

# **Commission droit de la concurrence du Comité national français de la Chambre de Commerce Internationale**

## **Commentaires sur le projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations**

Le Comité national français de la Chambre de Commerce Internationale (« **ICC France** ») salue tout d'abord la célérité d'adoption par l'Autorité de la concurrence (l'« **Autorité** ») de ce projet de lignes directrices (le « **Projet** »), à la suite notamment des nombreuses modifications apportées au régime du contrôle des concentrations par la Loi de Modernisation de l'Économie (la « **LME** »).

Le Projet reflète une certaine évolution par rapport aux lignes directrices de la DGCCRF, prenant en considération les réflexions économiques ainsi que la pratique décisionnelle française et communautaire récente.

Cependant, ICC France souhaite apporter quelques commentaires aussi bien sur des points de procédure que de fond, et espère qu'ils trouveront écho auprès de l'Autorité. ICC France tient cependant à préciser qu'elle a souhaité cantonner ses commentaires aux points qui lui semblaient les plus importants sans s'attacher aux détails.

En outre, le Projet a été adopté dans un contexte particulier de crise économique et financière, qui devrait amener l'Autorité à adresser un signal rassurant aux entreprises en prévoyant des développements spécifiques supplémentaires. Même si ICC France comprend que les futures lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations (les « **Lignes Directrices** ») sont adoptées pour le long terme et ne répondent pas à des besoins conjoncturels, l'Autorité pourrait indiquer quels assouplissements et aménagements elle serait prête à consentir en période de crise économique en général.

S'agissant en particulier de la théorie de l'entreprise défaillante, ICC France souhaite d'une part que les Lignes Directrices reconnaissent l'existence de l'argument de la « branche défaillante », comme c'est le cas aux États-Unis, au-delà de la seule hypothèse de « l'entreprise défaillante ». D'autre part, l'Autorité pourrait saisir l'opportunité de la publication des Lignes Directrices pour s'engager dans un assouplissement de l'application des trois critères dégagés par la pratique décisionnelle, qui sont en pratique extrêmement stricts et difficiles à réunir pour les parties (notamment le test de neutralité pour le consommateur).

### **Commentaires relatifs à la procédure**

#### **1 La notion d'influence déterminante**

Le point 38 du Projet énumère les éléments pris en compte par l'Autorité pour déterminer si un actionnaire minoritaire dispose d'une influence déterminante.

Or, cette liste comprend des éléments de nature et d'importance très différentes sans pour autant établir une hiérarchie claire entre eux. Ceci rend difficile pour les entreprises l'usage de ce faisceau d'indices pour déterminer si elles peuvent exercer un contrôle au sens du droit des concentrations. Étant donné que la liste des éléments du faisceau d'indices susceptibles d'être pris en compte par l'Autorité comprend des éléments relativement hétérogènes, ICC France pense donc qu'il serait souhaitable, pour garantir aux sociétés une certaine sécurité juridique dans l'analyse de leurs opérations, que l'Autorité établisse une hiérarchie entre ces éléments. Un tel classement permettrait en outre d'assurer une certaine cohérence avec la notion d'influence déterminante en droit communautaire à laquelle l'Autorité fait elle-même référence au point 48 du Projet. ICC France reconnaît cependant qu'il est sans doute difficile de les hiérarchiser de façon très précise, et suggère par conséquent à l'Autorité de créer, par exemple, deux blocs de critères :

- Un premier bloc comprenant les critères considérés comme déterminants pour l'analyse par l'Autorité d'une détention de contrôle et conduisant le plus souvent à qualifier une opération de concentration. En faisant écho aux critères traditionnellement utilisés par la Commission européenne (la « **Commission** »), ce premier bloc pourrait par exemple comprendre le premier tiret du point 38 (droits de veto sur (i) le plan stratégique, ou (ii) la nomination des principaux dirigeants, ou (iii) les investissements ou (iv) le budget) et les deux suivants (d'une part « *la possibilité de bénéficier de droits particuliers conférant [...] une part dans les décisions, supérieure à la part dans le capital* » et d'autre part « *la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise* »). A cet égard, il serait utile que l'Autorité définisse de façon plus précise les notions de « *droits particuliers conférant une part dans les décisions* » et de « *certaines responsables* ».
- Un second bloc comprenant les critères considérés comme moins significatifs pour l'analyse du contrôle et ne pouvant en principe conduire à conférer un contrôle s'ils ne sont pas accompagnés d'autres critères: il s'agirait de tous les autres éléments du point 38.

Dans ce sens, ICC France rappelle que la Commission considère, notamment au point 60 de sa Communication consolidée<sup>1</sup>, 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* ». Ainsi, ICC France suggère que, à titre d'exemple, le Projet mentionne que les options d'achat ou de vente ne peuvent être pris en compte individuellement pour déterminer l'existence d'une influence déterminante, lorsque leur exercice est incertain.

Enfin, l'Autorité indique au point 37 du Projet qu' « *une entreprise peut même disposer d'une influence déterminante sans aucune participation au capital, dans des cas très exceptionnels* », en s'appuyant au point 46 sur une affaire ancienne (Gillette / Eemland<sup>2</sup>). ICC France s'interroge sur la

---

<sup>1</sup> Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement CE n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises du 10.07.2007.

<sup>2</sup> Avis n° 91-A-09 du 15 octobre 1991 relatif à une opération de concentration intéressant les sociétés Gillette Company et Eemland Management Services.

pertinence de cet exemple aujourd'hui et sur l'utilité de conserver cette référence, sachant qu'il s'agit d'un cas d'espèce tout à fait exceptionnel.

## 2 Les seuils de contrôle

### 2.1 Le cas particulier du commerce de détail

Aux yeux d'ICC France, il serait souhaitable que les Lignes Directrices éclaircissent certains points relatifs aux nouveaux seuils prévus en matière de commerce de détail.

La notion de commerce de détail a été définie dans le Projet par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial (point 63) et semble donc reposer sur la définition figurant dans la circulaire du 16 janvier 1997<sup>3</sup>.

ICC France s'interroge sur la pertinence de ce choix, cette circulaire n'ayant pas été adoptée dans le cadre du contrôle des concentrations.

Le Projet semble par ailleurs aller au-delà de l'esprit de la LME ou de ce qu'elle prévoit. En effet, le Projet précise que les prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure, etc.) sont traditionnellement assimilées à du commerce de détail (point 63). Pourtant ce type de prestations de service ne semble pas avoir été évoqué lors des débats parlementaires de la LME. Au contraire, seul le commerce de détail à dominante alimentaire a été cité lors de ces débats<sup>4</sup>, ce qui montre bien que le législateur a essentiellement voulu abaisser les seuils de notification relatifs au commerce de détail pour permettre un contrôle accru des opérations de concentration dans le secteur de la distribution alimentaire, sans étendre l'application de ce seuil aux prestations de service.

En outre, l'Autorité précise dans son Projet qu'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* » (point 63). Pour illustrer ceci, l'Autorité utilise l'exemple d'une entreprise détenant un ensemble de magasins réalisant ensemble 17 millions d'euros de chiffre d'affaires, dont 12 millions d'euros en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique (point 64). Ainsi, les magasins sont considérés par l'Autorité comme commerces de détail parce qu'ils réalisent plus de la moitié de leur chiffre d'affaires dans le commerce de détail et par conséquent l'entreprise en question, dont le chiffre d'affaires total s'élève à 17 millions d'euros, franchit le second seuil de 15 millions d'euros.

Certes le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des magasins est supérieur à 15 millions d'euros, mais l'activité de commerce de détail en tant que telle ne génère que 12 millions d'euros de chiffre d'affaires. Ainsi, si l'on pousse le raisonnement de l'Autorité jusqu'au bout, le véritable seuil qui

---

<sup>3</sup> Circulaire du 16 janvier 1997 portant application des dispositions de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 modifiée.

<sup>4</sup> Débat parlementaire devant l'Assemblée nationale, séance du 12 juin 2008 et débat parlementaire devant le Sénat, séance du 8 juillet 2008.

déclencherait l'obligation pour une entreprise de notifier une opération ne serait pas de 15 millions d'euros mais en réalité de 7,5 millions d'euros, car il suffit que le ou les magasins concernés réalisent la moitié de leur chiffre d'affaires dans le secteur du commerce de détail pour être considérés comme des magasins de commerce de détail.

Par conséquent, ICC France pense qu'il serait souhaitable (i) que, d'une part, l'Autorité définisse de façon plus précise et restreinte la notion de commerce de détail, et (ii) d'autre part, qu'elle modifie l'exemple donné au point 64 de son Projet, en précisant que c'est le chiffre d'affaires réalisé par les magasins considérés relatif à l'activité de commerce de détail proprement dite qui doit être pris en compte pour le calcul du seuil de 15 millions d'euros et non pas l'ensemble du chiffre d'affaires des magasins, qui peut aussi comprendre des ventes de marchandises réalisées auprès d'autres clients que des consommateurs pour un usage domestique.

## **2.2 Le cas particulier des départements et collectivités d'outre-mer**

L'article L.430-2 III du Code de commerce précise, concernant les entreprises ayant une activité dans les départements et/ou collectivités d'outre-mer (les « **DCOM** »), que le second seuil est franchi lorsque « *le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros* ».

Le point 68 du Projet précise que pour apprécier si le second seuil de 15 millions d'euros est franchi, « *il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans l'ensemble des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer visés* ». Dans son exemple donné au point 68, l'Autorité considère que si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires à la Réunion et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires à Mayotte, cette entreprise franchit automatiquement le seuil de 15 millions d'euros. L'Autorité retient ainsi une solution consistant à agréger les chiffres d'affaires réalisés par chaque entreprise dans l'ensemble des DCOM dans lesquels des ventes sont réalisées.

ICC France s'interroge sur la pertinence du mode de calcul choisi par l'Autorité dans son Projet qui ne lui paraît pas correspondre à la logique du contrôle des concentrations et de l'abaissement des seuils applicables s'agissant des DCOM. ICC France pense qu'il serait souhaitable que l'Autorité modifie son exemple cité au point 68 et précise que le chiffre d'affaires de 15 millions d'euros doit être réalisé dans chacun des DCOM visés ou à tout le moins en considérant des regroupements géographiques pertinents (i.e. non éloignés de plusieurs milliers de kilomètres).

En outre, l'article L.430-2-III du Code de commerce précise que ce second seuil doit être franchi dans au moins un des DCOM « *concernés* » par « *deux au moins* » des entreprises concernées. Or, l'interprétation donnée dans le Projet aboutit à rendre notifiable une opération de concentration dont l'acquéreur et la cible seraient actifs dans des DCOM différents.

Selon ICC France, pour apprécier si le second seuil est franchi, il serait en fait nécessaire d'analyser si au moins deux parties à l'opération réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 15 millions d'euros **dans le ou les mêmes DCOM concernés** par l'opération.

Enfin, ICC France note que l'Autorité a suggéré, dans son récent Avis du 8 septembre 2009<sup>5</sup>, d'abaisser à 7,5 millions d'euros le seuil de notification des opérations de concentration impliquant une entreprise du secteur du commerce de détail dans les DCOM. Cette proposition ne nous paraît pas acceptable et sans fondement juridique puisque non prévue par les dispositions de la LME et nuisant à la cohérence du régime de contrôle des concentrations.

### **3 Mécanisme et délai d'information des parties**

Bien que la procédure d'examen des concentrations soit utilement détaillée dans le Projet, il semble à ICC France qu'il reste quelques sujets non couverts en matière de délais. Le Projet ne prévoit pas de mécanisme ni de délai pour informer les parties de différents événements ayant une importance pour la gestion du calendrier de leurs opérations de concentration.

#### **3.1 Information des parties quant à la demande du Ministre visant à l'ouverture d'une phase II**

L'article L.430-7-1, I du Code de commerce énonce que le ministre de l'économie (le « **Ministre** ») peut déclencher l'ouverture d'une phase II « *dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence [...]* ». Le point 198 du Projet précise que l'Autorité n'est pas tenue de déférer à la demande du Ministre et qu'elle devra se prononcer dans un délai de 5 jours ouvrés à compter de la réception de la demande. Cependant, aucun mécanisme ni délai n'est prévu pour que l'Autorité informe les parties d'une éventuelle demande de déclenchement de phase II par le Ministre.

Par conséquent, ICC France pense qu'il serait utile que les Lignes Directrices prévoient une information systématique des parties sur ce type de demande, dans un délai précisé par l'Autorité.

#### **3.2 Information des parties quant à la demande du Ministre « d'évoquer » la décision**

L'article L.430-7-1, II du Code de commerce prévoit qu'au terme de la phase II, le Ministre dispose d'un pouvoir d'évocation pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence.

Le point 224 du Projet relatif à ce pouvoir d'évocation ne donne aucune précision supplémentaire par rapport à l'article de loi sur le déroulement de la procédure devant le Ministre. Ainsi, aucun mécanisme ni délai n'est prévu pour informer les parties d'une éventuelle demande d'évocation du Ministre.

---

<sup>5</sup> Avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

ICC France pense qu'il serait utile que les Lignes Directrices prévoient une information systématique des parties par l'Autorité de ce type de demande, ainsi que la forme et le délai de cette information.

#### **4 Lettre de confort sur la contrôlabilité d'une opération**

ICC France se réjouit tout particulièrement du fait que le Projet précise que l'Autorité peut informer les parties par une lettre de confort que l'opération envisagée n'est pas contrôlable (point 107). En effet, cela apporte une sécurité juridique appréciable tout en évitant des pertes de temps et des efforts inutiles dans les cas où les opérations ne sont pas notifiables.

Cependant, ICC France déplore le fait que le Projet prévoit qu' « *en cas de doute* [les parties] *sont invitées à notifier l'opération formellement* » (point 107).

D'une part il semble à ICC France que l'Autorité devrait être en mesure de parvenir dans tous les cas à des conclusions sur la base des textes qu'il lui appartient d'appliquer et dont elle connaît donc mieux que quiconque l'esprit. D'autre part, il ne semble pas opportun d'établir un formulaire de notification complet, ce qui est très chronophage pour les entreprises, alors que la question en suspens est, à ce stade, celle de la contrôlabilité d'une opération. En effet une grande partie des informations requises dans un formulaire de notification complet ne revêt aucun intérêt en matière d'analyse de la contrôlabilité. Enfin, un des objectifs de la pré-notification étant précisément de discuter la contrôlabilité d'une opération, une notification systématique en cas de doute reviendrait à vider de sa substance le processus de pré-notification.

ICC France pense donc qu'il est souhaitable que l'Autorité privilégie la procédure de lettre de confort en cas de doute sur la contrôlabilité d'une opération et ne requiert une notification formelle que dans des cas extrêmement limités. En tout état de cause, en cas de doute, l'Autorité devrait demander aux entreprises de lui soumettre uniquement les éléments relatifs à la contrôlabilité de l'opération. ICC France suggère d'ailleurs que l'Autorité dresse une liste indicative des éléments qui seront requis dans ce cas.

Enfin, dans un souci de bonne administration, ICC France pense que l'Autorité pourrait s'engager à se prononcer par lettre de confort sur la contrôlabilité d'une opération dans un délai fixé et relativement court dès lors qu'elle aura reçu les informations nécessaires pour prendre cette décision.

#### **5 Déclaration de complétude du dossier de notification**

Le point 132 du Projet ne mentionne aucun calendrier pour l'envoi par l'Autorité de l'accusé de réception déclarant que le dossier de notification est considéré comme complet et permettant de déterminer à partir de quelle date commence à courir le délai d'instruction par l'Autorité de 25 jours ouvrés en phase I.

L'incertitude de calendrier qui en résulte est préjudiciable pour les entreprises qui doivent, dans leurs opérations de concentrations, gérer plusieurs calendriers en parallèle et/ou respecter d'autres délais fixes. Les acquéreurs peuvent par exemple être obligés de déposer un dossier de notification avant une date déterminée, il peut également exister des enjeux financiers, sociaux ou fiscaux liés à la date de réalisation de l'opération. Ainsi, le calendrier d'examen d'une opération de concentration a très souvent un impact sur d'autres sujets que le seul droit de la concurrence.

ICC France estime donc que l'Autorité devrait s'engager de façon plus précise sur un délai indicatif au cours duquel elle délivrera la déclaration de complétude d'une notification au lieu de laisser planer un doute pendant plusieurs jours. ICC France reconnaît que cette pratique de délivrance tardive est notamment due au fait que les pré-notifications en France sont moins systématiques qu'au plan communautaire, ce qui implique un examen *a posteriori* de la complétude du dossier par l'Autorité. Toutefois, cette pratique nous semble peu justifiée dans le cas de dossiers ne posant pas ou peu de problèmes de concurrence, ainsi que pour les dossiers ayant déjà fait l'objet d'une pré-notification et d'échanges préalables nourris avec l'Autorité.

C'est pourquoi ICC France suggère que l'Autorité s'engage à envoyer dans un délai de 5 jours ouvrés suivant le dépôt de la notification une déclaration de complétude pour les dossiers simples ou ayant fait l'objet d'une pré-notification.

## **Commentaires relatifs à l'analyse au fond**

En dehors de brefs commentaires sur certains points spécifiques, ICC France entend saluer l'effort pédagogique et le gage de sécurité juridique que constitue la présentation par l'Autorité des critères devant guider son analyse au fond.

### **1 Définitions de marché adoptées par la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la Commission**

Pour définir les marchés concernés, les parties tiennent compte non seulement d'éléments concrets dont elles ont connaissance par le biais de leur expérience en tant qu'acteur sur le marché (structure de leurs contrats, segmentation de leur clientèle, localisation de la demande, etc.), mais aussi de la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la Commission ayant déjà défini, lors de précédentes opérations, les marchés concernés comme étant des marchés pertinents.

La définition des marchés concernés est une étape cruciale pour les entreprises dans le cadre de l'examen de la faisabilité d'une opération de concentration mais aussi dans celui de la préparation des dossiers de notification.

Or, le point 290 du Projet précise que « *l'Autorité tient compte, dans son analyse, des décisions antérieures des autorités de concurrence communautaire et nationale portant sur les marchés concernés* ». Cette formulation n'apporte, selon ICC France, pas suffisamment de sécurité juridique aux entreprises. En effet, s'il s'avère que l'Autorité décide de s'écarter de la définition de

marché retenue dans les précédentes décisions, les parties devront renouveler leur travail de collecte des données disponibles et procéder à un retraitement complet des calculs déjà réalisés, afin de fournir les parts de marché appropriées.

Par conséquent, ICC France estime qu'il serait souhaitable que les Lignes Directrices précisent que les définitions de marché précédemment identifiées par l'Autorité et/ou la Commission dans leur pratique décisionnelle constituent en principe le cadre d'examen d'une opération, sous réserve de modifications significatives intervenues dans la structure des marchés en cause qui rendraient les définitions adoptées par l'Autorité et/ou la Commission obsolètes ou non pertinentes.

## **2 La prise en compte des gains d'efficacité (« *efficiencies* »)**

ICC France accueille favorablement la véritable reconnaissance dans le Projet des gains d'efficacité économique découlant d'une opération de concentration (points 464 à 484), qui, s'ils répondent à certains critères, seront susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels. S'agissant de la condition de transfert aux consommateurs ou aux clients finaux des gains de coûts comme les économies d'échelle ou les gains de productivité (points 476 à 479), ICC France ne peut qu'encourager l'Autorité à prendre de tels gains en ligne de compte dans un environnement de crise et de renchérissement du coût des matières premières, où les entreprises communautaires sont souvent confrontées à la concurrence d'acteurs ne subissant pas les mêmes contraintes.

Dans le même sens, la prise en compte dans les gains d'efficacité de l'amélioration de la compétitivité internationale des entreprises atteste d'une approche en ligne avec la stratégie poursuivie par les entreprises dans un contexte de mondialisation des échanges.

Enfin, ICC France relève avec satisfaction que l'Autorité paraît disposée à accueillir favorablement l'amélioration des capacités d'innovation et le renforcement des moyens consacrés à la recherche-développement (R&D) tout en reconnaissant l'aléa et les difficultés auxquels peuvent être confrontées les entreprises dans l'évaluation du progrès économique lié aux investissements de R&D (point 486). ICC France ne peut qu'encourager l'Autorité dans cette démarche, spécialement dans des secteurs comme la pharmacie, les sciences de la vie ou les nouvelles technologies, où les entreprises sont confrontées à des coûts et à des durées de réalisation des programmes de recherche de plus en plus importants tandis que les périodes d'amortissement des investissements s'amenuisent dans le cadre de l'exploitation des produits.

### 3 Analyse des concentrations conglomerales

#### 3.1 Introduction d'un « safe harbour » en ligne avec les lignes directrices communautaires sur les concentrations non horizontales.

Si le Projet a le mérite de consacrer des développements importants à l'analyse des effets des concentrations conglomerales, ICC France recommande l'introduction d'un *safe harbour* dans les Lignes Directrices.

Les concentrations conglomerales se sont multipliées depuis le début des années 1990, ce qui a eu pour conséquence de faire évoluer la Commission européenne dans son appréciation de telles opérations et d'adopter des lignes directrices sur les concentrations non horizontales<sup>6</sup>. Constatant que les concentrations conglomerales soulevaient en général peu de difficultés, la Commission européenne a introduit un *safe harbour* impliquant que ce type de concentration ne pose en principe pas de problème de concurrence si la part de marché de la nouvelle entité est inférieure à 30% sur chacun des marchés concernés<sup>7</sup>.

ICC France note avec satisfaction que le point 410 du Projet reprend cette référence aux lignes directrices de la Commission dans le cadre de l'analyse des critères d'appréciation des effets concurrentiels dus à une concentration conglomerale. Cependant, la Commission précise également que si l'entité issue de l'opération détient une part de marché légèrement supérieure à 30% sur l'un des marchés concernés, mais largement inférieure sur d'autres marchés liés, l'opération ne devrait pas soulever de problèmes majeurs de concurrence<sup>8</sup>. ICC France suggère que le Projet comprenne également cette référence dans son point 410.

#### 3.2 Les effets de gamme et de portefeuille

ICC France constate que le Projet reprend de manière extensive l'analyse des effets de gamme et de portefeuille telle qu'issue de la jurisprudence française et communautaire (points 408 à 419).

A ce sujet, il est important de relever que la Commission explique, dans ses lignes directrices sur les concentrations non horizontales, 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* »<sup>9</sup>. Ainsi, il nous semble que les effets de gamme et de portefeuille ne devraient pas constituer l'élément central d'une analyse des effets potentiels d'une concentration conglomerale, d'autant plus que la création d'une gamme ou d'un portefeuille permet de créer des économies de gammes ou d'échelles dans l'intérêt des consommateurs.

Selon ICC France, il serait préférable que les Lignes Directrices françaises se concentrent sur une analyse classique des effets non coordonnés d'une concentration conglomerale, qui pourra s'appuyer en partie sur certains éléments découlant de la gamme ou du portefeuille détenus par

---

<sup>6</sup> Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 265/07 du 18.10.2008.

<sup>7</sup> Point 25 des Lignes directrices de la Commission sur les concentrations non-horizontales.

<sup>8</sup> Point 25 note de bas de page n° 3 des Lignes directrices de la Commission sur les concentrations non-horizontales.

<sup>9</sup> Point 104 des Lignes directrices de la Commission sur les concentrations non-horizontales.

les entreprises. Les effets de gamme et de portefeuille ne représentant qu'un élément de l'analyse.

ICC France recommande donc que les Lignes Directrices abandonnent ou minimisent l'importance des effets de gamme et de portefeuille au profit d'une analyse classique des effets non coordonnés, qui consiste en une évaluation d'un risque de verrouillage du marché par l'examen (i) de la capacité de l'entité issue de la concentration à évincer ses concurrents, (ii) de l'intérêt économique qu'elle aurait à le faire et (iii) de l'éventuelle incidence négative sur la concurrence d'une stratégie de verrouillage du marché.

#### **4 Disparition d'un concurrent potentiel**

Au titre des effets non coordonnés en l'absence de cumul de parts de marché entre les parties, ICC France salue l'encadrement strict par le Projet de la prise en compte de la disparition éventuelle d'une concurrence potentielle à la suite d'une opération de concentration au travers du rappel des conditions liées (i) à la nécessité que le concurrent potentiel pèse déjà ou puisse peser avec une forte probabilité sur le comportement des entreprises et (ii) à l'insuffisance du nombre de concurrents potentiels significatifs subsistant à l'issue de l'opération (points 422 à 424).

ICC France estime en effet que les éventuels effets anticoncurrentiels découlant de la disparition d'un concurrent potentiel sont par nature hypothétiques et ne doivent donc être pris en compte que dans des cas exceptionnels, notamment lorsqu'elles impliquent la détention d'infrastructures essentielles, comme tend à le rappeler l'Autorité (points 424 et 428).

#### **5 Restrictions accessoires**

ICC France regrette l'absence dans le Projet de développements sur les restrictions accessoires. L'Autorité, réunissant désormais des compétences qui étaient auparavant partagées entre le Ministre et le Conseil de la concurrence, aurait pu saisir cette opportunité pour éclaircir sa position sur ce point afin d'offrir plus de sécurité juridique aux entreprises sur la légalité de ces restrictions. ICC France souhaiterait que les Lignes Directrices contiennent une référence à l'analyse de ces clauses découlant de la Communication de la Commission de 2005 sur les restrictions accessoires et que ces clauses soient systématiquement examinées afin d'éviter leur remise en cause *a posteriori*.