



**CONTRIBUTION A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE
RELATIVE AU PROJET DE LIGNES DIRECTRICES SUR LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS**

15 NOVEMBRE 2019

1. Le 16 septembre 2019, l'Autorité de la concurrence (ci-après, « **l'Autorité** ») a publié un communiqué de presse annonçant l'ouverture d'une consultation publique en vue de réviser ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations entrées en vigueur le 10 juillet 2013 (les « **Lignes Directrices** »). Cette consultation porte sur le nouveau projet de lignes directrices (le « **Projet** ») publié à cette occasion pour commentaires et suggestions de l'ensemble des acteurs concernés.
2. L'association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (« **l'APDC** ») se réjouit de cette opportunité de contribuer aux réflexions de l'Autorité quant à l'évolution de ses Lignes Directrices, qui constituent un outil précieux pour la mise en œuvre du contrôle des concentrations au niveau français.
3. L'APDC propose donc ci-dessous des éléments de réflexion, commentaires et réactions à la lecture du Projet de l'Autorité. Ces éléments portent sur (1) l'approche méthodologique retenue par l'Autorité dans son Projet, (2) le champ d'application du contrôle des concentrations, (3) la procédure de contrôle des concentrations telle qu'elle ressort de la révision envisagée, (4) l'analyse de fond des opérations soumises à l'appréciation de l'Autorité, (5) les engagements et les mandataires et (6) le *gun jumping* et les sanctions.
4. La présente contribution s'inscrit dans la continuité des éléments de réflexion proposés par l'APDC le 28 septembre 2018 en réponse à la consultation ouverte par l'Autorité en amont de sa rédaction du Projet de révision (la « **Contribution de septembre 2018** »).¹
5. Par ailleurs, les membres de l'APDC ayant supervisé la présente contribution, ainsi que les membres du bureau de l'Association, se tiennent à la disposition de l'Autorité pour lui présenter oralement et, le cas échéant, discuter les éléments de réflexion présentés ci-après.

¹ La contribution de l'APDC en réponse à la précédente consultation publique de l'Autorité de la concurrence relative à la révision de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations est disponible ici : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/apdc_ld_sept18.pdf.

1. METHODOLOGIE DU PROJET

6. Concernant le format général du Projet, l'APDC relève au préalable les quelques éléments suivants :
- le Projet recourt à de nombreux exemples, exposés dans des encadrés. Ces cas pratiques sont particulièrement intéressants, d'autant plus lorsqu'ils sont accompagnés de la référence à la décision dans laquelle le point en question a été soulevé, ce qui pourrait utilement être systématiquement ajouté ;
 - plusieurs décisions, publiées entre 2013 et 2019, ont été intégrées dans le Projet. La citation *in extenso* du titre de la décision et la référence au paragraphe concerné permettraient, à cet égard, une identification plus aisée de l'affaire, du passage pertinent et du secteur concerné ;
 - certaines annexes nouvelles ont été ajoutées (analyse locale dans les concentrations dans le secteur du commerce de détail en annexe C et la prise en compte des ventes en ligne en annexe D), auxquelles l'APDC est favorable. Certaines autres ont, en revanche, été supprimées. C'est en particulier le cas de l'ancienne annexe C relative aux fonds d'investissements et de l'ancienne annexe D relative aux coopératives agricoles. Ces annexes auraient mérité, de l'avis de l'APDC, une mise à jour en ce qui concerne les spécificités qu'elles présentent. Selon l'APDC, les particularités des opérations immobilières pourraient également faire l'objet de développements dédiés.

1.1. Annexe relative aux fonds d'investissement

7. Les questions soulevées par les opérations menées par les fonds d'investissement peuvent être délicates et la pratique de l'Autorité sur ces sujets ne permet pas, selon l'APDC, d'obtenir une grille de lecture prévisible. La plupart des décisions concernant les fonds fait, en effet, l'objet de décisions simplifiées et ne fournit aucun détail sur le raisonnement suivi, en particulier concernant :
- la détermination du contrôle, qui implique souvent de distinguer le fonds de la société de gestion, cette dernière étant habituellement (mais pas toujours) considérée comme contrôlante, selon des critères parfois mouvants comme l'appréciation de son droit de révocation par les souscripteurs du fonds. Les fonds peuvent, par ailleurs, présenter des structures distinctes qui soulèvent des questions de contrôlabilité difficiles ;
 - le calcul du chiffre d'affaires, avec la prise en compte du chiffre d'affaires des participations contrôlantes (au niveau de la société de gestion, des fonds détenus, etc.).
8. Le maintien de développements spécifiques aux fonds d'investissement est souhaité par l'APDC, d'autant que les raisonnements tenus en contrôle des concentrations sont souvent étrangers aux personnes gérant les fonds et que le nombre d'opérations concernées est important, comme le

rappelait le Rapporteur général adjoint lors d'une conférence à ce sujet en juin 2018² (ce dernier soulignait que 15% des décisions de l'Autorité concernaient des fonds d'investissement).

1.2. Questions spécifiques aux opérations immobilières

9. Les lignes directrices pourraient clarifier les questions spécifiques soulevées par les prises de contrôle portant sur des actifs immobiliers.
10. S'agissant de la notion de contrôle de fait dans le secteur immobilier, l'Autorité pourrait exposer sa pratique en matière de gestion d'actifs immobiliers, secteurs dans lesquels les contrats de location-gérance et de management sont susceptibles de qualifier une situation de contrôle exclusif ou conjoint aux côtés ou non du propriétaire de l'actif concerné.
11. Pour l'appréciation de la notion d'entreprise dans le secteur immobilier, l'APDC relève le maintien de la référence précieuse au délai de trois ans, pour déterminer dans quel délai un actif doit générer un chiffre d'affaires pour constituer une entreprise. La seule référence à l'existence d'un chiffre d'affaires « rendue certaine à terme » n'apporte en effet pas une sécurité juridique suffisante. Lorsque le terme de perception du chiffre d'affaires est très éloigné dans le temps, il est par ailleurs délicat de déterminer l'analyse concurrentielle appropriée.
12. En pratique, le délai de trois ans, cité en « *exemple* » par le Projet, est désormais utilisé comme référence dans les opérations de ce secteur.
13. Si l'acquisition d'un actif immobilier dans un délai trop éloigné n'est pas susceptible de constituer une concentration, il serait utile que les lignes directrices confirment un point sur lequel les praticiens du secteur s'interrogent fréquemment : lorsque ce même actif génère *in fine* un chiffre d'affaires, aucune concentration n'est susceptible d'être non plus caractérisée au moment où l'actif dégage des revenus, et ce en l'absence de changement de contrôle à ce moment-là.
14. Se pose également la question du test à appliquer pour vérifier l'existence d'une concentration, en cas d'acquisition d'un contrôle conjoint d'un actif immobilier : « test de l'entreprise » (visé au deuxième point ci-dessus) ou « test de l'entreprise de plein exercice ». L'APDC souhaiterait obtenir des clarifications sur la réponse à apporter, notamment à la suite de l'arrêt *Austria Asphalt*³, précisant qu'une concentration n'est réputée réalisée à l'issue du changement de la nature du contrôle exercé sur une entreprise existante, qui, antérieurement exclusif, devient conjoint, qu'à la condition que l'entreprise commune issue d'une telle opération soit de plein exercice. Le point n'est pas toujours évident à déterminer pour un actif immobilier.

² Conférence Concurrences, « *Contrôle des concentrations & fonds d'investissement : faut-il un régime distinct ?* », 5 juin 2018.

³ Cour de Justice de l'Union européenne, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt c. Bunderkartellamt*, aff. C-248/16.

15. En cas de passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint sur un actif immobilier, la pratique décisionnelle de l'Autorité semble appliquer le test de l'entreprise (et non le test de l'entreprise de plein exercice), ce qui paraît approprié selon l'APDC⁴. Cependant, la pratique décisionnelle apparaît quelque peu « mouvante » sur ce sujet (notamment au niveau de la Commission européenne) et mériterait d'être précisée, afin d'éviter de trop régulières questions d'interprétation.

1.3. Annexe relative aux coopératives agricoles

16. L'APDC s'interroge également sur la suppression de l'annexe spécifique aux coopératives agricoles, compte tenu des spécificités de ces structures sur différents points, notamment en ce qui concerne les relations qu'elles entretiennent avec leurs adhérents.
17. L'APDC relève que plusieurs décisions concernant le rapprochement de coopératives agricoles sont citées à titre d'exemples sous forme d'encadrés. Ces décisions sont mises en exergue pour illustrer l'approche de l'Autorité en ce qui concerne l'examen au fond d'une opération de concentration. Mais ces exemples ne permettent pas d'appréhender pleinement la mesure dans laquelle l'Autorité prend en compte les spécificités des coopératives dans l'analyse concurrentielle.
18. A l'inverse, l'APDC n'a relevé aucun exemple concernant la qualification de concentration des opérations faisant intervenir des coopératives agricoles, alors que cette question n'est pas toujours évidente notamment s'agissant du caractère concentratif de la création d'unions de coopératives.
19. Il serait donc souhaitable que les Lignes Directrices fassent état de la prise en compte par l'Autorité des spécificités des coopératives agricoles dans le cadre du contrôle des concentrations.

2. CHAMP D'APPLICATION DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

20. Le chapitre du Projet dédié au champ d'application du contrôle des concentrations (notion de concentration et seuils de contrôle) n'appelle pas de commentaires particuliers de l'APDC, à l'exception (2.1.) de la section dédiée à la notion d'entreprise commune de plein exercice et (2.2.) de la question du traitement du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle Calédonie et en Polynésie française pour l'application des seuils de contrôle.

2.1. Sur la notion d'entreprise commune de plein exercice

21. L'Autorité aborde la notion d'entreprise commune de plein exercice aux points 65 et suivants du Projet.

⁴ Pour le cas de l'acquisition du contrôle conjoint d'un actif immobilier *via* une société nouvellement créée, les propriétaires de l'actif restant actionnaires minoritaires, voir Autorité de la concurrence, décision n° 15-DCC-156 du 7 décembre 2015 relative à la prise de contrôle conjoint d'un actif immobilier à usage de bureaux par Sogecap et Predica.

22. Sur la forme, l'Autorité a intégré des sous-titres qui structurent cette section, ce qui permet une meilleure lisibilité bienvenue.
23. Sur le fond, l'APDC considère que certains développements devraient être précisés, dans un souci de clarté.

1) Concernant les suites de l'arrêt *Austria Asphalt* (points 65 et suivants)

24. Le Projet mentionne au point 65 trois situations correspondant à la création d'une entreprise commune, dont celle de « *l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante* ».
25. Le Projet renvoie ensuite au point 66, « [s]'agissant de cette dernière situation », à l'arrêt *Austria Asphalt* de la Cour de Justice de l'Union européenne (« **CJUE** »).⁵
26. Le Projet en conclut que, « *dans le cas d'un passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint sur une entreprise, dans le cas où l'entreprise qui contrôlait antérieurement l'entreprise cible de manière exclusive continue à exercer un contrôle sur cette dernière, l'Autorité considère que les critères de l'entreprise commune de plein exercice doivent être remplis afin de pouvoir qualifier cette opération de concentration* » (point 67).
27. Ce faisant, l'Autorité n'envisage que le cas directement visé par l'arrêt *Austria Asphalt*, à savoir celui du passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint dans lequel l'entreprise contrôlant exclusivement la cible avant l'opération concernée continue d'exercer un contrôle conjoint sur celle-ci post-opération.
28. Cette approche appelle plusieurs remarques.
29. En premier lieu, le cas de « *l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante* » mentionné par le Projet (point 65) est plus large que le seul cas visé par la jurisprudence *Austria Asphalt*, à laquelle renvoie l'Autorité. En effet, le cas ainsi visé par le Projet inclut la situation dans laquelle l'opération concernée implique une simple modification de l'identité de l'ensemble ou d'un seul des co-contrôlants à l'issue de l'opération concernée (ex : passage d'un contrôle conjoint par A et B à un contrôle conjoint par C et D ou passage d'un contrôle conjoint par A et B à un contrôle conjoint par B et C).
30. En second lieu, la pratique récente de l'Autorité montre que l'arrêt *Austria Asphalt* est appliqué au-delà du seul cas visé par cette jurisprudence. Ainsi, l'Autorité a considéré que l'acquisition d'un contrôle conjoint sur une cible préexistante déjà soumise à un contrôle conjoint avant l'opération

⁵ Cour de Justice de l'Union européenne, *Austria Asphalt*, précité.

(cf. passage d'un contrôle conjoint par A et B à un contrôle conjoint par B et C) constituait une concentration et, dans ce cadre, a souligné que la cible revêtait un caractère de « plein exercice »⁶.

31. L'Autorité semble ainsi retenir une interprétation large de l'arrêt *Austria Asphalt* consistant à considérer que le test du « plein exercice » s'applique également lorsqu'un contrôle conjoint préexistant à l'opération concernée est simplement modifié par l'entrée d'un nouveau co-contrôlant aux côtés d'un co-contrôlant existant. A la connaissance de l'APDC, dans sa pratique traditionnelle, l'Autorité n'appliquait en principe pas le critère de plein exercice pour qualifier l'opération en cas de contrôle conjoint avant et après l'opération.⁷
32. Le Projet ne fait pourtant pas ressortir cette (nouvelle) approche. Le Projet pourrait donc être utilement clarifié
33. De manière plus générale, l'APDC estime que chacun des cas dans lesquels l'Autorité entend appliquer le test du « plein exercice » devrait être clairement identifié dans ses lignes directrices dans un souci de sécurité juridique. En effet, satisfaire la condition du plein exercice suppose une analyse très différente et parfois plus complexe que l'analyse relative à une simple acquisition de contrôle conjoint. Permettre *a minima* aux entreprises de connaître précisément les cas dans lesquels l'Autorité entend appliquer la condition du « plein exercice » assurerait une meilleure visibilité pour les entreprises et, en outre, limiterait les demandes de confort formelles ou informelles.
34. A cet égard, l'APDC avait identifié différents cas de figure susceptibles de se poser et avait proposé une grille d'analyse.⁸
35. Par ailleurs, dans le *Competition merger brief* n° 2/2018 de la Commission européenne de décembre 2018, l'article « Jurisdictional test(s) applicable to acquisition of joint control/joint-ventures in light of the ECJ's Austria Asphalt judgment » détaille différents cas de figure envisageables à l'aune de cet arrêt et propose leur traitement s'agissant de l'application de la condition du « plein exercice ».
36. Enumérer les différents cas d'application de la condition du « plein exercice » est donc tout à fait envisageable et, de surcroît, souhaitable.

⁶ Plus précisément, dans sa décision n° 19-DCC-53 du 28 mars 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Durance Topco par la société Tenergy et la Caisse des dépôts et consignations, l'Autorité souligne que « [l]'opération notifiée consiste en le passage d'un contrôle conjoint par DIF et par la CDC à un contrôle conjoint par Tenergy et par la CDC sur l'entreprise commune de plein exercice Durance. Elle constitue une concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce » (point 1).

⁷ L'Autorité ne le faisait d'ailleurs pas non plus en cas de passage d'un contrôle exclusif à conjoint, jusqu'à récemment à l'issue de l'arrêt *Austria Asphalt* (voir la décision n° 17-DCC-181 du 6 novembre 2017 relative à cinq opérations dans le secteur immobilier dans les départements et régions d'Outre-mer).

⁸ Voir la Contribution de septembre 2018, points 177 et suivants.

2) Concernant l'autonomie de l'entreprise commune (points 72 et suivants)

37. S'agissant du critère de la responsabilité commerciale de l'entreprise commune pour déterminer son autonomie à l'égard de ses mères, le Projet cite comme exemple la décision n° 11-DCC-171 du 25 novembre 2011 par laquelle « *l'Autorité a considéré que le fait de déterminer de manière autonome la politique commerciale et de mise en marché en adoptant le budget annuel, le plan d'affaire, la politique tarifaire, la qualité des services auprès des clients, les opérations promotionnelles ou les campagnes publicitaires confèrait une autonomie suffisante à l'entreprise commune pour la considérer de plein exercice* » (point 73 – gras ajouté).
38. L'APDC considère que mentionner le pouvoir de l'entreprise commune d'adopter le budget annuel et le plan d'affaires est trompeur.
39. Plus précisément, la détention par les actionnaires d'une entreprise commune de droits de veto sur son budget et son plan d'affaires est traditionnellement reconnue comme un moyen pour ceux-ci d'exercer un contrôle conjoint sur l'entreprise commune, sans exclure le caractère de « plein exercice » de l'entreprise commune. Les lignes directrices actuelles rappellent ce principe en citant comme suit la Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (la « **Communication consolidée** ») : « [c]omme le précise la communication consolidée de la Commission européenne au point 93, "le fait qu'une entreprise commune puisse être une entreprise de plein exercice et donc, du point de vue fonctionnel, économiquement autonome ne signifie pas qu'elle jouisse d'une autonomie en ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques. Dans le cas contraire, une entreprise contrôlée en commun ne pourrait jamais être considérée comme une entreprise commune de plein exercice et, en conséquence, la condition énoncée à l'article 3, paragraphe 4, ne serait jamais remplie. Il suffit dès lors, pour le critère de plein exercice, que l'entreprise commune soit autonome sur le plan fonctionnel" » (point 59).
40. L'APDC suggère donc à l'Autorité de supprimer la référence au budget et au plan d'affaires dans l'exemple fourni dans l'encadré du point 73 du Projet et d'intégrer à nouveau la citation de la Communication consolidée mentionnée ci-dessus (ou *a minima* d'y renvoyer).
41. S'agissant du critère de l'absence de dépendance de l'entreprise commune envers ses mères pour ses ventes, l'APDC invite l'Autorité à identifier un seuil de ventes auprès de tiers constituant un indice du caractère de « plein exercice » de l'entreprise commune concernée.
42. A cet égard, la Communication consolidée précise ce qui suit : « [s]i l'entreprise commune réalise plus de 50 % de son chiffre d'affaires avec des tiers, cela constitue une indication de son caractère de plein exercice. En-dessous de ce seuil indicatif, il convient, pour déterminer l'autonomie fonctionnelle de l'entreprise commune, d'examiner au cas par cas si sa relation avec les sociétés mères est vraiment de type commercial. À cet effet, il faut démontrer que l'entreprise commune fournit ses biens ou services à celui qui les valorise le plus et qui paie le plus cher et qu'elle traite en toute indépendance avec ses sociétés mères, sur la base de conditions commerciales normales. Dans ce cas, c'est-à-dire si, sur le plan commercial, l'entreprise commune traite ses sociétés mères de la même manière que les tiers, 20 % des prévisions de ventes de l'entreprise commune attribués aux tiers peuvent suffire. Cependant, plus la proportion de

ventes susceptibles de revenir aux sociétés mères sera grande, plus la nécessité de fournir des preuves tangibles du caractère commercial de leur relation sera importante » (point 98).

2.2. Traitement du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle Calédonie et en Polynésie française pour l'application des seuils de contrôle

43. L'APDC suggère que soit apportée une précision aux développements du Projet consacrés aux seuils de contrôle.
44. Les Lignes Directrices actuellement en vigueur ont été publiées antérieurement à la création de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie et l'Autorité polynésienne de concurrence, respectivement constituées par la Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie et la Loi du pays n° 2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence en Polynésie française.
45. Or, l'APDC constate que le Projet ne fait pas état de la compétence respective de ces autorités sur certaines opérations de concentrations et ne tient pas compte des implications de cette compétence exclusive sur le calcul du chiffre d'affaires réalisé en France par les entreprises concernées pour la vérification du franchissement des seuils de contrôle de l'article L. 430-2 du Code de commerce.
46. Les lois précitées ont eu pour effet d'exclure du champ de compétence de l'Autorité de la concurrence les collectivités de Nouvelle Calédonie et de Polynésie française qui disposent désormais de règles autonomes de contrôle des concentrations.⁹
47. Aussi, « *le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France* » pris en compte pour vérifier le franchissement du seuil de 50 millions d'euros « *par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés* » fixé par l'article L. 430-2 du Code de commerce correspond à la somme des chiffres d'affaires réalisés en France métropolitaine et dans chacun des départements et collectivités d'Outre-Mer qui relèvent du champ d'application du Livre IV du Code de commerce, et plus particulièrement des dispositions de l'article L. 430-1 et suivants.
48. Dans ces conditions, il serait utile de préciser dans les Lignes Directrices que les chiffres d'affaires réalisés dans les collectivités de Nouvelle Calédonie et de Polynésie française, relevant d'un contrôle des concentrations distinct, ne doivent pas à être inclus dans l'assiette du « *chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France* ».
49. Réciproquement, il pourrait être rappelé que le franchissement éventuel des seuils de contrôle de

⁹ Article L. 940-1 du Code de commerce et Loi du pays n° 2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence (Polynésie) ; Article L. 930-1-4 du Code de commerce et Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

ces deux collectivités doit être vérifié séparément conformément aux dispositions applicables.¹⁰

50. Enfin, il pourrait être précisé, à toutes fins utiles, qu'une notification qui est requise au titre du contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence, du fait du franchissement des seuils de contrôle de l'article L. 430-2 du Code de commerce, n'est pas exclusive d'une éventuelle notification en Polynésie française et/ou en Nouvelle Calédonie, sous réserve du franchissement des seuils de contrôle respectivement fixés par les règles applicables à ces territoires.

3. PROCEDURE

3.1. Désignation du rapporteur et pré-notification

1) Désignation du rapporteur

51. L'APDC salue l'introduction dans le Projet d'une procédure encadrée pour la désignation du rapporteur, qu'elle appelait de ses vœux dans sa Contribution de septembre 2018.
52. L'APDC observe cependant qu'il s'agit d'une procédure facultative.
53. Bien qu'elle ait l'avantage de la souplesse, notamment pour la partie notifiante, cette circonstance laisse toutefois craindre l'apparition en pratique d'un double standard dans le traitement des dossiers entre les opérations pour lesquelles la notification aura été précédée d'une demande de désignation d'un rapporteur et celles pour lesquelles une telle demande n'aura pas été formulée (comme c'est actuellement le cas entre les opérations, même sans enjeux sur le fond, ayant fait l'objet d'une pré-notification et celles notifiées sans passer par cette phase informelle et théoriquement facultative).
54. Aussi, corollairement à cette nouvelle procédure, l'APDC invite l'Autorité à la plus grande vigilance afin que soit respecté le délai de cinq jours ouvrés prévu au point 200 du Projet pour la désignation d'un rapporteur « *si la partie notifiante n'a pas fait usage du mécanisme de demande de désignation d'un rapporteur décrit précédemment et si l'opération n'a pas été prénotifiée* ».
55. A défaut, la procédure de demande de désignation d'un rapporteur qui participe indiscutablement, dans son principe, à l'efficacité et la prévisibilité de la procédure de contrôle des concentrations pourrait, en pratique, être détournée dans le sens où les opérations qui ne l'auraient pas utilisée se verraient accorder un traitement moins diligent que celles pour lesquelles la partie notifiante aurait préalablement demandé et obtenu la désignation d'un rapporteur.

¹⁰ Article L. 431-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et Article LP. 310-2 du Code de la concurrence de la Polynésie française.

56. Par ailleurs, s'agissant du délai de cinq jours ouvrés pour la désignation du rapporteur indiqué au point 185 du Projet, il serait utile de préciser expressément que celui-ci court à compter du jour où la demande a été adressée au service des concentrations et, surtout, que l'Autorité s'y tienne effectivement (ce même délai de cinq jours ouvrés prévu par les Lignes Directrices actuelles pour la désignation du rapporteur dans le cadre d'une pré-notification n'étant pas toujours tenu en pratique).

2) Pré-notification

57. S'agissant de la phase facultative de pré-notification, l'APDC partage le point de vue de l'Autorité selon lequel « *une prise de contact en amont de la notification permet aux entreprises d'échanger de manière informelle avec le service des concentrations pour compléter leur dossier de notification* » (point 187 du Projet).
58. En effet, en dehors des opérations présentant un certain degré de complexité sur le fond, le choix de la partie notifiante de passer par la phase informelle et facultative de la pré-notification est principalement, sinon exclusivement, motivé par le souci de prévisibilité du calendrier d'examen de l'opération.
59. Aussi, plutôt que de faire état d'un « *dossier susceptible de recevoir l'accusé de réception au jour de son dépôt* »¹¹, l'APDC suggère de prévoir expressément que, dès lors que l'ensemble des points soulevés par le rapporteur lors de la phase de pré-notification auront été traité dans la notification, le dossier « *recevra l'accusé de réception au jour de son dépôt* ».
60. Enfin, plus accessoirement, et dans un souci de clarté à l'égard des entreprises qui ne seraient pas familières du contrôle des concentrations, il serait utile de préciser expressément que l'accusé de réception visé au point 187 du Projet est celui de l'article R. 430-2 du Code de commerce.

3.2. Demande de dérogation à l'effet suspensif

61. Dans son Projet, l'Autorité a apporté un certain nombre de précisions s'agissant de la demande de dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations.¹² L'APDC prend note de ces clarifications bienvenues sur le contenu de la demande de dérogation, la façon dont l'Autorité s'en saisit ainsi qu'un exemple dans lequel celle-ci a déjà pu être mise en œuvre.
62. En revanche, l'APDC attire l'attention de l'Autorité sur la nature dynamique et particulièrement mouvante des procédures collectives et les conséquences pratiques qui en résultent pour la notification d'un dossier de concentration et la demande de dérogation qui lui est jointe. En effet, en fonction de la situation dans laquelle se trouve l'entreprise en difficulté (procédure de sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, etc.) la nature et le périmètre de l'offre sont susceptibles de connaître des changements significatifs.

¹¹ Projet, point 187.

¹² Projet, points 147 à 156.

63. Cela est d'autant plus important que la situation de l'entreprise en difficulté peut évoluer rapidement et basculer dans une nouvelle procédure. Les offres des candidats à la reprise sont donc souvent ajustées en fonction de ces évolutions jusqu'à la date limite de remise des offres, soit au plus tard deux jours avant l'audience du tribunal, qui peut être postérieure au dépôt de la notification et de la demande de dérogation étant donné la nécessité de saisir l'Autorité suffisamment tôt pour s'assurer de l'examen de cette demande dans les délais impartis.
64. Dès lors, l'APDC encourage l'Autorité à entretenir un dialogue permanent avec les repreneurs potentiels et leurs conseils afin de permettre à ces derniers de lui faire connaître toutes les évolutions possibles de l'opération, et ce au moyen de soumissions complémentaires au dossier de notification sans qu'il soit pour autant nécessaire de formuler une nouvelle demande de dérogation, ni de déposer une nouvelle notification qui se substituerait à la première.
65. En pratique, cela implique pour l'Autorité d'accorder une lettre de dérogation au périmètre suffisamment large afin d'écarter l'obligation pour les candidats repreneurs – en cas de modification substantielle de leur offre une fois la notification faite et la dérogation obtenue – de déposer une nouvelle demande de dérogation aux fins d'obtenir une nouvelle dérogation à l'effet suspensif. Une telle conséquence serait particulièrement dommageable puisqu'elle ajouterait une charge supplémentaire pour les entreprises obligées de notifier l'opération, notamment dans le cas où une entreprise en difficulté ferait l'objet de plusieurs offres de reprise concurrentes.
66. L'APDC suggère que ces circonstances particulières à la reprise d'entreprises en difficultés soient abordées dans la section des Lignes Directrices consacrées aux demandes de dérogations à l'effet suspensif.
67. Enfin, l'APDC attire l'attention de l'Autorité sur le calendrier souvent très serré de telles procédures, dans le cadre desquelles un acquéreur potentiel peut être amené à envisager le dépôt d'une offre sur tout ou partie d'une activité, sans avoir accès à de nombreuses informations, et notamment sans pouvoir s'assurer de la valeur de chiffre d'affaires associée à la cible envisagée.
68. L'APDC suggère dès lors de clarifier dans le Projet que dans de telles circonstances, et dans la mesure où le repreneur potentiel n'est pas en mesure d'exclure que l'opération envisagée soit soumise à l'obligation de notification, une notification puisse être déposée même si elle n'inclut pas le chiffre d'affaires de la cible, notification qui pourra le cas échéant, être retirée.

3.3. Phases de la procédure

69. A titre préliminaire, l'APDC recommande de recourir avec précaution à la formule « *les parties* » tout au long du Projet. En effet, en cas de prise de contrôle exclusif, seul l'acquéreur est partie à la procédure de contrôle des concentrations, à l'exclusion du vendeur et de la cible. L'emploi de la formule « *les parties* » est alors susceptible d'induire ces derniers en erreur sur l'étendue de leurs droits et de leurs obligations. L'expression « *partie notifiante* » pourrait être privilégiée.

70. De manière générale, l'APDC exprime la plus grande réserve sur les procédures qui pourraient apparaître comme non transparentes, même au prétexte d'une plus grande souplesse ou d'une meilleure efficacité. Toute audition, tout recueil d'informations, tout échange avec une autorité sectorielle, devrait en principe faire l'objet d'un procès-verbal, ce qui constitue le seul moyen de garantir le respect du principe du contradictoire à l'égard de la ou des parties notifiantes et de permettre à l'Autorité de justifier sa décision en cas de recours.
71. Enfin, pour la parfaite information des parties notifiantes, l'APDC suggère de rappeler – comme cela figure dans les Lignes Directrices actuellement en vigueur – que « *à tout moment de la procédure, les parties notifiantes peuvent retirer la notification en transmettant tout document attestant de l'abandon du projet* ». ¹³

1) A propos de la Phase 1

➤ *Constitution du dossier*

72. L'APDC se félicite de la précision selon laquelle la traduction des documents rédigés dans une langue étrangère peut se limiter aux passages nécessaires pour permettre à l'Autorité d'exercer son office.¹⁴ Cette précision vient confirmer la pratique existante. Il serait souhaitable d'introduire une série d'exemples correspondant à la grande majorité des opérations : clauses du contrat relatives au contrôle, clauses de non-concurrence, etc.
73. Au point 227, l'APDC suggère de préciser qu'en l'absence de sources extérieures existantes, les parties peuvent toujours donner leurs meilleures estimations des parts de marché en explicitant la méthode utilisée à cette fin.
74. L'APDC salue l'introduction de la procédure dématérialisée.
75. S'agissant des dossiers simplifiés¹⁵, l'APDC a noté les différentes circonstances qui permettent aux parties de déposer un dossier dont le contenu est allégé et s'en félicite. L'APDC est d'avis, en outre, d'envisager des circonstances dans lesquelles les entreprises pourraient bénéficier d'un certain allègement du dossier de notification, sur demande formulée par la partie notifiante au cours de la pré-notification, à l'image de la pratique de la Commission européenne. L'Autorité pourrait ainsi dispenser la partie notifiante de remplir la section 4 du formulaire de notification, par exemple en cas de chevauchement des activités des parties entraînant un incrément de parts de marché inférieur à 2 points.

¹³ Lignes Directrices, point 277.

¹⁴ Projet, point 202.

¹⁵ Projet, points 229 et suivants.

➤ **Complétude**

76. L'APDC observe que le Projet se contente de maintenir l'affirmation selon laquelle « *le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que le dossier est complet* »¹⁶ qui figure déjà dans les Lignes Directrices actuellement en vigueur.
77. Aussi, l'envoi de l'accusé de réception de complétude, ou lettre de complétude, n'est toujours pas encadré dans le temps.
78. Comme indiqué dans la Contribution de septembre 2018, il est très souvent constaté que la partie notificante ne reçoit l'accusé de réception que quelques jours avant que ne lui parvienne la décision d'autorisation, voire parfois seulement la veille. Cette pratique fait peser une insécurité juridique sur les parties à l'opération, celles-ci n'étant pas en mesure de prévoir avec certitude la date d'expiration de la première phase d'examen (ce qui est susceptible d'avoir un impact sur des étapes de l'opération aussi cruciales que la mise en œuvre de son financement ou la réunion de l'ensemble des parties prenantes au *closing*).
79. Aussi, l'APDC invite l'Autorité à préciser un délai maximum pour l'envoi à la partie notificante de l'accusé de réception de l'article R. 430-2 du Code de commerce (ou alternativement l'envoi d'une lettre d'incomplétude précisant les informations manquantes).
80. Ce délai maximum pourrait utilement être fixé à 10 jours ouvrés à compter du dépôt d'une notification, ce qui permettrait à la fois au service des concentrations de procéder aux vérifications qui s'imposent et à la partie notificante (et plus largement à l'ensemble des parties à l'opération) de disposer d'un calendrier clair au plus tard deux semaines après la notification.
81. En pratique ce délai s'appliquerait en premier lieu aux notifications n'ayant pas fait l'objet d'une pré-notification dans la mesure où, comme précisé plus haut, sauf cas exceptionnels les dossiers de notification déposés à l'issue d'une phase de pré-notification sont par nature présumés complets au jour de leur dépôt formel.

➤ **Délais d'examen**

82. Il serait souhaitable de rappeler que les opérations éligibles au dépôt d'un dossier simplifié font, dans la mesure du possible, l'objet d'un traitement accéléré, aboutissant à un raccourcissement significatif des délais dans lesquels l'Autorité rend sa décision (15 jours en moyenne). Cette indication, qui figure dans la version actuelle des Lignes Directrices, est conforme à la pratique d'autres autorités de contrôle des concentrations dans l'Union européenne.

¹⁶ Projet, point 201.

83. De la même manière, l'APDC suggère de rappeler au point 242 – comme cela figure dans la version actuelle des Lignes Directrices – que le délai d'examen de 25 jours ouvrés de la phase 1 représente un délai maximal qui peut se voir réduit lorsque les circonstances de l'espèce le permettent.

➤ ***Engagements***

84. Le Projet prévoit que la partie notificante est informée lorsque la version de ses engagements doit être amendée avant communication aux tiers.¹⁷ L'APDC considère que la version des engagements sur la base de laquelle sont interrogés les tiers devrait être communiquée aux parties, comme cela est prévu dans la version actuelle des Lignes Directrices.

➤ ***Publication de la décision***

85. Dans un souci de faciliter l'usage des futures lignes directrices, il serait utile de préciser, après le point 279, les règles applicables à la protection des secrets d'affaires contenus dans les décisions de phase 1 comme elles sont rappelées au point 307 pour les décisions de phase 2.

2) A propos de la Phase 2

86. L'APDC regrette que les suggestions qu'elle avait formulées dans sa Contribution de septembre 2018 n'aient pas été suffisamment reprises dans le Projet. L'APDC souhaite en particulier rappeler les points suivants qui sont toujours d'actualité.
87. Premièrement, si l'APDC salue l'effort de l'Autorité pour accroître la visibilité sur le déroulement de la procédure pour la partie notificante via la communication d'un calendrier prévisionnel¹⁸, l'APDC encourage l'Autorité à introduire davantage de précisions pour rendre réellement plus efficace le déroulement de la phase 2, notamment en ajoutant des délais pour la communication aux parties de ce calendrier prévisionnel et des principales pièces ayant convaincu les services d'instruction d'ouvrir la phase 2, ou pour la tenue d'une réunion d'état des lieux. L'objectif est de permettre aux parties de se focaliser sur la recherche de solutions. A cet égard, dans les cas où des engagements seraient proposés, le rapport devrait en faire état de manière plus substantielle qu'aujourd'hui ; ceci permettrait de concentrer la discussion lors de la séance du Collège sur l'essentiel.
88. Deuxièmement, l'APDC continue d'appuyer la mise en place officielle d'un membre référent choisi parmi les membres du Collège. Ce membre devrait être nommé dès l'ouverture de la phase 2 et devrait pouvoir rencontrer la partie notificante – en présence des rapporteurs – avant la remise du rapport par les services d'instruction. Un tel échange permettrait notamment d'éviter les situations dans lesquelles des engagements totalement différents de ceux étudiés conjointement par les parties et l'instruction sont discutés en séance.

¹⁷ Projet, point 276.

¹⁸ Projet, point 287.

89. Troisièmement, l'APDC invite l'Autorité à réfléchir à une transparence accrue de la pratique française à l'égard des tiers, qui pourrait se traduire par une communication plus systématique sur l'avancement des différentes étapes de la phase 2 (ouverture de la phase 2, dépôt des engagements, éventuelle extension de la durée de la procédure, suspensions de délais accordées, etc).
90. Quatrièmement, l'APDC souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur la question des avis des autorités administratives indépendantes (« **AAI** »). Afin de remédier aux difficultés liées à l'existence de textes différents selon les secteurs concernés, l'APDC suggère à l'Autorité de s'engager, dans ses Lignes Directrices, à consulter toute autorité de régulation du secteur concerné par une opération notifiée. Par ailleurs, l'APDC estime que la mise en place, au bénéfice de la partie notifiante, d'un droit de consultation de l'administration (y compris des AAI) pour avis autonome de celui de l'Autorité serait opportune. Afin de résoudre les éventuels conflits entre l'Autorité de la concurrence et les autres administrations, il paraît nécessaire que l'avis émis – qui resterait bien entendu non liant pour l'Autorité – soit intégré à l'analyse concurrentielle et au rapport.
91. Enfin, l'APDC relève que le Projet prévoit au point 305 que le projet de décision sera transmis aux parties pour qu'elles puissent faire leurs observations, dès lors que le Collège envisage de prononcer une décision d'autorisation sous réserve d'injonctions ou une décision d'interdiction. Cette limitation des hypothèses de transmission ne paraît pas justifiée et l'APDC recommande que tout projet de décision soit transmis aux parties notifiantes pour leur permettre de produire leurs observations dans un délai raisonnable.

3.4. Renvois

92. Le Projet présente, succinctement, les divers mécanismes et procédures de renvois qui font par ailleurs l'objet d'une Communication de la Commission. L'APDC note l'introduction de sous-titres, qui rend plus facile d'utilisation la section dédiée à ces procédures dans le Projet, ainsi que l'ajout d'exemples récents.
93. L'APDC encourage cependant l'Autorité à apporter, dans la mesure du possible, certaines précisions sur le déroulement d'un renvoi à la Commission dans le cadre de l'article 22 du Règlement 139/2004.
94. L'APDC attire en effet l'attention de l'Autorité sur le fait que cette procédure, qui est à l'initiative de l'Autorité et ne peut intervenir que postérieurement à la notification, peut être source, pour les parties à une opération et leurs conseils, d'une certaine incertitude sur, notamment, le déroulement et la durée de la phase de pré-notification.
95. Dans ce contexte, l'APDC estime qu'il pourrait être opportun de préciser dans les Lignes Directrices que le recours à un renvoi sur le fondement de l'article 22 sera évoqué le plus tôt possible avec les parties dans le cadre de la phase de pré-notification.

4. EXAMEN AU FOND D'UNE OPERATION DE CONCENTRATION

96. De manière générale, mais particulièrement en ce qui concerne le chapitre dédié à l'examen au fond des concentrations, l'APDC regrette la disparition des notes de bas de page. Celles-ci sont très utiles car elles fournissent un « point d'entrée » quant au domaine concerné et elles permettent d'entamer une recherche. L'APDC comprend que l'Autorité a le souci de rendre le document plus « digeste » ; cependant, faire figurer en note de bas de page les références vers les décisions permettant d'approfondir le point concerné répond parfaitement à cette préoccupation : seuls les spécialistes utilisent les notes de bas de page alors que les lecteurs plus occasionnels se concentrent sur le corps du texte. Ajoutons également que les exemples encadrés ne remplacent pas les notes de bas de page car ils référencent beaucoup moins de cas (qui par ailleurs sont parfois trop anciens). L'APDC considère donc qu'il conviendrait, non pas de supprimer les notes de bas de page, mais au contraire de les mettre à jour et d'en insérer de nouvelles chaque fois que cela est possible.
97. La section III.B.1. « *Identification des caractéristiques des marchés concernés* » présente de façon générale les éléments pris en compte par l'Autorité dans le cadre de l'analyse du pouvoir de marché de la nouvelle entité.
98. Cette présentation globale est toutefois source de confusion en cela qu'elle réunit au sein d'une même section une multitude de critères classés artificiellement au point 543 et étudiés indépendamment des effets potentiels de l'opération.
99. A titre d'exemple, la sous-section III.B.1.b. intitulée « *Les caractéristiques des entreprises* » est entièrement nouvelle. Sa pertinence n'apparaît pas clairement : l'objectif est de recenser des éléments de fait que l'Autorité prend en compte dans son analyse. Cette liste ne saurait être exhaustive (certains critères non listés peuvent être pertinents), ni réellement exacte (les facteurs listés ne sont pas nécessairement pertinents dans tous les cas). Les développements de cette section peuvent parfois être très généraux ou peu clairs, en particulier s'agissant de la référence au « *comportement* » des entreprises (point 558).
100. Ces éléments recouvrent en réalité une même notion, à savoir la pression concurrentielle exercée par les autres entreprises sur le marché, qui peut prendre une multitude d'expressions dans la réalité. Ainsi, si cette sous-segmentation peut partiellement rendre compte de la jurisprudence en la matière, elle ne saurait être exhaustive (certains critères non listés peuvent être pertinents tandis que d'autres ne le seront qu'au regard de certains effets sur la concurrence) et tend au contraire à rigidifier l'analyse au cas par cas de l'Autorité.
101. Il serait en conséquence plus utile de préciser la façon de procéder de l'Autorité en ce qui concerne la collecte d'éléments factuels dans un dossier donné : l'Autorité tient compte de tout élément factuel pertinent porté à sa connaissance. A tout le moins, il serait utile de préciser que la liste fournie n'est qu'indicative.

4.1. La délimitation des marchés pertinents

102. L'ancien point 317, dont la suppression est proposée, avait le mérite de fixer un cadre général à l'analyse en expliquant l'objectif recherché par le contrôle des concentrations. Une telle suppression nous semble aller à l'encontre de l'objectif de clarté et lisibilité des règles de droit de la concurrence poursuivie par la réforme. Cette suppression pourrait laisser croire que l'objectif du contrôle a évolué. Que ce soit le cas ou non, l'objectif poursuivi par l'Autorité devrait être précisément défini comme il l'était auparavant.
103. De même, les anciens points 323 à 327 permettaient en quelques lignes d'expliquer les principales *theories of harm* employées par l'Autorité. Dans la mesure où la pratique de l'Autorité n'a pas changé, il nous paraît souhaitable de les conserver. À noter que ces passages ont été remplacés par une « annonce de plan » (point 489 du Projet) qui, quant à elle, n'a que peu de valeur ajoutée.
104. De manière plus anecdotique, le point 484 liste trois « *types d'opérations* » (horizontal, vertical et congloméral). Il nous semble que l'Autorité se réfère en réalité à trois types d'effets, les concentrations pouvant entraîner aucun, l'un ou plusieurs des types d'effets identifiés (cf. point 485). La rédaction de ce paragraphe nous semble donc source de confusion.
105. Le nouveau point 497 fait référence à une analyse selon un horizon temporel raisonnable, « *en général de l'ordre de trois à cinq ans* ». La précédente version ne comportait pas cette référence explicite à une durée donnée. A nouveau, cet ajout contribue à rigidifier l'analyse circonstanciée de l'Autorité et est *in fine* source d'incertitude pour les entreprises. En effet, la diversité des secteurs susceptibles d'être soumis à l'analyse de l'Autorité ne permet pas de fixer un délai homogène et général dans les lignes directrices. Dans certains secteurs très dynamiques comme celui du numérique ou des télécoms, la prise en compte d'un délai de 3 à 5 ans est trop important pour permettre à l'Autorité de définir un marché pertinent cohérent et plausible avec la situation concurrentielle au jour de l'opération. Dans certaines industries à cycle long, un délai de 5 ans peut sembler en revanche insuffisant. Pour des raisons évidentes de sécurité juridique, l'Autorité devrait opter pour un critère moins rigide basé sur le degré de certitude des éléments futurs pris en compte. En effet, soit des événements futurs peuvent être prévus avec un degré suffisant de certitude et doivent être pris en compte sans limite de durée, soit ils sont trop incertains et doivent être rejetés.
106. Le nouveau point 498 introduit une phrase selon laquelle « *les stratégies de commercialisation mises en place par les entreprises, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution, peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité du point de vue des clients et fonder une distinction des marchés pertinents* » (soulignement ajouté). Dans la mesure où la substituabilité du point de vue de l'offre est souvent employée non pas pour distinguer des marchés pertinents mais au contraire pour les regrouper, nous suggérons que cette phrase, si elle doit absolument être maintenue, apparaisse après celle qui la suit dans le Projet et qui traite précisément du regroupement de marchés du fait de la substituabilité du point de vue de l'offre. La même remarque peut être faite en ce qui concerne les exemples 1 et 2 du nouveau point 498.

107. Les nouveaux points 523 et 524 détaillent deux méthodes différentes de détermination des marchés géographiques locaux (la zone isochrone et la zone de chalandise « réelle »). Dans la mesure où ces deux méthodes peuvent donner des résultats très différents, il est important que l'Autorité indique laquelle a sa préférence (à supposer que les données fondant les deux approches soient disponibles).
108. Surtout, l'objectif de clarification des règles applicables au contrôle des concentrations milite en faveur d'une précision de la méthodologie à retenir, ou à tout le moins conseillée, dans la délimitation des zones de chalandise réelles. En effet, cette lacune déjà constatée dans les Lignes Directrices actuelles complexifie les débats devant l'Autorité, une empreinte réelle pouvant être construite de manière différente et la pratique de l'Autorité en la matière variant d'une opération à l'autre.
109. De la même manière, les précisions apportées au point 526 n'en sont pas vraiment, la notion non définie de « pondération appropriée » semblant en réalité être un moyen pour l'Autorité de changer d'approche d'un cas à l'autre sans que l'approche à retenir ne soit guidée par aucun principe.

4.2. L'analyse concurrentielle

1) Section B.1. : identification des caractéristiques des marchés concernés

110. Au nouveau point 553, l'Autorité détaille l'analyse à laquelle elle se livre en présence de « marchés affectés/ parts de marché significatives » (soulignement ajouté). Cette dernière expression est peu claire et génératrice d'incertitude. Il convient de préciser que l'analyse à laquelle il est fait référence n'est nécessaire qu'en présence d'au moins un marché affecté ; s'il n'existe pas de marché affecté, cette analyse n'est pas nécessaire.
111. Au point 560, la référence aux liens structurels entre entreprises d'un même marché comme éléments pertinents de l'analyse est désormais déconnectée d'un contexte oligopolistique. Il serait souhaitable que l'Autorité précise dans quelles conditions (seuils de détention, droit de gouvernance, etc.) elle considère que ces liens peuvent être de nature à influencer les comportements des entreprises.
112. Au nouveau point 564, l'expression « sur d'autres marchés que celui sur lequel les parties sont actives » est génératrice d'incertitude. De manière générale, une opération n'est susceptible d'avoir d'effet que sur les marchés sur lesquels au moins l'une des parties est présente (cf. analyse verticale en matière de forclusion), qu'il soit ou non question d'un intrant essentiel. L'exemple introduit au point 565 illustre parfaitement cette analyse. Il convient dès lors de préciser la théorie des facilités essentielles évoquée de manière à définir les situations dans lesquelles une opération pourrait avoir des effets sur un marché connexe sur lequel aucune des parties n'est active.
113. L'Autorité, au nouveau point 567, invite les parties souhaitant recourir à un sondage à se rapprocher du rapporteur en charge du dossier pour échanger sur la méthodologie suivie. Si un tel dialogue peut dans certains cas être utile, il ne doit en aucune façon constituer un prérequis ni même une

recommandation formelle de l'Autorité. En effet, si l'Autorité doit être mise en mesure de comprendre la méthodologie employée dans un sondage réalisé par une partie, elle ne peut utiliser l'absence de concertation préalable comme prétexte pour rejeter en bloc les conclusions d'un sondage commandé par les parties. Cet ajout n'est par ailleurs aucunement justifié compte tenu des pouvoirs d'investigation propres à l'Autorité qui peut, si elle l'estime nécessaire, elle-même recourir à un sondage ou questionnaire dont elle fixera librement les modalités. Ainsi, que la partie notificante se concerta sur la méthodologie suivie avec l'Autorité ou non, celle-ci est dans l'obligation de tenir compte de l'ensemble des éléments de faits pertinents portés à sa connaissance. Il convient en conséquence de supprimer du Projet toute référence à une concertation préalable avec le rapporteur.

114. La formulation retenue par le nouveau point 573 est déséquilibrée : là où la stabilité du marché est « *susceptible d'aggraver les effets anticoncurrentiels d'une concentration* », les facteurs d'instabilité du marché, quant à eux, ne constituent que « *des éléments pertinents dans l'analyse réalisée par l'Autorité* ». Il conviendrait de rétablir l'équilibre. La formulation péremptoire du point 573 laisse par ailleurs entendre que la stabilité du marché est à elle seule automatiquement vecteur de coordination, ce qui ne reflète pas la pratique décisionnelle de l'Autorité. Un marché stable peut en effet être le cadre d'une vive concurrence et ce n'est qu'au regard d'un ensemble de facteurs pris en compte simultanément que l'Autorité détermine le risque de coordination sur un marché donné (notamment la structure oligopolistique du marché, sa transparence, etc.).

2) Section B.2. : les effets horizontaux d'une concentration

115. Au point 596, l'APDC suggère soit de réintégrer la note de bas de page donnant les références des décisions dans le secteur de la grande distribution dont il est question et de l'actualiser avec des décisions plus récentes, soit d'insérer un exemple.
116. L'APDC estime que la reformulation du paragraphe figurant au point 602 crée trop d'incertitudes. En effet, l'expression « *généralement inférieures à 2%* » (au lieu de « *moins de 2%* ») et l'ajout d'une condition liée à l'absence de disparition d'un franc-tireur, notion définie de manière très générale pouvant s'appliquer à n'importe quel opérateur sur un marché, risquent de conduire à l'inapplication de cette exception.
117. L'APDC suggère par conséquent de remplacer « *généralement inférieures à 2%* » par « *moins de 5 %* », le seuil de 5% apparaissant plus facile à déterminer, et de supprimer la fin de la phrase « *ou que l'opération ne se traduise par la disparition d'un franc-tireur* ».
118. L'APDC constate que le Projet a inversé la présomption posée par la Commission qui considère comme peu probable l'existence de risques horizontaux si le delta est inférieur à 250 quand l'IHH est compris entre 1000 et 2000 ou si le delta est inférieur à 150 quand l'IHH est supérieur à 2000. L'APDC propose par conséquent de maintenir la présomption posée par la Commission en reformulant le point 606 de la façon suivante :

« L'Autorité peut s'appuyer sur des seuils d'IHH lorsqu'elle apprécie les effets d'une concentration horizontale. Elle considère qu'il est peu probable qu'une concentration génère des effets horizontaux sur un marché dont l'IHH post-opération est inférieur à 1 000. Ces marchés n'exigent normalement pas une analyse approfondie. Il est également peu probable qu'une opération génère des effets horizontaux sur un marché lorsque l'IHH post-opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est inférieur à 250, ou lorsque l'IHH post-opération est supérieur à 2 000 mais que le delta est inférieur à 150. A contrario, l'existence d'effets horizontaux est présumée lorsque l'IHH post-opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est supérieur à 250, ou lorsque l'IHH post-opération est supérieur à 2 000 et que le delta est supérieur à 150 ».

119. L'APDC suggère de reformuler de la façon suivante l'exemple donné au point 610 afin qu'il illustre bien la sous-partie sur la pression concurrentielle :

« dans sa décision n° 16-DCC-208 du 9 décembre 2016, l'Autorité a tenu compte de la concurrence exercée sur le marché de la collecte des bovins par des abattoirs situés en dehors de la zone définie selon la méthode des empreintes réelles mais qui collectaient néanmoins des bovins dans celle-ci et disposaient d'une capacité suffisante pour accroître le volume de leur collecte et de leur abattage ».

120. Suite au déplacement de la partie définissant les barrières à l'entrée, l'APDC considère que les premiers paragraphes sur la concurrence potentielle manquent de clarté. Il est par conséquent proposé : (i) d'ajouter la parenthèse suivante à la fin de la première phrase du point 617 : « *(absence de barrières à l'entrée)* » ; et (ii) de remplacer « *en premier lieu* » par « *toutefois* » au début du point 618.
121. L'APDC estime que le point 643 relatif au recours à l'autoconsommation devrait être davantage explicite et illustré d'un exemple.

3) Section B.3. : les effets verticaux d'une concentration

122. L'APDC n'a pas de commentaire particulier sur cette section, notamment dans la mesure où le Projet n'apporte pas de changement significatif par rapport à la version actuelle du texte.
123. Il y a cependant une erreur de date pour l'exemple 1 du point 664 : la date de la décision n° 14-DCC-50 a été rendue le 2 avril 2014 et non le 23 juillet 2012.

4) Section B.4. : les effets congloméraux d'une concentration

124. L'APDC suggère de préciser dès la première phrase de cette section qu'une concentration produit des effets non coordonnés de nature conglomérale lorsqu'elle permet de restreindre ou d'empêcher l'accès à un ou plusieurs « *marchés connexes* ».

Par ailleurs, l'APDC suggère de reformuler la seconde phrase de la façon suivante :

« En effet, une entreprise qui bénéficie ou renforce une position forte sur un marché peut être en mesure de verrouiller l'accès à un ou plusieurs marchés connexes en exploitant un effet de levier. A titre d'illustration, une

entreprise peut notamment augmenter les ventes d'un produit ou d'un service sur un marché en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit ou service auquel le premier produit ou service est lié, connexe ou groupé. »

125. L'APDC suggère de reformuler le point 706 en indiquant que « [L]'efficacité d'une stratégie de verrouillage congloméral peut être renforcée par le nombre restreint de produits concernés ».

Par ailleurs, pour préciser l'exemple illustrant ce point, l'APDC suggère de le reformuler de la façon suivante :

« dans sa décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014, l'Autorité a considéré que la capacité du groupe Canal Plus à mettre en œuvre un effet de levier entre ses achats de droits de programmes EOE pour une diffusion en télévision payante et en télévision gratuite était renforcée par le fait que les programmes ayant un potentiel d'audience et de succès étaient peu nombreux. La mise en place d'une stratégie d'achats de droits groupés susceptible de déstabiliser le marché était donc particulièrement efficace puisque la nouvelle entité pouvait se focaliser sur un nombre limité de programmes. »

126. L'APDC estime que l'exemple donné de la négociation de droits de diffusion par des opérateurs internationaux n'illustre pas correctement le point 708 sur la détention par un concurrent d'une gamme de produits ou de services. Cet exemple devrait donc être supprimé et remplacé par un exemple plus adéquat.

5) Sections B.5, B.6 et B.7 : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat, les effets coordonnés, les contributions au progrès économique

127. L'APDC n'a pas de commentaire particulier sur ces sections, notamment dans la mesure où le Projet n'apporte pas de changement significatif par rapport à la version actuelle du texte.

6) Section B.8 : exception de l'entreprise défaillante

128. L'APDC observe à propos de l'exception de l'entreprise défaillante que la Commission européenne a, au cours des dernières années, développé une pratique décisionnelle montrant que des opérations ont pu être approuvées au motif que les actifs cible avaient vocation à disparaître du marché, même si les trois critères de l'entreprise défaillante n'étaient pas formellement satisfaits.¹⁹
129. Le raisonnement retenu par la Commission, pour ces opérations, étaient qu'elles n'étaient pas la cause de la dégradation de la situation concurrentielle sur le marché. Cette approche dite du

¹⁹ Voir par exemple, les affaires M.4381 *JCI/Fiamm*, M.6360 *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, et M.6796 *Aegean/Olympic II*.

« contrefactuel » ou de la causalité est aujourd'hui devenue assez générale de sorte que la théorie de l'entreprise défaillante ne constitue qu'une de ses applications.²⁰

130. L'APDC estime que cette approche gagnerait à être intégrée aux Lignes Directrices qui pourraient préciser que, au-delà de la stricte application de la théorie de l'entreprise défaillante, une opération peut être approuvée si les parties établissent que l'opération notifiée n'est pas la cause de la restriction de concurrence générée par la disparition des actifs.

7) Section B.9. Les restrictions accessoires

131. L'APDC n'a pas de commentaire particulier sur cette section, notamment dans la mesure où le Projet n'apporte pas de changement significatif par rapport à la version actuelle du texte.

5. ENGAGEMENTS ET MANDATAIRES

5.1. Ajouts et modifications bienvenus

132. L'APDC constate avec satisfaction qu'un certain nombre de ses recommandations portant sur les engagements et mandataires émises dans sa Contribution de septembre 2018 ont été accueillies favorablement par l'Autorité et intégrées à son Projet. En particulier, l'APDC se réjouit d'avoir été suivie sur les points suivants :

- de manière générale, l'APDC accueille très favorablement l'effort de refonte et d'enrichissement de la section dédiée au réexamen des remèdes, qui inclut désormais la pratique décisionnelle des dernières années ;
- eu égard au mandataire chargé du contrôle, l'APDC constatait dans sa Contribution de septembre 2018 que l'Autorité estimait dans un certain nombre de décisions que sa nomination n'était pas nécessaire, et insistait sur l'importance de cet interlocuteur dans le cadre de la mise en œuvre d'engagements ; l'ADPC constate donc avec satisfaction que le projet conserve la possibilité de recours à un mandataire chargé du contrôle, même si les modalités de choix et d'intervention de ce dernier pourraient toutefois être précisées davantage.

133. Un certain nombre de modifications sont également bienvenues, mais appellent des précisions supplémentaires, dans un souci de prévisibilité pour les entreprises comme pour leurs conseils.

²⁰ Par exemple, dans l'affaire M.5865 *Teva/ratiopharm* la Commission a accepté de ne pas tenir compte de certains chevauchements au motif que la cible avait pris la décision de fermer l'usine fabricant les produits concernés indépendamment de l'opération.

1) Articulation entre mesures structurelles et mesures comportementales

134. En ce qui concerne l'articulation entre mesures structurelles et mesures comportementales, l'APDC se réjouit que sa suggestion visant à intégrer dans les Lignes Directrices la possibilité du recours à des engagements de substitution ait été accueillie favorablement. La rédaction des points 401 et 402 nouveaux appelle cependant quelques commentaires et pourrait être clarifiée.
135. Pour mémoire, les Lignes Directrices prévoient actuellement, sous la section consacrée aux engagements comportementaux adoptés en complément d'engagements structurels, que « *les mesures comportementales peuvent aussi être envisagées comme un substitut – temporaire ou non – à des mesures structurelles, en particulier lorsqu'une cession est difficilement envisageable. Par exemple, dans la décision rendue sur la fusion des groupes Banque Populaire et Caisse d'Épargne, l'Autorité a constaté que la cession d'une partie des actifs détenus par le nouveau groupe à La Réunion serait difficile au regard de la crise que connaît actuellement le secteur financier et de la gravité particulière qu'elle revêt outre-mer. Des mesures visant à maintenir l'autonomie de gestion et l'indépendance juridique des trois réseaux d'agence du nouveau groupe à La Réunion ont été préférées sachant que, dans l'hypothèse où leur non-respect ou inefficacité serait constatée, un engagement de cession d'actifs leur serait substitué de plein droit* ». ²¹
136. Le Projet propose désormais une section spécifiquement dédiée aux engagements de substitution :
- « 401. De manière générale, les mesures structurelles peuvent poser le problème de leur contrôlabilité dans le temps. Il peut ainsi être prévu une mesure structurelle de substitution au cas où les parties ne parviendraient pas au résultat voulu grâce à la mesure comportementale initiale.*
- 402. Les mesures comportementales peuvent également être envisagées comme un préalable, temporaire ou non, à des mesures structurelles, en particulier lorsqu'une cession est difficilement envisageable. »*
137. L'APDC s'étonne de la mention d'un engagement préalable non temporaire. A cet égard, il conviendrait de distinguer clairement engagement préalable (par définition temporaire) et engagement de substitution.
138. Enfin, il est regrettable que le Projet n'intègre plus de mention de la pratique décisionnelle.

2) Garanties procédurales dans le cadre d'une procédure de réexamen

139. En ce qui concerne les garanties procédurales dans le cadre d'une procédure de réexamen des remèdes, l'APDC se félicite que le Projet intègre, ainsi qu'elle le suggérait, des éléments nouveaux abordant les modalités d'intervention des tiers, du mandataire et des parties dans le déroulement de la procédure de réexamen (points 430, 431 et 432 du Projet respectivement), et prévoit expressément que les parties soient informées des conclusions du mandataire ainsi que de l'analyse retenue par l'Autorité, pour pouvoir en retour être entendues.

²¹ Lignes Directrices, point 616.

140. Ces garanties procédurales mériteraient cependant d'être clarifiées et parfois étendues.
141. S'agissant des parties, l'APDC regrette que le Projet ne précise pas les éléments susceptibles d'être pris en compte par l'Autorité au regard du standard de preuve requis, notamment en ce qui concerne les études économiques et autres rapports d'expert. Pour le cas où l'Autorité entend rejeter la demande des parties, l'APDC suggère que le Projet prévoit le droit pour ces parties d'être informées en amont des arguments sur lesquels l'Autorité envisage de fonder sa décision et d'être entendues par l'Autorité, par exemple dans le cadre d'un « *state-of-play meeting* » précédant l'adoption par l'Autorité de sa décision définitive.
142. S'agissant du mandataire, et conformément à la position adoptée par le Tribunal de l'Union européenne dans l'affaire *Deutsche Lufthansa*, l'APDC est d'avis que dans les cas où l'Autorité entend s'écarter de l'avis rendu par le mandataire, sa position doit être dûment motivée. Les parties devraient également avoir la possibilité de répondre aux arguments avancés par l'Autorité à ce sujet, y compris lors du « *state-of-play meeting* » précédant l'adoption de la décision définitive.
143. Enfin, s'agissant des tiers intéressés, l'APDC invite l'Autorité à s'interroger sur la publicité souhaitable lors de l'ouverture des procédures de réexamen des mesures correctives, afin que les tiers puissent le cas échéant intervenir aux débats. Une levée ou une modification d'engagements est susceptible d'avoir un impact significatif sur les partenaires commerciaux de l'entreprise, et l'APDC suggère que le Projet précise le cadre approprié pour que les tiers intéressés puissent être entendus, sans toutefois alourdir exagérément la procédure.

3) Clauses de rendez-vous

144. Eu égard aux clauses de rendez-vous, l'APDC se félicite d'avoir été entendue sur l'ajout d'une mention expresse de la possibilité d'avoir recours à de telles clauses, désormais prévues au point 425 du Projet. Cependant, le Projet pourrait utilement préciser les cas dans lesquels le recours à une clause de rendez-vous sera estimé opportun par l'Autorité, et les critères pris en compte pour accepter des engagements à durée renouvelable. Ainsi que l'ADPC le faisait valoir dans sa Contribution de septembre 2018, ces critères pourraient être exprimés à la fois au regard des caractères du ou des marché(s) concerné(s) et de la nature des engagements considérés, certains engagements étant plus susceptibles que d'autres de figer l'évolution concurrentielle du marché à moyen terme (notamment les engagements en matière de prix ou d'offres commerciales).

4) Nécessité du recours aux mandataires

145. Enfin, la lecture du Projet semble indiquer une tendance à l'assouplissement des cas de recours aux mandataires. Ainsi, là où les Lignes Directrices prévoient actuellement que « *quel que soit le type de mesure corrective retenue, et sauf en cas de circonstances exceptionnelles, les engagements doivent prévoir la nomination*

d'un mandataire indépendant chargé du suivi de leur mise en œuvre »²², le Projet énonce qu'il serait désormais « généralement demandé aux parties de prévoir le recours à un mandataire chargé de surveiller la bonne exécution des mesures correctives ». ²³ Si cet assouplissement est bienvenu, il serait souhaitable que le Projet précise les critères utilisés aux fins d'évaluer la nécessité de recourir à un mandataire, dans un souci de prévisibilité pour les entreprises qui doivent pouvoir anticiper les démarches et les frais impliqués par le recours à un mandataire.

5.2. Sujets traités de façon insatisfaisante ou non traités

146. L'APDC accueille cependant moins favorablement les ajouts ou développements suivants.

1) Préférence maintenue pour les engagements structurels

147. Le Projet, sans modifier fondamentalement la rédaction des Lignes Directrices actuelles sur les engagements comportementaux, traite désormais explicitement des « *Objectifs spécifiques des mesures comportementales* ». Celles-ci sont toujours présentées comme des remèdes aux effets verticaux ou congloméraux des opérations examinées et, « *plus rarement* », comme une manière de lever des barrières à l'entrée pour remédier à une addition de parts de marché (point 389).
148. S'agissant de l'articulation des mesures comportementales et structurelles, le Projet, cherchant à placer désormais l'Autorité dans le sillage de la Commission, maintient l'idée générale selon laquelle « *L'Autorité recherche, en priorité, des mesures structurelles* », en particulier « *lorsque l'opération porte atteinte à la concurrence essentiellement en raison du chevauchement horizontal des activités entre les parties* ». Quant aux engagements comportementaux, ils sont présentés en premier lieu sous l'angle du complément des engagements structurels ou du pis-aller en cas de problème de mise en œuvre des cessions. Leurs mérites propres, le fait qu'ils « *peuvent s'avérer suffisants* », ne sont à nouveau reconnus que pour les concentrations verticales ou conglomérales (points 398-400).
149. L'APDC constate que le principe même des engagements comportementaux n'est pas remis en cause, et qu'aucune position de principe ne vient expressément limiter le recours à de tels engagements comportementaux pour remédier aux effets verticaux ou congloméraux d'une opération.
150. Néanmoins, l'APDC regrette que les engagements comportementaux soient maintenus dans une position de subsidiarité de principe par rapport aux engagements structurels, singulièrement en matière de remède aux effets horizontaux.
151. La précision selon laquelle l'Autorité agirait de la sorte « *à l'instar de la Commission* » ne rend pas justice à la spécificité de la pratique décisionnelle en la matière. Les engagements structurels ont en

²² Lignes Directrices, point 517.

²³ Projet, point 408.

effet représenté, de 2008 à 2018, 36% des engagements acceptés contre 45% pour les engagements structurels et 19% pour les engagements mixtes²⁴, ce qui représente un niveau d'engagements comportementaux bien supérieur à celui qui se retrouve dans la pratique de la Commission.

- 152.** Il ne s'agit pas de nier que des engagements structurels de cession puissent parfois présenter davantage de garanties quant à leur mise en œuvre que des engagements comportementaux, notamment dans la durée. Mais ce fait ne devrait pas être érigé en règle de principe dans les futures Lignes Directrices alors que la pratique décisionnelle est plus complexe.
- 153.** Ainsi que l'APDC le relevait dans sa Contribution de septembre 2018, l'Autorité a été amenée à plusieurs reprises à privilégier des engagements comportementaux en présence d'effets horizontaux, dans des situations où aucune cession d'actifs n'était envisageable, parfois pour des raisons indépendantes des parties ou parfois en raison du caractère disproportionné de la mesure de cession envisagée. Tel fut le cas lors de l'examen des rapprochements *Banque Populaire/Caisse d'Epargne*²⁵ ou encore *Bouyer-Leroux/Imerys*.²⁶
- 154.** La pratique décisionnelle la plus récente de l'Autorité n'opère pas non plus de hiérarchisation aussi nette entre engagements structurels et comportementaux. Au contraire, certaines décisions adoptent une formulation de principe selon laquelle la priorité donnée aux remèdes structurels s'applique « *sauf lorsque des remèdes de nature comportementale s'avèrent tout aussi efficaces pour compenser les atteintes à la concurrence* ». ²⁷ Il serait utile de rappeler cette formulation dans les futures Lignes Directrices.
- 155.** Cette analyse des engagements par leurs effets prévaut également lorsque l'Autorité considère qu'elle doit rechercher un remède « *ayant des effets structurels* » - et non un remède structurel par la forme – pour mettre fin aux effets horizontaux identifiés. ²⁸ La frontière entre engagements structurels et engagements comportementaux peut parfois ne résider que dans les modalités juridiques de mise en œuvre de l'engagement. Des engagements considérés comme comportementaux par le Projet, comme par exemple des licences de marques, sont analysés dans la pratique décisionnelle comme des engagements structurels.

²⁴ « *Poursuivre la réforme du contrôle des concentrations* », interview de M. Etienne Chantrel, *Concurrences* n° 3-2019, p.15.

²⁵ Autorité de la concurrence, décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Epargne et Banque Populaire.

²⁶ Autorité de la concurrence, décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs "matériaux de structure" de la société Imerys TC par la société Bouyer-Leroux.

²⁷ Autorité de la concurrence, décision n° 19-DCC-36 du 28 février 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Marie Brizard Wine & Spirits par la société Compagnie Financière Européenne de Prises de Participation, point 330.

²⁸ Autorité de la concurrence, décision n° 19-DCC-15 du 29 janvier 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Alsa France SAS et des actifs incorporels nécessaires à la fabrication et à la vente des produits alimentaires sous marques Alsa et Moench par le groupe Dr. Oetker, point 126.

156. Or, non seulement le Projet n'a repris aucun de ces exemples récents, mais il supprime même la référence explicite à la seule décision qui était citée dans les Lignes Directrices en la matière, la décision *Banque Populaire/Caisse d'Épargne*²⁹ (points 402 du Projet et 616 des Lignes Directrices actuelles). L'APDC regrette une telle suppression, dans un Projet qui recourt par ailleurs beaucoup aux exemples.³⁰
157. Par ailleurs, l'APDC considère que les difficultés éventuelles liées à la mise en œuvre des remèdes comportementaux ne sont pas inhérentes à leur nature comportementale. La pratique décisionnelle récente de l'Autorité montre que des difficultés d'exécution des engagements peuvent se présenter aussi bien en matière d'engagements structurels.
158. D'autre part, ainsi que le faisait valoir l'APDC dans sa Contribution de septembre 2018, le mandataire joue en cette matière un rôle fondamental. À même d'apprécier objectivement les difficultés de mise en œuvre auxquelles les entreprises font face dans les premiers temps de l'exécution des engagements, il peut également jouer un rôle d'intermédiation important lorsque les engagements comportementaux donnent lieu à des échanges réguliers entre opérateurs concurrents sur des modalités financières ou techniques de prestations rendues. Enfin, il peut également apporter un regard éclairé et objectif sur le sens de tel ou tel engagement lorsqu'une question de cette nature se pose plusieurs années après la décision rendant obligatoire les engagements.
159. Le confort que le mandataire procure à l'Autorité pour le suivi des engagements sera renforcé par certaines mesures que l'Autorité envisage aux termes du Projet. L'Autorité souhaite en effet renforcer le processus d'agrément du mandataire afin d'en assurer l'indépendance (points 410 et suivants). En outre, le nom et les coordonnées du mandataire seront rendus publics (point 413), de même que les décisions d'agrément et de refus d'agrément des mandataires (point 422). Cela permettra aux tiers de contribuer pleinement à la surveillance de la mise en œuvre des engagements : en faisant connaître à l'Autorité leurs éventuelles remarques sur le choix du mandataire, mais aussi et surtout en saisissant le mandataire, si nécessaire, en cas de difficulté liée à l'exécution des engagements.
160. Le potentiel aléa pesant sur la mise en œuvre des engagements comportementaux ne doit donc pas faire obstacle à leur adoption.
161. L'APDC formule dès lors le souhait, comme elle l'avait fait à l'occasion de sa Contribution de septembre 2018, que la pertinence d'un engagement fasse l'objet d'un examen au cas par cas de son efficacité, en tenant compte des caractéristiques propres de l'opération envisagée et du contexte de marché davantage que de la nature structurelle ou comportementale de l'engagement lui-même.

²⁹ Autorité de la concurrence, décision n° 09-DCC-16 précitée.

³⁰ Ce, sans préjudice de l'appréciation que porte l'APDC sur cette méthodologie (cf. *supra*, point 96).

162. Lorsque des engagements comportementaux sont proposés pour remédier à des effets horizontaux, l'APDC invite de nouveau l'Autorité à examiner systématiquement si les engagements structurels envisageables ou suggérés par des tiers pourraient être efficacement mis en œuvre et sont proportionnés au regard de la difficulté de concurrence identifiée.

2) *Durée minimale des engagements*

163. Le Projet reprend le principe selon lequel une durée minimale de cinq ans est « *généralement jugée nécessaire* » pour les engagements comportementaux. Une durée minimale inférieure est possible, mais en cas de « *circonstances exceptionnelles* ». L'apport du Projet consiste à préciser qu'une durée supérieure à cinq années est également possible, sans être toutefois soumise à de telles circonstances exceptionnelles.

164. L'APDC considère que cette durée minimale de 5 années peut se révéler, dans certains cas, trop longue et disproportionnée au regard de la réalité économique des entreprises ou de l'évolution rapide du marché. La Commission européenne considère d'ailleurs qu'une telle durée minimale pour les engagements comportementaux « *ne peut être définie au préalable de manière générale* » dans le cadre de sa communication.

165. En outre, ainsi que l'APDC le relevait dans sa Contribution de septembre 2018, cette durée minimale de 5 années est d'autant moins nécessaire au regard de la pratique des clauses de rendez-vous, désormais visées par le Projet (point 425). De telles clauses, sont inspirées par le fait que le contexte économique peut conduire à des changements de situation rendant nécessaire une réévaluation des engagements comportementaux : cette même inspiration devrait conduire à ne pas retenir de durée plancher qui s'opposent à cette logique.

166. Cela est d'autant plus vrai que le Projet prévoit désormais – mais sans référence à une quelconque circonstance exceptionnelle – que les engagements peuvent excéder cinq ans. L'APDC regrette que le seul exemple d'une telle durée supérieure porte sur des engagements d'une durée de 30 années, sans faire état du caractère exceptionnel d'une telle durée. Une telle différence de traitement, favorisant les durées longues au détriment des durées inférieures à 5 années, ne se justifie en rien, en particulier dans un contexte économique d'innovations et de remises en cause permanentes des situations des opérateurs.

167. L'APDC considère donc que la durée d'un engagement comportemental devrait faire l'objet d'une appréciation au cas par cas. Si une durée de 5 années peut être mentionnée, à titre indicatif, comme étant une pratique courante de l'Autorité, les éventuelles dérogations à la baisse ne devraient pas être cantonnées à d'hypothétiques circonstances exceptionnelles mais être traitées de la même manière que l'éventualité d'une durée plus longue.

168. L'APDC regrette en outre qu'un certain nombre de sujets, développés ci-après, ne soient pas ou peu traités par le Projet à ce stade.

3) Divergence entre la lettre d'engagements et la décision

169. L'actuel modèle d'engagements de cession devant l'Autorité de la concurrence (Annexe F des Lignes Directrices actuelles) prévoit l'insertion, en préambule de la lettre d'engagements, du paragraphe suivant :
- « Ce texte sera interprété à la lumière de la décision, pour autant que les engagements constituent des conditions et obligations qui y sont attachées, du cadre général du droit français, et en particulier le code de commerce, et en référence aux lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations »* (soulignement ajouté).
170. Or, conformément à l'article L. 430-5 II du Code de commerce, les parties à une concentration qui souhaitent s'engager à prendre des mesures visant à remédier aux problèmes de concurrence soulevés par l'opération peuvent soumettre leurs engagements *« soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue »* (soulignements ajoutés).
171. Il résulte de ce dispositif que, par hypothèse, la décision de l'Autorité n'est pas connue des parties à l'opération au moment où ces dernières soumettent à l'Autorité leur lettre d'engagements, alors même que cette décision a vocation à contenir de nombreux développements relatifs aux remèdes proposés par les parties, aux réactions recueillies lors du test de marché et surtout à l'interprétation qui en est faite par l'Autorité.
172. L'insertion d'une telle clause *« balai »* dans la lettre d'engagements peut donc avoir pour conséquence de modifier, parfois de manière non négligeable, la portée des engagements qui auront été proposés par les parties dans le cadre de la notification de leur opération.
173. Une telle situation paraît problématique puisque, conformément aux dispositions du Code de commerce, et plus particulièrement à son article L. 430-7, l'Autorité ne dispose pas du pouvoir d'imposer des injonctions ou des prescriptions aux parties à une opération de concentration dans le cadre de décisions rendues en Phase 1, ce pouvoir étant strictement limité aux décisions rendues à l'issue de l'ouverture d'une Phase 2.
174. Par conséquent, si cette clause *« balai »* n'a pas pour effet, en tant que telle, de permettre à l'Autorité d'imposer des remèdes aux parties dès la Phase 1, elle lui permet néanmoins, dans le cadre de la motivation de sa décision, de modifier, fût-ce indirectement, la portée des engagements pris par les parties.
175. De ce fait, l'APDC suggère de rappeler dans le Projet que la décision doit se limiter à refléter fidèlement les remèdes auxquels les parties ont souscrit dans leur lettre d'engagements sans pouvoir en modifier la portée.

4) *Clauses de caducité et d'entrée en vigueur différée*

176. L'APDC regrette que ses propositions, formulées aux points 110 et suivants de sa Contribution de septembre 2018, pour l'introduction de mécanismes de souplesse additionnels quant à la mise en œuvre des engagements n'aient pas été suivies par l'Autorité.
177. En effet, comme l'APDC le soulignait dans sa dernière contribution, elle considère que la révision des Lignes Directrices devrait être l'occasion d'ouvrir le débat concernant ce type de mécanismes.
178. Les instruments complémentaires proposés par l'APDC sont de deux types :

➤ *Les clauses de caducité (« sunset clauses »)*

179. Les clauses de caducité, instaurées par la *Competition Market Authority* du Royaume-Uni (« **CMA** »), ont pour objet de prévoir à l'avance que la survenance d'un évènement, prédéterminé par les parties et l'Autorité, lequel doit pouvoir être constaté de manière non équivoque ³¹, mettra automatiquement fin à l'exécution d'un ou plusieurs engagements.
180. Ainsi, plutôt que de prévoir une durée fixe qui ne permet pas d'adapter les engagements aux évolutions du marché et suppose que les parties, si elles souhaitent obtenir la modification de leurs engagements, suivent une procédure de demande formelle auprès de l'Autorité, la clause de caducité conditionne ainsi la durée des engagements comportementaux à la survenance d'évènements modifiant structurellement l'analyse concurrentielle initiale.
181. Comme souligné par l'APDC dans sa Contribution de septembre 2018, à l'inverse des clauses de rendez-vous, la clause de caducité permet d'alléger considérablement la charge pesant sur l'Autorité dans la revue des engagements. Elle n'est toutefois envisageable que dans les cas où l'évolution prévisible du marché permet d'identifier un évènement précis susceptible de faire disparaître ou d'alléger considérablement les préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité au moment de l'examen de l'opération. Dans l'hypothèse où le critère retenu est celui des parts de marché, elle suppose que les parties et l'Autorité disposent d'une source fiable et d'une méthode de calcul non contestée pour estimer les parts de marché.
182. L'APDC regrette l'absence de prise en compte de ce sujet dans l'actuel Projet et suggère d'ouvrir le débat sur la possibilité pour l'Autorité de recourir aux clauses de caducité ainsi que sur les éventuelles conditions du recours à celles-ci, notamment en ce qui concerne les types d'évènements susceptibles d'être pris en compte pour déclencher la levée des engagements.

³¹ La CMA cite l'expiration d'une concession ou d'un brevet comme exemple d'évènements déclencheurs possibles : CMA, *Updated guidance on "sunset clauses" in market investigation remedies*, point 5. L'entrée d'un nombre suffisant de nouveaux concurrents sur le marché, la commercialisation d'un nouveau produit ou service encore au stade du développement au moment de l'adoption des engagements, la résiliation de certains accords ou le recul des parts de marché de l'entreprise en cause peuvent également constituer des évènements susceptibles de déclencher la levée des engagements.

➤ ***Les clauses d'entrée en vigueur différée (« sunrise clauses »)***

183. Les clauses d'entrée en vigueur différée des engagements prévoient que certains engagements ne prendront effet, en tout ou en partie, qu'à l'apparition d'un évènement déclencheur, ici encore prédéterminé par les parties et l'Autorité.
184. Si l'APDC a concédé, dans sa Contribution de septembre 2018, que ce type de clauses posait de nombreuses questions en matière de sécurité juridique, elle a néanmoins souligné qu'elles pouvaient constituer un outil utile dans les situations où l'Autorité identifie un changement imminent sur le marché, sans pour autant que sa réalisation ne soit certaine.
185. En effet, les clauses d'entrée en vigueur différée ont notamment l'avantage de permettre à l'Autorité de laisser l'évolution normale du marché suivre son cours, tout en bénéficiant d'un « *garde-fou* » en cas de difficulté avérée. Or, s'il est vrai que les parties débitrices d'un engagement lié à une situation de marché particulière peuvent en théorie en demander la levée dès lors que la situation évolue, il est parfois difficile dans ce cas pour l'Autorité d'apprécier si le changement constaté sur le marché – par exemple, l'arrivée effective de nouveaux entrants – aurait eu lieu en l'absence des engagements consentis par les parties. En théorie, ces clauses peuvent donc, dans certains cas particuliers, constituer un outil utile à la disposition de l'Autorité.
186. L'APDC réitère donc sa proposition d'inclure la question des clauses d'entrée en vigueur différée dans la discussion portant sur la révision des Lignes Directrices.

5) Procédures de fix-it-first et d'up-front buyer

187. Les points 373 et suivants du Projet prévoient que, dans le cadre des engagements de cession pris par les parties à une concentration, l'identification du repreneur des actifs cédés peut se faire selon trois modalités :
- premièrement, l'identification du repreneur peut intervenir avant l'adoption de la décision (engagement dit de « *fix-it-first* ») ;
 - deuxièmement, elle peut intervenir entre l'adoption de la décision d'autorisation par l'Autorité et la réalisation de l'opération (engagement dit d'« *up-front buyer* ») ; ou
 - troisièmement, elle peut se faire dans un délai fixé après l'adoption de la décision par l'Autorité et la réalisation de l'opération, généralement inférieur à un an.
188. L'Autorité souligne dans son Projet que, si cette dernière modalité a été celle la plus couramment utilisée par le passé, « *l'expérience de l'Autorité en la matière montre que les incitations des parties à proposer de*

céder des actifs, libres de toute contrainte quant à leur cessibilité et suffisamment viables et compétitifs pour intéresser d'éventuels repreneurs, sont alors faibles »³².

189. A cet égard, l'APDC souhaite formuler les remarques suivantes :

- l'APDC souligne tout d'abord le caractère extrêmement contraignant des engagements de type *fix-it-first* et *up-front buyer* pour les parties à la concentration et, par conséquent, rappelle que le recours à ces types d'engagements ne peut se faire que dans les cas où cela est strictement proportionné aux problèmes de concurrence identifiés par l'Autorité ; et
- l'APDC regrette que les conditions dans lesquelles le recours à de telles procédures est considéré comme nécessaire par l'Autorité n'aient pas fait l'objet de développements plus importants dans l'actuel Projet.

➤ ***Proportionnalité du recours aux engagements type *fix-it-first* et *up-front buyer****

190. Premièrement, compte tenu des sujétions très importantes qu'ils impliquent, l'exigence d'engagements *fix-it-first* et *up-front buyer* doit être limitée aux cas les plus problématiques dans lesquels ils sont strictement indispensables.
191. Comme indiqué plus haut, l'APDC souhaite rappeler, dans le cadre de cette contribution, le caractère extrêmement contraignant que peuvent revêtir les engagements de type *fix-it-first* et *up-front buyer* pour les parties à l'opération.
192. En effet, les conséquences de ces engagements sont multiples.
193. D'abord, ces derniers ont des conséquences importantes sur le calendrier de l'opération. En effet, ces types d'engagements retardent, souvent de manière très significative, la réalisation effective de l'opération puisque, dans le cas d'un engagement de *fix-it-first*, l'adoption par l'Autorité de sa décision d'autorisation sera subordonnée à la conclusion, entre la partie notificante et un repreneur approuvé par l'Autorité, d'un accord contraignant ; tandis que, dans le cas d'un engagement d'*up-front buyer*, bien que l'Autorité aura déjà délivré sa décision d'autorisation, les parties ne pourront réaliser l'opération qu'après avoir conclu un accord contraignant avec le repreneur.
194. Ensuite, ces engagements peuvent interférer dans les négociations entre la partie notificante et le potentiel repreneur. En effet, la pratique a démontré qu'il existe des cas où le repreneur potentiel échange lui-même avec l'Autorité afin d'influencer sa position, à son profit, sur certains aspects de l'opération, tel que le périmètre de l'activité à céder.
195. Enfin, ces types d'engagements peuvent avoir des conséquences importantes quant à la valorisation de l'activité cédée. En effet, les différentes contraintes énumérées ci-dessus ont un impact direct

³² Projet, point 380.

sur la valeur des actifs qui sont cédés par les parties à l'opération.

196. Compte tenu de toutes ces contraintes, le respect du principe de proportionnalité impose de limiter les engagements de type *fix-it-first* et *up-front buyer* aux seules opérations les plus problématiques pour lesquelles il existe un doute sérieux quant au fait que l'activité sera effectivement cédée à un repreneur approprié, conformément à la position adoptée par la Commission dans sa communication sur les mesures correctives.³³
197. Pourtant, dans le Projet, la position qui est pour l'instant exprimée par l'Autorité est bien moins nuancée puisqu'elle affirme, aux points 380 et 381, qu'un recours plus important à ces deux types d'engagement doit être opéré à l'avenir, car « *un nombre trop important d'engagements de cession sont difficilement réalisés, dans des délais trop longs, ou doivent faire l'objet de demandes de révision, aucun repreneur ne pouvant être trouvé pour les cessions prévues par les engagements initiaux* ».
198. Par conséquent, l'APDC considère qu'il conviendrait de préciser dans les Lignes Directrices que ces types d'engagements ne doivent pas faire l'objet d'un usage trop généralisé, mais doivent être appliqués uniquement aux opérations pour lesquelles il existe dès l'origine un doute raisonnable sur la possibilité même de trouver un repreneur aux conditions prévues par les parties dans leur lettre d'engagements. Par ailleurs, il paraît également important que, lorsqu'elle entend imposer ce type de remèdes, l'Autorité motive précisément les raisons qui la conduisent à imposer de telles exigences.

➤ ***Clarification des conditions de recours aux engagements type fix-it-first et up-front buyer***

199. Deuxièmement, les conditions dans lesquelles ces types de remèdes pourront être utilisés doivent être plus clairement définies.
200. L'Autorité indique au point 379 du Projet :

« Les engagements de « règlement préalable » et d'« up front buyer » pourront être favorisés lorsque les circonstances le justifient, en particulier :

- *lorsqu'aucun acquéreur potentiel n'a pu être identifié pendant l'instruction ;*
- *lorsqu'il existe des incertitudes liées à des droits de préemption détenus par des tiers, à la possibilité de transférer des contrats clés ou des droits de propriété intellectuelle ;*

³³ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, JO du 22 octobre 2008, C 267, point 52.

- *lorsqu'il existe de sérieux doutes sur la viabilité et la cessibilité des actifs ou des risques de dégradation de la valeur de l'activité.* »

- 201.** Si l'APDC admet que l'énumération de ces critères permet d'éclairer les parties à une concentration sur les conditions dans lesquelles des engagements de type *fix-it-first* ou *up-front buyer* pourront être nécessaires, elle regrette néanmoins que l'Autorité n'ait pas fait preuve de plus de précision quant aux éléments qui permettent en pratique de démontrer, notamment, l'existence de doutes sérieux quant à la viabilité des actifs cédés, à leur cessibilité, ou encore aux risques de dégradation de leur valeur.
- 202.** A cet égard, bien que la pratique décisionnelle de l'Autorité ne contienne que peu d'exemples d'application de ces types de remèdes puisque, à notre connaissance, seule deux décisions de l'Autorité ont consacré l'usage d'engagements de *fix-it-first*³⁴ et une seule décision de l'Autorité mentionne le recours à un engagement de type *up-front buyer*³⁵, il nous semble néanmoins que la pratique décisionnelle de la Commission contient de nombreux exemples qui auraient permis à l'Autorité de clarifier davantage les conditions dans lesquelles elle estime le recours à ce type de remèdes justifié et proportionné.
- 203.** Ainsi, et par exemple, dans la décision *Bosch/Rexroth*³⁶, le recours à un engagement de type *up-front buyer* était justifié par le fait que Bosch entretenait, dans le secteur concerné par l'opération, des relations très forte avec ses clients et que, par conséquent, dans l'hypothèse d'une incertitude transitoire quant à l'identité du repreneur de l'activité cédée (qui devait constituer une alternative crédible à long terme), Bosch aurait pu convaincre ses anciens clients d'orienter leur approvisionnement vers ses produits alternatifs.
- 204.** Au regard de ces éléments, l'APDC estime qu'il serait opportun de préciser davantage dans les Lignes Directrices les conditions dans lesquelles la mise en œuvre d'engagements de *fix-it-first* et d'*up-front buyer* sera considérée comme nécessaire et proportionnée ainsi que le degré de motivation exigé de l'Autorité pour imposer aux parties de recourir à ce type d'engagements.

6) Indépendance du mandataire en charge du suivi des engagements

- 205.** Le Projet précise que le mandataire « agit pour le compte de l'Autorité » (point 415), rappelant en cela la position du Conseil d'Etat dans son arrêt *Fnac Darty* selon laquelle le mandataire intervient « pour

³⁴ Autorité de la concurrence, décision n° 19-DCC-15 du 29 janvier 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Alsa France SAS et des actifs incorporels nécessaires à la fabrication et à la vente de produits alimentaires sous marques Alsa et Moench par le groupe Dr. Oetker et décision n° 15-DCC-53 du 15 mai 2015 relative à la prise de contrôle exclusive de la société Totalgaz SAS par la société UGI Bordeaux Holding SAS.

³⁵ Autorité de la concurrence, décision n° 19-DCC-180 du 27 septembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société NDIS par la société SAFO.

³⁶ Commission européenne, M.2060, *Bosch/Rexroth*, 13 décembre 2000.

le compte et sous le contrôle de l’Autorité »³⁷, et rappelle qu’il doit être indépendant des parties (point 411).

206. L’APDC suggère que le Projet intègre le principe d’indépendance du mandataire vis-à-vis de l’Autorité. Le suivi des engagements par le mandataire et les rapports qu’il établit dans ce cadre peuvent mener l’Autorité à prendre une décision de sanction pour non-respect des engagements. Aussi, il est essentiel d’éviter toute entrave à l’objectivité du mandataire et de garantir son impartialité dans la mise en œuvre de moyens dont l’Autorité n’est par ailleurs pas dotée. Ainsi, à l’instar des experts-comptables, dont le code de déontologie les oblige à être indépendant de leurs clients et éviter toute situation de nature à créer des conflits d’intérêts, il convient de rappeler que le mandataire exerce sa mission de façon indépendante vis-à-vis des parties et de l’Autorité.

7) Rapports du mandataire en charge du suivi des engagements

207. L’APDC regrette que le Projet n’intègre pas les suggestions qu’elle a formulées dans sa Contribution de septembre 2018.

➤ ***L’accès par la partie notifiante aux avis motivés établis par le mandataire sur le caractère approprié d’un repreneur et la viabilité de l’activité cédée après la cession (dans le cas d’un engagement de cession) et aux rapports du mandataire relatifs au renouvellement des engagements (dans le cas d’engagements comportementaux).***

208. En l’état, le Projet prévoit au point 420 : « *Le mandataire établit régulièrement des rapports de suivi à l’Autorité relatifs à la fois au maintien de la viabilité des actifs à céder et à l’état d’avancement des cessions à réaliser. Par ailleurs, il établit un rapport sur la viabilité et la capacité à animer la concurrence de l’acquéreur proposé à l’agrément de l’Autorité.* » (soulignement ajouté).

209. L’accès aux avis motivés et rapports du mandataire permettrait une plus grande transparence du suivi des engagements et la possibilité pour l’entreprise notifiante de participer à un débat contradictoire avec le mandataire et l’Autorité sur la pertinence de l’analyse menée.

210. L’APDC relève par ailleurs que le Projet omet de préciser que les rapports de suivi du mandataire sont en pratique également communiqués à la partie notifiante. Pour mémoire, cette précision figure, dans l’Annexe F – Modèle d’engagements de cession devant l’Autorité des Lignes Directrices actuelles. Or, dans la mesure où l’Annexe F n’a pas été reprise dans le Projet, il conviendrait d’intégrer cette précision dans le Projet.

➤ ***L’accroissement du contradictoire entre la partie notifiante et l’Autorité dans les cas où celle-ci ne suivrait pas l’avis motivé du mandataire concluant à l’agrément du repreneur ou ses rapports relatifs à la modification ou au renouvellement des engagements.***

211. L’APDC suggère que l’Autorité soit tenue d’explicitier les raisons qui pourraient la conduire à

³⁷ Conseil d’Etat, 26 juillet 2018, n° 414654, *Fnac Darty*, considérant 10.

s'écarter de l'analyse menée par le mandataire et également qu'elle auditionne les parties à l'opération de concentration et, en particulier à chaque fois qu'elle s'interroge sur l'agrément d'un repreneur, qu'elle auditionne celui-ci et lui permette de répondre aux griefs qu'elle pourrait formuler quant à sa candidature.

212. Ces exigences seraient en ligne avec la jurisprudence communautaire (affaire *Deutsche Lufthansa*³⁸ qui énonce un principe général). Par ailleurs, elles renforceraient l'acceptabilité des décisions de l'Autorité par les parties et, à chaque fois que les décisions de l'Autorité seraient publiées, elles contribueraient aux exigences de transparence et de sécurité juridique.

8) Détails de la procédure de réexamen

213. L'APDC regrette que le Projet ne vienne pas préciser en détail la procédure de réexamen des engagements, ainsi qu'elle l'avait suggéré dans la Contribution du 28 septembre 2018.
214. Le Projet prévoit que les parties doivent adresser « *un courrier motivé* » au président de l'Autorité, sans plus détailler la procédure suivie ensuite par l'Autorité (point 424). En matière de clause de rendez-vous, la procédure peut être précisée dans la décision d'autorisation, notamment en termes de délais, mais n'est pas davantage encadrée par le Projet.
215. Dans son arrêt *Deutsche Lufthansa*³⁹, le Tribunal de l'Union européenne a rappelé que même si la procédure de révision des engagements n'est encadrée par aucun délai, il n'en appartient pas moins à l'autorité de concurrence de mener un examen diligent et complet des évolutions de droit et de fait pouvant conduire à une modification ou suppression des engagements, le cas échéant en diligentant une enquête si nécessaire.
216. Dans ce contexte, un encadrement par le Projet de la procédure suivie par l'Autorité, afin de garantir une plus grande sécurité juridique aux parties ainsi qu'aux tiers, également susceptibles d'être intéressés par le réexamen des mesures correctives, semble souhaitable.
217. L'APDC ne souhaite pas figer inutilement la procédure de réexamen en mettant en place une procédure de notification « bis » qui serait excessivement lourde pour les parties comme pour l'Autorité, mais considère toutefois qu'il pourrait être souhaitable d'encadrer les modalités de la revue de l'Autorité (que celle-ci intervienne sur la base d'une demande de révision ou d'une clause de rendez-vous) afin d'offrir certaines garanties procédurales aux parties et aux tiers, en termes de délais et de transparence notamment.

➤ Délais de la procédure de réexamen

³⁸ Tribunal de l'Union européenne, 16 mai 2018, *Deutsche Lufthansa c. Commission européenne*, aff. T-712/16.

³⁹ *Ibid.*, point 41.

218. En ce qui concerne les délais, les demandes de révision sont aujourd'hui examinées dans des délais très variables pouvant aller de quatre mois⁴⁰ à plus de trois ans⁴¹, ce qui prive les parties de visibilité sur la durée de la procédure de révision. Les clauses de rendez-vous donnent généralement lieu à un examen plus rapide, mais qui reste néanmoins relativement long (environ un an dans le cadre des affaires Canal Plus).
219. En matière de clause de rendez-vous, l'Autorité avait accepté dans l'affaire *BCFM/Est Républicain*⁴² une clause prévoyant l'obligation pour l'Autorité de se prononcer dans les 30 jours suivant la demande de réexamen de la partie notifiante. A défaut de réponse dans ce délai, les engagements étaient réputés prendre fin.
220. Sans fixer un délai unique applicable sans distinction à toutes les opérations, le Projet pourrait préciser que les clauses de rendez-vous et clauses de révision prévoient désormais le délai dans lequel l'Autorité devra se prononcer et fixer une date butoir au-delà de laquelle, en l'absence de prise de position de l'Autorité, la demande des parties serait réputée acceptée. Au vu du délai moyen aujourd'hui (environ sept mois), ce délai pourrait être de six ou neuf mois à compter de la demande, avec des possibilités de « *stop-the-clock* » pour les cas où les parties se montreraient négligentes.

➤ **Publication des décisions de réexamen**

221. En ce qui concerne la publication des décisions de réexamen, le Projet se limite à supprimer la mention d'une publication seulement « *a priori* » et confirme donc que ces décisions feront en principe l'objet d'une publication. Cependant, l'APDC faisait déjà valoir en 2018 que nombre de décisions de réexamen, notamment en cas de rejet, ne sont accessibles que sous forme résumée dans les rapports de l'Autorité. Elle réitère donc de plus fort qu'il est essentiel de prévoir une *publication in extenso* des décisions de réexamen (sans préjudice de la protection du secret des affaires), dans la mesure où la mise à disposition de précédents détaillant le raisonnement juridique suivi par l'Autorité est essentielle pour permettre aux acteurs du marché d'appréhender les contraintes juridiques liées à leur activité.

9) Critères de l'analyse concurrentielle en procédure de réexamen ou de non-respect d'engagements

222. L'APDC souhaite enfin formuler quelques observations relatives aux critères de l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité lors d'un examen *a posteriori* d'engagements, tant dans le cadre

⁴⁰ C 2001-107 *Mediapost/Delta Diffusion*. L'Autorité s'est prononcée le 21 février 2017 sur la demande de levée des engagements qui avait été déposée le 13 octobre 2016.

⁴¹ C 2007/14 *CCPI/Unibail*. La demande de révision globale des engagements déposée le 30 octobre 2015 est à notre connaissance toujours en cours d'instruction par l'Autorité.

⁴² Autorité de la concurrence, décision n° 11-DCC-114 du 12 juillet 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe l'Est Républicain par la Banque Fédérative du Crédit Mutuel.

de la procédure de réexamen que de celle de non-respect d'engagements. A cet égard, l'APDC réitère la nécessité de procéder à une actualisation de l'analyse concurrentielle menée lorsque l'Autorité apprécie, d'une part, l'opportunité de la modification ou de la levée d'engagements, et, d'autre part, les conséquences du non-respect d'engagements ou injonctions.

- 223.** Eu égard d'une part aux procédures de réexamen d'engagements, l'APDC se félicite que le Projet mentionne désormais expressément l'impératif d'actualisation de l'analyse concurrentielle au moment du réexamen.⁴³ Il est cependant regrettable que cet enjeu ne fasse pas l'objet d'un paragraphe propre ni de plus amples développements. En particulier, l'APDC estime qu'il serait tout à fait opportun d'intégrer aux lignes directrices les éléments pertinents de pratique décisionnelle et jurisprudentielle, au premier rang desquels la jurisprudence *Lufthansa*, en vertu de laquelle l'autorité de concurrence à laquelle est soumise une demande de réexamen est « *tenue d'effectuer un examen diligent de cette demande, de mener, si nécessaire, une enquête, de prendre les mesures d'instruction appropriées et de fonder ses conclusions sur l'ensemble des données pertinentes* »⁴⁴ (soulignements ajoutés) afin de déterminer si les engagements sont encore nécessaires et appropriés au vu des évolutions de marché constatées depuis la décision initiale.
- 224.** D'autre part, une application cohérente du principe de proportionnalité imposerait que l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité dans l'examen des conséquences du non-respect d'un engagement ou d'une injonction soit similairement menée en référence à la situation de marché contemporaine de cet examen, et non telle que décrite dans la décision initiale de l'Autorité.
- 225.** Or, eu égard aux procédures de non-respect d'engagements et d'injonctions, l'APDC regrette vivement que la section des lignes directrices dédiée demeure presque inchangée, à l'exception de l'ajout de quelques exemples issus de la pratique décisionnelle récente. En particulier, l'APDC soulevait déjà dans sa Contribution de septembre 2018 la difficulté liée aux critères de l'analyse concurrentielle présidant à l'appréciation des conséquences et donc de la gravité du non-respect d'un engagement ou d'une injonction.
- 226.** L'APDC réitère donc qu'il s'impose, lors de l'examen des conséquences du non-respect d'un engagement et de la définition de la sanction ou de l'injonction subséquente, de tenir compte des évolutions de marché survenues depuis la décision initiale de l'Autorité et en particulier des éléments extérieurs qui auraient pu venir rétablir l'équilibre concurrentiel indépendamment de la réalisation dudit engagement.
- 227.** Une telle conclusion ressort en premier lieu d'un parallélisme avec la procédure de réexamen, déjà dressé par l'arrêt *Lufthansa* qui élargit l'impératif d'actualisation de l'analyse concurrentielle aux autres décisions en matière de concentration : « *il n'en reste pas moins que l'appréciation d'une demande*

⁴³ Projet, point 430 : « *L'analyse concurrentielle repose sur les évolutions de marché constatées depuis la décision initiale et contient également une analyse prospective de cette évolution* ».

⁴⁴ Tribunal de l'Union européenne, *Deutsche Lufthansa*, précité, point 41.

d'exemption d'engagements suppose, tout comme les autres décisions en matière de concentration, des évaluations économiques parfois complexes afin, en particulier, de vérifier si la situation du marché, au sens large, a changé de façon significative et durable, de sorte que les engagements ne sont plus nécessaires pour remédier aux problèmes de concurrence relevés dans la décision de concentration ayant rendu les engagements contraignants ».⁴⁵

228. En réalité, il serait même d'autant plus justifié que l'Autorité se prête à un examen concurrentiel approfondi exploitant l'intégralité des moyens d'enquête dont elle dispose dans le cadre d'une procédure de non-respect d'engagements que dans le cadre d'une procédure de réexamen, la première étant autrement susceptible d'avoir des conséquences dommageables et attentatoires aux droits des parties.
229. La nécessité d'une actualisation de l'analyse concurrentielle ressort également de l'affaire *Canal Plus* dont a eu à connaître le Conseil d'Etat suite au non-respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et Canalsatellite.⁴⁶
230. Les conclusions du rapporteur public, en premier lieu, s'orientaient sans ambiguïté dans le sens d'une nouvelle analyse de la situation de marché :

« (...) il faut se pencher sur la situation concurrentielle des marchés à la date à laquelle la sanction est prononcée. Par exemple, si l'Autorité de la concurrence choisit d'enjoindre au contrevenant, sous astreinte, de respecter l'engagement méconnu, il faut vérifier, d'une part, que l'effet anticoncurrentiel initialement identifié auquel cet engagement avait pour objet de répondre perdure, en dépit des changements intervenus sur les marchés depuis l'opération de concentration, d'autre part, que l'engagement en question est toujours de nature à remédier à cet effet. Si l'effet anticoncurrentiel a disparu, par exemple en cas d'entrée brutale de nouveaux concurrents sur le marché, il n'y a lieu ni à injonction ni à retrait. »⁴⁷

Le rapporteur public proposait ainsi une analyse reposant sur trois critères, à savoir l'importance des engagements méconnus, l'ampleur des manquements, et les conséquences de ces manquements sur l'état de la concurrence tel qu'apprécié à date. Ainsi,

« (...) l'examen des conséquences des manquements sur la concurrence doit permettre de prendre en compte leurs effets réels sur la situation des marchés, compte tenu, le cas échéant, d'évolutions indépendantes des comportements des parties soumises aux engagements, évolutions qui auront pu contribuer à aggraver ou au contraire à atténuer ces conséquences. »⁴⁸

⁴⁵ *Ibid.*, point 37.

⁴⁶ Autorité de la concurrence, décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

⁴⁷ Conclusions de M. Vincent Daumas, rapporteur public, sous Conseil d'Etat, n° 353856, *Société Groupe Canal Plus / Société Vivendi*, assemblée du contentieux, lecture du 21 décembre 2012, p.26.

⁴⁸ *Ibid.*, p.27.

231. Le Conseil d'Etat a implicitement retenu cette approche, puisqu'il a précisément relevé la survenance de circonstances extérieures à même de modifier la situation de marché depuis la décision initiale de l'Autorité, bien que ce fût en l'espèce pour conclure que cette circonstance n'avait pas suffi à rétablir l'équilibre concurrentiel initial :

« Considérant que la seule circonstance que le nombre de chaînes conventionnées et déclarées auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel aurait augmenté depuis 2007 n'est pas de nature à établir que la négociation commerciale sur les marchés d'édition et de commercialisation de chaînes de télévision payante aurait lieu dans des conditions équilibrées ; qu'il résulte au contraire de l'instruction que la société Groupe Canal Plus bénéficie d'une position de force dans la négociation commerciale sur ces marchés ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutiennent les sociétés requérantes, l'évolution des marchés d'édition et de commercialisation de chaînes ne peut être regardée comme ayant effacé les effets des manquements de la société Groupe Canal Plus aux engagements nos 41, 42 et 44 ».

232. Il faut en comprendre que les évolutions du marché sont bien pertinentes aux fins de l'analyse des conséquences du non-respect d'un engagement ou d'une injonction et que, *a contrario* de l'espèce Canal Plus, une circonstance extérieure suffisamment significative et durable peut atténuer les effets d'un tel manquement.

233. C'est donc en ce sens que l'APDC appelle à une clarification des lignes directrices en ce qui concerne les critères de l'analyse concurrentielle des conséquences du non-respect d'un engagement ou d'une injonction, aux fins d'assurer, dans le respect du principe de proportionnalité et en cohérence avec la procédure de réexamen, une analyse concurrentielle mise à jour pour refléter les évolutions de marché survenues depuis la décision initiale de l'Autorité.

6. GUN JUMPING ET SANCTIONS

6.1. Le défaut de notification (I de l'article L. 430-8)

234. L'APDC estime que le point 171 du Projet traitant des déterminants de la sanction d'un défaut de notification, devrait être complété comme suit :

- préciser que lorsqu'elle prend en compte « la situation individuelle des entreprises en cause », l'Autorité examine en pratique leur situation financière ;
- mentionner que, si la caractérisation d'un manquement ne nécessite certes pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence, l'absence de dommage concurrentiel puisse à tout le moins être retenue comme circonstance minorant la sanction ;

- ajouter le critère du « *caractère délibéré du manquement* » dans les circonstances aggravantes citées, certes proche de « *la volonté de contourner* », dans la mesure où ces deux critères ont été distinctement mentionnés par le Conseil d'Etat dans sa décision COPAGEF⁴⁹ ;
- faire référence au critère de l'expérience de l'entreprise en matière de contrôle des concentrations⁵⁰ ;
- indiquer que peut être relevée au bénéfice des parties la courte durée écoulée entre la date de réalisation effective de l'opération et la date à laquelle l'entreprise prend contact avec le service des concentrations.⁵¹

6.2. Le gun jumping (II de l'article L. 430-8)

- 235.** Le Projet aborde de manière spécifique la problématique du *gun jumping*. Il s'agit d'une nouveauté par rapport aux précédentes lignes directrices de l'Autorité qui se contentaient de rappeler le principe posé par l'article L. 430-8 du code de commerce, à défaut de pratique décisionnelle de l'Autorité sur le sujet. Intégrer de tels développements est bienvenu.
- 236.** Si ces développements apparaissent, de prime abord, relativement généraux eu égard aux problématiques auxquelles sont confrontés les entreprises et les praticiens, l'APDC prend note du renvoi effectué par le Projet à l'article de Madame la Présidente Isabelle de Silva cité en note de bas de page 21, qui apporte des éclairages et précisions utiles.
- 237.** Pour autant, l'APDC estime que le Projet devrait être complété, en particulier sur les points suivants.
- 238.** En premier lieu, le Projet ne fait référence qu'à la pratique, peu fournie, de l'Autorité. Or la pratique de l'Union, en particulier la jurisprudence de la CJUE, est d'un apport essentiel. Le Projet n'hésite d'ailleurs pas à citer ou à renvoyer à la pratique de l'Union à de nombreuses reprises sur d'autres sujets traités.

Plus précisément, l'APDC considère que le Projet devrait tirer les conséquences de l'arrêt *Ernst & Young* du 31 mai 2018.⁵² L'Autorité devrait ainsi clairement souligner qu'elle fera application des principes suivants dégagés par la CJUE dans cette affaire.

- 239.** Tout d'abord, sur la base du principe posé par la CJUE, selon lequel « *une concentration n'est réalisée que par une opération qui, en tout ou en partie, en fait ou en droit, contribue au changement de contrôle de l'entreprise*

⁴⁹ Conseil d'Etat, 15 avril 2016, n° 375658, *COPAGEF*, considérant 7.

⁵⁰ Autorité de la concurrence, décision n° 13-D-01 du 31 janvier 2013 relative à la situation des groupes Réunica et Arpège au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce, point 57.

⁵¹ *Ibid.*, point 61.

⁵² Cour de Justice de l'Union européenne, 31 mai 2018, *Ernst & Young P/S contre Konkurrencerådet*, aff. C-633/16.

cible »⁵³, seules des mesures contribuant à la réalisation d'une concentration peuvent constituer des actes potentiellement qualifiables de gun jumping.

En conséquence, quand bien même une mesure (i) ferait l'objet d'un lien conditionnel avec la concentration en question, (ii) serait susceptible d'avoir un caractère accessoire et préparatoire de celle-ci et (iii) produirait des effets sur le marché, elle ne pourrait être considérée comme une mise en œuvre anticipée de la concentration que pour autant qu'elle contribue, « *en tant que telle, au changement de contrôle durable de l'entreprise cible* ». ⁵⁴

240. Ensuite, l'APDC considère que le Projet devrait s'inspirer de l'arrêt *Ernst & Young* également en ce qui concerne l'articulation entre les articles L. 430-8 II et L. 420-1 du code de commerce.

A ce stade, le Projet reste très flou sur cette question en indiquant que « *la mise en œuvre anticipée d'une opération de concentration peut également conduire à la sanction des entreprises en cause au titre de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles* » (point 178).

Dans l'arrêt *Ernst & Young*, la CJUE a au contraire précisé qu'en droit de l'Union, les deux régimes s'excluaient mutuellement⁵⁵ :

- des comportements contribuant à un changement de contrôle – et donc à la réalisation, en tout ou partie, d'une concentration – relèvent du *gun jumping* s'ils sont mis en œuvre avant l'autorisation de ladite concentration ;
- des comportements ne contribuant pas à la réalisation d'une concentration peuvent relever de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles s'ils sont susceptibles d'aboutir à une coordination entre entreprises.

L'APDC considère que l'Autorité pourrait apporter la même précision en droit français.

241. En second lieu, le Projet reste très général sur la question des sanctions et en particulier sur celui des déterminants appliqués par l'Autorité.

Cette approche contraste avec celle retenue concernant la sanction du défaut de notification.

242. A cet égard, le Projet souligne en particulier que « [l]a caractérisation du manquement sanctionné par le I de l'article L. 430-8 ne nécessite donc pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par la concentration non notifiée. L'Autorité n'en tient pas moins compte, dans la détermination du montant de la sanction, des circonstances concrètes du cas d'espèce, qu'elles soient aggravantes ou atténuantes, parmi lesquelles :

⁵³ *Ibid.*, point 59.

⁵⁴ *Ibid.*, point 60.

⁵⁵ *Ibid.*, points 57 et 58.

- le caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité de l'opération ;
- la taille de l'entreprise et les moyens, notamment juridiques, dont elle dispose ;
- le fait que l'entreprise a spontanément porté l'absence de notification à l'attention de l'Autorité ;
- l'éventuelle volonté de ses responsables de contourner l'obligation légale de notification, en particulier lorsque l'opération était susceptible de porter une atteinte substantielle à la concurrence ; ou
- la coopération apportée par l'entreprise au cours de la procédure » (point 171).

243. Selon l'APDC, le Projet devrait *a minima* lister les déterminants de la sanction applicables à un cas de *gun jumping* (selon l'acception de cette notion retenue par le Projet), en s'inspirant de ceux énumérés ci-dessus, tout en les adaptant, par exemple comme suit :

- le caractère plus ou moins évident que la mesure en cause contribue au changement de contrôle de la cible ;
- la durée de l'infraction ;
- son impact sur le marché ;
- le fait que l'opération de concentration concernée pose ou non des problématiques de concurrence ;
- la taille de l'entreprise et les moyens, notamment juridiques, dont elle dispose ;
- l'éventuelle volonté de ses responsables de contourner de manière délibérée l'obligation légale de suspension ;
- la coopération apportée par l'entreprise au cours de la procédure ; ou
- la capacité contributive de la(les) partie(s) notificante(s).

244. Pour finir s'agissant du défaut de notification et du *gun jumping*, l'APDC préconise que l'Autorité indique dans le Projet qu'elle n'entend pas, en application des règles relatives au concours d'infraction, sanctionner la réalisation anticipée d'une concentration avant la notification et persistant après cette notification, en infligeant deux sanctions séparées sur les fondements respectivement des articles L.430-8 I et L.430-8 II du code de commerce.⁵⁶

⁵⁶ Voir en ce sens les Conclusions de l'AG Evgeni Tanchev, 26 septembre 2019, *Marine Harvest c. Commission européenne*, aff. C-18/10 P.

6.3. L'omission ou la déclaration inexacte (III de l'article L. 430-8)

245. Les développements des précédentes lignes directrices concernant l'omission d'informations ou la déclaration inexacte dans les documents fournis à l'occasion d'une notification (III article L. 430-8 du code de commerce) n'ont pas fait l'objet de modifications substantielles dans le Projet.
246. Le Projet reprend également les développements des précédentes lignes directrices concernant les critères permettant à l'Autorité de déterminer le montant de l'amende, à savoir (i) les circonstances ayant abouti à l'omission ou à la déclaration inexacte et (ii) le comportement de la(les) partie(s) notificante(s) à l'opération de concentration.
247. L'APDC considère que le Projet devrait être complété, d'une part, en faisant référence aux décisions récentes de la Commission européenne et, d'autre part, en apportant des précisions sur les critères permettant de déterminer le montant de l'amende.

1) Référence à la pratique récente de la Commission européenne

248. Le Projet ne fait aucunement référence aux deux décisions récentes de la Commission européenne qui ont conduit cette dernière à infliger des sanctions aux entreprises Facebook⁵⁷ et General Electric.⁵⁸
249. Ces deux entreprises ont manqué à leur obligation « *de révéler à la Commission de manière véridique et complète les faits et circonstances qui sont pertinents pour la décision à prendre sur la concentration notifiée* ». ⁵⁹
250. La Commission européenne considère dans la décision à l'encontre de Facebook que, « [e]n ce qui concerne le calcul du niveau approprié des amendes à infliger à Facebook, Inc., l'article 14, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations prévoit que « [p]our fixer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération la nature, la gravité et la durée de l'infraction » (soulignement ajouté).⁶⁰
251. La Commission européenne développe pour chacun de ces critères les éléments pris en compte :

⁵⁷ Commission européenne, décision M.8228 *Facebook / WhatsApp* (dans le cadre de la notification de l'opération Facebook / WhatsApp M.7217).

⁵⁸ Commission européenne, décision M.8436 *General Electric Company / LM Wind Power Holding* (dans le cadre de la notification de l'opération General Electric Company / LM Wind Power Holding M.8283)

⁵⁹ Règlement (CE) no 802/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 133 du 30 avril 2004, p.1).

⁶⁰ Résumé de la décision de la Commission du 18 mai 2017 infligeant des amendes au titre de l'article 14, paragraphe 1, du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil en raison de la fourniture, par une entreprise, de renseignements inexacts ou dénaturés [M.8228 – *Facebook/WhatsApp* (proc. Article 14, paragraphe 1)].

- pour la nature des infractions : « []a fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés dans le formulaire CO ou dans les réponses aux demandes de renseignements est en soi une infraction grave car elle empêche la Commission de disposer des informations nécessaires à l'examen d'une opération qui lui a été notifiée » (soulignement ajouté)⁶¹ ;
- pour la gravité des infractions : « les renseignements inexacts et dénaturés ont été fournis à tout le moins par négligence. La Commission constate également que, malgré leur pertinence, les renseignements inexacts et dénaturés fournis par Facebook n'ont eu aucune incidence sur l'issue finale de la décision d'autorisation de la Commission concernant l'affaire M.7217 » (soulignement ajouté)⁶² ;
- pour la durée des infractions : « la Commission considère que la fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés constitue, par nature, une infraction instantanée qui est commise au moment même où les renseignements inexacts ou dénaturés sont transmis à la Commission » (soulignement ajouté).⁶³

252. Pour l'APDC, les décisions de la Commission européenne devraient en outre être citées dans le Projet en ce qu'elles apportent des développements pertinents sur les critères permettant de déterminer le montant de l'amende.

2) Déterminants de la sanction

253. L'APDC estime que le Projet ne développe pas de façon suffisante les critères permettant de déterminer le montant de l'amende.

254. Le Projet mentionne les critères permettant de déterminer la sanction pour défaut de notification prévue au I de l'article L. 430-8 du code de commerce (voir ci-dessus).

255. Or ces critères ne sont pas directement applicables aux cas d'omission ou de déclaration inexacte, qui interviennent, par nature, à la suite de la notification de la concentration concernée.

256. Par conséquent, l'APDC considère que ces critères doivent être adaptés de façon à prendre en compte les spécificités de cette infraction.

257. L'APDC suggère que soient mis en œuvre les critères suivants afin de déterminer le montant de la sanction :

- la nature des informations concernées : les informations transmises dans le cadre d'une notification ne sont pas d'égale importance – une distinction pourrait être opérée entre les

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

informations transmises à la suite d'une demande précise de l'Autorité et les informations spontanément communiquées ;

- la taille de l'entreprise et les moyens, notamment juridiques, dont elle dispose : ce critère paraît pertinent, la capacité des entreprises à fournir un niveau d'informations précis et une quantité d'informations adéquate dépendant en effet des moyens dont elle dispose ;
- l'impact sur le sens de la décision : une sanction ne saurait être aussi élevée dans l'hypothèse où la connaissance de l'information omise ou inexacte n'aurait pas eu d'effet sérieux sur le sens de la décision adoptée que dans l'hypothèse où cette information aurait eu pour effet de modifier substantiellement la décision finale ;
- le temps imparti pour la délivrance des informations demandées ;
- le fait que l'entreprise a spontanément porté l'inexactitude de la déclaration ou de l'omission à l'attention de l'Autorité : une sanction ne saurait être aussi élevée dans l'hypothèse où l'information omise ou inexacte a été portée à la connaissance de l'Autorité par les parties à l'opération que dans l'hypothèse où cette information aurait été transmise par un tiers ou révélée par l'Autorité elle-même ;
- la durée de l'infraction : il paraît opportun d'adopter la position de la Commission européenne sur la durée de l'infraction ci-avant mentionnée ;
- le caractère volontaire ou non du manquement.

3) Sanction du non-respect des mesures correctives

- 258.** Le Projet contient une nouvelle section relative à l'appréciation des sanctions en cas de non-respect des mesures correctives. L'APDC considère un tel ajout opportun mais estime que le Projet pourrait être complété, en particulier sur les points suivants.
- 259.** Le Projet souligne que « *l'Autorité prend en compte, si elles sont établies, les éventuelles difficultés particulières que les parties allèguent avoir rencontrées pour exécuter leurs obligations* ». Cet élément doit également être pris en compte au moment de l'examen de l'opportunité d'ouvrir une procédure. En effet, la situation objective des parties et les efforts qu'elles ont entrepris pour exécuter leurs engagements, notamment leur absence de mauvaise foi ou de volonté de contourner les engagements, pourraient être pris en compte pour accorder des délais supplémentaires aux parties au lieu d'ouvrir une procédure de sanction.
- 260.** Outre le fait que les injonctions prononcées doivent être proportionnées à la « *gravité des manquements constatés* » et aux « *exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés* », il serait utile de préciser que l'Autorité tient compte des évolutions du marché, que ce soit à court ou moyen terme. En effet, si depuis la décision d'autorisation, un événement extérieur

est venu rétablir l'équilibre concurrentiel, en tout ou en partie, le respect du principe de proportionnalité impose que les parties ne soient sanctionnées ou ne se voient imposer des injonctions qu'à la stricte mesure de ce qui est nécessaire pour rétablir l'équilibre concurrentiel (tant s'agissant d'engagements structurels que comportementaux).

- 261.** Il serait utile de clarifier sur qui pèse la charge de la preuve.⁶⁴
- 262.** S'agissant de la sanction pécuniaire, le Projet souligne uniquement que celle-ci doit être « *proportionnée aux circonstances de l'espèce* » et que « *la nature particulière du manquement* » doit être prise en compte. Il pourrait être utile de préciser les circonstances atténuantes / aggravantes susceptibles de s'appliquer, telles que notamment :
- l'appartenance à un groupe puissant, ou
 - la diligence et la bonne foi dans la mise en œuvre des engagements (en fonction notamment des échanges ou de l'absence d'échanges avec le mandataire et le service des concentrations).

* * *

⁶⁴ En tenant compte des obligations rappelées par le Tribunal de l'Union européenne dans l'arrêt *Deutsche Lufthansa* précité quant à l'obligation pour les autorités de concurrence de réaliser un examen diligent et complet des évolutions de droit et de fait du marché.