mal quelles pourraient être les raisons justifiant que ces activités de prestations de services tombent dans le champ d'application de la réglementation relative au commerce de détail alors que d'autres activités telles que les banques, les agences d'assurance, les agences de voyage, les laveries automatiques et les vidéothèques en seraient exclues.

Surtout, la liste de ces activités n'étant pas limitative, se pose la question des activités qui leur seraient assimilables et qui ne feraient pas partie de la liste des activités expressément exclues du champ d'application du contrôle des concentrations comme ne relevant pas de la définition de magasins de commerce de détail adoptée dans le cadre du projet de LD. Qu'en serait-il par exemple des entreprises ayant une activité de location de parkings ?

Le § 63 du projet de LD apparaît ainsi obscurcir inutilement la définition de magasins de commerce de détail au lieu de l'explicitier ou la préciser.

Pour l'application de l'article L.430-2 II du Code de commerce, l'AFEC suggère de retenir une définition de la notion de commerce de détail qui ne se prête à aucune discussion.

Elle propose donc de s'en tenir aux seules ventes de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique et d'exclure toute activité de prestation de services, quelle qu'elle soit.

¹⁸ Décision du Conseil d'Etat du 4 novembre 1994 n°132905, Les Trois Sautets.

¹⁹ Décision du Conseil d'Etat du 30 septembre 1987 n°76268, SCAEX Interrégion Parisienne.

(b) Calcul des seuils applicables

Les § 62 et suivants du projet de LD explicitent les méthodes de calcul des nouveaux seuils applicables au commerce de détail.

Le premier seuil de 75 millions d'euros ne pose pas de difficultés puisqu'il se rapporte à l'ensemble du CA des entreprises parties à la concentration quel que soit le secteur dans lequel il est réalisé. L'exemple fourni au § 62 illustre bien comment s'applique ce premier seuil.

Le second seuil est explicité aux § 63 et 64. Aux termes du § 63 est considéré comme un magasin de commerce de détail, un magasin qui effectue « *pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique* ». Comme indiqué ci-dessus), cette définition n'est pas remise en cause par l'AFEC. Puis au § 64 l'Autorité semble introduire un second critère qui se rapporte à l'ensemble du chiffre d'affaires des magasins de l'entreprise. Si ce chiffre d'affaires est supérieur à 15 millions d'euros et si la moitié de ce chiffre d'affaires est constitué de la vente de marchandises pour un usage domestique, l'opération serait soumise au contrôle des concentrations, même si ce dernier chiffre est inférieur à 15 millions ce qui est le cas dans l'exemple donné au § 64.

Si on voit bien l'objectif de l'Autorité au travers de cet exemple, on peut se demander toutefois si cette interprétation est bien compatible avec la lecture de l'article L.430-2-II du Code de commerce qui se réfère au « *chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail* » (l'AFEC souligne).

Concernant l'application des nouveaux seuils applicables au commerce de détail, **l'AFEC s'interroge** sur la compatibilité de l'interprétation du second seuil de 15 millions d'euros telle que donnée au § 64 du projet de LD, avec le texte de l'article L.430-2-II du Code de commerce.

8. **Les seuils de concentration pour les DOM TOM** (§ 67 et suivants du projet de LD)

Les DOM et le TOM sont situés sur des îles ou des territoires très éloignés les uns des autres avec des habitudes de consommation très différentes. La globalisation de tous ces territoires pour en faire un marché pertinent en soi ne correspond pas à la réalité géographique et sociologique.

En aucun cas, par exemple, une position dominante aux Comores ne peut avoir d'effet sur la Guadeloupe.

L'AFEC souhaite que le seuil de concentration pour les DOM TOM s'apprécie territoire par territoire.

II – PROCÉDURE

9. **L'obligation de notification : sur la notion de « projet suffisamment abouti » (§ 89 du projet de LD)**

L'article L.430-3 du Code de commerce prévoit que 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* ».

Le projet de LD indique que l'appréciation du caractère d'un projet suffisamment abouti se fait au cas par cas mais ne donne aucun exemple. Or ces exemples sont utiles pour les entreprises.

Les lignes directrices de la DGCCRF mentionnaient à titre d'exemple « *un acte du vendeur attribuant une exclusivité de négociation à un acquéreur donné, une lettre d'intention ou l'existence de frais de rupture significatifs seront considérés comme des éléments significatifs du faisceau d'indices permettant d'établir l'existence d'une projet suffisamment abouti* ».

L'AFEC souhaite que la notion de projet suffisamment abouti soit précisée et illustrée par des exemples.

10. **L'effet suspensif de la procédure et dérogations (§ 98 du projet de LD)**

Parmi les situations susceptibles de justifier l'octroi d'une dérogation à l'effet suspensif, le § 98 du projet de LD vise, à titre d'exemple, les offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou en redressement judiciaire et le risque de disparition imminente de l'entreprise cible.

L'AFEC propose, que les motifs de la dérogation (lorsque celle-ci est accordée), ou du refus de dérogation (lorsque celle-ci est refusée), soient exposés dans la décision finale de l'Autorité et ce afin d'apporter une meilleure visibilité sur les situations susceptibles de justifier une dérogation individuelle.

11. **Les lettres de confort (§ 107 du projet de LD)**

La pratique des lettres de confort est très utile pour les entreprises. Elles n'y recourent en règle générale, qu'après avoir mené, elles-mêmes ou avec leurs conseils, une analyse longue, complète et rigoureuse des accords passés.

Toutefois, dans certains cas limites, ou lorsque l'hypothèse n'est pas prévue dans les textes, les entreprises recherchent une confirmation de leur analyse auprès de l'Autorité, compte-tenu des risques encourus pour défaut de notification.

Parfois également, les investisseurs ou les banques souhaitent obtenir confirmation de l'analyse menée par les entreprises ou leurs conseils.

L'AFEC estime que cette pratique doit être poursuivie et se félicite de ce que l'Autorité, à l'instar de la Commission, envisage de conserver cette pratique. **Elle regrette toutefois que dans les cas douteux, l'Autorité invite les entreprises à notifier une opération.**

Le lettre de confort constitue en effet, un gain de temps appréciable pour les entreprises leur **évitant justement une procédure formelle de notification, qui n'a pas de raison d'être dans la mesure où elle les oblige à fournir des informations (marchés concernés, parts de marché, etc.) qui sont sans pertinence pour la question à résoudre.**

La question de la contrôlabilité ou non de l'opération dépend en effet du point de savoir qui a le contrôle aux termes des accords passés dans le cas d'un contrôle conjoint, exclusif ou fluctuant. Dans le cas d'une entreprise commune, c'est notamment l'analyse du fonctionnement de cette entreprise, de son business plan, de ses ressources, de ses clients qui permettront de définir si l'entreprise commune sera de plein exercice.

L'AFEC estime donc que recourir à une notification pour vérifier la contrôlabilité d'une opération n'a pas de raison d'être et que cette mention devrait être supprimée des LD.

L'AFEC reconnaît en revanche que la lettre de confort ne peut être donnée que sur la base des documents soumis à l'Autorité et admet tout à fait qu'une mention en ce sens soit faite dans la lettre de confort.

12. **La procédure de renvoi de l'article 22 du règlement concentrations (§ 123 du projet de LD)**

Au § 123, le projet de LD distingue le renvoi pour les opérations notifiables et pour les opérations concernant des entreprises dont les chiffres d'affaires sont au-dessous des seuils du contrôle français. Il précise par ailleurs que l'Autorité sera

l'interlocuteur de la Commission dans le cadre de la procédure de renvoi de l'article 22 du règlement concentrations.

L'AFEC souligne que cette procédure n'a jusqu'à présent jamais été utilisée en France.

Elle rappelle par ailleurs que cette procédure répond à des critères spécifiques prévus par l'article 22 du règlement concentrations et que ce dispositif a été mis en place pour permettre aux Etats membres ne disposant pas d'un contrôle national des concentrations de renvoyer une affaire à la Commission, dès lors qu'il y avait un risque d'atteinte significatif à la concurrence dans cet Etat.

En aucun cas ce dispositif n'a été conçu pour permettre à une Autorité disposant d'un contrôle des concentrations de recourir à l'article 22 du règlement concentrations lorsque l'opération se situe en-dessous des seuils.

Au surplus, la LME a introduit un dispositif spécifique pour les opérations de concentrations susceptibles de porter atteinte localement à la concurrence, mais ne franchissant pas les seuils.

Enfin, la procédure envisagée par l'Autorité crée une insécurité juridique pour les entreprises, puisqu'aucun délai n'est prévu pour la demande de renseignements par l'Autorité.

L'AFEC souhaite que le dispositif du renvoi de l'article 22 du règlement concentrations soit uniquement appliqué dans l'esprit qui a présidé à sa mise en place.

Si l'Autorité maintenait ce dispositif pour les opérations en-dessous des seuils, **L'AFEC demande** qu'il soit encadré dans des délais stricts qui ne créent pas d'incertitude pour les entreprises.

13. **L'accusé de réception / complétude (§ 132 du projet de LD)**

Le projet de LD souligne, comme dans le texte existant, que le récépissé de dépôt du dossier ne saurait laisser présumer du caractère complet ou non du dossier. Le délai ne commence donc à courir qu'au jour indiqué sur l'accusé de réception constatant la complétude (article R.430-2 du Code de commerce).

La pratique de la délivrance d'un accusé de réception constatant la complétude du dossier avec une rétroactivité de plusieurs semaines et adressée parfois quelques jours avant la décision, place les parties notifiantes dans une situation d'insécurité juridique non négligeable, celles-ci n'étant pas en mesure de prévoir avec certitude la date d'expiration de la première phase d'examen avec toutes les conséquences qui en découlent en ce qui concerne la réalisation de l'opération.

Une telle pratique paraît difficilement acceptable notamment dans le cas d'opérations ne soulevant pas de problème de concurrence et ce, d'autant que ces opérations « non complexes » font très souvent l'objet d'une pré-notification dont le seul intérêt réside précisément dans l'examen de la complétude du dossier.

L'AFEC souhaite donc que l'Autorité puisse s'engager dans le cadre des LD directrices à délivrer, dans un délai restreint, une attestation de complétude.

14. **Le contenu du dossier de notification (§ 134 et suivants du projet de LD)**

Certaines informations sont particulièrement difficiles à obtenir dans le cadre d'une opération de concentration, en particulier les informations concernant les coordonnées des concurrents des parties à la concentration.

L'AFEC propose à l'Autorité de mettre en place un modèle de fichier informatique, comme le fait la Commission, à compléter avec la liste des coordonnées à communiquer dans ce cadre, et limitant ces informations au strict nécessaire.

15. **La simplification des procédures (§ 152 du projet de LD)**

Ce sujet est peu développé dans le projet de LD. L'AFEC se félicite que l'Autorité ait proposé de l'associer à un groupe de travail sur cette question.

En effet, très souvent, les entreprises sont amenées à collecter un grand nombre d'informations pour respecter leurs obligations de notification alors que l'opération ne pose aucun problème de concurrence.

L'AFEC reprend donc ici les propositions exprimées oralement à ses services.

L'AFEC propose d'abord de dresser la liste des opérations éligibles à une procédure de notification simplifiée.

Il pourrait s'agir :

- des opérations qui ne présentent aucun chevauchement horizontal, ni relations conglomerales ou verticales ;
- des opérations dans lesquelles le chevauchement horizontal serait inférieur à 25% ;

- des entreprises communes dont le CA annuel ou les apports d'actifs par les mères serait inférieur à 50 millions d'euros ;
- des cas de passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif ;
- des opérations d'acquisition dans le commerce de détail n'entraînant pas de changement d'enseigne et ne concernant pas des hypermarchés ;
- des opérations d'acquisition dans le commerce de détail dans lesquelles le chevauchement horizontal serait inférieur à 50% ;
- des opérations de portage temporaire dans le secteur du commerce de détail, sous réserve d'un engagement de trouver un acquéreur dans un délai d'un an à compter de la date du portage (dans le cas où l'Autorité ne retiendrait pas la proposition de l'AFEC au point 1. Portage).

L'AFEC propose ensuite de limiter les informations nécessaires à l'examen de l'opération.

Ainsi, dans le formulaire de notification :

- au point 2c. il pourrait n'être fourni un tableau récapitulatif de données financières que pour le dernier exercice clos ;
- Au point 2d, la liste des opérations de concentration réalisées au cours des trois dernières années pourrait devenir facultative ;
- Au point 2e, il ne paraît pas nécessaire dans ce type d'opération qui ne pose pas de problème de concurrence de 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, il pourrait être suffisant de décrire le ou les secteurs d'activités concernés par l'opération.

L'Autorité pourrait bien entendu se réserver la possibilité de demander de compléter la notification, si elle l'estimait nécessaire.

L'AFEC propose ensuite que ces opérations soient examinées dans un délai plus court.

Ainsi, le délai de trois semaines prévu à l'heure actuelle, uniquement dans le cas des acquisitions par des fonds d'investissement, pourrait être étendu à l'ensemble de ces opérations (et converti en un délai de 15 jours ouvrés).

L'AFEC propose également que l'Autorité adopte des décisions simplifiées pour ce type d'opérations, à l'instar des décisions simplifiées adoptées par la Commission.

Bien entendu, dans tous les cas, l'Autorité aurait la faculté de demander aux parties notifiantes de fournir l'intégralité des informations normalement nécessaires.

De la même façon, la (les) partie(s) notifiante(s) restera(en)t libre(s) de demander à l'Autorité, dès le dépôt de la notification, d'adopter une décision non simplifiée.

Enfin, **L'AFEC propose** que pour préserver les droits des tiers, la publication de l'avis de notification soit accompagnée, comme en droit communautaire, de la mention « affaire susceptible de faire l'objet d'une procédure simplifiée ».

16. **Rectification du titre de la section IV.D.4 en page 39 du projet de LD (« La publication des avis de notification »)**

Le titre de la section IV.D.4 tel qu'il apparaît dans le projet de LD est le suivant : « *La publication des notifications* ».

Or cette section et les § 159 à 161 traitent en réalité de la publication par l'Autorité sur son site internet, du communiqué faisant état du dépôt de la notification.

L'AFEC suggère de remplacer le titre actuel par le titre suivant : « *La publication d'un communiqué relatif au dépôt d'une notification* ».

17. **La conduite de l'examen en phase 1** (§ 130,162, 165 à 169,173,174, 178 et179 du projet de LD)

(a) Délais d'examen

Le § 130 du projet de LD indique que le dépôt du dossier de notification peut intervenir les « jours ouvrables » - et non les « jours ouvrés » - entre

9h00 et 19h00. Cela signifie-t-il que les notifications pourront être déposées les samedis ?

Au § 162, la mention du « lendemain à 0h » devrait être remplacée par « le jour ouvré suivant ».

Il serait utile, à l'instar de la Commission, que les LD comportent une définition des « jours ouvrés » et le cas échéant des « jours ouvrables » (cf. supra) ainsi qu'un renvoi à une liste officielle de jours fériés, par exemple celle visée dans le Code du travail (article L.3133-1).

(b) Tonalité répressive des développements sur l'examen en phase 1 de l'opération (§ 165 du projet de LD)

La place donnée aux dispositions des articles L.450-1 et suivants du Code de commerce dans la section IV.D.6, « *La conduite de l'examen en phase 1* » donne une tonalité *a priori* répressive à l'examen de phase 1.

La référence aux pouvoirs d'enquête de l'Autorité dès les § 165 à 169 fait apparaître cette première phase d'examen comme une étape essentiellement inquisitoriale alors que le plus souvent, les opérateurs sont dans une démarche de pleine coopération avec l'Autorité.

Les dispositions répressives sont connues des intervenants. S'il n'est pas inutile de les rappeler à titre subsidiaire, il apparaît également souhaitable de préciser le cadre de la coopération entre l'Autorité et les entreprises, en laissant notamment à celles-ci le temps nécessaire à la collecte des informations, et en adaptant ces délais à la complexité de la demande.

Par ailleurs, s'agissant des observations des tiers (§ 173-174) on peut regretter qu'il ne soit pas fait référence à un délai de communication des observations.

L'AFEC propose de consacrer l'aspect coopératif de la phase 1.

18. **Les tests de marché engagés dès la pré-notification (§ 192, 220, 253 et Annexe III du projet de LD)**

L'AFEC se félicite de la consécration par l'Autorité de la possibilité d'engager cette démarche (avec l'accord des parties) à un stade préliminaire de la procédure, qui devrait permettre d'accélérer sensiblement le calendrier des opérations de concentration.

19. **L'information des parties en cas de déclenchement de la phase 2 par le Ministre (§ 198 du projet de LD)**

Le projet de LD n'indique pas la manière dont les parties seront informées du refus de l'Autorité d'ouvrir une phase 2 à la demande du Ministre (§198, tiret 2).

Cette information est primordiale pour les entreprises parties à une opération de concentration, puisqu'elle conditionne la réalisation de l'opération, suspendue tant que l'Autorité n'a pas pris position.

L'AFEC propose que les LD précisent les modalités d'information des parties en cas de déclenchement ou non d'une phase 2 à la suite de la demande du Ministre.

20. **Les demandes de confidentialité et la computation des délais (§ 192, 220, 253 et l'Annexe VI du projet de LD)**

Le projet de LD effectue la computation des différents délais en jours ouvrés, à l'exception des § 192, 220, 253 et de l'Annexe VI, pour lesquels le projet de LD effectue une computation des délais en jours calendaires.

Tous ces § visent les demandes de confidentialité adressées par les parties à la concentration à l'Autorité. Le projet de LD prévoit ainsi que les parties « *disposent d'un délai de 15 jours calendaires pour indiquer les mentions relevant du secret des affaires* ».

L'AFEC s'interroge sur le fondement juridique utilisé pour effectuer la computation des délais en jours calendaires. La conséquence pratique regrettable de ce système consiste à réduire le délai accordé aux parties pour effectuer les demandes de confidentialisation.

L'AFEC considère qu'une harmonisation serait souhaitable, et propose que les références aux jours calendaires soient abandonnées dans les LD. Les parties devraient pouvoir bénéficier de 15 jours ouvrés pour effectuer leur demande de confidentialisation.

III– EXAMEN DE L'OPERATION AU FOND

21. La délimitation des marchés pertinents (§ 279 et suivants du projet de LD)

Le projet de LD identifie l'objectif de l'analyse des marchés pertinents, comme étant une étape essentielle afin d'apprécier le pouvoir de marché des entreprises (§ 279), ce qui est communément admis.

Si un marché est défini de manière trop large ou trop étroite, l'analyse des parts de marché risque de conduire à des conclusions incorrectes. Ainsi, la délimitation des marchés pertinents joue un rôle central dans l'évaluation de l'impact de la concentration sur la concurrence et sur les consommateurs.

Afin de s'assurer que les marchés pertinents sont délimités de manière à fournir des informations les plus exactes possibles sur le pouvoir de marché des entreprises, il est primordial que les LD fournissent des critères précis concernant la délimitation des marchés.

La définition de marché pertinent du § 280 qui s'appuie sur la notion de substituabilité semble avoir peu d'utilité pratique, car, dans la grande majorité des cas, la substituabilité entre produits est une question de degré. Comme le reconnaît le projet de LD, qui indique qu'une « *substituabilité parfaite entre produits ou services [s'observe] rarement* » (§280).

La question centrale devrait donc être d'établir non pas si les produits ou services sont « substituables » entre eux, mais s'ils le sont suffisamment pour exercer les uns sur les autres une contrainte concurrentielle importante et empêcher ainsi leurs producteurs d'exercer un pouvoir de marché. Cette question est formalisée dans le test du monopoleur hypothétique, repris par le projet de LD au § 281.

L'AFEC considère qu'il serait donc souhaitable que les LD définissent clairement le concept de marché pertinent sur la base du test du monopoleur hypothétique.

De l'application du test du monopole hypothétique découlent par ailleurs les conséquences suivantes.

Premièrement, les caractéristiques physiques des produits ou services sont certainement un indice important pour la délimitation des marchés pertinents ; toutefois, le simple fait que certains produits disposent de caractéristiques différentes ne suffit pas à conclure que ceux-ci n'appartiennent pas au même marché. Pour répondre à cette question il faut se demander si, et dans quelle mesure, une partie des clients passerait d'un produit à l'autre à la suite d'un changement des prix relatifs, et

si ce report serait suffisamment important pour causer une perte au monopoleur hypothétique, le contraignant ainsi à ne pas augmenter les prix. C'est seulement à la lumière de ce critère que les caractéristiques des produits ou services doivent être prises en compte. Il en va ainsi de « *l'image de marque* » (§ 301). Celle-ci est en effet une caractéristique des produits ou services et doit être évaluée de la même façon. Il serait souhaitable que ces points soient clarifiés dans les LD.

Deuxièmement, l'affirmation selon laquelle « *un écart de prix substantiel durable entre différents produits est un indice de non substituabilité entre ces derniers et donc de non appartenance au même marché* » (§ 299) appelle des réserves. D'une part, comme le reconnaît le projet de LD, les différences de prix peuvent s'expliquer par des différences de qualité, ou par les différents « *prix de réserve* » des clients respectifs. D'autre part, même si la différence de prix est importante, un changement des prix peut conduire de nombreux clients à changer de fournisseur. Par exemple, si le prix d'un produit bon marché devait augmenter de 10%, certains clients pourraient se tourner vers un produit plus cher mais qui offre un meilleur rapport qualité/prix.²⁰ Ainsi des produits vendus à des prix très différents peuvent exercer les uns sur les autres une contrainte concurrentielle importante.

(a) *Le critère de la substituabilité de l'offre (§ 288-289)*

Comme l'explique le § 289, « *[l]a 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 et à peu de frais entrer sur le marché, alors l'entreprise ne pourra pas exercer son pouvoir de marché* ». Cette approche est cohérente avec le test du monopole hypothétique.

Il convient de noter que le critère de la substituabilité de l'offre est un critère supplémentaire par rapport à celui de la substituabilité de la demande, et tout aussi valable. Dès lors, il n'y a aucune raison de se borner à l'appliquer seulement « *exceptionnellement, lorsque le critère de la substituabilité de la demande n'est pas opérant* » (§ 289), ou bien pour « *conforter* » l'analyse faite dans un premier temps selon le critère de substituabilité de la demande (§ 288).

Il est également injustifié de limiter l'application du critère de la substituabilité de l'offre aux cas où « *les offreurs proposent tous la même gamme de produits servant des clients aux demandes différentes* », comme le fait le projet de LD au § 304.

L'AFEC propose ainsi de supprimer le § 288, la première phrase du § 289 et la phrase du § 304 mentionnées ci-dessus.

²⁰ Dans certains cas, la substitution vers des produits plus chers peut ne pas être possible à cause des contraintes budgétaires des clients.

Enfin, le § 304 n'a pas lieu de se trouver dans la section V.B.3.b, qui est dédiée aux méthodes quantitatives, et devrait plutôt être placé dans la section V.B.3.a (Les indices qualitatifs), voire dans la section V.B.2 (Les critères utilisés).

(b) *Les méthodes quantitatives (§ 304 et suivants)*

Concernant les méthodes quantitatives décrites dans le projet de LD, on peut s'interroger sur l'opportunité de décrire certains aspects techniques de ces méthodes dans le cadre de LD. D'une part, une telle description est inévitablement incomplète, à cause des contraintes d'espace ; d'autre part, les techniques empiriques et quantitatives évoluent constamment en fonction du progrès de la recherche scientifique. Présenter en détail certaines techniques empiriques dans les LD risque de donner un poids excessif à certaines techniques par rapport à d'autres, indépendamment des mérites de chacune.

Ainsi, l'observation des évolutions de prix peut effectivement fournir des indications utiles sur la définition de marché, car des produits différents qui exercent les uns sur les autres une contrainte concurrentielle importante (dans le sens établi par le test du monopole hypothétique), peuvent présenter des écarts de prix, mais évoluent généralement de façon similaire dans le temps²¹.

La discussion détaillée des techniques quantitatives présentée dans le § 306, pourrait être supprimée.

En effet, le choix du type de données, l'opportunité de corriger les données pour des éventuelles variations saisonnières, ou le choix de la technique quantitative précise (coefficient de corrélation ou autre) demanderaient une discussion bien plus approfondie, que des LD ne peuvent pas fournir.

De manière similaire, le projet de LD mentionne l'analyse des élasticités-prix croisées, mais n'explique pas comment celle-ci permettrait de déterminer la délimitation la plus pertinente des marchés.

Comme une description complète de ce point serait particulièrement complexe, l'AFEC s'interroge sur l'opportunité de mentionner cette technique dans les LD.

²¹ L'AFEC reprend ici le texte du §306, avec des légères modifications.

Il existe également d'autres méthodes quantitatives qui peuvent être très utiles mais ne sont pas mentionnées dans le projet de LD, telles que l'analyse des « *diversion ratios* ».

22. **Les effets unilatéraux (§ 329 et suivants du projet de LD)**

Dans la description des critères d'analyse des effets unilatéraux, la section V.D.2.b traite de « *la nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché* ». Dans cette section, le § 341 indique que le caractère homogène ou différencié des produits ou services offerts doit être pris en compte. En effet, cet aspect peut être particulièrement important, notamment lorsqu'on analyse l'intensité de la pression concurrentielle existant entre les parties à la concentration. Comme le remarque le § 344, « *[l]orsque les parties à l'opération proposent des 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* ». Dans de telles circonstances, l'analyse des parts de marché peut conduire à sous-estimer l'impact de la concentration sur la concurrence.

Mais d'après le § 341, la nature homogène ou différenciée des produits est importante aussi pour d'autres raisons. Premièrement, le projet de LD note que « *[l]'intensité de la concurrence appréciée globalement sur le marché est en effet a priori plus faible dans le cas de biens très différenciés* ». La théorie économique indique effectivement que la marge brute économique (c'est-à-dire la différence relative entre le prix et le coût marginal) a tendance à être plus élevée lorsque les biens vendus sont très différenciés. Toutefois, à notre avis, cette prédiction théorique ne suffit pas pour conclure que ces marchés sont généralement moins concurrentiels. Par exemple, des marges élevées sont souvent nécessaires aux entreprises pour couvrir des coûts fixes importants, dus à la nature du processus de production, à l'activité de R&D, etc. Des marges importantes ne correspondent donc pas forcément à un taux de rentabilité important. Par ailleurs, la collusion tacite (ou explicite) est plus difficile dans des marchés de produits différenciés. Dès lors, le fait que les parties produisent des biens différenciés ne peut pas être considéré comme un indice que la concurrence sur ce marché est particulièrement inefficace.

Deuxièmement, selon le § 341 le degré de différenciation des biens est pertinent car « *sur les marchés de biens différenciés, la concurrence s'exerce 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 pour des biens homogènes, les mouvements de prix sont essentiellement le résultat de variations dans les quantités offertes ou demandées* ». Cette remarque très technique est cohérente avec certains modèles de la théorie économique. Toutefois, on peut se demander l'utilité d'une telle remarque dans des LD. D'abord, si la distinction entre concurrence par les prix et par les quantités est très nette dans les modèles théoriques, elle l'est beaucoup moins dans la réalité. En effet, dans de nombreux marchés, la concurrence semble se jouer par les prix et par la quantité.

L'AFEC propose la suppression du § 341. Par ailleurs, il pourrait être souhaitable que la section V.D.2.b concernant « *La nature de la concurrence* » traite, ne serait-ce que brièvement, des marchés d'enchères.

Concernant les coûts de changement de fournisseur (« *switching costs* » §§349-350), l'AFEC remarque que l'existence de tels coûts n'est pas nécessairement de nature à diminuer l'intensité de la concurrence ou la capacité de réaction des concurrents. Dans les marchés caractérisés par des coûts de changements importants, la concurrence a tendance à se jouer lors de l'acquisition des clients plutôt que sur la vente de produits ou services aux clients existants. Les fournisseurs peuvent proposer aux nouveaux clients des cadeaux, des remises sur la première période du contrat (offres « premiers trois mois gratuits »), etc., afin de les inciter à changer de fournisseur. Les biens peuvent ainsi être initialement vendus « à perte », tandis que les coûts seront couverts par la marge engendrée postérieurement.

La concurrence sur les marchés caractérisés par des coûts de changement est donc de nature différente, mais elle n'est pas généralement moins intense.

L'AFEC suggère que les LD apportent des précisions sur ce point.

23. **Les concentrations conglomérales (§ 402 et suivants du projet de LD)**

Le projet de LD reprend de manière extensive l'analyse des « effets de gamme » et des « effets de portefeuille ».

L'AFEC souligne que la détention d'une gamme ou d'un portefeuille importants ne devrait pas constituer l'élément central d'une analyse des effets potentiels d'une concentration conglomérale. La simple possession d'une vaste gamme ou portefeuille de marques ne peut pas être considérée comme un problème en soi. D'un point de vue économique, la création d'une gamme ou d'un portefeuille permet de créer des économies de gammes ou d'échelles dans l'intérêt des consommateurs.

Effets de gamme et de portefeuille ne devraient constituer, au mieux, que l'illustration d'un éventuel verrouillage du marché par effet de levier (ventes groupées, ventes liées, refus de fourniture, etc.), ce qui implique d'analyser ces deux éléments plutôt que la gamme ou le portefeuille détenus par l'entreprise.

L'analyse classique de l'effet de levier pourra s'appuyer en partie sur certains éléments découlant de la gamme ou du portefeuille détenus par les entreprises. Ainsi, il pourra être pertinent de prendre en compte les liens existant entre différents produits dans l'analyse de l'intérêt de l'entreprise à utiliser un effet de levier pour

verrouiller le marché. Cependant un tel élément ne doit être qu'un argument parmi d'autres de l'analyse (tel que le coût d'une stratégie de verrouillage). De même en ce qui concerne la capacité de l'entreprise à mettre en place une stratégie de verrouillage, une marque incontournable pourra faire pencher la balance en faveur de l'effet de levier. A l'inverse, l'existence de gammes fortes chez les concurrents, ou du pouvoir de marché d'un acheteur y feront échec.

L'AFEC rappelle que la Commission ne met pas au cœur de son analyse des concentrations conglomerales les effets de gamme ou de portefeuille. Celle-ci considère au contraire que « *le fait que l'entité issue de la concentration disposera d'une large gamme ou d'un gros portefeuille de produits ne pose pas, en tant que tel, de problèmes de concurrence* »²².

L'AFEC recommande que l'importance accordée aux effets de gamme et aux effets de portefeuille dans le projet de LD soit minimisée au profit d'une analyse classique des effets non coordonnés (verrouillage du marché par effet de levier : capacité, intérêt et effet négatif).

Cette approche mettant au cœur de l'analyse la question des effets de portefeuille ou de gamme ressort particulièrement au § 407 du projet de LD. Celui-ci cite la décision Guinness/Grand Met déjà ancienne selon laquelle « *un portefeuille de marques leaders permet de disposer d'une position plus forte vis-à-vis de ses clients* ». Or, du point de vue économique le fait que l'entreprise fusionnée acquière un vaste portefeuille n'augmente pas automatiquement son pouvoir de marché.

L'AFEC propose, à tout le moins, la suppression du § 407.

24. **Les autres cas d'effets non coordonnés : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat** (§ 429 à 432 du projet de LD)

L'AFEC se félicite des développements consacrés dans le projet de LD à ce sujet, en particulier ceux consacrés par l'Autorité à l'analyse des effets découlant de la création ou du renforcement d'une puissance d'achat sur le marché, et non de sa seule existence.

²² Voir le paragraphe 104 des Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Voir par exemple l'affaire M.5384 BNP Paribas/Fortis, pts 130 à 132.

25. **La coordination entre sociétés mères d'une JV (§ 451 et suivants du projet de LD)**

L'AFEC note que le projet de LD consacre la nécessité d'analyser la coordination potentielle entre les sociétés mères d'une JV, même lorsque les sociétés mères sont présentes sur des marchés étrangers à l'opération notifiée (c'est-à-dire des marchés qui ne sont ni similaires, ni voisins, ou encore connexes).

Cette analyse issue notamment de la décision EBRA²³ se distingue de l'analyse effectuée au niveau communautaire qui exige un lien de connexité entre les marchés sur lesquels la JV et les mères sont présentes (voir le règlement concentrations, article 2.5).

Elle diffère également de celle retenue par les lignes directrices de la DGCCRF au § 392 : « *Lorsque les sociétés-mères concernées par l'opération sont actives ensemble sur un marché distinct de celui où est active leur entreprise commune mais qui constitue cependant un marché aval, amont ou connexe de ce dernier, il convient d'étudier, à l'occasion de la concentration, le risque d'atteinte à la concurrence résultant de la coordination de leurs comportements concurrentiels* ».

L'analyse actuelle proposée dans le projet de LD est défavorable aux entreprises et nécessite de consacrer des ressources supplémentaires importantes dans le cadre de la notification d'une JV dont les sociétés mères seraient de grands groupes diversifiés actifs sur de très nombreux marchés. Cette contrainte s'avère lourde au stade de la définition des marchés et de la détermination de la position des parties. Un risque supplémentaire pèse sur ces entreprises de voir leur dossier déclaré incomplet et le processus d'analyse retardé en conséquence.

L'AFEC considère que le lien de connexité entre les marchés sur lesquels la JV et les mères sont présentes est un critère raisonnable, et propose qu'il soit repris dans les LD. A défaut, il conviendrait à tout le moins, de guider les entreprises sur les conséquences pratiques de cette analyse en ce qui concerne le contenu du formulaire de notification et, autant que possible, d'alléger la quantité d'informations demandée.

26. **Les gains d'efficacité (§ 464 et suivants du projet de LD)**

L'AFEC se félicite des développements consacrés dans le projet de LD à ce sujet.

²³ C2007-27 Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 28 août 2007 aux conseils des sociétés l'Est-Républicain et BFCM, après avis du Conseil de la Concurrence du 2 août 2007.

27. **Les entreprise défailtantes (§ 485 à 493 du projet de LD)**

Reprenant la pratique décisionnelle française et communautaire, l'Autorité rappelle les trois critères d'application de la théorie de l'entreprise défailtante :

- ⇒ La disparition rapide de la société en l'absence de reprise ;
- ⇒ L'absence d'offres de reprise moins dommageables pour la concurrence ;
- ⇒ La neutralité pour les consommateurs.

L'Autorité note par ailleurs que « *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* » (§ 487).

A la lecture du projet de LD, l'AFEC s'interroge sur un certain nombre de changements (a) et d'omissions (b). Elle demande que certaines incertitudes soient d'ores et déjà levées dans la mise en œuvre de ce texte. L'argument de l'entreprise défailtante risque en effet d'être appliqué plus fréquemment dans les prochains mois, compte tenu du ralentissement de l'économie et des difficultés rencontrées aujourd'hui par un certain nombre d'entreprises. Les parties notifiantes ont donc besoin d'éclaircissements dans le cas où elles auraient recours à cet argument.

(a) Sur l'emplacement de cet argument dans le projet de LD

Dans les lignes directrices de la DGCCRF, cet argument figurait dans l'analyse concurrentielle. Dans le projet de LD, cet argument n'apparaît plus dans l'analyse concurrentielle mais juste après la partie relative aux « *contributions au progrès économique* ». Ce changement est d'autant plus surprenant que l'Autorité a repris la conception communautaire de la théorie de l'entreprise défailtante, conception qui relève en droit communautaire du bilan concurrentiel.

Au surplus, si l'Autorité semble reprendre la définition et les critères posés par le Conseil d'Etat dans sa décision Seb/Moulinex²⁴, l'AFEC a relevé que l'attendu n'était pas cité in extenso, puisque la phrase « *au terme du bilan [concurrentiel]* » a été supprimée et remplacée par des crochets.

L'AFEC s'interroge donc sur ces changements et suppressions.

En effet, selon le Conseil d'Etat, l'application à une opération de concentration de « *l'exception de l'entreprise défailtante* » est un élément de l'examen du bilan concurrentiel et précède la question de savoir « *si la contribution apportée au progrès économique apportée par la concentration projetée est suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence redoutées, ou s'il convient de subordonner l'opération à l'observation de prescriptions de nature à apporter au progrès économique* ».

²⁴

Décision du Conseil d'Etat du 6 février 2004 n°249267 relative à l'opération Seb/Moulinex.

et social une contribution suffisante pour compenser ces atteintes²⁵ ». Au surplus, pour le Conseil d'Etat, si les 3 critères sont remplis, l'opération doit être autorisée « sans prescriptions ».

La question se pose donc de savoir si l'argument de l'entreprise défaillante fait partie du bilan concurrentiel ou du bilan économique ou s'il s'agit à présent d'une notion autonome faisant référence à un bilan d'ensemble de l'opération.

Ces précisions sont d'autant plus nécessaires que les dernières décisions du Conseil de la concurrence se référant à cette notion, n'apportent pas de réponses claires à cette question.

Ainsi, dans un avis rendu postérieurement à l'arrêt du Conseil d'Etat, le Conseil de la concurrence semblait déjà s'être démarqué de cette solution (avis 05-A-01 du 7 janvier 2005, relatif à l'opération Boiron/Dolisos, cité dans le projet de LD à la note de bas de page 184). Dans cet avis, le Conseil avait d'abord opéré un bilan concurrentiel de l'opération (page 11) avant d'aborder la question de l'entreprise défaillante (page 23) dans la partie réservée aux « autres éléments du bilan économique » (page 21).

L'AFEC souhaite que l'argument de l'entreprise défaillante soit plus précisément défini.

Soit les LD consacrent la logique du bilan concurrentiel et dès lors que les trois critères sont remplis, l'opération doit être autorisée sans engagements.

Soit l'Autorité se réserve le droit d'appliquer différemment cet argument auquel cas les LD devront préciser dans quel cadre l'analyse sera opérée.

(b) Sur les omissions

(i) La charge de la preuve

Au-delà de la question de savoir si l'argument de l'entreprise défaillante sera apprécié dans le cadre d'un bilan concurrentiel ou d'un bilan économique ou d'un bilan d'ensemble, se pose le point de savoir sur qui pèse la charge de la preuve.

Les lignes directrices de la DGCCRF précisait en effet au § 445 que c'était aux entreprises de supporter la charge de la preuve des trois critères de l'entreprise défaillante (« *Bien entendu, dès lors que les parties*

²⁵ Déc. Conseil d'Etat préc. v. également conclusions du Commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser pt 4-2-2.

notifiantes soutiennent que l'exception de l'entreprise défaillante a lieu de s'appliquer, il leur incombe de démontrer que les trois conditions permettant d'appliquer ladite exception sont remplies »). Or rien n'est prévu dans le projet de LD de l'Autorité.

Cette question est importante dans la pratique, car s'il s'agit d'un bilan concurrentiel, il appartient en principe aux autorités de concurrence de démontrer que l'opération pose un problème de concurrence. S'il s'agit d'un bilan économique, ce sont les parties notifiantes qui doivent apporter les éléments permettant aux autorités d'autoriser l'opération.

L'AFEC demande que la question de la charge de la preuve soit précisée dans les LD pour éviter toute difficulté d'application de cet argument.

(ii) La division défaillante

L'AFEC constate que la notion de « *division défaillante* » n'est pas mentionnée dans le projet de LD. Dans un certain nombre de cas, seule une partie des activités d'une entreprise ou d'un groupe risque de disparaître du marché et seule est envisagée la reprise de cette partie par un concurrent.

Cette notion existe en droit communautaire. Les juridictions communautaires et la Commission l'ont prise en compte sous le nom de « *failing division defence* » en appliquant des critères plus stricts.

L'AFEC propose que cette notion soit reprise par les LD, d'autant que toute référence à la pratique décisionnelle communautaire a disparu du projet de LD.

(iii) La pratique décisionnelle communautaire

L'AFEC remarque que la pratique décisionnelle communautaire relative à l'entreprise défaillante, n'est plus citée dans le projet de LD par rapport aux lignes directrices de la DGCCRF, et s'interroge sur cette suppression.

Faut-il en déduire que l'Autorité ne se réfèrera pas au droit communautaire et utilisera un concept propre ? C'est ce qu'on pourrait déduire du § 487 du projet de LD selon lequel l'Autorité ne dispose pas d'assez de cas pour qu'une méthode d'analyse puisse être dégagée.

Or, il semble à l'AFEC que la pratique décisionnelle communautaire peut apporter d'utiles compléments d'analyse sur une notion parfois complexe.

En résumé, les souhaits de L'AFEC sont les suivants :

- Clarification de la mise en œuvre de l'argument de l'entreprise défaillante.
- Clarification de la charge de la preuve.
- Intégration de la notion de division défaillante.
- Position de l'Autorité sur la pratique décisionnelle communautaire.

28. **La suppression des liens structurels entre les concurrents (§ 514 du projet de LD)**

Le projet de LD ne mentionne pas les cas dans lesquels la suppression des liens structurels avec des concurrents pourrait être exigée. Il est important que les LD précisent qu'une telle suppression ne devrait avoir lieu qu'en cas d'atteinte significative à la concurrence et après une analyse approfondie des risques liés à l'existence de cette participation minoritaire (via soit l'analyse des risques d'effets coordonnés entre les différentes entités, par exemple, sur la base des questions suivantes : les entreprises seront-elles davantage incitées à prendre en compte l'intérêt de l'autre pour coordonner leurs stratégies commerciales ? Ont-elles une convergence d'intérêts ? Ont-elles des incitations commerciales et stratégiques à faire preuve de compréhension mutuelle pour renforcer réciproquement leurs stratégies commerciales ? Soit l'analyse des risques d'effets non-coordonnés en cas de renforcement du pouvoir de marché d'une des entités en cause).

Le projet de LD est par ailleurs silencieux quant aux caractéristiques à prendre en compte pour l'analyse des effets (coordonnés ou non) découlant de l'existence d'une participation minoritaire. Les LD pourraient ainsi rappeler les éléments suivants : l'étendue et l'importance des droits de vote associés à la participation minoritaire, l'existence de droits spéciaux (droits de préemption, créances, options, etc.), la nature de la représentation du minoritaire aux instances décisionnelles de la société, l'existence d'accords commerciaux entre les actionnaires pouvant avoir un impact sur la stratégie commerciale des sociétés en cause et l'accès à des informations commercialement sensibles.

Si la Commission a pu dans certaines affaires, (voir par exemple la décision M.4150, Abbott/Guidant : désinvestissement par Abbott de sa participation de 4% dans Boston Scientific) exiger la cession d'une participation minoritaire dans un concurrent, elle a également admis qu'une telle mesure n'était pas toujours nécessaire (voir notamment en ce sens les affaires M.4519, Lagardère/Sportfive s'agissant de la participation minoritaire de Lagardère dans Canal+, pts 17 à 42 et M.5384 BNP Paribas/Fortis s'agissant de participations minoritaires croisées entre AXA et BNP Paribas, pts 130 et 132).

C'est également le cas de la pratique décisionnelle française. Ainsi, dans sa décision C2006-2 / Vivendi Universal / Canal Sat - TPS, le Ministre a accepté les engagements comportementaux proposés par Canal +, nouvel actionnaire majoritaire de l'ensemble Canal SAT – TPS, sans exiger la cession des participations minoritaires détenues par les concurrents (TF1, M6, Lagardère) dans la nouvelle entité. Il a considéré (i) que l'absence d'incitation à se concurrencer sur les marchés en amont ne paraissait pas établi et (ii) que le risque de renforcement du pouvoir de marché des actionnaires minoritaires était exclu.

L'AFEC propose que le § 514 soit complété de manière à indiquer les éléments pris en compte par l'Autorité dans le cadre de son analyse des participations minoritaires et à faire ressortir le caractère exceptionnel de l'exigence de désinvestir des participations minoritaires.

29. **Les recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence (Annexe B et § 523 et suivants du projet de LD)**

L'AFEC ne peut qu'approuver l'introduction de cette nouvelle Annexe. Les recommandations qui y sont formulées paraissent utiles et raisonnables. Elles correspondent d'ailleurs à ce qui est pratiqué habituellement par les économistes.

L'AFEC souhaite cependant faire deux commentaires :

- L'échange préconisé au § 529 est souvent appliqué dans la pratique. Toutefois, il présente le risque de ralentir la procédure. L'AFEC souhaiterait que cet échange ne soit pas systématique et qu'il soit laissé au choix des parties.

L'AFEC propose de reformuler ainsi le début du § 529 : « *les parties peuvent, si elles l'estiment nécessaire, engager des échanges avec les services d'instruction...* » (le reste sans changement).

- Les § 535 à 541, décrivent un certain nombre d'éléments qui « *doivent* » accompagner les études économiques soumises à l'Autorité.

L'AFEC estime que ces éléments peuvent être utiles, voire indispensables à l'Autorité pour vérifier la validité d'une analyse. Cependant, dans la pratique, la remise systématique de ces éléments peut s'avérer lourde.

L'AFEC propose de reformuler le § 535 : « *Enfin, les services d'instruction doivent être en mesure de reproduire l'ensemble des résultats des études économiques soumises par les Parties. Pour ce faire, l'Autorité peut demander aux parties de lui fournir les données utilisées et l'ensemble des programmes...* » (le reste sans changement).

30. **Les alliances fluctuantes (§ 556 de l'Annexe C du projet de LD)**

Les lignes directrices de la DGCCRF (§ 17), tout comme la Communication consolidée (§ 80 et 88), mentionnent le cas de figure particulier des alliances fluctuantes dans la partie relative à la détermination du contrôle conjoint. La naissance possible d'alliances fluctuantes entre actionnaires minoritaires conduisant normalement à rejeter l'hypothèse d'un contrôle en commun.

Le projet de LD de l'Autorité a supprimé cette référence pour ne l'intégrer que dans l'Annexe C relative aux questions spécifiques aux fonds d'investissements.

Or, s'il est vrai que la problématique des alliances fluctuantes se rencontre le plus souvent dans les opérations d'acquisition conduites par des fonds d'investissements, tel n'est pas exclusivement le cas.

La question des alliances fluctuantes est particulièrement importante à deux titres. Premièrement pour déterminer les entreprises concernées et deuxièmement pour calculer le chiffre d'affaires dans le cas de groupes de sociétés.

Il existe d'ailleurs une pratique décisionnelle bien établie tant en droit communautaire qu'en droit français. Ainsi à deux reprises, le Ministre a explicitement reconnu l'existence d'alliances fluctuantes et donc l'absence de concentration²⁶ et a plusieurs fois analysé l'existence d'alliances fluctuantes au niveau des sociétés mères ou de filiales afin de déterminer le chiffre d'affaires à prendre en compte.

L'AFEC souhaite que les développements en matière d'alliance fluctuante soient réintégrés dans le corps des LD afin de leur conserver une portée générale.

31. **Le calcul du chiffre d'affaires des coopératives agricoles (Annexe D et § 596 et 597 du projet de LD)**

Aux termes du § 596 du projet de LD, le chiffre d'affaires d'une coopérative sur laquelle ses adhérents n'exercent aucune influence déterminante doit comprendre les

²⁶ Lettre du 5 août 2003, C2003-166 Skiva SAS / AES Laboratoire Groupe et lettre du 20 août 2002 C2002-68, Financière Argassi / Gic.

ventes qu'elle a réalisées auprès de ses adhérents ainsi que les ventes réalisées auprès de tiers (à l'exclusion des ventes réalisées par les adhérents auprès de tiers).

Le § 597 précise en outre que « *de ces ventes, doivent être retranchés les achats de la coopérative auprès de ses adhérents* ».

La rédaction de ces deux paragraphes est ainsi parfaitement identique à celle antérieurement adoptée sur ce point par la DGCCRF dans ses lignes directrices (§ 615 à 618).

Il convient toutefois de noter que les § 596 et suivants du projet de LD concernent précisément le cas où les adhérents n'ont aucune influence déterminante sur la coopérative. Les adhérents ne contrôlant pas la coopérative au sens du droit des concentrations, adhérents et coopérative ne peuvent pas être considérés comme appartenant à un même groupe. En conséquence, le chiffre d'affaires réalisé par les adhérents n'a pas à entrer en ligne de compte pour le calcul des seuils.

Il y a donc encore moins lieu à prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par les adhérents auprès de la coopérative et, partant, on voit mal pourquoi celui-ci devrait être soustrait à l'instar d'opérations intra-groupe.

Du reste, la DGCCRF a, par le passé, déjà reconnu qu'il s'agissait là d'une erreur rédactionnelle et qu'il convenait de ne pas tenir compte de ce paragraphe (§ 616 des lignes directrices de la DGCCRF).

L'AFEC recommande donc la suppression du § 597 du projet de LD.

32. **La reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre de procédures collectives (Annexe E et § 605 et suivants du projet de LD)**

De manière générale, les développements des LD consacrés à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre de procédures collectives (§ 605 et suivants) devraient être revus en tenant compte des changements intervenus dans les dispositions du Code de commerce relatives aux procédures collectives (les articles L.621-57 et L.621-87 du Code de commerce, visés au § 610 des LD, ont été abrogés par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises).

Pour justifier l'octroi de dérogations à l'effet suspensif, les LD (§ 609 et § 610) partent de l'hypothèse selon laquelle les dispositions du Code de commerce relatives aux procédures collectives ne seraient pas compatibles avec l'insertion d'une clause suspensive dans l'offre de reprise. Or ce postulat est discutable sur un plan juridique même si, sur un plan pratique, une offre de cession dépourvue de condition suspensive présente de meilleures chances d'être sélectionnée. Par souci de sécurité juridique, il serait souhaitable que les LD considèrent l'existence d'une procédure de

redressement/liquidation judiciaire comme constitutive en soi d'une motivation suffisante pour justifier une dérogation à l'effet suspensif.

Le § 611 des LD indique que l'octroi d'une dérogation à l'effet suspensif « *est cependant accordée sous réserve que le repreneur s'abstienne de tout acte qui serait de nature à modifier la structure de l'opération [...]* ». Cela semble indiquer que la dérogation n'est valable qu'à périmètre constant. Or le périmètre de l'opération tel qu'il résulte de l'offre de reprise déposée au Tribunal de Commerce est susceptible d'évoluer au cours du processus d'examen de l'offre par ce même Tribunal. Afin de garantir une plus grande sécurité juridique pour les bénéficiaires des dérogations à l'effet suspensif, il conviendrait de préciser la portée de l'exigence posée au § 611 et l'incidence éventuelle d'un changement de périmètre de l'opération intervenu au cours de la phase d'examen de l'offre par le tribunal, postérieurement à l'obtention de la dérogation.

L'AFEC suggère :

- de tenir compte de l'évolution des textes relatifs aux procédures collectives ;
- de considérer l'existence d'une procédure de redressement/liquidation judiciaire comme constitutif en soi d'un motif de dérogation à l'effet suspensif ;
- de préciser la portée de l'exigence posée au § 611.

33. **Les restrictions accessoires (pas de référence)**

La pratique décisionnelle récente du Ministre ne semblait pas jusqu'ici totalement fixée concernant l'appréciation des restrictions accessoires. En particulier, elle ne faisait pas systématiquement référence à la Communication de la Commission de 2005 sur les restrictions accessoires. De même, la prévisibilité de sa position quant à l'appréciation ou non du caractère accessoire de certaines clauses (même si ces dernières ne présentaient apparemment pas de caractère inédit) était faible. Il n'en demeure pas moins que de très nombreuses affaires contiennent des analyses précises et pertinentes à ce sujet²⁷.

Ces ambiguïtés étaient d'autant plus fortes que les lignes directrices de la DGCCRF ne consacraient aucun développement au sujet. A cet égard, le groupe de travail regrette l'absence de précision sur cette question dans le projet de LD.

²⁷ Voir par exemple les lettres du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2000-6 Koyo / PSA du 24 mars 2000 ; C2002-147 Crédit Agricole / Finaref du 28 janvier 2003 ; C2003-195 Cinram / AOL Time Warner du 12 septembre 2003 ; C2006-23 Fareva / Pfizer du 12 avril 2006.

Par ailleurs, l'ancien partage de compétence entre le Ministre (au titre du contrôle des concentrations) et le Conseil de la concurrence (pour la mise en œuvre de l'article L.420-1 du Code de commerce) sur ces questions, renforçait le risque d'une éventuelle contestation *a posteriori* de la validité d'une clause notifiée dans le cadre d'une opération approuvée (en ce sens, voir la décision AP Moller Maersk du 31 juillet 2008).

La LME concentrant désormais au profit de la seule Autorité les compétences, autrefois partagées, sur tous ces aspects des restrictions accessoires, il apparaît d'autant plus souhaitable que l'Autorité fournisse les éclaircissements nécessaires pour éviter cette situation et la combinaison éventuelle des procédures qui pourrait en résulter.

L'AFEC suggère que la position de l'Autorité soit clarifiée vis-à-vis des restrictions accessoires, y compris si l'Autorité ne veut pas les traiter en droit des concentrations.

34. **Le secret professionnel (pas de référence)**

L'AFEC note que le projet de LD ne reprend pas l'ancien §108 des lignes directrices de la DGCCRF concernant le secret professionnel des agents publics : « (...) *dans tout le cadre de la procédure de contrôle, les agents de la DGCCRF, comme tout agent public, sont tenus au secret professionnel, sous peine de sanction pénale (article L226-13 du Code pénal)* ».

Les dispositions relatives au secret professionnel, à l'obligation de discrétion et au devoir de réserve des « *personnes exerçant des fonctions au sein de l'Autorité* » sont définies dans la Charte de déontologie de l'Autorité aux sections I.1.A, I.1.B et I.1.C.

L'AFEC propose que les LD fassent expressément référence à ces sections de la Charte de déontologie de l'Autorité.

35. **Divers**

Par ailleurs l'AFEC attire l'attention de l'Autorité sur une erreur matérielle qui s'est glissée dans le texte du projet de LD.

- Au § 211, la référence à l'article du Code Monétaire et Financier (article L5121-4) est erronée. Il s'agit en réalité de l'article L511-4.