

ICC France - Contribution à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence relative au projet de lignes directrices sur le contrôle des concentrations

1. L'Autorité de la concurrence (« **Autorité** ») a publié le 16 septembre 2019 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. Cette procédure s'inscrit dans le cadre de son projet de modernisation et de simplification du contrôle des concentrations, initié à la fin de l'année 2017.
2. L'Autorité a soumis son projet de lignes directrices (le « **Projet** ») à consultation publique.
3. ICC France salue la volonté de l'Autorité de mettre en place de nouvelles lignes directrices modernisées.
4. La présente contribution s'inscrit dans la continuité des éléments de réflexion proposés par ICC France dans sa contribution à la consultation publique du 27 septembre 2018.
5. Il sera donc repris les trois sujets précédemment évoqués au regard du Projet soumis, à savoir (1) l'examen de la complétude du dossier dès la pré-notification, (2) la question de la réalisation anticipée des opérations de concentration (« gun jumping ») ainsi que (3) les exigences relatives à la nomination d'un mandataire indépendant chargé du suivi des engagements. (4) Il sera par ailleurs développé la question de la prise en compte des effets d'une concentration horizontale sur l'innovation.

1. Complétude du dossier

6. Dans sa précédente contribution, ICC France indiquait que la révision des lignes directrices serait l'occasion pour l'Autorité de mieux définir et encadrer la procédure de pré-notification, notamment eu égard à l'examen de la complétude du dossier de concentration dès cette phase, à l'image du contrôle des concentrations par la Commission.
7. En effet, ni l'article R. 430-2 du Code de commerce, ni les lignes directrices n'encadrent l'envoi de l'accusé de réception de complétude du dossier.
8. En pratique, ICC France note que jusqu'à présent, la lettre de complétude est envoyée bien après la fourniture des dernières informations demandées par les rapporteurs et, bien souvent, seulement quelques jours avant la décision d'Autorisation de l'Autorité.
9. Dans le cadre de la phase facultative de pré-notification, le Projet indique que « *la prise de contact en amont de la notification permet aux entreprises d'échanger de manière informelle avec le service des concentrations pour compléter le dossier de notification* ». A ce titre, l'Autorité précise que le dossier est susceptible « *de recevoir l'accusé de réception au jour de son dépôt* »¹.
10. En dehors de ce cadre, il est simplement indiqué que « *le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que le dossier est complet* »².

¹ Projet, §187

² Projet, §201

11. Dans la mesure où le délai de vingt-cinq jours de la phase 1, posé par l'article L. 430-5 du Code de commerce, ne court qu'à compter de la date de réception de la notification complète, ce manque de précision fait peser une insécurité juridique sur les parties à l'opération qui ne peuvent déterminer la date d'expiration de la première phase d'examen de manière précise, ce qui a un impact significatif sur le calendrier plus général de ce type d'opération.
12. Afin de valoriser la procédure de pré-notification, le dossier devrait être présumé complet dès lors qu'une phase de pré-notification a eu lieu. Il conviendrait donc d'amender le point 187 du Projet et d'affirmer que le dossier « *recevra l'accusé de réception au jour de son dépôt* », ou à tout le moins, « *recevra l'accusé de réception dans un délai maximum de 3 jours ouvrés à compter de son dépôt* ».
13. Pour les autres cas, lorsqu'une phase de pré-notification n'a pas été initiée, il conviendrait de préciser un délai maximum pour l'envoi à la partie notifiante de l'accusé de réception mentionné à l'article R. 430-2 du Code de commerce, (ou alternativement d'une lettre d'incomplétude précisant alors les informations manquantes). Cette précision serait source de sécurité juridique pour les parties et permettrait d'éviter une extension discrétionnaire du délai de l'article L. 430-5 du Code de commerce.
14. Il convient de noter que dans la pratique communautaire, la complétude est réputée acquise dès la réception de la notification et n'est remise en question qu'en cas de manque sur un point essentiel du dossier.
15. Il serait donc souhaitable que l'Autorité saisisse l'opportunité de ce projet pour s'aligner sur la pratique de la Commission européenne.
16. **Par souci de prévisibilité, ICC France appelle l'Autorité à préciser que chaque dossier ayant fait l'objet d'une procédure de pré-notification recevra un accusé de réception au jour de son dépôt et qu'en l'absence d'une telle procédure l'Autorité se prononcera sur la complétude dans un délai de 10 jours ouvrés.**

2. Réalisation anticipée des opérations de concentration (*Gun Jumping*)

2.1. La notion de réalisation anticipée

17. L'article L. 430-8 II du Code de commerce se contente d'indiquer que la réalisation d'une opération de concentration avant l'intervention d'une décision d'autorisation est passible d'une sanction pécuniaire de 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France pour les personnes morales. Cependant, le Projet ne comprend pas de développement sur ce qui caractérise cette « réalisation anticipée » à la lumière de la pratique européenne.
18. ICC France suggérait alors dans sa contribution du 27 septembre 2018 de préciser la notion de « réalisation anticipée » d'une concentration.
19. Faisant écho à cette suggestion, le Projet explique simplement que cette notion s'apprécie au regard du comportement de l'acheteur qui l'a conduit « *d'une quelque façon, à exercer une influence déterminante sur la cible de façon anticipée* »³.

³ Projet, §175

20. Compte tenu des évolutions récentes, il serait toutefois opportun d'intégrer les derniers développements européens spécifiques au gun jumping, permettant de mieux appréhender cette notion de « *mise en œuvre anticipée de la concentration* ».
21. A cet égard, l'arrêt Ernst & Young de la CJUE⁴, paru le lendemain de la publication de l'article de Madame la Présidente Isabelle de Silva sur le « *gun jumping* »⁵ apporte de nombreux éclairages dont le Projet devrait utilement tenir compte.
22. Dans un premier temps, cet arrêt confirme la notion de « réalisation anticipée » puisque selon la Cour, « *une concentration n'est réalisée que par une opération qui, en tout ou partie, en fait ou en droit, contribue au changement de contrôle de l'entreprise cible* »⁶.
23. Or, à propos de la dénonciation d'un accord de coopération, la Cour de Justice a estimé que quand bien même « *cette fait dénonciation fait l'objet d'un lien conditionnel avec la concentration en question et est susceptible d'avoir un caractère accessoire et préparatoire de celle-ci [...], elle ne contribue pas, en tant que telle, au changement de contrôle durable de l'entreprise* »⁷.
24. Ainsi, aux termes de cet arrêt, quand bien même un acte (1) ferait l'objet d'un lien conditionnel avec la concentration, (2) serait susceptible d'avoir un caractère accessoire et préparatoire de celle-ci et (3) produirait des effets sur le marché, on ne devrait pouvoir considérer que l'acte n'est constitutif de gun jumping que s'il contribue en tant que tel au changement de contrôle durable de l'entreprise cible.
25. **Par conséquent, ICC France suggère à l'Autorité de tenir compte de la position de la Cour de justice en précisant que seuls les comportements, contribuant en tant que tels au changement de contrôle durable de l'entreprise, caractérisent une réalisation anticipée de l'opération de concentration. Par ailleurs, afin d'apporter une plus grande sécurité juridique aux entreprises souhaitant anticiper leur rapprochement, il serait particulièrement utile que le Projet explicite différentes mesures préparatoires à une concentration ne constituant pas une réalisation anticipée de celle-ci.**

2.2. Les échanges d'informations

26. En premier lieu, s'agissant plus spécifiquement des échanges d'informations, le Projet semble vouloir sanctionner au titre de l'article L. 430-8 II du Code de commerce des comportements qui relèvent en réalité uniquement des pratiques anticoncurrentielles de l'article L. 420-1 du Code de commerce.
27. En effet, dans le cadre de l'appréciation de comportements relevant du Gun Jumping, le Projet indique que l'Autorité « *prend notamment en compte le comportement concret des parties à l'opération, afin d'apprécier dans quelle mesure elles ont continué à se comporter comme des concurrentes qui défendent leurs intérêts respectifs ou, au contraire, comme une entité unique partageant d'ores et déjà un objectif unique* »⁸.

⁴ Cour de justice de l'Union européenne, 31 mai 2018, Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet, C-633/16

⁵ Article de Mme la Présidente Isabelle de Silva : « *Gun-jumping : Quelles sont les pratiques à éviter ?* », septembre 2018, Revue Concurrences N° 3-2018, Art. N° 87364, §85 et suivants.

⁶ Cour de Justice de l'Union européenne, 31 mai 2018, Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet, C-633/16, §62

⁷ Cour de Justice de l'Union européenne, 31 mai 2018, Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet, C-633/16, §60

⁸ Projet, §175

28. Le Projet précise que « *les informations échangées avant l'opération entre l'acquéreur et la cible nécessitent également une vigilance particulière quant à la nature des données échangées, aux personnes à qui elles sont communiquées et aux modalités pratiques desdits échanges* »⁹.
29. Pour illustrer ces éléments, le Projet reprend la décision n°16-D-24 de l'Autorité afin de mettre en avant l'existence d'échanges d'informations stratégiques comme éléments permettant de conclure à une réalisation anticipée de la concentration (affaire Altice).
30. Cependant, cette décision semble avoir développé une conception particulièrement extensive du « *gun jumping* », ne reposant pas à proprement parler sur la notion de prise de contrôle, notamment compte tenu de la jurisprudence européenne récente
31. Par conséquent, au regard de ce qui précède, il conviendrait que les Lignes Directrices clarifient que les échanges d'informations entre des entreprises indépendantes ne peuvent conduire qu'à des sanctions au titre de la prohibition des ententes anticoncurrentielles et uniquement sur ce fondement, quand bien même ces échanges interviendraient dans le cadre d'une mise en œuvre anticipée d'une opération de concentration la concentration.
32. En effet, de tels échanges d'informations ne contribuent pas en tant que tels au changement de contrôle durable de l'entreprise cible.
33. En deuxième lieu, suite à la décision Altice n°16-D-24, il serait utile, afin de fournir un degré significatif de sécurité juridique en ligne avec la vie des affaires, que le Projet confirme la validité certaines pratiques relatives aux « clean teams », destinées à permettre aux entreprises et à leurs conseils d'avoir accès à des informations tout en empêchant la transmission d'éléments sensibles.
34. En effet, une interdiction absolue des échanges d'informations stratégiques n'est pas conciliable avec le souci légitime d'évaluation des activités d'une société-cible, ce qui n'est pas incompatible avec certains garde-fous permettant de limiter aux informations strictement nécessaires à la réalisation de l'opération. A cet égard, les Lignes Directrices pourraient utilement s'inspirer de la pratique communautaire, de plus en plus d'opérations d'acquisitions impliquant plusieurs juridictions.
35. Ainsi, le Projet devrait déterminer précisément les personnes pouvant avoir accès à ces informations et encadrer strictement leur utilisation dans le cadre de la due diligence.
36. A cet égard, la Commission européenne a évoqué dans sa décision Altice du 24 avril 2018¹⁰ qu'il était possible d'inclure des salariés de l'acquéreur dans un clean team lorsque ceux-ci n'étaient pas engagés dans la conduite quotidienne des affaires de l'entreprise.
37. Madame la Présidente Isabelle de Silva a d'ailleurs évoqué dans son article cette possibilité à propos des juristes d'entreprises¹¹.
38. **ICC France recommande par conséquent à l'Autorité d'abandonner la référence directe à la décision n°16-D-24, n'ayant pas vocation à fixer un cadre d'appréciation général, notamment au regard de l'arrêt Ernst & Young rendu par la Cour de Justice, et de préciser les conditions d'accès des juristes d'entreprise aux informations sensibles.**

⁹ Projet, §176

¹⁰ Décision Comm. UE, n° COMP/M.7993, 24 avril 2018, Altice/PT Portugal, n° C 315/08

¹¹ Article d'Isabelle de Silva : « *Gun-jumping : Quelles sont les pratiques à éviter ?* », septembre 2018, Revue Concurrences N° 3-2018, Art. N° 87364, §85 et suivants.

2.3. L'articulation des sanctions

39. ICC France s'inquiète de la rédaction du point 178 qui est source d'une ambiguïté préjudiciable à l'efficacité même de la règle et à la sécurité juridique des entreprises. En effet, ce point semble envisager une potentielle application cumulative des sanctions prévues à l'article L. 430-8 II et à l'article L. 420-1 du Code de commerce dans le cadre de la mise en œuvre anticipée d'une opération de concentration¹².
40. A cet égard, le Projet indique 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 »*¹³.
41. Or, dans son arrêt du 31 mai 2018, la Cour de justice a précisé que le règlement n°139/2004 est seul applicable aux comportements pour lesquelles le règlement n°1/2003 ne trouve pas, en principe à s'appliquer. En revanche, le règlement n°1/2003 *« demeure applicable aux comportements des entreprises qui, sans constituer une opération de concentration sont néanmoins susceptibles d'aboutir à une coordination entre elles, contraire à l'article 101 TFUE et qui, pour ce motif, sont soumis au contrôle de la Commission ou des autorités de concurrence nationales »*.
42. La Cour de justice distingue donc bien clairement les comportements relevant du droit des concentrations de ceux constituant une coordination contraire à l'article 101 TFUE.
43. Ainsi, les actes ne contribuant pas à un changement de contrôle durable de l'entreprise cible ne devraient pas pouvoir être appréhendés au titre de l'article L. 430-8 II du Code de commerce. En revanche, s'ils sont susceptibles de constituer une coordination anticoncurrentielle, il conviendra s'appliquer l'article L. 420-1 du Code de commerce.
44. **ICC France recommande par conséquent que le point 178 soit modifié et indique précisément que seuls les comportements contribuant à un changement de contrôle durable pourront être sanctionnés sur le fondement de l'article L. 430-8 II du Code de commerce.**

2.4. Le calcul de la sanction

45. ICC France note que le Projet est toujours silencieux concernant les déterminants de la sanction du Gun Jumping. Il serait pourtant opportun, à l'instar de ce qui est précisé pour la sanction du défaut de notification de l'article L. 430-8 I, d'indiquer les éléments pris en compte pour le calcul de l'amende.

3. Nomination d'un mandataire indépendant

46. Dans sa précédente contribution, ICC France considérait que le recours systématique à la nomination d'un mandataire indépendant chargé du suivi des engagements n'était pas toujours justifié en pratique et invitait alors les l'Autorité à profiter de la révision des lignes directrices pour revoir sa position sur ce point et prévoir des cas dans lesquels la nomination d'un mandataire ne sera pas exigée des entreprises.

¹² Cour de Justice de l'Union européenne, 31 mai 2018, Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet, C-633/16, §58

¹³ Projet, §178

47. En effet, l'actuelle version des lignes directrices indique 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. Son rôle, les dispositions de nature à garantir son indépendance vis-à-vis des parties et les modalités selon lesquelles il rend compte de sa mission à l'Autorité sont spécifiés dans les engagements souscrits* »¹⁴.
48. ICC France accueille très favorablement l'assouplissement initié à propos des cas de recours aux mandataires puisque le Projet prévoit désormais que « *Il est généralement demandé aux parties de prévoir le recours à un mandataire chargé de surveiller la bonne exécution des mesures correctives, structurelles ou comportementales, et d'en rendre compte à l'Autorité* »¹⁵.
49. Toutefois, la formulation « généralement » ne permet pas de savoir dans quels cas l'Autorité estime qu'il est nécessaire de recourir à un mandataire.
50. **Dans la mesure où il appartient aux entreprises de rémunérer les mandataires et d'entreprendre certaines démarches, ICC France recommande à l'Autorité de préciser les cas dans lesquels elle estime qu'une telle nomination n'est pas nécessaire.**

4. L'appréciation des effets d'une concentration horizontale sur l'innovation

51. ICC France partage la position du Projet selon laquelle « *l'appréciation des effets d'une concentration horizontale ne se limite pas au risque d'augmentation de prix. Elle prend également en compte les effets hors prix susceptibles de se matérialiser à l'issue de l'opération* »¹⁶.
52. Si le Projet prend le soin de présenter plusieurs exemples d'effets horizontaux néfastes, il n'est toutefois pas explicité dans quelles conditions une concentration peut devenir un frein à l'innovation.
53. La Communication de la Commission considère de manière générale qu'une concentration impliquant deux entreprises innovantes est susceptible d'entraver significativement la concurrence, en particulier lorsque les entreprises concernées ont des produits concurrents en cours de développement¹⁷.
54. Dans des affaires récentes, la Commission a mis en exergue l'importance de la préservation de l'innovation. La décision Dow/Dupont¹⁸ indique que l'opération aurait dissuadé la nouvelle entité de poursuivre les efforts d'innovation menés en parallèle par Dow et Dupont, notamment parce qu'un nombre très restreint d'entreprise était actif sur le processus R&D en question. L'opération a ainsi été autorisée que sous réserve d'engagements de cession portant sur l'activité pesticide de Dupont et sur la structure R&D relative à cette activité.
55. L'acquisition d'Actelion par Johnson & Johnson par Bayer a également mis en exergue un risque de frein à l'innovation compte tenu du fait que les deux seuls traitements contre l'insomnie en cours de développement étaient mis en œuvre d'une part, par Actelion, et d'autre part, par Johnson & Johnson. La Commission a alors autorisé l'opération sous réserve d'engagements visant à maintenir le développement parallèle des deux traitements médicaux innovants.

¹⁴ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentration, §577

¹⁵ Projet, §408

¹⁶ Point 594.

¹⁷ Comm. UE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales du 5 février 2004, §38

¹⁸ Décision Comm. UE, n° COMP/M.7938, 27 mars 2017, Dow/Dupont, n° C 356.

56. Cependant, la prise en compte de l'innovation dans le cadre de l'analyse concurrentielle et d'éventuelles mesures correctrices doivent rester limitées aux cas précis où les effets négatifs sur l'innovation d'une opération sont concrets.
57. En effet, le seul fait d'acquérir une entreprise active en R&D ou active sur un marché soumis à des évolutions technologiques rapides ne saurait faire présumer l'existence d'un frein à l'innovation puisqu'il faut encore (1) que l'innovation en question joue un rôle majeur sur le marché pertinent, (2) que les entreprises soient en situation de concurrence directe sur ce marché innovant et (3) que le marché ne comporte qu'un très faible nombre d'autres opérateurs eux-mêmes innovants.
58. **Dans la mesure où une opération de concentration constituerait un frein concret à l'innovation sur un marché où les capacités de R&D sont concentrées, ICC France invite l'Autorité à prendre en compte cet aspect dans le Projet, en s'inspirant de la pratique de la Commission européenne et en fixant des critères permettant de conclure à l'existence d'un frein à l'innovation lié à une opération de concentration.**