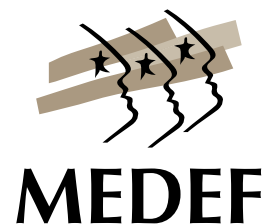


**Droit de la
concurrence**

**Commission
« Droit de l'entreprise »**

**Septembre
2009**



**Projet de lignes directrices
de l'Autorité de la concurrence
relatives au contrôle des concentrations**

Observations du MEDEF

Analyser

L'autorité de la concurrence a lancé une consultation publique le 9 juillet dernier sur son projet de lignes directrices relatives au contrôle des concertations destiné à remplacer celles qui avaient été publiées par la DGCCRF. Dans cette perspective, le MEDEF souhaiterait faire part des observations suivantes.

1 - Observations sur le projet de lignes directrices

Les critères d'appréciation d'une influence déterminante, points 38 à 41 :

Pour déterminer si un actionnaire minoritaire dispose d'une influence déterminante l'Autorité examine, en premier lieu, les droits qui lui sont conférés et leurs modalités d'exercice en tenant compte d'une série de critères énumérés au point 38. Certains des critères énumérés constituent véritablement des éléments de contrôle, d'autres simplement des indices pouvant composer un faisceau d'indices.

Le MEDEF propose qu'un tri soit effectué pour que seuls les éléments de contrôle soient pris en compte et que les simples indices soient identifiés comme tels. Par ailleurs, il souhaiterait que des précisions soient apportées au critère relatif à la prise en compte des options d'achat (5ème tiret), notamment pour écarter les options de courte durée (moins d'un an).

Les seuils de contrôle dans les départements et collectivités d'outre-mer, point 68 :

Le projet de lignes directrices prévoit que pour apprécier si le seuil prévu par l'article L.430-2 III du code de commerce est franchi, il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans l'ensemble des départements et des collectivités d'outre-mer. Les départements et territoires d'outre-mer semblent donc être considérés comme un marché unique.

Le MEDEF souligne le manque de pertinence de cette disposition et souhaite qu'une appréciation du seuil soit faite au cas par cas et non en prenant systématiquement en compte la situation dans les DOM-TOM dans sa globalité.

La phase de pré-notification, point 107 :

Le projet de lignes directrices indique que si au vu des examens fournis par les parties, il s'avère que l'opération envisagée n'est clairement pas contrôlable, les parties en sont informées par une lettre de confort. Cette rédaction laisse entendre que les lettres de confort ne seront envoyées que lorsque l'opération est "clairement" non notifiable et qu'à défaut on n'échappe pas à la notification formelle. Si une opération est clairement non notifiable, les parties n'ont pas de raison de demander une lettre de confort.

Le MEDEF souligne l'ambiguïté de cette rédaction et souhaiterait *a minima* que le mot « clairement » soit supprimé.

Les renvois vers la Commission, point 123 :

A la lecture du point 123 du projet de lignes directrices, il semblerait que l'Autorité de la concurrence ait la possibilité de renvoyer à la Commission des opérations inférieures à son seuil de compétence prévu à l'article L.430-2 du code de commerce.

Le MEDEF souhaite appeler l'attention de l'Autorité de la concurrence sur l'insécurité juridique que pourrait entraîner la mise en œuvre de cette disposition. Par ailleurs, cette possibilité se place en contradiction avec la politique de désengorgement de la Commission européenne. Le MEDEF demande donc l'application de la règle *de minimis*.

Le dépôt du dossier de notification, point 132 :

Le projet de lignes directrices indique que le récépissé de dépôt de dossier (ou « lettre de complétude ») est adressé aux parties « *lorsque la notification est complète* ». Cet envoi n'est pas encadré dans le temps.

Le MEDEF souhaiterait que soit introduit un délai d'envoi du récépissé qui pourrait être de deux jours ouvrables à compter du jour où le rapporteur considérerait que la notification est complète.

En outre, le projet souligne, comme dans le texte existant, que le récépissé de dépôt de dossier ne saurait 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.

C'est naturellement au rapporteur qu'il revient d'apprécier si le dossier est complet, mais force est de constater que la délivrance d'un accusé de réception constatant la complétude du dossier intervient souvent avec une rétroactivité de plusieurs semaines et parfois même simplement quelques jours avant la décision. Cela 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. 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.

Il serait souhaitable que l'Autorité de la concurrence puisse s'engager dans le cadre des lignes directrices à délivrer, dans un délai restreint, une attestation de complétude pour les opérations ne soulevant pas de problème concurrentiel (ex. avec des parts de marché bien inférieures à 15%) et ayant fait l'objet d'une pré-notification.

Les dossiers simplifiés, point 153 :

Le projet de lignes directrices semble indiquer que seules les opérations des fonds d'investissements et celles « *des acteurs importants du commerce de détail* » peuvent bénéficier du régime des dossiers simplifiés.

Le MEDEF souhaiterait que le régime des dossiers simplifiés soit étendu à d'autres opérations. En effet, il est d'avis que toute concentration qui ne présente pas de problème de concurrence majeure devrait pouvoir bénéficier de cette procédure. En pratique, les fonds d'investissements ne constituent pas les seules opérations qui ne présentent pas de problème de concurrence. Le MEDEF suggère donc d'apporter une description plus large et plus précise que la référence allusive aux « *acteurs importants du commerce de détail* ».

La mise en œuvre de l'article L. 430-9 du code de commerce, point 259 :

Le projet de lignes directrices indique que l'article L.430-9 du code de commerce s'applique pour tout abus ayant été rendu possible par une opération de concentration, qu'elle ait fait, ou non, l'objet d'une procédure d'autorisation devant l'Autorité de la concurrence ou, antérieurement, le ministre. A la lecture de ce point, il semblerait que les opérations non notifiées, et *a priori*, même celles qui sont inférieures au seuil de compétence de l'Autorité de la concurrence, entreraient dans le champ d'application de l'article L.430-9 du code de commerce.

Le MEDEF souhaiterait que l'application de la règle *de minimis* soit spécifiée dans le corps des lignes directrices. Par ailleurs, la possibilité de résilier des opérations autorisées depuis plusieurs années soulève des problèmes d'insécurité juridique. Aussi le MEDEF souhaiterait-il que ces cas de résiliation interviennent dans des circonstances exceptionnelles.

L'instruction du dossier (délais et analyse concurrentielle), point 575 :

Le projet de lignes directrices prévoit que les opérations des fonds d'investissement qui ne soulèvent aucun enjeu concurrentiel et qui doivent rapidement pouvoir se réaliser, peuvent bénéficier d'une autorisation dans un délai de trois semaines au lieu des cinq semaines habituelles, lorsqu'une analyse *prima facie* permet d'écartier tout risque à la concurrence.

Le MEDEF considère que c'est le fait que l'opération ne soulève aucun problème de concurrence qui permet de justifier la réduction du délai d'autorisation et non le fait qu'elle soit engagée par un fond d'investissement. Par conséquent, il souhaiterait que la rédaction du point 575 soit révisée de sorte que **toutes les opérations qui ne soulèvent pas de problème de concurrence** soient concernées par la réduction du délai pour bénéficier d'une autorisation.

2 - Points manquants dans le projet de lignes directrices

Le MEDEF regrette que le projet de lignes directrices soumis à consultation ne prévoie aucune disposition sur l'exemption du « **portage** », à savoir l'acquisition pour une période transitoire. Il souhaiterait en effet que soit clairement précisé dans le projet final des lignes directrices que les opérations de portage ne constituent pas des opérations de concentration et que par conséquent, elles ne doivent pas faire l'objet d'une notification auprès de l'Autorité de la concurrence. Seule l'opération finale doit être notifiée. Les développements apportés par la Commission européenne dans sa 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 pourraient être repris.

Par ailleurs, les lignes directrices de la DGCCRF (§17), tout comme la communication consolidée sur la compétence de la Commission européenne (§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. L'Autorité de la concurrence n'a intégré cette référence que dans l'annexe C de son projet de lignes directrices, relative aux « questions spécifiques des 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'investissement, tel n'est pas exclusivement le cas. Il serait par conséquent souhaitable de **réintégrer ces développements** dans le corps des lignes directrices afin de leur conserver **une portée générale**.

Enfin, le traitement consolidé ou non des « **concentrations interdépendantes** » et les « **restrictions accessoires** » ne semblent également pas être traités dans le projet de lignes directrices, ce qui est regrettable. Un alignement sur les développements de la Commission serait souhaitable.