



mwe.com

**Réponse à la consultation publique lancée le 16 septembre 2019 sur la révision des lignes directrices sur les concentrations**

**15 novembre 2019**

## **Introduction**

L'Autorité de la concurrence (l'« **Autorité** ») a lancé une consultation publique le 16 septembre 2019 sur son projet de refonte de ses Lignes Directrices sur les concentrations (le « **Projet** »), qui s'inscrit dans le cadre de sa volonté et de son travail de modernisation et de simplification du contrôle des concentrations. Le cabinet d'avocats McDermott Will & Emery (le « **Cabinet** ») partage cette volonté dans la mesure où une telle modernisation et simplification apparaissent opportunes, voire nécessaires, et salue l'initiative de l'Autorité de consulter, en amont, les différents acteurs concernés.

Nous voyons dans cette consultation publique une excellente opportunité de discuter plus en avant des possibles améliorations qui pourraient encore être apportées au contrôle des concentrations afin de répondre aux difficultés qui peuvent parfois être rencontrées dans sa mise en œuvre. Le Cabinet avait déjà formulé quelques observations à l'Autorité lorsque celle-ci avait lancé des consultations publiques relatives au contrôle des concentrations en 2017<sup>1</sup> et 2013<sup>2</sup>.

A titre préliminaire, nous souhaitons saluer le Projet dans la mesure où il clarifie non seulement les lignes directrices, y intégrant les avancées récentes de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence notamment en matière de contrôle des engagements pris par les entreprises, mais fait également évoluer le contrôle des concentrations de manière positive, en élargissant, par exemple, le bénéfice de la procédure simplifiée à un plus grand nombre d'opérations.

Nous exposons ci-dessous des suggestions et observations concernant le Projet, avec l'espoir que tout ou partie d'entre elles pourront être prises en compte dans la version finale révisée des Lignes Directrices sur les concentrations.

Nous concentrerons nos observations et suggestions sur trois points :

- l'encadrement de la phase de pré-notification (**I**), que nous souhaiterions voir davantage encadrée en termes de délais afin d'augmenter la prévisibilité du contrôle des concentrations par l'Autorité ;
- le dépôt du dossier de notification (**II**), principalement en ce qui concerne un encadrement écrit des délais dans lesquels l'accusé de complétude doit être envoyé par l'Autorité ; et
- la procédure simplifiée (**III**), dont le Cabinet salue l'évolution positive et sur laquelle il souhaite apporter quelques éléments de réflexion concernant son champ d'application, les délais qui l'encadrent, et la nouvelle procédure dématérialisée.

### **I. L'encadrement de la phase de pré-notification**

Comme nous l'avons déjà proposé dans notre réponse à la consultation de 2017, il nous semblerait nécessaire d'encadrer davantage la phase de pré-notification. En effet, celle-ci a prouvé à maintes reprises toute son utilité, voire son caractère souvent indispensable, et il faut se féliciter de la réduction

---

<sup>1</sup> Cf. [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/mcdermott\\_ld\\_concen\\_2017.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/mcdermott_ld_concen_2017.pdf).

<sup>2</sup> Cf. [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/mcdermott\\_obs\\_ld\\_concentrations\\_2013.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/mcdermott_obs_ld_concentrations_2013.pdf).

du nombre d'opérations passant en Phase II permis par la phase de pré-notification. Il nous semblerait, néanmoins, que le souci de réduire le nombre de Phases II ne doit pas être privilégié au point d'entraîner parfois une pré-notification durant plusieurs mois alors même que celle-ci n'est encadrée dans aucun délai précis. Ce point rend, en effet, très difficile pour les entreprises la prévision du calendrier de leurs opérations de fusions-acquisitions et peut, parfois, leur donner le sentiment d'avancer sans la certitude et visibilité suffisantes quant au calendrier du contrôle des concentrations.

Concernant les délais, nous comprenons que la souplesse que le caractère informel de la phase de pré-notification offre aujourd'hui doit perdurer, mais souhaiterions que l'Autorité puisse au moins fournir dans ses Lignes Directrices des indications de la durée potentielle de cette phase, en distinguant les opérations ne soulevant manifestement pas de problèmes de concurrence (dans le cadre desquelles les demandes d'informations formulées dans le cadre de la pré-notification pourraient être limitées) des autres opérations.

## **II. Le dépôt du dossier de notification**

Le Projet ne modifie pas les Lignes Directrices en ce qui concerne l'accusé de complétude du dossier de notification. Le point 203 énonce en effet : « *Lorsque le dossier de notification est considéré comme complet, un accusé de réception, mentionnant le cas échéant la date du jour de réception des derniers éléments complétant le dossier, est adressé aux parties en vertu du III de l'article R. 430-2 [du Code de commerce]* », lequel prévoit que « *la notification complète fait l'objet d'un accusé de réception* ».

Aucun délai fixe ou maximum pour la délivrance de cet accusé de complétude n'est donc prévu, tout au plus le point 201 précise-t-il que « *le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que le dossier est complet* ».

Nous saluons l'amélioration de la pratique de l'Autorité qui tend à communiquer cet accusé de complétude (plus) rapidement ces dernières années, souvent entre 8 et 10 jours après le dépôt du dossier. Néanmoins, selon nous, il serait donc souhaitable que l'envoi de l'accusé de complétude soit encadré dans un temps plus précis dans le Projet. Par exemple, un délai maximum de 10 jours semblerait adéquat et correspondrait au délai dans lequel l'Autorité décide qu'une opération entre dans le cadre d'une procédure simplifiée. La prévisibilité du contrôle des concentrations et, donc, la sécurité juridique, s'en trouveraient ainsi renforcées.

En effet, et particulièrement dans le cas où la partie notifiante n'a pas pu être en mesure d'effectuer une pré-notification, contrainte notamment par les courts délais imposés par le(s) vendeur(s) pour réaliser l'opération, il peut être assez inconfortable pour les entreprises concernées désireuses de planifier la réalisation de la concentration projetée de ne pas savoir, jusqu'à, parfois quelques jours avant l'expiration du délai de 25 jours ouvrés de la Phase I si le dossier de notification déposé est bien complet, avec le risque de décalage de calendrier pouvant en résulter pour elles.

En ce qui concerne la version électronique du dossier de notification, le point 198 du Projet précise que « *l'article 27 du règlement intérieur de l'Autorité précise qu'un exemplaire doit être également fourni en version numérique au format PDF. Cet exemplaire peut être joint à l'exemplaire en version*

*papier, sur un support matériel, ou adressé directement et concomitamment au dépôt du dossier papier à l'adresse [controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr](mailto:controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr) en mentionnant, le cas échéant, la référence du dossier sous laquelle la prénotification a été enregistrée. »*

Il serait souhaitable que les Lignes Directrices précisent également que la réception des emails est, en pratique, limitée à 10 Mo afin que la version électronique soit bien reçue par l'Autorité concomitamment avec la version papier du dossier (hors cas de notification dématérialisée bien sûr).

### **III. La procédure simplifiée**

Le Cabinet salue la nouvelle rédaction du Projet élargissant le champ d'application de la procédure simplifiée. Le Projet énonce fort opportunément un certain nombre d'opérations dont il est supposé *a priori* qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, et pour lesquelles le contenu du dossier de notification sera ainsi allégé.

En particulier, nous nous félicitons de ce que le Projet ait ouvert le bénéfice de la procédure simplifiée aux opérations entraînant le passage, pour l'acquéreur, d'un contrôle conjoint à une prise de contrôle exclusif, ce que nous avons notamment proposé lors de notre réponse à la consultation de 2013. Nous nous félicitons également de ce que le Projet ait, pour le bénéfice de la procédure simplifiée, aligné les seuils français avec les seuils européens verticaux (moins de 30 % de parts de marché cumulées des entreprises concernées) et horizontaux (moins de 25 % de parts de marché cumulées des entreprises concernées).

En ce qui concerne les délais encadrant la procédure simplifiée, le point 232 du Projet énonce que « *le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que l'opération remplit les conditions exposées précédemment et est éligible à la procédure simplifiée. Dans l'affirmative, la partie notifiante en sera informée dans un délai de 10 jours ouvrés à compter de l'envoi de la notification.* »

Nous saluons l'initiative de l'Autorité d'encadrer dans un délai précis son analyse par laquelle elle estime qu'une opération peut ou non bénéficier de la procédure simplifiée. Nous comprenons néanmoins que le délai de 25 jours ouvrés pour que l'Autorité se prononce sur l'autorisation de l'opération reste applicable. A notre sens, ce délai pourrait aisément être raccourci dans le cadre de la procédure simplifiée dans la mesure où l'opération n'est *a priori* pas susceptible de porter atteinte à la concurrence, et, par conséquent, son examen par l'Autorité est relativement rapide. L'Autorité indique à ce sujet sur son site internet que potentiellement 70 % des dossiers font l'objet d'une procédure simplifiée « *qui dure environ 3 semaines* ». Il serait donc souhaitable d'inscrire dans le texte un délai fixe et inférieur à 25 jours ouvrés, dans lequel l'Autorité doit rendre une décision pour les dossiers simplifiés.

Nous saluons également la mise en place très positive d'une procédure totalement dématérialisée applicable à certaines opérations, notamment pour celles impliquant des fonds d'investissement et n'entraînant aucun chevauchement d'activités entre les parties, qu'il soit de nature horizontale, verticale ou conglomérale.

Nous voudrions néanmoins attirer l'attention de l'Autorité sur le fait qu'aujourd'hui certaines opérations impliquant des fonds d'investissement entraînent parfois des chevauchements d'activités ou des liens verticaux entre les entreprises concernées qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, dans la mesure où ces chevauchements d'activités ou liens verticaux sont très souvent marginaux. Il serait donc souhaitable que le bénéfice de la procédure dématérialisée soit également accordé à des opérations débouchant sur des liens horizontaux, verticaux (ou congloméraux), mais où les parts de marché cumulées des parties concernées demeurent très faibles, par exemple inférieures à 5%.

L'ouverture supplémentaire que nous proposons pourrait être mise en place dans un second temps, après que l'Autorité a eu le temps d'apprécier le bon fonctionnement de la procédure dématérialisée.

\*\*\*\*\*