

<p style="text-align: center;">PROJET DE LIGNES DIRECTRICES RELATIVES AU CONTROLE DES CONCENTRATIONS</p>

L'Autorité de la concurrence soumet à consultation publique son projet de nouvelles Lignes directrices (LD) relatives au contrôle des concentrations destinées à remplacer celles publiées par la DGCCRF dont ce contrôle relevait jusqu'à la réforme intervenue dans la LME en août 2008.

Les grandes entreprises membres de l'AFEP sont particulièrement intéressées par cette révision dont l'un des objectifs est de prendre en compte la pratique décisionnelle nationale et communautaire. Elles prêtent donc une grande attention à ce projet sur lequel elles souhaitent formuler différentes remarques.

En préliminaire

Tout d'abord, ce document ne change pas les dispositions fondamentales des Lignes directrices de la DGCCRF de 2007, si ce n'est qu'il est structuré différemment, et incorpore plus de références de jurisprudence que les Lignes directrices de 2007.

Si ce texte gagne indéniablement en lisibilité, les entreprises considèrent qu'il n'en demeure pas moins encore assez théorique. A l'exception des développements consacrés à la notion de seuils, peu d'exemples viennent en effet étayer les propos tenus.

L'Autorité de la concurrence aurait pu prendre en référence les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03).

Ainsi serait-il souhaitable d'apporter quelques éclairages sur des notions telles que :

- les **opérations transitoires** à l'instar du portage financier dans le domaine de la franchise :

Le portage financier a le grand avantage de permettre, dans un délai déterminé, à un établissement de se positionner en soutien d'une démarche industrielle face à des fonds d'investissement aux capacités financières plus importantes. Il peut ainsi multiplier les acteurs sur un marché, permettant par exemple à un franchiseur de prendre le contrôle exclusif d'une franchise pendant quelques mois avant le débouclage de l'opération avec un nouveau partenaire.

Dès lors qu'elle remplit les critères de faible seuil de chiffre d'affaires prévus dans la LME, une telle prise de contrôle implique une notification sans que pour autant elle s'accompagne d'une modification structurelle et définitive du marché. L'abaissement des seuils de chiffres d'affaires pour le commerce de détail va entraîner un grand nombre de notifications sans réelle pertinence puisque, in fine, l'opération n'impacte pas le marché et ne pose pas de problème concurrentiel.

Les entreprises proposent donc d'alléger la procédure de notification en amont. Seul un courrier serait adressé à l'Autorité de la concurrence l'informant de l'opération de portage, limitée dans le temps, avec engagement de revenir vers elle à l'issue de l'opération. Ce serait uniquement en fin de procédure que l'analyse sur une éventuelle concentration serait effectuée.

- les **entreprises communes** auxquelles le projet de Lignes directrices consacre uniquement cinq paragraphes¹.

La condition d'autonomie – centrale – est définie par rapport aux ventes entre l'entreprise commune et ses mères sans rappeler les autres conditions que sont les ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante (personnel, actifs, ...) ou l'accès au marché (comptoirs de vente, sociétés immobilières)². Une entreprise commune sera considérée comme « autonome » quand elle détient un pouvoir souverain de décision sur des éléments tels que le budget, le business plan ou l'embauche/licenciement des dirigeants clés.

Par ailleurs, se référant à la Communication sur la compétence de la Commission de 2004, les Lignes directrices de 2007 prévoyaient des développements sur les "entreprises communes de plein exercice". Or, dans les §§ 33 et suivants du projet de LD relatifs à la définition des notions de « concentration / contrôle », le terme "plein exercice" n'étant pas une seule fois mentionné, il est permis de s'interroger sur une éventuelle remise en cause de la position de la Commission européenne en ce domaine.

Des éclairages et précisions pourraient être utilement apportés tant sur la notion d'autonomie que sur le terme de « plein exercice ».

Par ailleurs, il est à noter que les développements infra se focalisent uniquement sur les préoccupations des entreprises et ne relèvent pas les améliorations apportées telles que, par exemple, la possibilité d'engager des tests de marché dès la pré-notification (§ 176 du projet). Cette disposition empreinte de pragmatisme, qui se ferait en accord avec les parties notifiantes, aurait le grand mérite d'accélérer le calendrier des opérations.

¹ Voir les § 52 à 56 ;

² Voir en ce sens la Communication 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, points (94) et suiv.

Sur le fond

Les entreprises souhaitent faire valoir des remarques et proposer quelques solutions essentiellement sur la procédure envisagée, les points concernant les éléments demandés pour l'examen au fond des opérations ne soulevant pas de remarques majeures de leur part.

I/ La procédure

Sources de difficultés dans le traitement des dossiers de concentrations, différents sujets relevant de la procédure retiennent toute l'attention des entreprises.

1. Obligation de notification

La notion de "projet suffisamment abouti" mentionnée au § 89 laisse les entreprises dans un état d'imprévisibilité peu satisfaisant même si elles comprennent le caractère souple et adapté « au cas par cas » auquel ce projet se réfère. Dans ce cadre, elles insistent néanmoins sur l'importance d'exemples utiles pour les guider dans leur appréciation du dossier au regard des attentes de l'Autorité.

Elles suggèrent que des exemples précisent et complètent les développements envisagés en reprenant un point tel que « un accord de principe, un protocole d'accord ou une lettre d'intention signée par toutes les entreprises concernées »³ ou les exemples fournis par la DGCCRF⁴.

2. Notion de complétude

Selon le projet de LD, le délai d'instruction ne commence à courir qu'au jour indiqué sur l'accusé de réception constatant la complétude. La pratique que les entreprises ont pu constater sous l'empire des textes en vigueur montre cependant que la période nécessaire pour l'examen de la complétude d'un dossier se situe plutôt entre trois et quatre semaines. Les parties notifiantes ne sont alors pas en mesure de prévoir avec certitude la date d'expiration de la première phase d'examen.

Elles se retrouvent alors dans une situation juridique inconfortable, l'avis d'incomplétude ayant pour effet de repousser le point de départ du délai au jour de la réception. La rédaction envisagée au § 132 relative « aux derniers éléments ayant permis de constater la complétude » leur semble, à ce titre, devoir être précisée.

³ Règlement (CE) 139/2004 relatif au contrôle des concentrations, considérant 34 ;

⁴ Lignes directrices de 2007, § 113 p.24 : «... 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'un projet suffisamment abouti ».

En effet, la connaissance dès que possible du point de départ de la procédure officielle est majeure pour elles, en particulier pour les raisons suivantes :

- les aspects pratiques des opérations de fusions acquisitions nécessitent en amont l'établissement de calendrier précis (« rétro planning ») supposant la connaissance d'une date d'obtention probable de la décision de l'Autorité (sous réserve d'éventuelles suspensions de délai) ;
- les acquéreurs sont souvent contraints de s'engager vis-à-vis des vendeurs à déposer une notification complète dans un certain délai : dans ce cas, il est nécessaire pour l'acquéreur d'obtenir au plus vite un certificat de complétude afin de justifier envers son cocontractant de l'accomplissement de ses obligations.

Il ne peut être envisagé la délivrance d'une attestation de complétude du dossier avec une rétroactivité de plusieurs semaines et parfois même quelques jours avant la décision. Il en est ainsi par exemple des opérations ne soulevant pas de problème de concurrence, d'autant plus que ces opérations « non complexes » font très souvent l'objet d'une pré-notification dont le seul intérêt réside dans l'examen de la complétude du dossier.

Les entreprises proposent que l'Autorité de la concurrence délivre une attestation de complétude pour les opérations :

- *ne soulevant pas de problème concurrentiel,*
- *ayant fait l'objet d'une pré-notification.*

3. Simplification des procédures

Les entreprises sont intéressées par toute démarche tendant à simplifier des procédures là où il est possible d'alléger, d'accélérer sans pour autant faire perdre en pertinence les dossiers examinés.

Dans ce cadre, elles estiment qu'une simplification devrait pouvoir être envisagée dès lors qu'il n'existe aucune atteinte structurelle au marché, l'opération ne posant pas de problème de concurrence. Il en est ainsi, par exemple, d'une opération exécutée sous une enseigne identique.

Le fait d'envisager au § 153 que les entreprises réalisant de nombreuses opérations annuelles puissent fournir un tronc commun contenant « les informations générales » est une démarche intéressante. Elle ne répond néanmoins pas tout à fait à la réalité de leurs préoccupations dans la mesure où, de par leur expérience, elles ont pu constater certaines redondances dans les opérations ou documents exigés par l'Autorité de la concurrence.

A ce titre, il serait intéressant d'établir tant le type d'opérations que celui des documents susceptibles de bénéficier d'une information allégée.

Il pourrait être envisagé par exemple de réfléchir aux opérations relatives à :

- *un passage d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif ;*
- *un achat dans le commerce de détail sans changement d'enseigne et ne concernant pas des structures d'hypermarchés ;*

- *du portage temporaire dans ce même secteur –sous réserve de trouver un acquéreur à échéance courte (1 an).*

Les documents susceptibles d’être simplifiés pourraient être :

- *la liste des opérations de concentration réalisées dans les trois dernières années pourrait être non obligatoire ;*
- *la description de l’activité (des activités) si elle est inchangée depuis la dernière notification, avec un simple renvoi au site web de la société notifiante.*

4. Jours calendaires/ ouvrés

Les entreprises constatent que, aux § 192 et 220, le projet de LD apporte des précisions qui ne sont pas mentionnées dans l’article R. 430-7 en évoquant des jours calendaires là où le code ne parle que de jours.

Or, le calcul de jours calendaires se révèle plutôt moins favorable aux entreprises que les jours ouvrés, mentionnés par exemple dans la LME. Les jours calendaires supposent, en effet, de comptabiliser tous les jours de la semaine alors que les jours ouvrés se rapportent aux jours effectivement travaillés (lundi au vendredi en général).

Les entreprises proposent que, conformément aux dispositions de la LME (article 96), ces délais soient uniformisés et mentionnent des jours ouvrés.

5. Informations pouvant bénéficier du secret des affaires

Le code de commerce prévoit expressément que pour les pratiques concertées et abus de position dominante, les informations vieilles de plus de 5 ans ne peuvent pas bénéficier du secret des affaires. Ces articles du code ne sont pas applicables pour les concentrations.

Comme dans les LD 2007, le projet de LD (§ 194) liste les différentes informations sans donner d’indication de temps, laissant ainsi les parties à la merci de l’Autorité de la Concurrence, a fortiori si des tests de marchés sont réalisés (qui nécessitent donc de donner des informations aux tiers).

Les entreprises suggèrent que l’Autorité précise dans ce § le délai au cours duquel les éléments cités ne peuvent pas en principe être occultés.

6. Alliances fluctuantes

Que ce soient les lignes directrices de la DGCCRF (§ 17) ou la communication juridictionnelle de la Commission européenne (§ 80 et 88), les alliances fluctuantes étaient jusqu’alors mentionnées dans la partie dédiée à la détermination du contrôle conjoint.

Le projet de l’Autorité de la concurrence l’a déplacé dans l’annexe C relative aux questions spécifiques aux fonds d’investissements.

Même si le sujet des alliances fluctuantes se rencontre le plus souvent dans les opérations d'acquisition conduites par des fonds d'investissements, il peut également se retrouver dans des opérations menées par d'autres acteurs.

Il serait en conséquence souhaitable de réintégrer ces développements dans le corps des lignes directrices afin de leurs conserver une portée générale.

II/ Examen de l'opération sur le fond

Les entreprises prennent acte des indications qu'il leur appartient de fournir pour l'étude économique (§ 466 et Annexe B) tout en constatant qu'elles sont encadrées par le caractère impératif des recommandations formulées (« les études doivent... »).

Elles regrettent que le projet de LD soit moins détaillé que les Lignes directrices de 2007 concernant les exemples de contributions au progrès économique (§§ 475 et suivants). Si le projet de LD mentionne quelques exemples quant à ces critères, certaines rubriques des Lignes directrices de 2007 ont disparu à l'instar des protections de l'approvisionnement national ou de l'environnement.

Les entreprises apprécieraient que l'Autorité de la concurrence précise si elle continuera – ou non – à considérer ces protections au titre des contributions au progrès économique.