

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Autorité
de la concurrence



Lignes directrices de
l’Autorité de la concurrence
relatives au contrôle des concentrations

I. L’objectif du contrôle des concentrations	6
II. Les sources	7
III. Le champ d’application du contrôle des concentrations	8
A. La notion de concentration	9
1. Les notions d’entreprise et de personne	10
2. La notion de fusion	11
3. La notion de contrôle	12
4. Critères d’appréciation d’une influence déterminante	15
5. Le cas particulier des entreprises communes	19
6. les opérations interdépendantes	21
7. Les opérations transitoires	22
B. Seuils de contrôle	24
1. Les seuils applicables au contrôle national des concentrations	24
2. Modalités de calcul du chiffre d’affaires	28
IV. La procédure.....	36
A. L’obligation de notification	36
B. L’effet suspensif de la procédure et les dérogations	39
1. Dérogation à l’effet suspensif du contrôle prévue à l’article L. 430-4	40
2. Dérogation à l’effet suspensif de la procédure pour les opérations sur marché (article R. 430-5)	41
3. La sanction de l’article L. 430-8-II	42
C. Les différentes phases de la procédure	42
D. La phase de pré-notification	43
E. Les renvois et l’application des législations nationales relatives aux intérêts légitimes	45
1. Renvois aux autorités nationales	45
2. Renvois vers la Commission	48
3. La protection des intérêts légitimes nationaux dans le cadre des concentrations communautaires	49
F. Les échanges d’informations relatifs aux notifications multiples entre les autorités en charge du contrôle des concentrations dans les différents États membres de l’Union européenne	50
G. La phase 1	51
1. Le dépôt du dossier de notification	51
2. Le contenu du dossier de notification	52
3. Omission ou déclaration inexacte dans la notification et sanction	57
4. La publication d’un communiqué relatif au dépôt d’une notification	58

5. Les délais d'examen	58
6. La conduite de l'examen de phase 1.....	60
7. Les engagements en phase 1.....	64
8. La décision de l'Autorité en phase 1	65
9. La publication des décisions	66
H. La phase 2 ou examen approfondi.....	68
1. Déclenchement de la phase 2	68
2. Les délais en phase 2 et le mécanisme d'arrêt des pendules.....	69
3. La conduite de l'examen en phase 2.....	70
4. Décision de l'Autorité en phase 2	73
5. Le pouvoir d'évocation du ministre chargé de l'économie	74
6. Les retraits de notification.....	75
I. Les recours	76
1. Les délais de recours.....	76
2. Le recours en annulation.....	77
3. Les référés	78
4. Conséquence en cas d'annulation d'une décision par le Conseil d'État.....	79
J. La mise en œuvre des mesures correctives.....	80
1. Le suivi de la mise en œuvre des mesures correctives.....	80
2. La procédure de sanction du non respect des engagements ou injonctions (article L. 430-8-IV du code de commerce)	81
3. Le réexamen des mesures correctives	83
K. La mise en œuvre de l'article L. 430-9.....	85
V. L'examen d'une opération sur le fond	85
A. Principales notions	85
B. La délimitation des marchés pertinents	89
1. L'objectif.....	89
2. Les critères utilisés.....	92
3. La prise en compte d'indices qualitatifs et quantitatifs.....	93
4. Les méthodes quantitatives.....	100
C. L'appréciation du degré de concentration du marché	102
1. L'objectif.....	102
2. Les critères utilisés.....	103
D. Les effets non coordonnés des concentrations horizontales ou effets unilatéraux	104
1. La nature de ces effets	105
2. Les éléments d'analyse.....	106

E.	Les effets non coordonnés dans les concentrations verticales.....	119
	1. <i>La nature de ces effets</i>	119
	2. <i>Les critères d'analyse</i>	120
F.	Effets non coordonnés dans les concentrations conglomerales.....	128
	1. <i>La nature de ces effets</i>	128
	2. <i>Les critères utilisés</i>	129
G.	Autre cas d'effets non coordonnés : la disparition d'un concurrent potentiel.....	131
H.	Autre cas d'effets non coordonnés : la création ou le renforcement d'une puissance d'achat.....	133
I.	Les effets coordonnés.....	135
	1. <i>La nature de ces effets</i>	135
	2. <i>Les critères utilisés</i>	135
	3. <i>L'analyse des effets coordonnés spécifiques aux concentrations verticales et conglomerales</i>	143
J.	Risques de coordination des sociétés-mères.....	143
	1. <i>La nature des effets</i>	143
	2. <i>Les critères utilisés</i>	145
K.	Les restrictions accessoires.....	147
L.	Les contributions au progrès économique.....	149
	1. <i>L'objectif</i>	149
	2. <i>Les critères utilisés</i>	150
	3. <i>Exemples de contributions au progrès économique</i>	151
M.	L'argument de l'entreprise défaillante.....	156
N.	Les mesures correctives.....	158
	1. <i>La cession d'activités</i>	160
	2. <i>La suppression de liens structurels entre des concurrents</i>	165
	3. <i>La création de nouvelles capacités</i>	166
	4. <i>Les mesures correctives comportementales</i>	166
VI.	Annexes	170
A.	Vue d'ensemble de la procédure de contrôle des concentrations.....	170
B.	Questions relatives aux réseaux de distribution.....	171
	1. <i>Réseaux de distribution et influence déterminante</i>	171
	2. <i>Le calcul du chiffre d'affaires</i>	174
	3. <i>L'appréciation du pouvoir de marché</i>	175
	4. <i>Le contenu du dossier de notification et la procédure simplifiée</i>	175

C.	Questions spécifiques aux fonds communs de placement.....	178
	1. <i>Qualification du contrôle</i>	178
	2. <i>Le calcul du chiffre d'affaires</i>	178
	3. <i>Le contenu du dossier de notification</i>	178
	4. <i>Délai d'instruction du dossier</i>	180
	5. <i>Revois a la commission</i>	180
	6. <i>Analyse concurrentielle</i>	180
D.	Questions relatives aux coopératives agricoles	182
	1. <i>Les coopératives et leurs adhérents entretiennent avec leurs adhérents des relations spécifiques dont il est tenu compte dans le cadre du contrôle des concentrations ...</i>	183
	2. <i>Les diverses formes de regroupements des coopératives</i>	185
E.	Questions relatives à la reprise d'entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives	188
F.	Modèle d'engagements de cession devant l'Autorité de la concurrence.....	190
	1. <i>Définitions</i>	190
	2. <i>L'Activité cédée</i>	191
	3. <i>Engagements liés</i>	192
	4. <i>L'acquéreur</i>	195
	5. <i>Mandataire</i>	195
	6. <i>Remplacement, décharge et renouvellement de la nomination du mandataire</i>	201
	7. <i>Clause de réexamen</i>	201
G.	Modèle de Contrat Type de Mandat.....	205
	1. <i>Définitions</i>	206
	2. <i>Désignation du mandataire</i>	207
	3. <i>Devoirs et obligations du mandataire</i>	207
	4. <i>Devoirs et obligations de l'entreprise mandante</i>	211
	5. <i>Stipulations relatives au mandataire</i>	212
	6. <i>Cessation du mandat</i>	214
	7. <i>Autres dispositions</i>	215

I. L'objectif du contrôle des concentrations

1. Les concentrations, qu'il s'agisse de fusions, acquisitions ou de création d'entreprises communes, permettent aux entreprises d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économique, qui peuvent se répercuter positivement sur la compétitivité globale de l'économie, sur la capacité d'innovation ainsi que sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs. Ceux-ci peuvent alors bénéficier de prix plus bas, d'une amélioration de la qualité des produits, ou d'un élargissement du choix qui leur est offert. De ce fait, et comme le rappelle le quatrième considérant du règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, les concentrations *« doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté »*.
2. Cependant, ce bénéfice n'est pas assuré lorsqu'une opération de concentration entrave de manière significative le libre jeu de la concurrence. C'est pourquoi, en France comme dans la grande majorité des pays développés, le législateur a mis en place un dispositif de prévention des atteintes à la concurrence résultant des concentrations. Ce contrôle n'a pas vocation à protéger les intérêts particuliers de concurrents mais de veiller à ce que la concurrence reste suffisante pour que le bien-être des consommateurs ne soit pas atteint.
3. Le contrôle des concentrations s'inscrit dans le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie : les restrictions qu'il impose à cette liberté doivent rester limitées et proportionnées. De 2009 à 2012, environ 96 % des concentrations contrôlées par l'Autorité ont été autorisées sans conditions. Cependant, dans les cas qui le nécessitent, les autorités de concurrence recherchent des mesures correctives aux atteintes à la concurrence, sous forme d'engagements proposés par les entreprises ou d'injonctions et prescriptions lorsqu'elles disposent de ce pouvoir, comme l'Autorité. Elles peuvent aussi, lorsqu'aucun remède satisfaisant ne peut être trouvé, interdire une opération.
4. Le contrôle des concentrations a été créé en France par la loi du 19 juillet 1977. Son fonctionnement a été amélioré, successivement, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, et par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
5. Depuis le 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence met en œuvre le contrôle des concentrations défini par le législateur national.

II. Les sources

6. L'organisation de l'Autorité de la concurrence, ses attributions, les règles générales de procédure, de décision et de recours sont définies par le Titre VI du Livre IV relatif à la liberté des prix et à la concurrence, du code de commerce. Le règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence précise quelques modalités pratiques sur la procédure.
7. Plus spécifiquement, le contrôle des concentrations s'inscrit dans le cadre légal défini par les articles L. 430-1 à L. 430-10 du code de commerce. Sa mise en œuvre est précisée par les articles R. 430-1 à R. 430-10 de la partie réglementaire du code de commerce.
8. Sont également directement applicables certaines dispositions du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, notamment l'article premier qui fixe la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence nationales en fonction des chiffres d'affaires des entreprises concernées par la concentration. De même, l'article L. 430-2 du code de commerce renvoie pour le mode de calcul des chiffres d'affaires à l'article 5 du règlement, précisé par la communication consolidée sur la compétence de la Commission du 21 février 2009.
9. Le règlement (CE) n° 139/2004 prévoit aussi des mécanismes de renvoi, à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22, entre la Commission européenne et les autorités de concurrence des États membres, dont les modalités d'application sont précisées par la communication de la Commission du 5 mars 2005.
10. Les autres dispositions du règlement (CE) n° 139/2004 ne sont pas directement applicables au contrôle national des concentrations. Mais dans la pratique décisionnelle, dans un souci de cohérence et d'harmonisation avec la pratique communautaire, les différentes notions relatives au contrôle des concentrations utilisées dans le code de commerce sont alignées sur celles utilisées dans le règlement (CE) n° 139/2004. Les différentes communications publiées par la Commission sur ces sujets constituent pour l'Autorité des guides d'analyse utiles.
11. L'application de ces textes a été éclairée par la jurisprudence développée en la matière par le Conseil d'État. L'Autorité se réfère également à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, et à la jurisprudence du Tribunal de première instance et de la Cour de Justice des Communautés Européennes.
12. En ce qui concerne la procédure suivie devant l'Autorité dans le cadre du contrôle des concentrations, le Conseil d'État a ainsi précisé que les décisions de l'Autorité de la concurrence relatives aux opérations de concentrations, lesquelles ne sont pas des sanctions, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la convention européenne des

droits de l'homme¹.

13. Le présent guide, dépourvu en lui-même de toute portée normative, complète ce corpus. Il a pour objectif de fournir aux entreprises une présentation pédagogique sur son champ d'application, sur le déroulement de la procédure devant l'Autorité et sur les objectifs, critères et méthodes employés pour les analyses au fond. Il complète et enrichit les lignes directrices publiées en décembre 2009, en s'appuyant notamment sur trois ans de pratique du contrôle des concentrations par l'Autorité.
14. Ce guide, à vocation pédagogique, ne saurait exposer en détail toutes les applications possibles de la méthode d'analyse de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations. Il constitue, pour l'Autorité, une directive² opposable aux entreprises et invocable par elles. Afin de leur garantir le maximum de sécurité juridique, l'Autorité s'engage à appliquer les lignes directrices chaque fois qu'elle examinera une opération, sous réserve qu'aucune circonstance particulière à cette opération ou aucune considération d'intérêt général ne justifient qu'il y soit dérogé. Ce guide demeure susceptible d'être mis à jour, au fur et à mesure de la pratique décisionnelle de l'Autorité.

III. Le champ d'application du contrôle des concentrations

15. Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du code de commerce. L'article L. 430-1 définit ce qu'est une concentration. L'article L. 430-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle national des concentrations est applicable.
16. Par exception, il est à noter que ces dispositions, ainsi que l'ensemble du Livre IV du code de commerce, ne s'appliquent pas à la Nouvelle Calédonie et à la Polynésie française, comme le précisent les articles L. 930-1 et L. 940-1 du code de commerce.
17. Seul l'article L.430-2 renvoie explicitement au règlement communautaire n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations, d'une part, avec l'application du principe de subsidiarité (les opérations relèvent du contrôle national des concentrations si les seuils communautaires ne sont pas franchis) et d'autre part, pour les modalités de calcul de ces seuils en chiffres d'affaires. Cependant, la définition d'une opération de concentration donnée par l'article L. 430-1 ne diffère pas de celle qui prévaut en droit communautaire et les précisions apportées

¹ Décision n°362347, 363542 et 363703 du Conseil d'État du 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres.

² Voir la jurisprudence issue de la décision du Crédit Foncier du Conseil d'État du 11 décembre 1970.

par la communication consolidée publiée par la Commission européenne le 16 avril 2008³ constituent un guide d'analyse utile pour l'Autorité tant pour la notion d'opération de concentration que pour la détermination des entreprises concernées et les modalités de calcul des chiffres d'affaires. Il y est fait largement référence dans les développements ci-dessous mais les entreprises sont également invitées à s'y référer concernant les points non directement mentionnés dans ce document.

A. LA NOTION DE CONCENTRATION

18. L'article L. 430-1 du code de commerce dispose que

« I. Une opération de concentration est réalisée :

1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

II. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

III. Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;

- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise. »

19. L'article L. 430-1-III précise que l'Autorité, pour déterminer si une opération est une concentration, considère aussi bien les circonstances de droit que de fait. En effet, le contrôle des concentrations ne pourrait être efficace si l'examen se limitait aux éléments de droit : toute opération, dès l'instant où elle constitue une concentration économique, ayant pour effet de modifier la structure des marchés, doit être soumise au contrôle, quels que soient les

³ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:043:0010:0057:FR:PDF>.

montages juridiques retenus.

20. La détermination de l'indépendance antérieure des entreprises en cause est un point essentiel, une opération pouvant s'avérer n'être qu'une restructuration interne d'un groupe, auquel cas elle ne constitue pas une concentration⁴. Cette détermination repose sur la notion de contrôle qui s'apprécie selon les principes exposés ci-après. Si aucune des entreprises impliquées ne subit un changement en ce qui concerne l'identité des entreprises ou personnes qui la contrôle ou la qualité de ce contrôle (contrôle exclusif ou contrôle conjoint), l'opération n'est pas une concentration.
21. Les principales questions soulevées par cette définition portent sur les notions d'entreprise, de personne, de fusion, de contrôle, et d'entreprise commune, qui sont présentées ci-dessous.

1. LES NOTIONS D'ENTREPRISE ET DE PERSONNE

22. On entend par « entreprise » « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »⁵, l'activité économique étant entendue comme « *consistant à offrir des biens et des services sur le marché* »⁶. Une concentration peut porter sur l'ensemble d'une ou plusieurs entreprises, mais aussi sur des éléments d'actifs constituant une partie d'une entreprise, comme des marques ou des brevets, dès l'instant où ces éléments d'actifs constituent une activité se traduisant par une présence sur un marché à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté⁷.
23. Par exemple lorsque ces éléments d'actifs sont constitués d'actifs immobiliers, leur acquisition constitue une concentration lorsque ces actifs génèrent, au moment de l'acquisition, un chiffre d'affaires (notamment des loyers) avec un ou plusieurs tiers indépendants des parties. Lorsque l'actif immobilier ne génère pas de chiffre d'affaires au moment de l'acquisition du contrôle, l'opération ne constitue une concentration que lorsque l'existence d'un chiffre d'affaires est rendue certaine à terme⁸ par exemple en raison d'une « pré-commercialisation », même partielle, du bien auprès d'un ou plusieurs tiers⁹. En

⁴ Voir les lettres d'inapplicabilité du contrôle n° 09-DCC-15 du 30 juin 2009 au conseil des institutions AG2R Prévoyance et Isica Prévoyance (groupe AG2R) et de l'institution de prévoyance Prémalliance Prévoyance (groupe Prémalliance) et n° 09-DCC-44 du 10 septembre 2009 relative au projet de transfert du portefeuille de contrats de réassurance de l'Union Nationale de Réassurance de la Mutualité Française à la société MutRé SA.

⁵ CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90, point 21.

⁶ CJCE, 16 juin 1987, Commission européenne c/ Italie, aff. 118/85, Rec. CJCE.2599, point 7.

⁷ Voir par exemple la décision de la Commission européenne COMP/M. 3867 - Vattenfall/Elsam and E2 Assets du 22 décembre 2005.

⁸ Dans un délai de trois ans à compter de l'acquisition par exemple.

⁹ Voir la décision de l'Autorité n° 13-DCC-80 du 4 juillet 2013 relative à la prise de contrôle conjoint du pôle de compétences urbaines de Bordeaux par la société Midi Foncière 2 et la CDC.

revanche, lorsqu'aucun chiffre d'affaires ne peut être rattaché à l'actif, par exemple dans le cadre d'une vente en l'état de futur achèvement non pré-commercialisé, cet actif n'est pas une entreprise et l'opération ne constitue pas une concentration notifiable.

24. La notion de « personne », évoquée au point I-2 de l'article L. 430-1 comprend les personnes morales de droit privé, les organismes de droit public¹⁰, y compris l'État lui-même¹¹, et les personnes physiques. Cependant, le même article précisant qu'une opération de concentration est réalisée « *lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins (...)* », les prises de contrôle par des personnes physiques ne sont susceptibles de constituer une concentration que si ces personnes exercent des activités économiques pour leur compte propre ou si elles contrôlent au moins une autre entreprise avant l'opération¹².
25. Dans la suite du présent guide, le terme d'« entreprise » sera utilisé de manière générique, qu'il s'agisse d'une entreprise dans son ensemble ou seulement d'éléments d'actifs répondant aux critères ci-dessus, qu'il s'agisse d'une activité économique contrôlée par un organisme de droit privé, de droit public ou une personne physique.

2. LA NOTION DE FUSION

26. Les fusions de droit peuvent être réalisées soit, par création d'une nouvelle entreprise soit, par absorption d'une entreprise par une autre. Elles entraînent, dans le premier cas, la disparition de la personnalité morale des entreprises qui fusionnent et, dans le second cas, la disparition de la personnalité morale de l'entreprise absorbée.
27. Les fusions de fait sont soumises au contrôle des concentrations comme les fusions de droit, dès l'instant où elles conduisent à la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique. L'existence d'une gestion économique unique et durable est une condition nécessaire pour déterminer si l'on est en

¹⁰ Voir par exemple le cas de la Commission IV/M.157 - Air France/Sabena du 5 octobre 1992 en ce qui concerne l'État belge ; IV/M.308 - Kali et Salz/MDK/Treuhand du 14 décembre 1993 en ce qui concerne d'autres organismes de droit public tels que la Treuhand ; voir aussi les décisions de la Commission européenne COMP M.1124 du 6 juillet 1998, Maersk Air/LFV Holdings, COMP/M.5508 du 15 mai 2009 Soffian/Hypo Real Estate et COMP/M.5861 du 4 août 2010 Austria/Hypo Group Alpe Adria.

¹¹ Le point 193 de la Communication consolidée de la Commission européenne ne doit pas être lu comme excluant l'État ou les entreprises publique de la notion d'entreprise ou de personne . En effet, lorsqu'il est précisé que « *les États membres ou d'autres organismes de droit public ne sont pas considérés comme des entreprises, au sens de l'article 5, paragraphe 4, pour la simple raison qu'ils ont des intérêts dans d'autres entreprises remplissant les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 4* », ce n'est qu'aux fins du calcul du chiffre d'affaires. Il se poursuit d'ailleurs comme suit : « *Le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques ne prend donc en considération que les entreprises appartenant au même ensemble économique doté du même pouvoir de décision autonome.* »

¹² Voir par exemple la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 09-DCC-73 du 9 décembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Ormoison SAS par la société ITM Alimentaire Est (Groupe ITM Entreprises) en ce qui concerne une prise de contrôle conjoint par un particulier ne détenant aucune autre entreprise au moment de l'opération et les décisions n° 10-DCC-15 et 10-DCC-16 ; voir aussi la décision de la Commission européenne COMP/M.6411 du 6 février 2012, Advent/Maxam.

présence d'une telle concentration. Pour le déterminer, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit et de fait permettant de qualifier l'opération. Elle peut, de plus, tenir compte dans son appréciation de différents facteurs tels que l'existence de participations croisées, la consolidation de leurs comptes, la compensation des profits et des pertes entre les entreprises réunies par l'opération, la répartition des recettes entre les différentes entités, ou leur responsabilité solidaire¹³.

28. Par exemple, dans le secteur mutualiste, les structures utilisées pour le rapprochement (Union Mutualiste de groupe ou UMG ; Société de groupe d'assurance Mutuelle ou SGAM) impliquent des liens de solidarité financière importants et durables entre les entités concernées et la combinaison de leurs comptes¹⁴. Leur création est donc analysée comme une fusion.

3. LA NOTION DE CONTRÔLE

29. Une entreprise est contrôlée par une autre entreprise, dès l'instant où l'entreprise contrôlante peut exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise contrôlée. Cette possibilité doit être réelle, mais il n'est néanmoins pas nécessaire de démontrer que l'influence déterminante est ou sera effectivement exercée.
30. Ces notions de « *contrôle* » et d'« *influence déterminante* » sont spécifiques au droit national et au droit communautaire du contrôle des concentrations qui se rejoignent sur ce point. Par exemple, la notion de « *contrôle* » en droit national du contrôle des concentrations n'est pas identique à la notion de « *contrôle* » au sens du droit des sociétés. Il convient aussi de noter que la notion d'« *influence déterminante* » n'est pas identique à celle d'« *influence notable* » utilisée en matière de consolidation comptable.
31. Le contrôle peut être exclusif, c'est-à-dire qu'il est acquis par une entreprise agissant seule, ou conjoint, c'est-à-dire qu'il est acquis par plusieurs entreprises associées. La notion de « *contrôle en commun* » est équivalente à celle de « *contrôle conjoint* ».

a) Le contrôle exclusif

32. Une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Une entreprise peut détenir un contrôle exclusif sur une autre entreprise dans deux cas :

¹³ Voir par exemple la décision de l'Autorité n° 11-DCC-154 du 24 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Financière du Forest, holding du groupe GAD, par la société Centrale Coopérative Agricole Bretonne.

¹⁴ Voir les décisions n° 10-DCC-52 du 2 juin 2010 relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT, la décision n° 11-DCC-12 relative à la création d'une Union Mutualiste de Groupe par les groupes MGEN, MNH, MNT, MGET et la MAAE et la décision n° 11-DCC-215 relative au rapprochement du groupe Humanis et du groupe Novalis Taitbout. Voir également la 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.

- lorsqu'elle détient seule le pouvoir de prendre les décisions stratégiques de l'entreprise concernée ;
 - lorsqu'elle est la seule en mesure de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise, sans être toutefois en mesure d'imposer, à elle seule, ces décisions (on parle alors de contrôle exclusif « négatif »)¹⁵.
33. Il est à noter que, lorsqu'une opération permet au détenteur d'un contrôle exclusif négatif de passer à un contrôle exclusif positif, la qualité du contrôle n'est pas considérée comme étant modifiée par l'opération. Par exemple, lorsqu'un actionnaire minoritaire acquiert le pouvoir de prendre seul les décisions stratégiques de l'entreprise, l'opération n'est pas une concentration s'il détenait déjà un contrôle exclusif « négatif » avant l'opération¹⁶.
34. Comme la notion de fusion, la notion de contrôle exclusif s'apprécie sur la base de toutes circonstances de droit et de fait. Un contrôle exclusif est normalement acquis de plein droit lorsqu'une entreprise obtient la majorité du capital et des droits de vote d'une société ou de la société-mère d'un groupe de sociétés. Un contrôle exclusif peut également découler, de droit, d'une participation minoritaire au capital, lorsque des droits de vote spéciaux sont attachés à cette dernière comme des droits de vote double par exemple ou lorsque l'actionnaire minoritaire dispose, du fait de dispositions inscrites dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaires, de droits de veto spécifiques, ou lorsque les statuts lui permettent de disposer d'une majorité dans les organes dirigeants de l'entreprise¹⁷. Un actionnaire minoritaire peut également être considéré comme détenant un contrôle exclusif de fait. C'est, par exemple, le cas lorsque celui-ci a la quasi-certitude d'obtenir la majorité à l'assemblée générale, compte tenu du niveau de sa participation et de la présence effective des actionnaires à l'assemblée générale au cours des années antérieures, généralement au cours des trois années précédant la modification de la participation au capital susceptible de matérialiser l'acquisition du contrôle¹⁸. Symétriquement, une participation majoritaire n'emporte pas forcément un contrôle exclusif ou même conjoint, même si ce cas de figure est rare.
35. Le contrôle exclusif ne suppose pas que l'entreprise contrôlante ait le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, c'est son pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée.

¹⁵ Voir par exemple la décision de l'Autorité n° 12-DCC-98 du 20 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Financière TWLC, Swiss Fashion Time, PT Switzerland, PE Time Design, Swiss Watch Group FZCO, Fortune Concept Limited et PT Far East Limited par la société L Capital Management SAS.

¹⁶ A fortiori, le passage d'un contrôle exclusif positif à un contrôle exclusif négatif n'est pas une concentration.

¹⁷ Voir par exemple la décision n° 11-DCC-13 du 31 janvier 2011 relative à la prise de contrôle exclusif par Bolloré Energie d'une branche d'activité de la société les Combustibles de Normandie.

¹⁸ Voir les décisions de la Commission européenne COMP/M.4994 du 10 juin 2009, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône et de l'Autorité n° 11-DCC-182 du 2 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Rue du Commerce par la société Altarea.

36. L'acquisition d'un contrôle exclusif alors que l'entreprise était auparavant contrôlée conjointement par plusieurs actionnaires constitue une concentration. En effet, l'entreprise qui acquiert le contrôle exclusif aura à l'issue de l'opération la possibilité de déterminer seule la stratégie de l'entreprise contrôlée alors qu'elle était auparavant tenue de prendre en considération les intérêts des autres actionnaires et de coopérer en permanence avec eux¹⁹.

b) Le contrôle conjoint (ou contrôle en commun)

37. Lorsque deux ou plusieurs entreprises ont la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, le contrôle est conjoint. Chacune des entreprises contrôlantes doit avoir la possibilité de bloquer les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée et est donc appelée à collaborer et s'entendre avec les autres actionnaires sur la stratégie de l'entreprise contrôlée.

38. Comme les notions précédentes, la notion de contrôle conjoint s'apprécie sur la base de toutes circonstances de droit et de fait. La forme la plus classique du contrôle conjoint est celle où deux entreprises contrôlantes se partagent à parité les droits de vote d'une entreprise contrôlée. Néanmoins, une situation de contrôle conjoint peut advenir alors même qu'il n'existe pas de parité entre les deux entreprises contrôlantes en termes de votes ou de représentation dans les organes de décision²⁰ ou lorsque plus de deux entreprises contrôlantes se partagent ce contrôle.

39. Comme pour le contrôle exclusif, le contrôle conjoint ne suppose pas que les entreprises contrôlantes aient le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, comme le contrôle exclusif (cf. paragraphe 35), est leur pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée²¹.

40. L'entrée d'un nouvel actionnaire au capital d'une entreprise, qui faisait auparavant l'objet d'un contrôle exclusif ou conjoint, constitue une concentration si postérieurement à cette opération chacun des actionnaires dispose du pouvoir de bloquer les décisions stratégiques de l'entreprise²².

41. Lorsque deux ou plusieurs entreprises acquièrent une entreprise cible en vue d'en répartir immédiatement, et de façon durable, les actifs entre elles, l'opération n'est pas constitutive d'une prise de contrôle conjoint, mais d'une prise de contrôle exclusif par chacune des entreprises contrôlantes sur les actifs qu'elle acquiert. Il s'agit alors de deux opérations

¹⁹ Point 86 de la Communication consolidée.

²⁰ Voir la décision de l'Autorité n° 10-DCC-34 pour un contrôle conjoint à 60 %/40 %.

²¹ Voir la décision de l'Autorité n° 11-DCC-34 du 25 février 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez et la décision de la Commission européenne COMP/M.4180 du 14 novembre 2006, Gaz de France/Suez.

²² Voir les points 86 et 87 de la Communication consolidée.

distinctes du point de vue du contrôle des concentrations.

c) Absence de contrôle

42. Par ailleurs, il est à noter qu'une entreprise peut ne faire l'objet d'aucun contrôle au sens du droit des concentrations, aucun actionnaire ou aucune autre entreprise ne disposant d'une influence déterminante. Ce cas peut survenir lorsque le capital et les droits de vote d'une entreprise sont répartis entre plusieurs minoritaires, sans qu'aucun élément de droit et de fait n'impose que se dégage une majorité stable dans la procédure de prise de décision et qu'une majorité peut se dégager au coup par coup suivant les combinaisons possibles des voix des actionnaires minoritaires (majorités fluctuantes)²³.
43. L'acquisition d'un contrôle exclusif ou conjoint sur une entreprise non contrôlée constitue une opération de concentration. En revanche, si l'entrée d'un ou plusieurs nouveaux actionnaires au capital d'une entreprise se traduit par une situation d'absence de contrôle, cette opération ne constitue pas une concentration.

4. CRITÈRES D'APPRÉCIATION D'UNE INFLUENCE DÉTERMINANTE

44. Le plus souvent, ce sont les droits conférés à l'actionnaire majoritaire, voire à un actionnaire minoritaire, qui déterminent l'exercice du contrôle sur une entreprise. Il est très exceptionnel qu'une entreprise puisse disposer d'une influence déterminante sans aucune participation au capital²⁴. Cependant, d'autres éléments, tels des relations contractuelles ou des relations financières, ajoutés aux droits conférés à un actionnaire minoritaire, peuvent établir un contrôle de fait.
45. L'ensemble de ces critères est apprécié par l'Autorité selon la technique du faisceau d'indices même si chacun de ces indices pris isolément ne suffirait pas à lui seul à conférer une influence déterminante.
46. En particulier, il ressort de la pratique décisionnelle de l'Autorité que, dans le cas de certains

²³ La Commission européenne a par exemple constaté, dans une décision M.5557, SNCF/CDPQ/KEOLIS/EFFIA, que Keolis n'était contrôlée par aucun de ses actionnaires et que la montée au capital de la SNCF Participations, en lui conférant un contrôle conjoint sur l'entreprise, constituait une opération de concentration

²⁴ Dans un avis du 15 octobre 1991, le Conseil de la concurrence a relevé l'existence d'une influence déterminante de Gillette sur Eemland Holdings NV (ci-après « Eemland »), bien que Gillette ne détienne pas d'actions d'Eemland, et n'ait ni droit de vote au conseil d'administration d'Eemland, ni le droit d'être représenté à ce conseil, ni le droit d'assister à l'assemblée générale des actionnaires, ni le droit à des informations sur cette société. Au cas d'espèce, l'influence déterminante était fondée sur un faisceau d'indices convergents. En premier lieu, Gillette était détenteur d'obligations convertibles auxquelles était attaché un droit de préemption sur les actions ordinaires et sur les autres obligations convertibles d'Eemland, permettant à Gillette d'être le seul opérateur industriel et commercial parmi les investisseurs d'Eemland, susceptible d'en prendre, le cas échéant, en partie ou en totalité le contrôle. En deuxième lieu, Eemland était en dépendance financière vis-à-vis de Gillette qui, en tant que prêteur, apportait des capitaux représentant environ 70 % du chiffre d'affaires mondial d'Eemland. En troisième lieu, les accords commerciaux passés entre les parties conféraient à Gillette la possibilité de limiter la concurrence d'Eemland sur le segment des produits haut de gamme en France, sur lequel était positionnée la marque Gillette.

réseaux de distribution, la combinaison de participations très minoritaires au capital des sociétés d'exploitation, des dispositions des statuts-type qui leur sont imposés et de celles des contrats d'enseigne, confère à la tête de réseau un contrôle conjoint sur ces sociétés. Dans le cas du réseau E. Leclerc, une influence déterminante a été constatée alors que la tête de réseau ne détient aucune participation au capital des sociétés d'exploitation mais impose aux adhérents de l'Association des centres distributeurs Leclerc des statuts-types très spécifiques qui se combinent avec les dispositions du contrat d'enseigne²⁵. Outre les précisions apportées ci-dessous, les questions spécifiques aux réseaux de distribution et au contrôle exercé par la tête de réseau sur les magasins indépendants sont abordées à l'annexe C.

a) Les droits conférés aux actionnaires

47. C'est généralement la détention d'une majorité des droits de vote qui confère à un actionnaire une influence déterminante sur l'entreprise. Néanmoins, une participation minoritaire peut également permettre à un actionnaire d'exercer une influence déterminante si elle est assortie de droits qui excèdent ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers²⁶ ou si ces droits, examinés selon la méthode du faisceau d'indices convergents de nature juridique ou économique, sont de nature à démontrer l'existence d'une influence déterminante.
48. Pour déterminer si un actionnaire minoritaire dispose d'une influence déterminante, l'Autorité examine, en premier lieu, les droits qui lui sont conférés et leurs modalités d'exercice. Elle tient compte, par exemple :
- des droits de veto, en particulier ceux portant sur le plan stratégique, la nomination des principaux dirigeants, les investissements et le budget ;
 - de la possibilité de bénéficier de droits particuliers conférant immédiatement ou dans le futur une part dans les décisions supérieure à la part dans le capital ;

²⁵ Voir les décisions 12-DCC-125 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle conjoint de 28 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire par l'Union des Coopérateurs d'Alsace et l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc et 13-DCC-12 du 28 janvier 2013 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Nobladis et Sodirev par le groupe Cornac et l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc. A la date de la publication des lignes directrices, ces décisions font l'objet d'un recours devant le Conseil d'État.

²⁶ Voir les avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-07 et 04-A-08 du 18 mai 2004 et les arrêtés du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de l'agriculture C2004-120/C2004-121 du 25 mai 2005 : « *En l'espèce, les prises de participation minoritaires réalisées par Kronenbourg dans le capital des sociétés Ferrer, Feuvrier, Murgier et Kihl ont donné lieu à une modification des statuts. Les dispositions de ces statuts, relativement similaires d'une opération à l'autre, conféraient à Kronenbourg un droit de veto sur certaines décisions du conseil d'administration, relatives à des engagements financiers importants et un droit de préférence en cas de cession des actions. Kronenbourg a, de plus, conclu avec les groupes familiaux des sociétés Ferrer, Feuvrier et Kihl, des pactes d'actionnaires, comportant notamment une promesse de vente à échéance indéterminée de la totalité du capital en sa faveur. Dans leurs modalités, aucune de ces dispositions juridiques n'excède ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers et ne permet à Kronenbourg de contrôler la stratégie de l'entreprise.* » ; voir également la décision de l'Autorité n° 11-DCC-10 du 25 janvier 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Parisot par Windhurst Industries et de la prise de contrôle conjoint de Windhurst Industries par le FSI.

- de la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise ;
- de la possibilité de monter dans le capital ultérieurement, soit du fait d'accords particuliers, soit par la détention de titres convertibles en actions, ou encore de l'existence d'options d'achat ; en elles-mêmes, de telles options ne peuvent conférer un contrôle sur la période antérieure à leur exercice, à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants, mais elles peuvent venir conforter d'autres indices d'une influence déterminante ;
- de la possession de droits de préemption ou de préférence²⁷ ;
- de la possibilité d'obtenir des informations détaillées sur les activités de l'entreprise, en particulier celles généralement réservées au management ou aux entreprises mères.

49. L'Autorité analyse aussi si l'éparpillement de l'actionnariat n'est pas susceptible de donner à la participation de l'actionnaire minoritaire un impact concret plus important dans les délibérations. En cas de nécessité, cet examen s'appuie sur les procès verbaux des conseils d'administration sur plusieurs années qui peuvent être utilisés pour déterminer la répartition et l'influence réelle des votes des actionnaires²⁸.

50. Dans certains cas, il est nécessaire d'apprécier si certains actionnaires sont amenés à coordonner leurs décisions :

- en raison d'un pacte d'actionnaires ou de tout autre accord exprès les conduisant à agir de concert ou à faciliter la coordination de leurs votes²⁹ ;
- en raison d'intérêts communs suffisamment puissants les conduisant à ne pas s'opposer les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits³⁰.

²⁷ Voir la décision n° 11-DCC-07 du 28 janvier 2011 relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par La Poste et SFR.

²⁸ Voir pour une analyse de participations minoritaires prenant en compte la répartition des votes en assemblée générale l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 28 janvier 2008 relatif à l'absence de notification d'une concentration consistant en la prise de contrôle de Novatrans par SNCF Participations) ; la décision de la Commission européenne n° COMP 4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône du 29 avril 2008 et la décision n° 11-DCC-182 du 2 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Rue du Commerce par la société Altarea.

²⁹ Voir par exemple l'avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006 sur le contrôle conjoint détenu par les sociétés Pan Fish et Wartdal sur la société Aalesundfisk et les décisions 12-DCC-98 du 20 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Financière TWLC, Swiss Fashion Time, PT Switzerland, PE Time Design, Swiss Watch Group FZCO, Fortune Concept Limited et PT Far East Limited par la société L Capital Management SAS et 13-DCC-37 du 26 mars 2013 relative à la création d'une entreprise commune regroupant les activités d'alimentation animale d'Unicor, Qualisol et InVivo dans le sud de la France.

³⁰ Voir par exemple la décision n° 10-DCC-06 du 21 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Thémis Grains par le groupe coopératif Unéal.

b) Les relations contractuelles

51. A elles seules, des relations contractuelles ne sont susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise que dans des cas très particuliers. Ainsi, le point 18 de la communication consolidée de la Commission rappelle que *« afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels). »*³¹.
52. Comme exemple de contrats pouvant permettre à eux seuls une prise de contrôle, la Commission cite dans le même point les conventions de location-gérance, par lesquelles l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés et renvoie à l'article 3, paragraphe 2, point a), du règlement n° 139/2004 qui précise que le contrôle peut également être constitué par un droit de jouissance sur les éléments d'actifs d'une entreprise³².
53. En ce qui concerne plus particulièrement les contrats de franchise, comme l'indique la Commission, *« les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur »*³³. Pour plus de précisions concernant les contrats de franchise, il convient de se rapporter à l'annexe C.

c) Les autres éléments susceptibles de permettre l'exercice d'un contrôle

54. L'Autorité tient aussi compte, dans son appréciation, des liens économiques que les actionnaires auront avec la nouvelle entité, comme, par exemple :
- le fait d'être le principal actionnaire industriel de la nouvelle entité, actif sur son secteur ou dans des secteurs connexes, alors que les autres actionnaires sont des investisseurs financiers ou des actionnaires disposant d'une part faible des droits de vote ;
 - l'existence d'importants contrats de livraison à long terme avec la nouvelle entité ;
 - la constatation de relations commerciales très privilégiées tels des contrats commerciaux exclusifs, des droits d'usage ou de partage de marques, de brevets, de réseaux de

³¹ Voir par exemple la décision n° 10-DCC-61 du 15 juin 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société de la Raffinerie de Dunkerque par la société Colas.

³² Voir la décision n° 09-DCC-46 du 28 septembre 2009 relative à la prise en location-gérance par la société Distribution Casino France d'un hypermarché détenu par la société Doremi.

³³ Paragraphe 19 de la communication consolidée de la Commission.

distribution, d'unités de production ;

- le fait de représenter une part très élevée du chiffre d'affaires de l'entreprise au point qu'une rupture des relations commerciales mettrait en péril, à court terme, sa survie ;
- le fait d'intervenir de manière significative en tant que prêteur auprès de l'entreprise³⁴.

5. LE CAS PARTICULIER DES ENTREPRISES COMMUNES

55. Pour que la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises puisse être qualifiée de concentration, il faut, en vertu de l'article L. 430-1, qu'il s'agisse « *d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ». La création d'une telle entreprise commune peut résulter :

- de la création d'une structure commune totalement nouvelle,
- de l'apport d'actifs que les sociétés mères détenaient auparavant à titre individuel à une entreprise commune déjà existante, dès l'instant où ces actifs, qu'il s'agisse de contrats, d'un savoir-faire ou d'autres actifs, permettent à l'entreprise commune d'étendre ses activités,
- de l'acquisition par un ou plusieurs nouveaux actionnaires du contrôle conjoint d'une entreprise existante.

56. En particulier, l'entreprise est de plein exercice si elle bénéficie de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché et notamment de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes (ressources humaines, budget, responsabilité commerciale). Les moyens nécessaires à son activité peuvent être transférés par les maisons-mères notamment en matière de personnels et d'actifs incorporels (marques...) ou encore leur expertise dans le domaine de la conception, de la fabrication et de la commercialisation par transfert de l'ensemble de leurs activités dans ce secteur, des contrats,

³⁴ Dans l'affaire Est-Républicain / BFCM / Socpresse, le Conseil d'État a considéré que la BFCM exerçait une influence déterminante sur EBRA en tenant compte de ses droits de veto et de son rôle de prêteur : « (...) *qu'en outre, la BFCM a financé seule, pour un montant total de 189 millions d'euros, la reprise de la SA Delaroche par la société EBRA, dont le capital ne dépasse pas 38 000 euros ; que cette situation de prêteur conferte son pouvoir d'influence sur les décisions stratégiques de cette dernière, alors surtout qu'elle est par ailleurs en mesure, compte tenu des règles de vote prévues en la matière par l'article 19 des statuts de la société, de s'opposer, au sein de l'assemblée des actionnaires, à toute augmentation des fonds propres ; que la circonstance que, par une convention de compte courant en date du 22 mai 2006, la BFCM s'est engagée à ne pas exiger de remboursement de son prêt avant l'expiration d'une période de trois ans n'est pas de nature à réduire ce pouvoir compte tenu, notamment, de l'ampleur des difficultés financières rencontrées par la SA Delaroche et de l'importance du prêt par rapport au chiffre d'affaires annuel de cette dernière ;* ». Dans la décision 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion des groupes Banques Populaires/Caisses d'Épargne, l'Autorité n'a pas considéré que l'État exerçait une influence déterminante sur la nouvelle entité en tenant compte du fait que l'apport en fonds propres de l'État, d'un montant de 5 Mds d'euros, était destiné à être remboursé rapidement et qu'il suffisait que la moitié des actions de préférence soient remboursées, soit environ 1,5 Mds d'euros, pour que l'État perde son droit d'être représenté par deux membres au conseil de surveillance.

des salariés ainsi que tous les droits nécessaires à l'exercice de l'activité³⁵.

57. De plus, la structure doit être « *une entreprise accomplissant toutes les fonctions d'une entité économique autonome* » (ou encore une entreprise de plein exercice), ce qui signifie qu'elle opère sur un marché, en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché³⁶.
58. Ce n'est pas le cas, par exemple, des centrales d'achat agissant pour le compte de leurs maisons-mères³⁷ ou des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production³⁸. En revanche, le fait que les sociétés mères représentent une part importante des ventes de cette entreprise commune ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse s'agir d'une concentration, sous réserve que l'entreprise commune traite, sur le plan commercial, avec ses sociétés mères de la même manière qu'avec les tiers, et entretienne avec cette maison-mère des relations aux conditions de marché.
59. Comme 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* ».
60. De la même façon, la notion de plein exercice ne se confond pas avec celle d'autonomie par rapport à la maison mère telle qu'elle a été définie par l'Autorité en contentieux des pratiques anticoncurrentielles.
61. La structure doit être « commune », c'est-à-dire qu'elle est contrôlée conjointement par deux ou plusieurs entreprises.
62. La structure doit fonctionner « de manière durable ». Par exemple, la création d'une entreprise

³⁵ Voir les décisions de l'Autorité n° 09-DCC-4, 10-DCC-147, 10-DCC-153 et 11-DCC-171 pour des exemples d'entreprise commune de plein exercice ; la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 10-DCC-49 pour un exemple d'entreprise commune ne disposant pas de ressources propres suffisantes ; la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 12-DCC-13 du 1er février 2012 pour un exemple d'entreprise commune entretenant essentiellement des relations avec ses maisons-mères.

³⁶ Voir par exemple, la décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus (sur le fait qu'OCS n'est pas une entreprise commune de plein exercice).

³⁷ Par exemple, dans sa décision du 31 mai 2000 relative à l'opération Opéra, le Conseil d'État a considéré que le centrale d'achat Opéra, filiale commune de Casino, Perrachon et Cora, n'avait pas les caractéristiques d'une entreprise économique autonome notamment parce que les décisions d'achat continuaient à être prises par les maisons-mères et leurs filiales, qui restaient présentes en tant qu'acheteurs sur le marché de l'approvisionnement en produits de grande distribution et que la société Opéra achetait en propre certains produits afin de les revendre à ses mandants, mais pour une part très faible des achats des maisons-mères et de leurs filiales, ce qui ne suffisait à lui conférer le caractère d'une entité économique autonome.

³⁸ Communication consolidée § 95.

commune constituée pour construire un ouvrage d'art et destinée à être dissoute au terme de ce projet, ne réalise pas une concentration. A contrario, le fait que l'accord passé entre les sociétés-mères prévoit la dissolution de l'entreprise commune en cas d'échec ne fait pas obstacle à sa qualification de concentration.

6. LES OPÉRATIONS INTERDÉPENDANTES

63. Comme le détaille la communication consolidée de la Commission (points 38 et suivants), l'Autorité considère que des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration dès lors qu'elles sont interdépendantes, au sens où une opération n'aurait pas été effectuée sans l'autre. Le considérant 20 du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations précise d'ailleurs qu'il convient de traiter comme une concentration unique les opérations étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel³⁹. En revanche, dès lors que les opérations ne sont pas interdépendantes, c'est-à-dire que les parties mèneraient à son terme l'une des opérations même en cas d'échec de toutes les autres, les différentes opérations doivent être évaluées individuellement.
64. Les opérations peuvent être considérées comme liées entre elles en droit, lorsque les accords eux-mêmes sont liés par une conditionnalité réciproque. Mais il ne peut être exclu que soient pris en compte des éléments démontrant que, sur le plan économique, les opérations ne peuvent se faire l'une sans l'autre⁴⁰. Comme le précise le point 43 de la communication consolidée, le fait que les accords soient conclus simultanément est l'un des éléments essentiels à l'interdépendance.
65. Même faisant l'objet d'un lien conditionnel, des opérations ne peuvent cependant être considérées comme une opération de concentration unique que si pour chacune d'elle, le contrôle est acquis par la ou les mêmes entreprises⁴¹. Par exemple, lorsque plusieurs entreprises se partagent des actifs, l'Autorité considère chaque opération de façon distincte même si chacune de ces acquisitions est conditionnée par la réalisation des autres. Il convient également que chacune des opérations constituent individuellement une concentration. Des opérations qui n'emportent pas une prise de contrôle, telles que par exemple des participations minoritaires non contrôlantes, ne peuvent être considérées comme formant un tout indissociable avec des opérations concernant la prise de contrôle d'entreprises, quand bien même ces deux types d'opérations seraient liées entre elles.
66. Il convient de distinguer de ceux décrits ci-dessus, le cas prévu à l'article 5, paragraphe 2,

³⁹ Voir les décisions de l'Autorité 09-DCC-41, 09-DCC-94, 10-DCC-140.

⁴⁰ Voir les décisions de l'Autorité 11-DCC-117 et 11-DCC-156.

⁴¹ Voir la décision de l'Autorité 10-DCC-130.

second alinéa, du règlement n° 139/2004, aux fins du calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées. En application de cet article, des opérations successives (chacune d'elles entraînant une prise de contrôle) effectuées au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont considérées comme une seule concentration même si elles ne sont pas subordonnées l'une à l'autre⁴².

67. Dans le cas d'acquisitions interdépendantes auprès de vendeurs différents, les seuils individuels de chiffres d'affaires sont calculés pour chacune des entreprises cibles. Concrètement, dans le cas d'acquisitions par l'entreprise A des entreprises cibles B et C contrôlées par des sociétés ne faisant pas partie d'un même groupe, qualifiées de « *concentration unique* », les « entreprises concernées » sont A, B et C. En conséquence, dans l'hypothèse où ni le chiffre d'affaires individuel réalisé par B ni celui réalisé par C n'atteint les seuils individuels de chiffre d'affaires prévus par l'article L. 430-2 du code de commerce, l'opération de « *concentration unique* » en cause n'a pas à faire l'objet d'une notification à l'Autorité dans la mesure où les seuils de chiffre d'affaires individuels ne sont pas atteints par au moins deux des entreprises concernées. En revanche, soit B, soit C, atteint le seuil individuel, l'opération est notifiable même si la deuxième entreprise cible n'atteint pas ce seuil.

7. LES OPÉRATIONS TRANSITOIRES

a) L'acquisition par un établissement de crédit ou autre établissement financier aux fins de la revente, dites « opération de portage »

68. L'article 3, paragraphe 5, du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations précise qu'une opération de concentration n'est pas réalisée « *lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition ; ce délai peut être prorogé sur demande par la Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti* ».

⁴² Voir la décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial.

69. La Commission a fait application de cette disposition dans la décision VUP/Lagardère⁴³, décision confirmée par le Tribunal de l'Union européenne⁴⁴.
70. L'Autorité s'inspire de cette disposition du règlement et de la pratique décisionnelle communautaire pour apprécier dans quelle mesure l'acquisition provisoire d'un actif cible par un établissement financier, un établissement de crédit ou une société d'assurance, en vue de sa revente à un tiers, constitue une opération de concentration ou non. Elle vérifie pour cela que l'acquéreur à titre provisoire ne peut exercer, seul ou conjointement, une influence déterminante sur les actifs cibles pendant la durée du portage. Par exemple, soit il n'exerce pas les droits de vote attachés aux titres qu'il a acquis, soit il est représenté par un ou plusieurs administrateurs indépendants. Dans la mesure où il n'acquiert pas une influence déterminante sur les actifs cibles, leur acquisition provisoire ne constitue pas une opération de concentration. Comme la Commission, l'Autorité considère que cette acquisition est provisoire si le portage des actifs ainsi réalisé par l'établissement financier ne dépasse pas un an. Seule l'opération de concentration consistant en la revente de ces actifs à l'acquéreur final est donc susceptible d'être notifiée à l'Autorité si les seuils de chiffres d'affaires mentionnés à l'article L. 430-2 du code de commerce sont atteints.
71. L'Autorité vérifie également, en application de l'article L. 430-4 du code de commerce, que l'opération de portage ne confère pas à l'acquéreur final, avant le débouclage final, une influence déterminante sur les actifs cibles⁴⁵, entraînant une réalisation sans autorisation de l'opération. Par ailleurs, le dénouement de l'opération de portage et donc la revente des actifs à l'acquéreur final ne peut intervenir avant que l'Autorité n'ait rendu sa décision. Celle-ci peut être subordonnée à des engagements ou être assortie d'injonctions.

b) Autres cas d'opérations transitoires

72. La Commission européenne indique dans sa communication consolidée⁴⁶ qu'elle retient deux conditions pour apprécier si une opération transitoire constitue une modification durable du contrôle. D'une part le caractère transitoire de l'opération doit être convenu entre les différents acquéreurs de manière juridiquement contraignante, et, d'autre part, il ne doit pas

⁴³ Décision de la Commission COMP/M.2978 Lagardère/Natexis/VUP du 7 janvier 2004 : dans cette affaire, Natexis s'est substitué à Lagardère afin d'acquérir à titre provisoire les actifs cibles de VUP et de les lui revendre, une fois obtenue l'autorisation de la Commission. La Commission a néanmoins considéré que, dès lors que ni Lagardère, ni Natexis, n'acquerraient le contrôle exclusif ou conjoint de la cible, l'acquisition provisoire par Natexis des actifs cible relevaient de l'application de l'article 3, paragraphe 5.

⁴⁴ Arrêt du tribunal de l'Union européenne T-279-04 et T-452-04, Editions Odile Jacob SAS/Commission, 13 septembre 2010 : le tribunal a confirmé que le portage ne donnait pas à Lagardère la possibilité d'exercer, seul ou conjointement avec Natexis, une influence déterminante sur les actifs cible et qu'en conséquence, le portage ne pouvait être considéré comme une opération de concentration.

⁴⁵ Dans l'hypothèse où le tiers pressenti pour être l'acquéreur final exerçait déjà un contrôle conjoint sur la cible, l'Autorité veille à ce que le portage ne lui permette pas d'acquérir le contrôle exclusif de ces actifs.

⁴⁶ Paragraphes 28 et suivants de la communication consolidée de la Commission européenne.

exister de doute quant à la célérité de la deuxième étape.

73. Il est également envisagé le cas où la revente n'est que partielle « [...] dans le cadre d'opération en série, une entreprise accepte de prendre d'abord le contrôle exclusif d'une entreprise cible, pour ensuite directement céder certaines parties de la participation acquise dans l'entreprise cible à une autre entreprise, les deux acquéreurs contrôlant finalement en commun la société cible. Si les deux acquisitions font l'objet d'un lien conditionnel, les deux opérations constituent une concentration unique et seule l'acquisition du contrôle en commun, qui est le résultat final des opérations, sera examinée par la Commission »⁴⁷.
74. L'Autorité s'inspire de ces dispositions pour apprécier la contrôlabilité de prises de contrôle d'actifs destinés à être revendus à courte échéance. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'acquisition provisoire par un établissement financier dans le cadre d'une opération de portage, l'opération transitoire confère bien à l'acquéreur provisoire une influence déterminante sur les actifs acquis et le caractère juridiquement contraignant du dénouement du portage ainsi que sa célérité sont des éléments essentiels. L'Autorité considère ainsi que l'acquisition par la tête de réseau d'un groupement de commerçants indépendants d'une société d'exploitation en vue de sa revente à de nouveaux exploitants n'a pas à être notifiée dès lors que l'acquisition par un acquéreur identifié est certaine⁴⁸ et doit intervenir dans un délai inférieur à un an. Seule cette deuxième opération est éventuellement notifiable si elle constitue une opération de concentration et si les seuils de chiffres d'affaires mentionnés à l'article L. 430-2 du code de commerce sont atteints.

B. SEUILS DE CONTRÔLE

1. LES SEUILS APPLICABLES AU CONTRÔLE NATIONAL DES CONCENTRATIONS

75. Aux côtés des seuils de chiffres d'affaires applicables à l'ensemble des opérations (a), la LME a introduit des seuils spécifiques (b) pour les opérations impliquant des entreprises exploitant des magasins de commerce de détail et (c) pour les opérations impliquant des entreprises exerçant leur activité dans les DROM.

a) Seuils applicables à l'ensemble des opérations

76. En vertu de l'article L. 430-2 du code de commerce qui définit les seuils du contrôle national des concentrations et du règlement (CE) n° 139/2004 qui définit les seuils communautaires,

⁴⁷ Paragraphe 47 de la communication consolidée de la Commission européenne.

⁴⁸ Voir les décisions de l'Autorité 09-DCC-04, 09-DCC-73 et 10-DCC-07.

les concentrations sont soumises au contrôle de l'Autorité de la concurrence si :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;
- l'opération ne rentre pas dans le champ de compétence de la Commission européenne (on dit usuellement qu'elle n'est pas de « dimension communautaire »). Comme l'indique l'article premier, paragraphes 2 et 3 du règlement (CE) n° 139/2004, une opération est de dimension communautaire si

« 2. a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et

b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.

3. Une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque :

- *le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ;*
- *dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;*
- *dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et*
- *le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. »*

b) Le commerce de détail

77. Pour le commerce de détail, l'article L. 430-2-II précise les seuils applicables :
- *« II.-Lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :*
 - *- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;*
 - *- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ;*
 - *- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité ».*
78. Cette disposition sur le commerce de détail issue de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie vise à prévenir les opérations qui pourraient affaiblir substantiellement la concurrence dans certaines zones de chalandise, en permettant à l'Autorité d'examiner des opérations qui ne sont pas soumises au contrôle des concentrations en vertu des seuils de l'article L. 430-2-I.
79. Pour vérifier qu'une opération excède le premier seuil de 75 M€, il convient de tenir compte de l'ensemble des activités des entreprises concernées, et non seulement de celles de commerce de détail. En revanche, le second seuil de 15 M€ ne s'applique qu'aux activités de commerce de détail elles-mêmes. Par exemple, une opération impliquant deux entreprises, l'une réalisant 30 M€ de chiffre d'affaires au total, exclusivement dans le commerce de détail, l'autre réalisant 50 M€ de chiffre d'affaires au total, dont 20 M€ dans le commerce de détail, sera soumise au contrôle des concentrations. En effet, l'ensemble des entreprises concernées réalisent un chiffre d'affaires total supérieur à 75 M€. Le premier seuil est donc franchi (même si elles ne réalisent, au total, que 50 M€ de chiffre d'affaires dans le commerce de détail). Chacune réalisant plus de 15 M€ dans le commerce de détail, le second seuil est également franchi.
80. La notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Est incluse la vente d'objets d'occasion (brocante, dépôts vente, etc...). Sont traditionnellement

assimilés à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien véhicules et montage de pneus). Sont toujours exclues les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance, ou les agences de voyage) ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques ou les vidéothèques), et les restaurants. Sont aussi exclues les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne ou par correspondance, ou encore via des livraisons directes aux consommateurs⁴⁹, l'article L. 430-2-II précisant que ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin.

81. Un exemple peut illustrer le champ défini plus haut. Une entreprise détient un ensemble de magasins réalisant ensemble 17 M€ de chiffre d'affaires, 12 M€ en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique, le solde provenant d'activités connexes réalisées sur les mêmes surfaces de vente, telles que des ventes à des clients professionnels ou de la location de matériel. Les magasins de l'entreprise réalisent plus de la moitié de leur chiffre d'affaires en vendant des marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Ces magasins sont donc considérés comme des magasins de commerce de détail. Leur chiffre d'affaires étant supérieur à 15 M€, l'entreprise franchit le second seuil prévu à l'article L. 430-2-II.
82. Autre exemple : un fabricant de produits manufacturés à destination des particuliers vend une partie de ses produits dans des magasins détenus en propre, une autre via des distributeurs indépendants. Si ce fabricant réalise un chiffre d'affaires total de 50 M€, dont 10 M€ dans ses propres magasins, l'entreprise ne franchit pas le second seuil prévu à l'article L. 430-2-II. En effet, elle ne réalise que 10 M€ de chiffre d'affaires dans le secteur du commerce de détail.
83. Les seuils prévus à l'article L. 430-2-II ne s'appliquent qu'aux entreprises exploitant au moins un magasin de commerce de détail en France. Une entreprise qui exploite des magasins de commerce de détail à l'étranger, mais aucun en France, ne sera pas soumise aux seuils de l'article L. 430-2-II. Elle reste, en revanche, soumise aux seuils prévus à l'article L. 430-2-I.

c) Les départements et collectivités d'outre-mer

84. Pour les opérations dans les départements et collectivités d'outre-mer, l'article L. 430-2-III précise :
 - « *III.-Lorsque au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer dans le Département de Mayotte ou dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-*

⁴⁹ Voir la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 10-DCC-141 du 25 octobre 2010 aux conseils de la Compagnie Pétrolière de l'Est.

Barthélemy, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- *- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;*
- *- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros, ou à 5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail⁵⁰ ;*
- *- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, précité ».*

85. Le seuil individuel qui doit être réalisé dans un département ou une collectivité territoriale doit donc être franchi par deux entreprises au moins. Pour apprécier si ce second seuil est franchi, il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans chacun des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer pris isolément. Par exemple, si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à la Réunion, et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, on considérera que cette entreprise ne franchit pas le seuil de 15 millions d'euros. Il en est de même pour le seuil de 5 millions d'euros réalisé avec des activités de commerce de détail définies comme exposé ci-dessus.

2. MODALITÉS DE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES

86. L'article L. 430-2-V énonce que les modalités de calcul de chiffre d'affaires applicables au contrôle national des concentrations sont celles de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004. Ces modalités ont été commentées et explicitées par la Commission, dans sa communication consolidée, aux paragraphes 157 à 220.

87. L'ensemble de ces dispositions vise à faire en sorte que les chiffres d'affaires calculés reflètent la force économique réelle et actuelle des entreprises concernées sur le marché, tout en restant de mise en œuvre relativement aisée afin de permettre aux entreprises de déterminer facilement si une opération est contrôlable, et si elle est de dimension communautaire ou nationale.

88. L'article 5, paragraphe 2, du règlement n° 139/2004 comporte une disposition spécifique

⁵⁰ Loi 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer.

permettant d'assurer que des entreprises ne scindent pas une opération en une série de cessions d'actifs réparties dans le temps, afin d'échapper au contrôle des concentrations en passant sous les seuils de contrôlabilité. Aussi, des opérations successives effectuées durant une période de deux années entre les mêmes entreprises sont considérées comme une seule concentration aux fins du calcul des chiffres d'affaires des entreprises concernées⁵¹. Néanmoins, ces opérations doivent être réalisées entre les mêmes acquéreurs et les mêmes vendeurs ou entre des entreprises appartenant respectivement aux mêmes groupes. Si d'autres entreprises se joignent à ces mêmes entreprises pour certaines seulement des opérations considérées, ces opérations successives ne sont alors pas considérées comme une seule opération. L'opération globale sera à notifier à l'Autorité dès que le chiffre d'affaires consolidé de ces opérations successives dépasse les seuils de notification obligatoire, tant en ce qui concerne le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration qu'en ce qui concerne les chiffres d'affaires individuels. La mesure du délai écoulé entre deux opérations successives doit être faite entre les dates de signature des accords juridiquement contraignants relatifs à ces opérations dans la mesure où la date à laquelle la contrôlabilité d'une opération doit être appréciée est celle de la notification à l'Autorité et où une opération peut être notifiée dès lorsqu'un accord suffisamment contraignant est conclu⁵².

89. Le présent guide se limitera à rappeler les points clefs du calcul des chiffres d'affaires, le lecteur étant invité à se reporter à la communication consolidée de la Commission pour toute question plus spécifique que soulèverait un cas d'espèce.

a) La notion d'entreprise concernée

90. Le règlement (CE) n° 139/2004 utilise l'expression d'« *entreprises concernées* », alors que le code de commerce utilise celle d'« *entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration* ». Ces deux expressions visent cependant le même objectif, et le terme d'« *entreprise concernée* » sera utilisé dans la suite de ce document indistinctement. L'interprétation de cette notion, développée dans la communication consolidée de la Commission, dépend du type d'opération :

- dans les cas des fusions, les entreprises concernées sont les entreprises qui fusionnent ;
- dans les cas d'une prise de contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible ;

⁵¹ Décision de l'Autorité n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial.

⁵² Voir décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial.

- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise déjà existante, les entreprises concernées sont les entreprises prenant le contrôle et l'entreprise préexistante acquise ; toutefois, lorsque la société préexistante se trouvait sous le contrôle exclusif d'une société et que un ou plusieurs nouveaux actionnaires en prennent le contrôle en commun alors que la société-mère initiale subsiste, les entreprises concernées sont chacune des sociétés exerçant le contrôle en commun (y compris donc l'actionnaire initial). En ce cas, la société cible n'est pas une entreprise concernée et son chiffre d'affaires fait partie de celui de la société-mère initiale ;
- dans le cas d'une transformation d'un contrôle conjoint en contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible, les entreprises cédantes n'étant pas considérées comme concernées ;
- dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise commune nouvellement créée, les entreprises concernées sont les entreprises contrôlantes. L'entreprise nouvellement créée n'est pas considérée comme « concernée », n'ayant pas de chiffre d'affaires qui lui est propre avant l'opération. Si l'une des entreprises contrôlantes apporte à l'entreprise nouvellement créée des actifs, le chiffre d'affaires qui leur est rattaché est pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires de cette entreprise contrôlante.

b) Notion de chiffre d'affaires

91. Le calcul des chiffres d'affaires doit permettre d'apprécier la force économique de l'entreprise concernée dans son ensemble, et pas seulement celles des entités juridiques impliquées dans le montage de l'opération.
92. Dans le cadre d'une prise de contrôle, pour chacun des acquéreurs, le calcul doit prendre en compte toutes les activités du groupe et non celles des seules filiales directement impliquées dans l'opération ou celles relatives aux marchés concernés ou affectés par l'opération. Pour le cédant, seul le chiffre d'affaires de la partie cédée est pris en compte, le paragraphe 2 de l'article 5 du règlement disposant que « ... *lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la concentration est pris en considération dans le chef du ou des cédants* ».
93. Le paragraphe 4 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 précise que le chiffre d'affaires total à prendre en compte pour une entreprise concernée est déterminé comme suit : « *sans préjudice du paragraphe 2, le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent règlement résulte de la somme des chiffres d'affaires :*
 - a) *de l'entreprise concernée ;*

- *b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement ;*
- *i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation ;*
- *ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote ;*
- *iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ;*
- *iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise ;*
- *c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;*
- *d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ;*
- *e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux points a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b) ».*

94. Les critères utilisés pour identifier les entreprises dont le chiffre d'affaires peut être attribué à l'entreprise concernée sont différents des critères de l'« *influence déterminante* » utilisés pour établir l'exercice d'un contrôle. En effet, une entreprise peut exercer une influence déterminante sur une autre entreprise, sans disposer de la moitié du capital, du pouvoir d'exercer la moitié des droits de vote, du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise ou du droit de gérer les affaires de l'entreprise (voir le paragraphe 184 de la communication consolidée de la Commission à ce sujet).

95. Les aides publiques accordées aux entreprises doivent entrer dans le calcul du chiffre d'affaires, dès l'instant où elles sont directement liées à la vente de produits et de services de cette entreprise, puisqu'elles renforcent le poids économique de l'entreprise sur le marché en lui permettant de vendre à des prix inférieurs à ceux qu'elle pourrait pratiquer en l'absence de ces aides publiques.

c) Traitement du chiffre d'affaires « interne »

96. Le paragraphe 1 de l'article 5 précise que « *le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article* ». Cette exclusion des activités intra-groupe prévue par l'article 5(1) a pour objet d'éviter la double comptabilisation du chiffre d'affaires concerné lorsque l'ensemble des activités du groupe doit être pris en considération. Ne pas exclure les ventes intragroupes reviendrait alors à surévaluer artificiellement le poids économique des entreprises sur les marchés puisque les échanges intra-groupes seraient comptabilisés une

première fois au niveau de l'entreprise amont alors que ces produits sont destinés à être revendus (éventuellement après transformation) et entrent donc aussi dans le calcul du chiffre d'affaire de l'entreprise aval.

97. En revanche, lorsqu'une partie seulement d'une entité économique est vendue, l'exclusion du chiffre d'affaires interne entre la partie cédée et la partie cédante empêcherait la prise en compte d'une partie, voire de la quasi-totalité, de l'activité économique de la partie vendue ce qui est contraire aux principes généraux du règlement sur les concentrations selon lesquels le calcul du chiffre d'affaires est destiné à mesurer le poids économique réel de chaque entreprise impliquée dans une concentration. Le paragraphe 163 de la communication consolidée sur la compétence de la Commission précise que lorsqu'une entité n'avait que des revenus internes dans le passé, et que son acquisition constitue une concentration sur la base des considérations énoncées aux points 25 et suivants de la communication, la pratique de la Commission veut que le chiffre d'affaires soit normalement calculé en se fondant sur le chiffre d'affaires précédemment que ces activités réalisaient en interne sauf si celui-ci ne semble pas correspondre à la valeur de marché des activités en question⁵³. C'est par exemple le cas lorsque certaines activités auparavant assurées en interne sont externalisées, les actifs qui leur sont associés faisant l'objet d'une prise de contrôle par un tiers.
98. Lorsque l'opération se traduit par une transformation du contrôle exercé en commun sur une entreprise à un contrôle exclusif exercé par une des maisons-mères, afin d'éviter là aussi une double imputation du chiffre d'affaires de l'entreprise commune, le chiffre d'affaires de l'entreprise acquérant le contrôle exclusif doit être calculé sans prendre en compte le chiffre d'affaires de l'entreprise cible et le chiffre d'affaires de l'entreprise cible doit être calculé sans prendre en compte celui de l'actionnaire acquéreur⁵⁴.
99. Dans le cas particulier d'entreprises communes entre plusieurs entreprises concernées, le règlement précise, au paragraphe 5 de l'article 5, que le chiffre d'affaires des entreprises communes réalisé auprès de tiers est imputé à parts égales aux différentes entreprises concernées, quelle que soit la part du capital ou des droits de vote qu'elles détiennent.

d) Ajustement du chiffre d'affaires

100. Les parties notifiantes doivent fournir des chiffres d'affaires qui reflètent la situation économique des entreprises au moment de la signature de l'acte contraignant qui permet la notification⁵⁵. Tous les chiffres d'affaires doivent être évalués à la date du dernier exercice

⁵³ Décision de l'Autorité 11-DCC-214 du 29 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Alyzia par G3S, points 6 à 12.

⁵⁴ Point 188 de la communication consolidée – Voir sur ce point la décision de l'Autorité n°09-D-18 du 20 juillet 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cofel par la société Pikolin.

⁵⁵ Décision du ministre C2002-64 GOP /Oxford du 9 août 2002, publiée au BOCCRF du 25 novembre 2002.

clos sur la base des comptes vérifiés. Ils ne peuvent être corrigés, le cas échéant, que pour tenir compte de modifications permanentes de la réalité économique de l'entreprise, suite à des opérations de fusions, de cessions ou d'acquisitions ou à des fermetures d'activité survenues postérieurement⁵⁶. De même, lorsqu'une entreprise a été créée en cours d'année, la prise en compte du chiffre d'affaires sur une durée de quelques mois ne permet pas de rendre compte de la réalité économique de l'entreprise. Une année complète à cheval sur deux exercices peut alors être prise en compte⁵⁷.

101. En revanche, conformément à la communication consolidée de la Commission, lorsque des accords de vente d'actifs de l'entreprise ont été signés mais que la vente n'a pas encore été réalisée, ils ne sont pas pris en compte à moins que la vente ne soit une condition préalable à l'opération notifiée⁵⁸.

e) Affectation géographique du chiffre d'affaires

102. En ce qui concerne l'affectation géographique du chiffre d'affaires, celui-ci doit être affecté au lieu où s'exerce la concurrence⁵⁹, c'est-à-dire, en règle générale, au lieu où se trouve le client. En ce qui concerne la vente de biens, le lieu où le contrat a été conclu et le lieu de livraison priment sur l'adresse de facturation. En ce qui concerne les services, c'est le lieu de fourniture de ceux-ci qui est à prendre en compte.
103. En outre, le contrôle des concentrations s'applique à toutes les entreprises, quelles que soient leur nationalité ou leur localisation, qu'elles possèdent ou non des actifs ou une structure en France, et que l'opération soit réalisée ou non en dehors du territoire national et ce dès lors qu'elles réalisent un chiffre d'affaires en France et dépassent les seuils de contrôlabilité⁶⁰.

f) Secteurs d'activités spécifiques

104. Dans le cas particulier des établissements de crédit et des établissements financiers, l'article 5 paragraphe 3 du règlement précise que le chiffre d'affaires est remplacé par la somme des intérêts et produits assimilés, des revenus de titres (revenus d'actions, de parts et d'autres titres à revenu variable, revenus de participations, revenus de parts dans des entreprises liées), des commissions perçues, du bénéfice net provenant d'opérations financières, et des autres produits d'exploitation, déduction faite, le cas échéant, de la taxe sur la valeur ajoutée et

⁵⁶ Voir la décision de l'Autorité n° 10-DCC-44.

⁵⁷ Décision de l'Autorité 09-DCC-45 du 28 septembre 2009 relative à l'acquisition de TEXELIS par le groupe REEL SAS.

⁵⁸ Point 172 de la communication consolidée.

⁵⁹ Communication consolidée, paragraphes 195 à 203.

⁶⁰ Voir par exemple la décision n° 12-DCC-83 du 13 juin 2012 relative à la fusion entre Nordmilch eG, Humana Milchunion eG et Molkereigenossenschaft Bad Bibra eG.

d'autres impôts liés à ces produits, c'est-à-dire par le produit bancaire brut.

105. Pour les entreprises d'assurance, l'article 5(3), point b du règlement n° 139/2004 précise que la notion de chiffre d'affaires est remplacée par « *la valeur des primes brutes émises qui comprennent tous les montants reçus et à recevoir au titre de contrats d'assurance établis par elles ou pour leur compte, y compris les primes cédées aux réassureurs et après déduction des impôts ou des taxes parafiscales perçus sur la base du montant des primes ou du volume total de celui-ci* ».
106. Dans certains secteurs d'activité, tels que les voyages à forfait ou la publicité, où la vente du service peut s'effectuer à travers des intermédiaires, la communication consolidée de la Commission indique que « *même si l'intermédiaire facture la totalité du montant au client final, le chiffre d'affaires de l'entreprise intervenant comme intermédiaire repose uniquement sur le montant de sa commission. En ce qui concerne les voyages à forfait, l'ensemble du montant payé par le client final est attribué au voyageur qui utilise l'agence de voyages comme réseau de distribution. Pour la publicité, seuls les montants reçus (sans la commission) sont considérés comme constituant le chiffre d'affaires de la chaîne de télévision ou du magazine, étant donné que les agences de presse, en leur qualité d'intermédiaires, ne représentent pas le canal de distribution des vendeurs d'espace publicitaire, mais sont choisies par les clients, c'est-à-dire les entreprises désireuses de placer de la publicité* ». ⁶¹
107. Dans le cas des réseaux de distribution impliquant des adhérents indépendants coordonnés par une tête de réseau (réseaux de franchise, coopératives, ...), les modalités générales d'affectation du chiffre d'affaires prévues au paragraphe 4 de l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 s'appliquent. En règle générale, le chiffre d'affaires de la tête de réseau n'inclut donc pas les ventes réalisées par les adhérents auprès du public. Il inclut en revanche les ventes réalisées par la tête de réseau à ses adhérents pour les approvisionner ou la rémunération des prestations de services que la tête de réseau facture à ses adhérents.

g) Cas des entreprises publiques

108. Dans son considérant 22, le règlement n° 139/2004 pose le principe de non discrimination entre secteurs publics et privé mais, comme le précise la communication consolidée, il ressort de ce considérant 22 que les États membres ne sont pas, en soi, considérés comme des "entreprises" au sens de l'article 5, paragraphe 4, pour la simple raison qu'ils ont des intérêts dans d'autres entreprises remplissant les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 4 et que, pour les besoins du contrôle des concentrations, « *le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques ne prend donc en considération que les entreprises appartenant au même ensemble économique doté du même pouvoir de décision autonome* ». Il convient donc,

⁶¹ Paragraphe 159 de la communication consolidée de la Commission du 21 février 2009.

pour le calcul du chiffre d'affaires des entreprises publiques concernées par une opération de concentration, d'aller au-delà du critère de détention de plus de la moitié du capital ou des droits de vote.

109. Dans les cas où l'entreprise-cible est acquise par une entreprises publique, afin de déterminer quel est le périmètre à prendre en compte pour le calcul du chiffre d'affaires⁶², il convient :
- premièrement, de s'interroger sur le fait de savoir si l'entreprise cible aura, après opération, un pouvoir autonome de décision (en cas de réponse positive l'opération ne constitue pas une concentration)⁶³ ;
 - deuxièmement, si l'entreprise cible ne constitue pas à elle seule un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, de déterminer quelle sera « l'entité acquérante » qui constituera avec cette entreprise cible un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome ;
 - troisièmement, de déterminer quelles entreprises ou unités détenues par cette « entité acquérante » doivent être prises en compte pour le calcul du chiffre d'affaires.
110. Le caractère autonome du pouvoir de décision d'une entreprise publique est déterminé par la méthode d'un faisceau prenant en compte divers indices selon le cas d'espèces (analyse de la gouvernance⁶⁴ et des pactes d'actionnaires, présence ou non d'administrateurs communs aux entreprises, mode de gestion des participations par l'État, dispositions régissant la communication d'informations et de documents stratégiques, constatations sur le comportement concurrentiel passé des entreprises concernées, etc.)⁶⁵.

⁶² Voir les décisions COMP/M. 1124 du 6 juillet 1998, Maersk Air/LFV Holdings, COMP/M.5508 du 15 mai 2009 Soffian/Hypo Real Estate, COMP/M.5861 du 4 août 2010 Austria/Hypo Group Alpe Adria et COMP/M.5449 du 12 novembre 2009, EDF/Segebel (décision de refus de renvoi en application de l'article 9, notamment le § 174).

⁶³ Voir par exemple la décision 11-DCC-32 du 22 février 2011 relative à la prise de contrôle conjoint du groupe La Poste par la Caisse des Dépôts et Consignations et l'État français.

⁶⁴ Par exemple, la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public prévoit que les conseils d'administration des entreprises dont l'État détient plus de 80 % du capital sont composées pour un tiers de représentants de l'État, pour un tiers de représentants des salariés et pour un tiers de personnalités qualifiées, assimilables à des administrateurs indépendants. En l'absence de pactes d'actionnaires, ce type de gouvernance dérogatoire, propre aux participations de l'État, ne permet pas aux représentants de l'État d'exercer une influence significative sur l'entreprise.

⁶⁵ Voir la décision du 12 novembre 2009 M.5449 – EDF/Segebel, décision article 9, notamment le § 174 : “ Relevant factors that may be taken into account when assessing the independent power of decision include, but are not necessarily limited to: (i) the existence of interlocking directorships between undertakings owned by the same acquiring entity; and (ii) the existence of adequate safeguards ensuring that commercially sensitive information is not shared between such undertakings. In any event, the exercise of supervisory powers by the State will not exclude the ability of such undertaking to set its strategy independently where such powers are limited to the protection of interests analogous to those of a minority shareholder ”.

IV. La procédure

A. L'OBLIGATION DE NOTIFICATION

111. Dès qu'une opération de concentration est contrôlable au sens des articles L. 430-1 et L. 430-2 du code du commerce, elle doit être notifiée auprès de l'Autorité de la concurrence.
112. Cette obligation de notification « *incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement* » (article L. 430-3). Dans le cas particulier de l'entrée de nouveaux actionnaires qui acquièrent un contrôle conjoint, l'ensemble des parties disposant du contrôle conjoint, même celles qui disposaient déjà d'un contrôle avant l'opération, doivent notifier conjointement. Par ailleurs, le renvoi à l'Autorité de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens de l'article L. 430-3.
113. En vertu du premier alinéa de l'article L. 430-3, « *l'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique* ». L'appréciation du caractère d'un projet « *suffisamment abouti* » se fait au cas par cas. De façon générale, il est possible d'admettre un projet si les parties notifiantes assurent l'Autorité de leur intention de conclure un engagement ferme et en apportent la preuve, indiquent l'objet et les modalités de la concentration envisagée, l'identité des parties à l'opération, le périmètre de la concentration et le calendrier prévisionnel.
114. Si aucune disposition ne limite dans le temps la validité des autorisations accordées par l'Autorité, les opérations doivent néanmoins être réalisées dans un délai raisonnable et en toute hypothèse à circonstances de droit et de fait inchangées. Si un projet est autorisé, mais qu'il subit des modifications significatives avant sa réalisation, la décision d'autorisation n'est plus valable. En effet, dans ce cas, l'Autorité se sera prononcée sur un projet différent de celui qui a été réalisé concrètement. Les parties notifiantes sont donc invitées à notifier à nouveau l'opération, avant sa réalisation, dans ce cas, afin d'obtenir l'autorisation du projet qui sera réellement mis en œuvre. Pour vérifier le respect de ces dispositions, l'Autorité peut demander aux parties ayant bénéficié d'une décision d'autorisation sur la base d'un projet d'accord de lui communiquer les accords irrévocables une fois ceux-ci signés.
115. Des entreprises qui réaliseraient une opération de concentration contrôlable sans l'avoir préalablement notifiée, s'exposent aux sanctions prévus à l'article L. 430-8-I :

- « I.-Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. La procédure prévue aux articles L. 430-5 à L. 430-7 est alors applicable.
 - En outre, l'Autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros ».
116. Il convient de souligner que ce dispositif sanctionne aussi bien une infraction intentionnelle qu'une omission par simple négligence. L'Autorité de la concurrence tient notamment compte, dans son appréciation, des circonstances ayant mené au défaut de notification et du comportement des entreprises au cours de la procédure.
117. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire devant l'Autorité. En application du III de l'article L. 462-5 du code de commerce, le rapporteur général propose à l'Autorité de se saisir d'office de la situation de l'entreprise concernée au regard du I l'article L. 430-8 dudit code. Un rapport est communiqué aux entreprises concernées auxquelles un délai de deux mois est laissé pour présenter leurs observations en réponse. Les entreprises sont ensuite entendues en séance par le collège de l'Autorité. La décision est notifiée aux parties et publiée sur le site de l'Autorité.
118. La conformité de cette procédure « *aux principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante* » a été validée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 12 octobre 2012⁶⁶.
119. L'Autorité a sanctionné la société Colruyt pour avoir réalisé sans l'avoir notifiée une opération relevant de l'application des dispositions des articles L. 430-3 et suivants du code de commerce⁶⁷. Elle a également sanctionné le groupe Réunica pour ne pas avoir notifié son projet de rapprochement avec le groupe Arpège avant la réalisation de l'opération⁶⁸.
120. Dans la décision sanctionnant la société Colruyt, l'Autorité a considéré qu'en l'absence de disposition relative à la prescription spécifique à l'application de l'article L. 430-8-I, l'article L. 462-7 du code de commerce disposant que « *l'Autorité ne peut être saisie de faits*

⁶⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012.

⁶⁷ Décision 12-D-12 du 11 mai 2012 relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I de l'article L. 430-8 du code de commerce. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État en cours d'examen à la date de publication des présentes lignes directrices.

⁶⁸ Décision 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.

remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction » visait, sans distinction, l'ensemble des « faits » que l'Autorité peut être conduite à sanctionner et qu'en conséquence, il convenait de retenir que la prescription quinquennale est applicable aux faits relevant du I de l'article L. 430-8⁶⁹. S'agissant du point de départ de cette prescription, l'Autorité a considéré que les faits visés au I de l'article L. 430-8 concernent l'omission d'une notification devant intervenir à un moment précis, et que la réalisation d'une opération de concentration économique intervient en un trait de temps, même si ses effets sont appelés à se poursuivre, et qu'en conséquence, la réalisation d'une opération de concentration sans qu'elle ait été notifiée préalablement constitue une infraction permanente dont la prescription commence à courir au jour où se matérialise le changement de contrôle. Les faits relatifs à deux opérations d'acquisition réalisées en 2003 et 2004 par la société Colruyt n'ont donc pas été examinés par l'Autorité⁷⁰.

121. Par ailleurs, dans les deux décisions de sanction précitées, l'Autorité a considéré qu'il résultait de l'économie des articles L. 430-1, L. 430-3 et L. 430-8-1 que le défaut de notification d'une opération de concentration doit être imputé à la ou aux personne(s) physique(s) ou morale(s) sur lesquelles pesait l'obligation de notification, c'est-à-dire à celle(s) acquérant de façon ultime le contrôle de la cible, et non à la seule personne juridiquement signataire de l'accord d'acquisition, dans la mesure où cette ou ces personnes dispose(nt), « *directement ou indirectement* », de la « *possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité* » de la cible. Dans le cas du groupe Colruyt, la personne acquérant ultimement le contrôle était la société de droit belge Et. Fr. Colruyt et non sa seule filiale française. Dans le cas de la fusion des groupes Réunica et Arpège, les personnes auxquelles incombait la notification étaient les associations sommitales des deux groupes de protection sociale fusionnant.
122. Sur ce point, le Conseil d'État a rejeté, le 14 décembre 2012, la demande de renvoi devant le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée par la société Colruyt France et la société Et. Fr. Colruyt à l'appui de leur requête en annulation contre la décision n° 12-D-12. Il a en particulier considéré que les articles L. 430-3 et L. 430-8-1 du code de commerce désignent de façon suffisamment claire l'auteur du manquement à l'obligation de notification d'une opération de concentration, qui est également la personne physique ou morale susceptible d'être sanctionnée⁷¹.
123. S'agissant des déterminants de la sanction, l'autorité prend en compte la gravité des faits eu égard aux circonstances de l'espèce et à la situation individuelle de la personne en cause. Sur la gravité, il convient de noter que le non respect de l'obligation prévue à l'article L. 430-3 du

⁶⁹ Dans une décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article L. 462-7 s'appliquait aux faits relevant du IV de l'article L. 430-8.

⁷⁰ Décision 12-D-12 précitée.

⁷¹ Décision du Conseil d'État n° 360949 du 14 décembre 2012.

code de commerce constitue, par nature, une infraction grave à l'ordre public économique dans la mesure où ce manquement prive l'Autorité de la concurrence de toute possibilité de contrôler un projet de concentration préalablement à sa réalisation, et ce, quels que puissent être les effets possibles de l'opération projetée sur la concurrence. La caractérisation du manquement sanctionné par le I de l'article L. 430-8 du code de commerce ne nécessite donc pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par la concentration non notifiée⁷². 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, et notamment du caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité de l'opération, de la taille de l'entreprise et des moyens, notamment juridiques, dont celle-ci pouvait disposer, du fait que l'entreprise a spontanément porté l'absence de notification à l'attention de l'Autorité ou de 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 encore de la coopération apportée par l'entreprise au cours de la procédure.

B. L'EFFET SUSPENSIF DE LA PROCÉDURE ET LES DÉROGATIONS

124. En vertu de l'article L. 430-4, « *la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'article L. 430-7-1, celui du ministre chargé de l'économie.* ». Cette disposition contraint les entreprises à notifier l'opération avant sa réalisation, comme exposé ci-dessus, mais également, une fois que l'opération est notifiée, à ne pas réaliser l'opération avant que l'Autorité ou, le cas échéant le ministre chargé de l'économie, n'ait rendu une décision.
125. La réalisation d'une opération est effective dès l'instant où le contrôle au sens de l'article L. 430-1-III est constitué. Par exemple, dans une opération où les droits de jouissance sur l'entreprise cible sont transmis avant les droits de propriété, l'opération est réalisée dès le transfert des droits de jouissance.

⁷² Cette appréciation est partagée par le Tribunal de l'Union européenne dans l'arrêt rendu le 12 décembre 2012, T-332/09 Electrabel contre Commission européenne : « 235. C'est, dès lors, à juste titre que la Commission précise au considérant 187 de la décision attaquée que, « [e]n subordonnant à une notification et une autorisation préalables les concentrations de dimension communautaire, le législateur communautaire a entendu assurer l'effectivité du contrôle des concentrations de dimension communautaire par la Commission, en permettant à cette dernière, le cas échéant, d'empêcher la réalisation de ces concentrations avant qu'une décision finale n'ait été adoptée et, partant, de prévenir des atteintes irréparables et permanentes à la concurrence ». la Commission a donc pu, sans commettre d'erreur, qualifier l'infraction de grave, compte tenu de sa nature. » Le Tribunal précise également : « 238. Par conséquent, la Commission était en droit de considérer que l'infraction était grave par nature sans que cela implique qu'il devrait alors s'agir d'une infraction intentionnelle ».

1. DÉROGATION À L'EFFET SUSPENSIF DU CONTRÔLE PRÉVUE À L'ARTICLE L. 430-4

126. Toutefois, le second alinéa de l'article L. 430-4 prévoit qu'« *en cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci* ». Il appartient aux parties, au moment du dépôt de leur dossier de notification, de préciser les raisons de leur demande de dérogation. Une telle demande peut également être déposée ultérieurement dans le cours de la procédure. Toute demande fait l'objet d'un examen spécifique par l'Autorité.
127. Si l'octroi d'une telle dérogation est, par définition, exceptionnel, les offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou redressement judiciaire en bénéficient couramment, car de telles offres peuvent conduire les parties à se retrouver automatiquement en infraction vis-à-vis de l'article L. 430-4 du code de commerce, par la décision du tribunal de commerce leur attribuant le contrôle de l'entreprise concernée. D'autres circonstances exceptionnelles comme le risque de disparition imminente de l'entreprise cible, l'ouverture d'une procédure collective, la nécessité pour l'acquéreur d'apporter des garanties ou d'obtenir des financements pour assurer la survie de la cible, etc. peuvent également justifier l'octroi de cette dérogation. Il est demandé aux entreprises qui souhaiteraient bénéficier de cette dérogation, d'en faire la demande au moins 5 jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal, en la joignant à un dossier de notification aussi complet que possible, qui inclut, a minima, une présentation des parties et de l'opération, la justification de la demande de dérogation, et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération.
128. L'octroi d'une dérogation par l'Autorité ne préjuge toutefois en rien de la décision finale qui sera prise à l'issue de l'instruction. L'Autorité pourra imposer des mesures correctives, voire même interdire l'opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence. Les parties doivent donc veiller, pendant la période précédant la décision finale, à s'abstenir de prendre des actes ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible ou mettre en œuvre opérationnellement leur fusion de manière irréversible.
129. La dérogation porte sur l'interdiction de réaliser l'opération avant qu'elle n'ait été autorisée et n'a pas pour effet de dispenser l'opération de cette autorisation. Les dérogations accordées par l'Autorité sont donc caduques d'office si, dans un délai de trois mois après la réalisation de l'opération, le dossier de notification n'a pas fait l'objet de l'accusé de réception prévu au troisième alinéa de l'article R. 430-2 du code de commerce, c'est-à-dire n'a pas été complété par les parties, empêchant ainsi son examen par l'Autorité.

2. DÉROGATION À L'EFFET SUSPENSIF DE LA PROCÉDURE POUR LES OPÉRATIONS SUR MARCHÉ (ARTICLE R. 430-5)

130. Un second dispositif dérogatoire à l'effet suspensif de la procédure est prévu par l'article R. 430-5 : « *Lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision de l'Autorité de la concurrence ne fait pas obstacle au transfert desdits titres* ». Ainsi, le transfert de propriété des titres ne valant pas réalisation de la concentration, il peut être effectué avant que l'opération ne soit approuvée par l'Autorité. Cette dérogation ne s'applique néanmoins pas à l'usage des droits de vote associés au transfert de titres. Aussi longtemps que l'opération n'a pas été approuvée par l'Autorité, l'exercice de ces droits, sauf en cas de dérogation individuelle prévue au second alinéa de l'article L. 430-4, réalise la concentration et, de ce fait, est passible d'une sanction en vertu de l'article L. 430-8. Ce mécanisme s'applique pour les offres publiques d'achat (OPA), les offres publiques d'échange (OPE), ou l'acquisition d'un contrôle par simple achat de titres sur un marché réglementé sans lancement d'OPA.
131. Dans le cas où le contrôle est obtenu par simple acquisition de titres sur un marché réglementé sans lancement d'une OPA (ou sans que celle-ci, si elle est rendue obligatoire par le droit boursier, soit nécessaire pour l'obtention du contrôle), les entreprises peuvent également bénéficier de la dérogation automatique s'agissant du seul transfert des titres.
132. Un autre cas de figure peut résulter de l'acquisition, par un accord de gré à gré, d'une participation dite « de contrôle » entraînant une obligation de dépôt d'une OPA sur le capital restant. Le caractère indissociable des différentes étapes de prise de contrôle découle alors de la loi ou des règles de place (en France, le code monétaire et financier). Le fait générateur du contrôle de la concentration est alors constitué par les deux événements pris ensemble, qui se succèdent d'ailleurs à courte échéance, à savoir la conclusion de l'accord hors marché et le dépôt de l'OPA. De telles opérations de transfert de titres en deux étapes indissociables peuvent être notifiées au stade de la conclusion de l'accord hors marché, si le projet de concentration est suffisamment abouti, ou à l'issue du lancement de l'OPA, lorsque la concentration est engagée de façon irrévocable. Dans ce cas, la suspension de la réalisation effective de l'opération au sens de l'article L.430-4 s'applique alors aussi bien à l'exercice des droits attachés aux titres acquis hors marché qu'à celui des droits attachés aux titres faisant l'objet de l'offre publique.
133. Dans l'hypothèse d'offres « privées » sur des marchés non soumis aux règles d'OPA relatives aux marchés réglementés (marché libre ou hors cote), aucune dérogation automatique n'est prévue à la suspension de la réalisation de l'opération. En conséquence, contrairement aux opérations en deux étapes donnant lieu à intervention sur un marché réglementé (OPA), les

opérations analogues mais dont la seconde étape ne consisterait qu'en une offre dite « privée » de rachat de titres sur un marché hors cote, deviennent soumises à l'obligation de notification dès l'acquisition du contrôle par tout moyen.⁷³

3. LA SANCTION DE L'ARTICLE L. 430-8-II

134. L'article L. 430-8-II dispose que « *si une opération de concentration notifiée et ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article L. 430-4 a été réalisée avant l'intervention de la décision prévue au premier alinéa du même article, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.* », soit, pour les personnes morales, 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise, et, pour les personnes physiques, 1,5 million d'euros.

C. LES DIFFÉRENTES PHASES DE LA PROCÉDURE

135. Plusieurs phases de la procédure devant l'Autorité peuvent être distinguées.
- La pré-notification : cette phase est facultative, informelle et confidentielle. Elle s'avère néanmoins très importante pour une instruction optimale de l'opération concernée. Elle permet, en amont de la notification, pour les entreprises qui le souhaitent, d'échanger avec le service des concentrations sur les questions que soulève l'opération. Même si la pré-notification n'est pas nécessaire pour toutes les opérations, elle est particulièrement importante lorsque l'opération soulève des questions de contrôlabilité, lorsqu'un renvoi est envisagé ou dans le cas d'opérations complexes susceptibles de nécessiter des mesures correctives.
 - Les renvois : les opérations de dimension nationale peuvent être renvoyées à l'initiative des entreprises (Article 4.5 du règlement 139/2004) ou de l'Autorité (Article 22) devant la Commission, ou, inversement, les opérations de dimension communautaire peuvent être renvoyées, à l'initiative des entreprises (Article 4.4) ou de l'Autorité (Article 9), éventuellement sur invitation de la Commission, devant l'Autorité. Ces renvois sont instruits en début de procédure, selon les cas, avant ou après la notification de l'opération objet du renvoi.
 - La phase 1 : une fois notifiée (ou renvoyée par la Commission), l'opération est

⁷³ Voir, par exemple, les décisions du ministre C2002-39 AtriA Private Equity Fund / Groupe Philippe Bosc du 18 novembre 2002, C2005-97 LogicaCMG / Unilog du 20 octobre 2005, C2007-106 Vinci / Entrepose contracting du 21 août 2007.

examinée par l'Autorité dans le cadre d'un premier examen dit de « phase 1 ». Au terme de cet examen, qui peut impliquer la consultation de tiers, clients, concurrents ou fournisseurs dans le cadre d'un test de marché, l'Autorité se prononce sur l'opération. Elle peut constater que le contrôle des concentrations ne lui est pas applicable, l'autoriser, en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation des engagements pris par les parties lorsque l'opération est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels ou, s'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence qui ne peut être compensé par les engagements éventuellement proposés, engager un examen approfondi, dit « phase 2 ». Le ministre chargé de l'économie peut aussi demander l'ouverture d'une phase 2.

- La phase 2 : en pratique, les « phases 2 » sont engagées dans des cas plus restreints. Comme en phase 1, l'Autorité peut recevoir des engagements proposés par les parties. L'examen approfondi donne lieu à un rapport adressé aux parties notifiantes et au commissaire du Gouvernement qui peuvent produire leurs observations. L'opération fait l'objet d'une séance devant le collège de l'Autorité. Au terme de cette procédure contradictoire, l'Autorité peut autoriser l'opération en la subordonnant éventuellement à la réalisation d'engagements pris par les parties ou d'injonctions et prescriptions imposées aux parties, ou l'interdire. Une fois la décision de l'Autorité rendue, le ministre peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération.
- Les recours : enfin, toutes les décisions relatives au contrôle des concentrations, prises par l'Autorité ou, en cas d'évocation, par le ministre, sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État.
- La mise en œuvre des mesures correctives : la mise en œuvre des mesures correctives fait l'objet d'un suivi rigoureux par l'Autorité de la concurrence pour vérifier que les obligations des parties ont bien été respectées.

D. LA PHASE DE PRÉ-NOTIFICATION

136. La phase de pré-notification, qui est facultative, est déclenchée à l'initiative des entreprises parties à l'opération qui souhaiteraient consulter le service des concentrations de l'Autorité lorsque des incertitudes pèsent sur la contrôlabilité de l'opération, ou, pour des opérations complexes, lorsqu'elles souhaitent se faire une première idée sur l'acceptabilité de leur projet et ainsi anticiper les éventuels aménagements nécessaires. Une pré-notification peut également être faite à l'Autorité lorsque les parties envisagent un renvoi à la Commission

européenne.

137. Une prise de contact en amont de la notification permet aux entreprises d'échanger avec les services de l'Autorité pour compléter le dossier de notification, lorsque des questions particulières se posent par exemple en ce qui concerne la délimitation des marchés pertinents pour l'analyse des effets de l'opération les parties ou lorsque les entreprises envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques ad hoc. Ces contacts minimisent le risque d'incomplétude lorsque le dossier est notifié formellement et permettent donc d'accélérer l'examen de l'opération par l'Autorité.
138. Pour déclencher cette phase, les parties peuvent adresser une présentation de l'opération, (décrivant les parties, l'opération envisagée, les marchés concernés, les concurrents, et les parts de marché des parties), ou une version préliminaire de leur dossier de notification. Ces documents peuvent être adressés directement par courrier électronique à l'adresse controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr. A la suite de cet envoi, et dans un délai de cinq jours ouvrés, un premier retour portant sur le nom du ou des rapporteurs chargés de l'examen de la notification et sur l'état de la complétude du dossier sera fait aux parties. Des réunions informelles peuvent être organisées avec les parties en tant que de besoin.
139. Cette phase peut être initiée par les entreprises quel que soit le degré d'aboutissement du projet de concentration. Elle n'est soumise a priori à aucun formalisme quant aux informations qui doivent être fournies à ce stade par les entreprises. Cependant, si le principal objectif poursuivi par les parties est de minimiser le risque d'incomplétude de la notification, il est nécessaire que la consultation du service des concentrations soit engagée suffisamment en amont de la date à laquelle les parties à l'opération ont prévu de notifier l'opération, sur la base d'éléments d'information relatifs à l'opération et aux marchés concernés aussi détaillés que possible, et que le projet de dossier de notification soit effectivement complété sur la base des questions posées par le service des concentrations.
140. Lorsque les interrogations des parties portent sur la contrôlabilité d'une opération, le service des concentrations examine les éléments fournis. S'il s'avère, au vu de ces éléments, que l'opération envisagée n'est pas contrôlable, les parties en sont informées par le service des concentrations par lettre de confort. Néanmoins, si la contrôlabilité pose des questions nouvelles, les entreprises peuvent être invitées à notifier l'opération afin que ces questions puissent être tranchées par l'Autorité dans le cadre d'un examen formel.
141. Lorsque les parties envisagent de joindre à leur dossier de notification des études économiques ad hoc, des réunions d'échange peuvent être organisées avec le service des concentrations et le service économique, dès la pré-notification, sur la méthodologie proposée. Plus ces réunions interviennent en amont de la procédure, plus elles sont susceptibles de permettre que les études économiques contribuent efficacement à l'instruction. Pour de plus amples détails, il convient de se reporter à l'annexe relative aux

recommandations pour la soumission d'études économiques.

142. L'ensemble de cette phase de pré-notification est strictement confidentiel : elle ne donne lieu à aucune publicité sur le site internet de l'Autorité et à aucun contact avec des tiers. Néanmoins, sous réserve de l'accord préalable écrit des parties, une consultation de marché peut être initiée dès cette phase afin de réunir des informations plus précises sans attendre la notification et contribuer ainsi à minimiser le risque d'incomplétude de la notification.

E. LES RENVOIS ET L'APPLICATION DES LÉGISLATIONS NATIONALES RELATIVES AUX INTÉRÊTS LÉGITIMES

143. Comme précisé précédemment, le règlement (CE) n° 139/2004 définit les seuils de chiffre d'affaires fixant la limite des compétences respectives de la Commission européenne et des autorités de concurrence des États membres en matière de contrôle des concentrations. Cependant, le règlement prévoit à l'article 4, paragraphes 4 et 5, à l'article 9 et à l'article 22 des mécanismes de renvoi permettant, dans certains cas particuliers, l'examen d'opérations de dimension nationale par la Commission et, inversement, l'examen d'opérations de dimension communautaire par les autorités nationales de concurrence. Le bénéfice des articles 4(4) et 4(5) est demandé par les entreprises au stade de la pré-notification. Celui des articles 9 et 22 est demandé par les États membres après réception de la notification.
144. Ces mécanismes répondent à deux objectifs : permettre qu'une concentration soit examinée par l'autorité de concurrence la mieux placée pour mener l'examen, ou permettre aux entreprises de bénéficier d'un « guichet unique », rôle joué par la Commission, dans les opérations impliquant des notifications multiples dans l'Union européenne.
145. Ces mécanismes sont précisés par la communication de la Commission sur le renvoi d'affaires en matière de concentrations du 5 mars 2005.

1. RENVOIS AUX AUTORITÉS NATIONALES

146. Les renvois d'affaires de dimension communautaire vers les autorités nationales de concurrence peuvent être effectués soit à la demande des entreprises, soit à la demande des États membres, éventuellement sur invitation de la Commission.
147. Ainsi, les parties concernées par une opération de concentration entrant dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 peuvent demander à la Commission le renvoi, total ou partiel, de l'opération envisagée aux autorités compétentes d'un État membre, en vertu de l'article 4 paragraphe 4 du règlement. Pour ce faire, avant même de notifier la concentration, les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé

(dénommé « Formulaire RS »⁷⁴) « *que la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qu'elle doit par conséquent être examinée, en tout ou partie, par cet État membre* ». La Commission transmet alors sans délai le mémoire à tous les États membres. L'État membre visé dans le mémoire motivé doit, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son accord ou son désaccord sur la demande de renvoi de l'affaire. Au-delà de ce délai, il est réputé avoir accepté le renvoi. La Commission rend sa décision de renvoyer ou non l'affaire vers les autorités nationales dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la date où elle a reçu le mémoire motivé. En cas d'acceptation par la Commission d'une demande de renvoi d'une opération vers l'Autorité, le droit national des concentrations s'applique⁷⁵. Il appartient dès lors aux parties de déposer un dossier de notification auprès de l'Autorité. En cas de refus par la Commission de la demande, les parties doivent notifier leur opération auprès de la Commission.

148. D'autre part, le renvoi, total ou partiel, d'une opération de concentration notifiée à la Commission peut être demandé par les autorités compétentes d'un État membre en application des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 9 du règlement (CE) n° 139/2004 lorsque « *la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct* » (article 9.2.a), ou qu'« *une concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun* » (article 9.2.b), ce dernier cas visant notamment les marchés de dimension géographique régionale ou locale⁷⁶.
149. Cette demande doit être formulée dans les quinze jours ouvrables qui suivent la réception par l'autorité nationale concernée de la copie de la notification déposée par les parties à la Commission. Elle peut être faite à l'initiative de l'État membre, exercée en France par l'Autorité, ou sur invitation de la Commission. La demande doit être motivée « *selon une analyse préliminaire* »⁷⁷ par l'État membre requérant. La Commission apprécie la pertinence et le bien-fondé de la demande au regard des conditions posées par l'article 9. Toutefois, dans

⁷⁴ Paru en annexe III du règlement n° 802/2004 CE du 7 avril 2004 (règlement d'application du règlement CE n°139/2004), JOUE L 133/31 du 30 avril 2004.

⁷⁵ Voir les décisions n° 12-DCC-41 du 23 mars 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P et n° 12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participations.

⁷⁶ L'État membre peut décider de demander le renvoi de l'affaire pour examen de la totalité des marchés de produits ou services situés sur son territoire ou d'une partie d'entre eux seulement. La demande ne peut porter sur des marchés pertinents situés hors du territoire national. Néanmoins le renvoi d'affaires affectant des marchés locaux dans les zones frontalières est possible si, pour des raisons liées au fonctionnement du marché, seule la partie nationale doit être incluse dans le marché pertinent (décisions de la Commission M.2898 - Leroy Merlin / Brico du 13 décembre 2002 et M.3373 - Accor / Barrière / Colony du 4 juin 2004).

⁷⁷ Communication de la Commission sur le renvoi des affaires de concentration, 2005/C 56/02, JOUE du 5 mars 2005, paragraphes 35, 36, 39 et 40.

le cas d'une demande fondée sur l'article 9.2.b, si la Commission constate que les conditions sont réunies, elle ne dispose pas de la faculté de refuser le renvoi demandé⁷⁸. En cas d'acceptation par la Commission de la demande de renvoi⁷⁹, la décision de la Commission vaut notification en droit national, les délais du contrôle national commencent donc à courir à partir de la date de la décision de renvoi.

150. Le fait qu'une demande de renvoi selon l'article 9 est fondée sur une menace d'affectation significative de la concurrence, ne préjuge en rien, si le renvoi est accepté, de l'examen mené au fond par l'Autorité de la concurrence. Le TPICE l'a rappelé dans l'affaire Seb / Moulinex⁸⁰. Des concurrents de Seb avait contesté la décision de renvoi de la Commission vers la France, en invoquant la contradiction existant entre la motivation de la décision de renvoi, fondée sur une atteinte à la concurrence, et la décision du ministre chargé de l'économie qui a autorisé l'opération sans conditions, considérant que l'argument de l'entreprise défaillante s'appliquait. Les parties soutenaient que les autorités de concurrence françaises étaient liées par les termes de la décision de renvoi et qu'elles ne pouvaient pas approuver l'opération sans demander des engagements. Le tribunal a rejeté ce moyen aux motifs que les deux décisions en cause n'avaient pas le même objet et qu'il n'existait pas de lien entre elles. Il a confirmé que l'examen de la situation concurrentielle, effectué par la Commission à l'occasion du renvoi, était un examen "*prima facie*" qui avait uniquement pour but de déterminer si les conditions du renvoi étaient réunies : « *la Commission ne saurait, sous peine de priver l'article 9, paragraphe 3, premier alinéa sous b de sa substance, se livrer à un examen de la compatibilité de la concentration de nature à lier les autorités nationales concernées quant au fond, mais elle doit se borner à vérifier, au terme d'un examen prima facie, si, sur la base des éléments dont elle dispose au moment de l'appréciation du bien-fondé de la demande de renvoi, la concentration faisant l'objet de la demande de renvoi menace de créer ou de renforcer une position dominante sur les marchés concernés* ». Les résultats de cet examen "*prima facie*" ne préjugent donc pas, selon le TPICE, des conclusions des autorités nationales de concurrence à l'issue de l'analyse approfondie qu'elles pourront faire de l'opération.
151. En vertu de l'article L. 430-3 du code de commerce, le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire fait l'objet d'un communiqué publié par l'Autorité de la concurrence. Ces opérations sont publiées sur le site internet de l'Autorité, sous la rubrique

⁷⁸ Voir le paragraphe 41 de la communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations du 5 mars 2005.

⁷⁹ Décisions de la Commission COMP/M.5557 SNCF-P/CDPQ/Kéolis/Effia – 29/10/2009 ; M.3373 Accor/Colony/Barrière-Desseigne/JV – 04/06/2004 ; M.2978 – Lagardère/Natexis/Vup – 23/07/2003 (refus) ; M.2898 – Leroy Merlin/Brico – 13/12/2002 ; M.2621 -Seb/Moulinex - 08.01.2002 ; M.1684 – Carrefour/Promodes – 25/01/2000 ; M.1628 – TotalFina/Elf Aquitaine -23/11/1999 (renvoi partiel des marchés visés par la demande) ; M.1522 - Csme/Msca/Rock – 11/06/1999 ; M.1464 - Total/PétroFina (II) – 26/03/1999 ; M.1030 – Lafarge/Redland – 16/12/1997 ; M.1021 – Compagnie Nationale de Navigation/Sogelfa-Cim – 01/12/1997 M.991 - Promodes/Casino – 30/10/1997 ; M.460 – Holdercim/Cedest – 06/07/1994.

⁸⁰ Arrêt Philips du TPICE du 3 avril 2003, T-119/02.

dédiée aux opérations en cours d'examen, au même titre que les opérations notifiées directement à l'Autorité.

2. RENVOIS VERS LA COMMISSION

152. Des concentrations de dimension nationale peuvent être renvoyées devant la Commission à la demande des entreprises en vertu du paragraphe 5 de l'article 4 du règlement, ou à la demande des États membres en vertu de l'article 22 du règlement.

a) Renvois à la demande des parties : article 4(5)

153. Lorsqu'une concentration n'est pas de dimension communautaire mais devrait être notifiée dans trois États membres ou plus, le règlement (CE) n° 139/2004, dans le souci de « *garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée sont évitées dans toute la mesure du possible* »⁸¹, permet aux parties à la concentration de demander un renvoi à la Commission européenne. Cette demande doit être faite avant toute notification aux autorités nationales compétentes. Les parties doivent informer la Commission au moyen d'un mémoire motivé (« formulaire RS ») qu'elles souhaitent lui notifier l'opération. Cette demande peut être adressée à la Commission dès lors que la concentration est susceptible d'être examinée par au moins trois États membres ; aucune autre justification n'est nécessaire. La Commission transmet sans délai le mémoire des parties à tous les États membres. Tout État membre compétent pour examiner la concentration en application de son droit national peut alors, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son désaccord sur la demande de renvoi. Faute de réponse dans ce délai, l'autorité nationale est réputée avoir donné son accord. Lorsqu'au moins un État membre a exprimé son désaccord dans le délai requis, la Commission en informe les parties et les États membres et l'opération n'est pas renvoyée : les parties doivent alors la notifier auprès de chacune des autorités de concurrence des États membres concernés. Si, en revanche, aucun État membre ne s'oppose au renvoi, les parties notifient l'opération auprès de la Commission. Le droit communautaire du contrôle des concentrations s'applique alors.

b) Renvois à la demande des États membres : article 22

154. L'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004 prévoit la possibilité pour un ou plusieurs États membres de demander à la Commission d'examiner une concentration qui n'est pas de dimension communautaire mais qui « *affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres* »

⁸¹ Cf. règlement (CE) n° 139/2004, considérant n° 14.

qui formulent cette demande ».

155. Les membres de l'ECA (European Competition Authorities) ont défini comme suit les principaux critères justifiant la mise en œuvre de l'article 22⁸² :

- *« la dimension géographique du (des) marché(s) pertinent(s) affecté(s) par la concentration est plus large que nationale, et le principal effet de la concentration sur la concurrence est en rapport avec ce(s) marché(s) ;*
- *- les autorités nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés dans la collecte des informations en raison de la localisation des parties concernées ou des principales parties tierces en dehors de leur État membre ;*
- *- il existe des risques potentiellement significatifs d'atteinte à la concurrence sur un certain nombre de marchés nationaux ou régionaux de l'EEE, et les autorités nationales de concurrence s'attendent à rencontrer des difficultés pour identifier et/ou appliquer si nécessaire les remèdes appropriés et proportionnés, en particulier dans les cas où les remèdes adéquats ne peuvent être mis en œuvre par les autorités nationales de concurrence en application de leur droit national ou en établissant une coopération entre elles ».*

156. La Commission informe de cette demande les autorités compétentes des États membres mais aussi les entreprises concernées. Les autres États membres disposent alors de 15 jours ouvrables pour se joindre à la demande initiale. Ainsi, l'Autorité de la concurrence peut mettre en œuvre l'article 22 pour des opérations notifiées en France ou dans un autre État membre⁸³. Au terme de ce délai, la Commission doit décider sous 10 jours ouvrables d'examiner ou non la concentration et en informer les États membres et les entreprises concernées. Par défaut, sans décision formelle, la Commission est réputée avoir accepté la demande. Les délais nationaux sont suspendus jusqu'à cette décision. Dès qu'un État membre informe la Commission et les entreprises concernées qu'il ne souhaite pas se joindre à la demande, la suspension de ses délais nationaux prend fin. Si la Commission accepte le renvoi, tous les États membres ayant demandé ou s'étant joint à la demande n'appliquent plus leur droit national à la concentration concernée. En outre la Commission peut alors demander aux entreprises concernées de lui notifier l'opération.

3. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS LÉGITIMES NATIONAUX DANS LE CADRE DES CONCENTRATIONS

⁸² Principes de mise en œuvre des articles 4(5) et 22 du règlement (CE) n°139/2004 sur les concentrations par les Autorités nationales de concurrence au sein de l'ECA.

⁸³ L'Autorité a ainsi demandé en 2010 le renvoi à la Commission européenne de la prise de contrôle par SC Johnson & Son de la branche insecticides ménagers de Sara Lee Corporation, en s'associant à une demande de l'Espagne, et, en 2011, celui de la prise de contrôle par Aditya Birla Group de Columbia Chemicals Acquisition, en s'associant à la demande du Bundeskartellamt.

COMMUNAUTAIRES

157. Le règlement (CE) n° 139/2004 rappelle au paragraphe 3 de l'article 21 que la Commission dispose d'une compétence exclusive pour le contrôle des opérations entrant dans son champ de compétence. Les États membres ne peuvent pas appliquer leur propre législation sur la concurrence à ces opérations, sauf en cas de renvoi par la Commission.
158. Toutefois, pour les concentrations communautaires, en vertu du paragraphe 4 de ce même article 21, les États membres « *peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.*
- Sont considérés comme intérêts légitimes (...) la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles*
- Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. La Commission notifie sa décision à l'État membre concerné dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à dater de ladite communication. »*
159. La Commission a déjà admis que d'autres champs pouvaient légitimement faire l'objet d'une application du paragraphe 4 de l'article 21. Par exemple, dans l'affaire Lyonnaise des eaux / Northumbrian Water⁸⁴, la Commission a qualifié d'intérêt légitime le fait pour la Grande-Bretagne d'invoquer le respect de la réglementation relative au service essentiel de la distribution d'eau et à la protection spécifique des consommateurs en la matière.

F. LES ÉCHANGES D'INFORMATIONS RELATIFS AUX NOTIFICATIONS MULTIPLES ENTRE LES AUTORITÉS EN CHARGE DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS DANS LES DIFFÉRENTS ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE

160. Comme le précise le considérant 14 du règlement 139/2004, afin d'assurer l'examen des opérations par l'autorité la plus appropriée tout en évitant les notifications multiples dans toute la mesure du possible, il est nécessaire de disposer d'un mécanisme efficace d'échanges d'informations et de consultation. Un premier dispositif est mis en place par le règlement : chaque État membre est destinataire de toutes les notifications reçues par la Commission et des dispositions assurent la diffusion de l'information en ce qui concerne la mise en œuvre

⁸⁴ Décision de la Commission COMP. 567 Lyonnaise des Eaux / Northumbrian Water du 23 novembre 1995.

des mécanismes de renvoi.

161. Pour les opérations faisant l'objet de notifications parallèles dans plusieurs États membres, les États membres réunis au sein de l'ECA ont organisé depuis 2001 un dispositif systématisant l'échange du minimum d'informations destinées à permettre des contacts plus approfondis lorsque cela est nécessaire. Pour toutes les opérations qui sont notifiables dans plusieurs États, les États membres compétents établissent, à la réception de la notification, une fiche qui décrit l'opération et donne un contact utile. Cette fiche est diffusée à l'ensemble des États membres et à la Commission.
162. De plus, un guide des bonnes pratiques sur la coopération entre ANC en matière de contrôle des concentrations a été élaboré dans le cadre de l'European Competition Network (ECN) et publié le 8 novembre 2011. Les ANC peuvent ainsi s'assurer qu'elles disposent d'informations convergentes et échanger leurs points de vue sur les opérations, les caractéristiques et le fonctionnement des marchés concernés ainsi que les remèdes envisagés et limiter ainsi les risques de décisions discordantes. La protection des secrets d'affaires communiqués par les entreprises est assurée. En particulier, l'accord des entreprises est demandé pour échanger des informations sur les opérations qui n'ont pas encore été notifiées mais pour lesquels les entreprises concernées ont pris des contacts dans le cadre d'une pré-notification.

G. LA PHASE 1

1. LE DÉPÔT DU DOSSIER DE NOTIFICATION

163. Le dossier de notification doit être adressé en quatre exemplaires, comme le précise l'article R. 430-2 du code de commerce. De plus, l'article 27 du règlement intérieur de l'Autorité précise que l'un de ces exemplaires doit être fourni en version numérique au format PDF. Cet exemplaire peut être joint aux exemplaires en version papier, sur un CD-ROM⁸⁵.
164. Le dossier de notification peut être envoyé à l'Autorité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'adresse suivante :

*Autorité de la concurrence
A l'attention du Chef du service des concentrations
11, rue de l'Échelle F-75001 Paris (France)*

165. Il peut aussi être déposé les jours ouvrés entre 9h00 et 19h00 à la réception de l'Autorité de la

⁸⁵ Si elles le souhaitent, les parties peuvent aussi adresser quatre exemplaires en version papier et envoyer un exemplaire en version électronique par courriel à l'adresse : controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr.

concurrence, 11 rue de l'Échelle à Paris. Lors de leur réception ou de leur dépôt, les dossiers de notification sont marqués d'un timbre indiquant leur date d'arrivée à l'Autorité.

166. L'article R. 430-2 du code de commerce précise que « Le dossier de notification mentionné à l'article L. 430-3 comprend les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du présent livre. ». Un formulaire type de notification est disponible sur le site Internet de l'Autorité dans la rubrique « contrôle des concentrations / à qui adresser sa notification ? ». Le service des concentrations vérifie le plus rapidement possible que le dossier est complet ou que les éléments communiqués sont conformes aux spécifications contenues dans les annexes mentionnées ci-dessus. Le cas échéant, il demande que le dossier soit complété ou rectifié.
167. Lorsque la notification est complète, un accusé de réception, mentionnant la date du jour de réception des derniers éléments complétant le dossier, est adressé aux parties en vertu du troisième alinéa de l'article R. 430-2. La comptabilisation des délais d'instruction démarre à 0 heure du jour ouvré suivant celui mentionné sur l'accusé de réception.
168. Dès réception du dossier de notification, l'Autorité de la concurrence en adresse un exemplaire au ministre chargé de l'économie (article L. 430-3).

2. LE CONTENU DU DOSSIER DE NOTIFICATION

169. Comme indiqué ci-dessus, le dossier de notification doit comprendre les éléments énumérés aux annexes 4-3 à 4-5 du Livre IV de la partie réglementaire du code de commerce.
170. Il comprend 5 parties :
- une description de l'opération,
 - la présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent,
 - la présentation des marchés concernés (délimitation des marchés, parts de marché des parties),
 - une présentation détaillée de chacun des marchés affectés (voir ci-après),
 - une déclaration sur l'exactitude et la complétude des informations fournies.
171. Une présentation détaillée des marchés n'est demandée que lorsqu'un marché est affecté (cf. ci-dessous), afin d'alléger le dossier de notification pour les opérations les plus simples.
172. La description de l'opération doit inclure un résumé non confidentiel de l'opération, destiné à être publié sur le site internet de l'Autorité. Ce résumé, qui sera limité à 500 mots, vise essentiellement à expliciter le périmètre de l'opération pour les tiers. Ce résumé ne doit pas contenir d'éléments préliminaires d'appréciation sur les effets de l'opération.
173. Lorsque les marchés pertinents sont délimités en zones de chalandise locales, il convient

d'inclure dans le dossier, pour les marchés affectés, des cartes délimitant ces zones, figurant la localisation des magasins des parties et de leurs concurrents et indiquant les courbes isochrones (c'est-à-dire les courbes en temps de trajet autour des points de vente considérés) pertinentes pour le marché considéré.

174. Par ailleurs, il convient de joindre au dossier de notification une copie des actes juridiques importants pour la bonne compréhension de l'opération, comme, par exemple, les accords entre les parties, les contrats de distribution, les contrats de franchise, la décision de tribunal du commerce dans le cas des entreprises reprises dans le cadre des procédures collectives, etc...
175. En cas de doute sur le contenu précis du dossier, les parties peuvent contacter le service des concentrations, en pré-notification, afin de préciser les éléments nécessaires. Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de se prononcer, dans une décision du 9 avril 1999, *The Coca-Cola Company*, sur l'étendue des informations qui pouvaient être considérées comme nécessaires dans le cadre du dossier de notification et y a notamment inclus les « *informations nécessaires pour identifier les entreprises avec lesquelles la société The Coca Cola Company se trouve économiquement liée ainsi que pour déterminer les marchés à prendre en compte et pour calculer les parts détenues sur ces marchés par les parties à l'opération de concentration* ».
176. Il est également demandé aux parties notifiantes d'indiquer, dans le cadre de la description de l'opération, la liste des États dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications. Si l'opération est notifiable dans d'autres États de l'Union européenne, l'Autorité informera rapidement les autorités des autres États membres et la Commission européenne qu'une notification a été déposée et leur précisera le nom et les coordonnées du rapporteur en charge du dossier à l'Autorité. Cet échange peut éventuellement permettre aux autorités en charge du cas de coordonner leurs calendriers, autant qu'il est possible, ainsi que d'échanger un certain nombre d'éléments non confidentiels, comme par exemple une appréciation sur les définitions des marchés pertinents. Par ailleurs, ce mécanisme peut aussi faciliter la mise en œuvre conjointe de l'article 22 du Règlement (CE) n° 139/2004.
177. Les parties doivent apporter une attention particulière aux indications relatives à leurs principaux concurrents, clients et fournisseurs. Ces informations doivent être soigneusement vérifiées car elles serviront, le cas échéant, de base à l'envoi de questionnaires pour la réalisation d'un test de marché. Les parties sont invitées à fournir, sous la forme d'un fichier informatique dont le modèle peut être téléchargé sur le site de l'Autorité, les coordonnées les plus précises possibles.
178. Le dossier de notification est strictement confidentiel à l'égard des tiers. La Commission d'accès aux documents administratifs a estimé dans une décision du 9 juillet 2010 que les éléments du dossier de notification, autres que le résumé dont la publication est prévue à

l'article L. 430-3 du code de commerce, et ses annexes, relèvent soit du secret des informations économiques et financières soit du secret des stratégies commerciales et qu'ils sont à ce titre protégés par le II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 relative à la communication des documents administratifs. Par ailleurs, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, a exempté l'ensemble des « documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision » du champ d'application des dispositions organisant l'accès aux documents administratifs.

a) Les marchés concernés

179. Un marché concerné est un « *marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte* ».
180. La notification doit ainsi comprendre une définition de chaque marché concerné ainsi qu'une description précise des arguments ayant conduit à la délimitation proposée, compte-tenu notamment de la pratique décisionnelle antérieure. Pour de plus amples informations sur la méthode de délimitation des marchés pertinents, voir le chapitre V.B. du présent guide.
181. Les informations liées à la définition des marchés et aux parts de marché représentent le motif le plus fréquent d'incomplétude d'un dossier et doivent faire l'objet d'une attention particulière. Les parties sont, de ce fait, invitées, à présenter leurs parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, en particulier lorsqu'elles contestent une segmentation retenue par la pratique décisionnelle antérieure ou font valoir que celle-ci doit être revue compte tenu des évolutions constatées.

b) Les marchés affectés

182. Un marché concerné est considéré comme affecté si l'une au moins des 3 conditions suivantes est vérifiée :
- deux ou plusieurs entreprises concernées ou groupes auxquels elles appartiennent exercent des activités sur ce marché et que leurs parts de marché cumulées atteignent 25 % ou plus ;
 - une entreprise concernée au moins exerce des activités sur ce marché et une autre de ces entreprises ou groupes exerce des activités sur un marché situé en amont, en aval ou connexe, qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble de ces entreprises ou groupes atteignent 25 % ou plus en parts de marché ;
 - l'opération conduit à la disparition d'un concurrent potentiel sur l'un des marchés sur

lesquels les parties sont actives.

183. Pour chacun des marchés affectés, les parties fournissent une présentation détaillée du marché et des entreprises présentes sur ce marché. L'annexe 4-3 énumère les informations devant obligatoirement figurer dans le dossier. Lorsque les parties rencontrent des difficultés pour réunir l'information requise, elles le signalent au moment du dépôt de leur dossier de prénotification (ou, le cas échéant, lors de contacts préalables à ce dépôt).

c) Calcul des parts de marché

184. Les parties notifiantes sont amenées à calculer les parts de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent sur les marchés concernés. Pour les marchés affectés, la notification doit préciser les parts de marché des entreprises concernées et celles de leurs concurrents. Afin d'écartier rapidement tout doute d'atteinte à la concurrence, les parties sont invitées à présenter leur parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles, en particulier les plus étroites.
185. En règle générale, la part de marché d'une entreprise se calcule en rapportant son chiffre d'affaires hors taxes au chiffre d'affaires hors taxes du marché. Néanmoins, dans certains cas, il n'est pas possible ou peu pertinent de ne prendre en compte dans l'analyse que la part de marché en valeur calculée à partir des chiffres d'affaires. Des données en volume ou en capacité peuvent parfois offrir une mesure alternative de la position des entreprises. Par exemple, il est usuel, pour le commerce de détail, d'analyser les parts de marché calculées à partir des surfaces de magasin, en plus ou à défaut des parts de marchés en valeur. Les parties sont alors invitées à proposer des modes alternatifs de calcul des parts de marché en justifiant leur proposition. Pour le commerce de détail, les données en termes de surface de magasins doivent être complétées par les chiffres d'affaires moyens par m², constatés par les parties notifiantes.
186. L'appréciation des parts de marché dépend de la fiabilité des données sources utilisées par les parties. Les parties sont invitées à indiquer quelles sont leurs sources, et, le cas échéant, à joindre les données correspondantes, qu'il s'agisse de données publiques, de statistiques professionnelles, d'études de marché commanditées par les parties ou de tout autre source.
187. L'Autorité peut être amenée à confronter les estimations fournies par les parties avec des informations obtenues auprès des concurrents, des fournisseurs et des clients. L'Autorité réalise cette confrontation en protégeant le secret des affaires des parties notifiantes et des tiers interrogés. C'est pourquoi il est important que les entreprises précisent si les sources utilisées sont publiques et disponibles à l'ensemble des acteurs (comme, par exemple, les données publiées par l'Arcep dans les télécommunications), ou si elles sont confidentielles.

d) Les dossiers simplifiés

188. Plusieurs cas peuvent conduire au dépôt d'un dossier simplifié.
- Premièrement, pour les opérations où aucun marché n'est affecté, le dossier de notification est allégé, la partie la plus exigeante en termes d'informations requises étant de très loin la description détaillée des marchés affectés.
 - Deuxièmement, les entreprises qui réalisent un nombre important d'opérations contrôlables par an, comme des fonds d'investissement ou des acteurs importants du commerce de détail, peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun, de préférence en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Ils peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux informations spécifiques à l'opération.
 - Troisièmement, lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 du code de commerce mais non du I du même article⁸⁶, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omises.
189. Enfin, un dossier simplifié peut également être déposé dans les cas suivants :
- lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes⁸⁷ ; un dossier simplifié ne sera cependant accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés ; il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition ;
 - lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 mais non du I du même article⁸⁸ et qu'elle n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés ;
190. Pour les opérations décrites au paragraphe 189, dont il est supposé a priori qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du code de commerce :

⁸⁶ Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

⁸⁷ L'acquéreur peut être un fonds d'investissement.

⁸⁸ Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos ;
- *au point 2e, ne pas fournir* « la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens » ;
- au point 3, se borner à donner la liste des activités des parties.

191. Les opérations décrites au paragraphe 189 font, dans la mesure du possible, l'objet d'un traitement accéléré (voir ci-dessous aux paragraphes 204 et suivants).
192. Cependant, un dossier complet, conforme aux dispositions de l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du code de commerce, peut toujours être demandé aux parties par le service de concentrations si les spécificités de l'espèce le justifient. Dans ce cas, la transmission des informations complémentaires demandées sera exigée préalablement à l'envoi d'un accusé de réception du dossier.

3. OMISSION OU DÉCLARATION INEXACTE DANS LA NOTIFICATION ET SANCTION

193. L'article L. 430-8 III prévoit qu'*« en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire »*⁸⁹. Cette sanction, en vertu de l'article L. 430-8-I, peut s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires pour les personnes morales.
194. Pour déterminer le montant de l'amende, l'Autorité tient compte, notamment, des circonstances ayant abouti à l'omission ou à la déclaration inexacte, et du comportement des entreprises en cause vis-à-vis de l'Autorité de concurrence. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire.
195. En outre, lorsque l'omission ou l'inexactitude entachant la notification est constatée postérieurement à la décision autorisant la réalisation de l'opération, cette sanction peut s'accompagner du retrait de cette décision (article L. 430-8). En ce cas, *« à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont alors tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision »*, sauf à encourir les sanctions prévues pour réalisation d'une opération sans notification préalable.
196. Le ministre a ainsi sanctionné la société Vico, sous le régime antérieur à la loi de modernisation de l'économie, pour omission. Cette société avait omis de signaler l'acquisition

⁸⁹ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 22 novembre 2006, au conseil de la société Vico, relative à une concentration dans le secteur de l'alimentation (C2006-139).

d'une autre société exerçant son activité sur le même marché de produits. En outre, les parties avaient déclaré à tort que la cible n'était pas présente sur certains segments d'activité concernés par l'opération. Toutefois, les inexactitudes et omissions ont été relevées à l'initiative des parties, et alors que l'opération n'avait pas encore été réalisée, ce qui témoignait de leur caractère involontaire. De plus, les inexactitudes et omissions n'étaient pas de nature à modifier le sens de la décision. Le ministre chargé de l'économie a tenu compte de ces circonstances pour le calcul du montant de l'amende. Comme le ministre avait déjà rendu sa décision d'autorisation, en se fondant sur des motifs erronés, il a procédé à son retrait.

4. LA PUBLICATION D'UN COMMUNIQUÉ RELATIF AU DÉPÔT D'UNE NOTIFICATION

197. L'article L. 430-3 prévoit que l'Autorité de la concurrence publie un communiqué lors de la réception de la notification ou lors du renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire, dans un délai de 5 jours ouvrés. Ce communiqué est mis en ligne sur le site internet de l'Autorité sous la rubrique « Le contrôle des concentrations / Les opérations en cours d'examen »
198. Il contient les éléments prévus à l'article R. 430-4, à savoir : les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent, la nature de l'opération (fusion, prise de contrôle, création d'entreprise commune), les secteurs économiques concernés, le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations et le résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties, ainsi qu'une mention spécifique s'il s'agit d'un renvoi d'une opération de dimension communautaire. Il est à noter que le délai indiqué pour les tiers intéressés n'est pas impératif : toutes observations parvenues à l'Autorité avant que sa décision ne soit rendue sont susceptibles d'être prises en compte dans l'examen de l'opération.
199. Les entreprises sont invitées à prendre en compte les conséquences de cette publication dans l'organisation de la communication relative à leur opération, en particulier vis-à-vis des représentants du personnel de leur entreprise.

5. LES DÉLAIS D'EXAMEN

a) Procédure normale

200. La phase 1 débute le jour ouvré suivant la date de réception par l'Autorité du dossier de notification complet et dure 25 jours ouvrés (article L. 430-5 I). Cette date est matérialisée par un accusé de réception du dossier complet adressé aux parties notifiantes. Elle est automatiquement prolongée de 15 jours ouvrés en cas de réception par l'Autorité

d'engagements proposés par les parties (article L. 430-5 II)⁹⁰.

201. Le délai de 25 jours ouvrés représente un délai maximal qui peut se voir réduit lorsque les circonstances de l'espèce le permettent. Il ne pourra toutefois jamais être inférieur au délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations, délai précisé dans le communiqué de l'Autorité mis en ligne sur son site internet.
202. Les parties peuvent également demander une suspension des délais d'examen dans la limite de 15 jours ouvrés (L. 430-5 II). Cette demande peut intervenir « *en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements* ». Les parties sont donc invitées à faire parvenir à l'Autorité leur demande de prolongation motivée.
203. Les jours ouvrés ne comprennent ni les samedis et dimanches, ni les jours fériés. La liste des jours fériés est celle donnée par l'article L. 3133-1 du code du travail dans la rédaction en vigueur le jour du dépôt de la notification.

b) Procédure simplifiée

204. L'Autorité a mis en place depuis janvier 2011 une procédure simplifiée pour les opérations qui ne sont pas susceptibles de poser des problèmes de concurrence⁹¹. Le champ d'application de cette procédure recoupe celui qui est défini ci-dessus aux points 1889 et suivants pour le dépôt de notifications simplifiées. Il s'agit des opérations :
 - pour lesquelles le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes,
 - ou qui sont notifiables en application du II de l'article L. 430-2 du code de commerce mais non du I du même article et qui n'entraînent pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés.
205. La première condition englobe la plupart des opérations menées par des fonds d'investissement et pour lesquelles une simplification de la procédure était déjà prévue. Elle est également remplie quand les entreprises concernées ne comptent aucun fonds d'investissement mais ne sont pas présentes simultanément sur les mêmes marchés ou sur des marchés connexes ou reliés verticalement. En revanche, les opérations qui concernent des fonds d'investissement détenant des participations contrôlantes dans des entreprises situées sur les mêmes marchés ou sur des marchés connexes ou reliés verticalement à ceux des actifs cibles ne bénéficient pas de cette procédure simplifiée.
206. La seconde condition couvre essentiellement les nombreuses opérations réalisées par les têtes

⁹⁰ Les délais peuvent aussi être suspendus dans les cas (rares) de mise en œuvre de l'article 22 du règlement (CE)° n° 139/2004. Voir à ce sujet la section sur les renvois.

⁹¹ Cette procédure s'est appliquée à environ 40 % des décisions prises en 2011 et 48 % des décisions prises en 2012.

de réseau des grands groupes de distribution à dominante alimentaire pour la gestion de ces réseaux. En ce qui concerne les opérations concernant des concessions automobiles, les marques de véhicules des concessionnaires automobile peuvent être considérées comme une enseigne et les opérations relatives à l'acquisition de concessions automobiles peuvent bénéficier de cette procédure simplifiée lorsque les seuils du I de l'article L. 430-2 ne sont pas franchis.

207. Les opérations concernant les départements d'outre-mer, le département de Mayotte ou les collectivités d'outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy bénéficient de cette procédure simplifiée si les conditions exposées ci-dessus sont remplies.

208. Au total, cette procédure simplifiée se caractérise par :

- un raccourcissement significatif des délais dans lesquels l'Autorité rend sa décision (15 jours ouvrés en moyenne) ;
- une décision d'autorisation de l'opération en application du III de l'article L. 430-5 simplifiée : *« L'opération notifiée consiste en la prise de contrôle de la société X par la société Y. Elle constitue une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce. Compte tenu des chiffres d'affaires réalisés par les entreprises concernées, l'opération ne revêt pas de dimension communautaire. En revanche, les seuils de contrôle relatifs au commerce de détail mentionnés au point [...] de l'article L. 430-2 du code de commerce sont franchis. La présente opération est donc soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du code de commerce relatifs à la concentration économique. Au vu des éléments du dossier, l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés ».*

209. Cependant, l'Autorité peut, lorsqu'elle l'estime nécessaire, décider d'établir une décision non simplifiée, dans les délais prévus au II de l'article L. 430-5, même si l'opération remplit les conditions précisées ci-dessus.

6. LA CONDUITE DE L'EXAMEN DE PHASE 1

210. Compte tenu de son caractère très bref, justifié par le souci de ne pas retarder de façon non nécessaire la réalisation d'opérations sur lesquelles pèsent de fortes contraintes économiques, l'examen de phase 1 est nécessairement conduit dans un esprit de coopération entre les parties et l'Autorité afin des réunir les éléments nécessaires à une décision motivée.

211. L'examen de l'opération est conduit par le service des concentrations, un ou plusieurs rapporteurs étant désignés pour chaque opération. Le service des concentrations s'appuie, en tant que de besoin, sur le service économique et le service juridique de l'Autorité.

212. Conformément à l'article L. 450-1, les agents des services d'instruction de l'Autorité de la

concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions du titre III (concentration économique) du code de commerce, sur l'ensemble du territoire national. En particulier, l'article L. 450-3 précise que : *« Les agents mentionnés à l'article L. 450-1 peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. Ils peuvent demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire ».*

213. En application des articles L. 450-1 et L. 450-3 du code de commerce, les rapporteurs peuvent donc demander communication de tous documents professionnels et recueillir les renseignements et justifications qu'ils jugent nécessaires à l'instruction des affaires dont ils ont la charge, aussi bien auprès des parties que des tiers. Les demandes d'information complémentaires faites aux parties ne suspendent pas le délai déclenché à la date mentionnée par l'accusé de réception de complétude, mais les parties sont invitées à y répondre avec toute la diligence requise afin de lever les doutes résultant d'une information incomplète.
214. Le V de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que *« lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un des agents visés au I de l'article L. 450-1 dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les titres V et VI du livre IV, l'autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte dans la limite prévue au II. Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ».*
215. Par ailleurs, l'article L. 450-8 du même code précise qu'*« est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 sont chargés en application du présent livre ».*
216. Le service des concentrations vérifie si l'opération est contrôlable en vertu des articles L. 430-1 et L. 430-2 du code de commerce, analyse si la délimitation des marchés pertinents proposées par les parties est adaptée, évalue les effets de l'opération sur la concurrence, et, le cas échéant, la pertinence des engagements proposés. Les objectifs, méthodes et critères

utilisés pour les analyses au fond sont détaillés au chapitre V du présent guide.

217. Le président de l'Autorité de la concurrence, qui est compétent en phase 1 pour prendre la décision au nom de l'Autorité, peut déléguer un vice-président pour statuer sur une opération. Il peut également, dans tous les cas, désigner un ou plusieurs référents, choisis parmi les vice-présidents ou les membres du collège, pour l'éclairer par un avis informel.
218. Pour mener l'analyse, le service des concentrations s'appuie sur les données et les arguments fournis par les parties notifiantes. Au cours de l'examen de l'opération, il peut demander aux parties des informations complémentaires nécessaires à l'approfondissement de certains aspects de la concentration. Le service des concentrations confronte ces informations avec les décisions antérieures prises par les autorités de concurrence, avec toutes les informations publiques disponibles et avec toute information recueillie auprès d'entreprises tierces.
219. L'Autorité de la concurrence considère que le partage rapide du diagnostic concurrentiel et l'échange franc et constructif avec les parties, notamment lorsque des mesures correctives sont envisageables, constituent un gage de succès du contrôle des concentrations. L'organisation de réunions informelles avec les parties, à des points clefs de la procédure, peut contribuer à cet objectif. Cette démarche volontaire et facultative peut en effet aider l'Autorité à compléter son information, lui donner l'opportunité de faire le point sur le dossier avec les parties et permettre à ces dernières d'anticiper la préparation des étapes ultérieures de la procédure. L'Autorité pourra donc être amenée à prendre l'initiative d'organiser de telles réunions au cas par cas.
220. Les entreprises actives sur des secteurs sur lesquels une concentration est envisagée sont vivement conviées à communiquer toute information et tout commentaire quant aux risques que pourrait faire courir l'opération à la concurrence. Néanmoins, il convient de rappeler que l'objectif du contrôle des concentrations est de préserver la concurrence et non les concurrents considérés individuellement. Par conséquent, les tiers ne peuvent se prévaloir d'un droit à ce que leurs observations soient reprises dans les analyses de l'Autorité, ou d'un droit à obtenir certaines mesures correctives ou certains types de décision.
221. Les tiers intéressés sont invités à transmettre leurs observations par courrier électronique (à controle.concentrations@autoritedelaconcurrence.fr) ou par fax au numéro du service des concentrations : +33 1 55 04 01 66 en précisant les références de l'opération sur laquelle ils désirent apporter une contribution. Ils peuvent également contacter le service des concentrations en appelant au +33 1 55 04 01 72. Le délai dans lequel les tiers peuvent présenter des observations est précisé sur le site de l'Autorité lors de la publication du communiqué relatif au dépôt de la notification. Il est généralement de 15 jours ouvrés à compter de la date de cette publication.
222. Lorsque l'opération le nécessite, par exemple lorsqu'elle intervient sur un marché qui n'a

jamais été analysé par les autorités de concurrence ou dont l'analyse est ancienne, ou encore lorsqu'il apparaît qu'elle est susceptible de soulever des questions de concurrence, le service des concentrations réalise un test de marché. Pour ce faire, des questionnaires sont adressés aux principaux clients, fournisseurs et aux concurrents des entreprises concernées, et des réunions spécifiques peuvent être organisées. Ce test de marché peut être engagé dès la pré-notification avec l'accord exprès des parties notifiantes.

223. Les questionnaires concernent tous les aspects de la concentration et portent principalement sur les marchés pertinents, leur fonctionnement, l'activité de l'entreprise destinataire sur ces marchés et les effets attendus de l'opération de concentration. Ils peuvent également aborder les mesures correctives envisagées, lorsque l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur un marché.
224. Conformément à l'article L. 430-10, les tiers peuvent demander la confidentialité pour leur réponse aux questionnaires, comme pour leurs observations spontanées envoyées à l'Autorité. En effet, *« lorsqu'ils interrogent des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties, et rendent publique leur décision dans des conditions fixées par décret, l'Autorité de la concurrence et le ministre chargé de l'économie tiennent compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués »*. Par conséquent, les tiers interrogés sont invités à indiquer dans leurs réponses les éléments qu'ils veulent voir demeurer confidentiel. Les tiers peuvent également demander l'anonymat de leurs réponses.
225. En matière de gestion du secret des affaires, un régime particulier est prévu pour le contrôle des concentrations, à l'article R. 463-15-1, différent de celui applicable aux autres procédures de l'Autorité, afin d'éviter des délais préjudiciables pour les entreprises. Cet article dispose que :
- *« pour l'application de l'article L. 463-4 dans le cadre de l'examen des projets d'opérations de concentration prévu au titre III, les personnes apportant des informations à l'Autorité de la concurrence lui précisent en même temps celles qui constituent des secrets d'affaires. Le rapporteur général veille à ce que ces informations soient réservées à l'Autorité et au commissaire du Gouvernement et à ce que soient constituées, si nécessaire, des versions non confidentielles des documents les contenant.*
 - *Les dispositions des articles R. 463-13 à R. 463-15 ne sont pas applicables ».*
226. Ainsi, s'il y a lieu de communiquer à des tiers ou aux parties notifiantes des documents ou informations qui, dans une version complète, comporteraient des secrets d'affaires signalés par les personnes ayant apporté ces éléments à l'Autorité, le ou les rapporteurs en charge du dossier peuvent préparer eux-mêmes les versions non-confidentielles des documents

concernés à soumettre aux tiers ou aux parties notifiantes.

227. A la demande des parties, un résumé des réponses des tiers au test de marché, tenant compte des demandes de confidentialité éventuellement faites, leur est transmis. En toute hypothèse, dès lors que, sur la base du test de marché ou de tout autre élément d'appréciation, l'examen conduit par le service des concentrations laisse subsister des doutes sérieux quant aux effets de l'opération sur la concurrence, le service des concentrations fait part de son analyse aux parties et les met en mesure de donner leur point de vue et éventuellement de le soutenir par la communication d'éléments complémentaires. Les parties sont informées par oral du fait que l'opération soulève des doutes sérieux dans un délai raisonnable avant la fin du délai prévu à l'article L. 430-5 du code de commerce.

7. LES ENGAGEMENTS EN PHASE 1

228. L'article L. 430-5 II du code de commerce énonce que : « les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération 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 ».

229. Ces engagements peuvent être proposés par les parties à tout moment au cours de l'examen. Ils peuvent être discutés en pré-notification, joints au dossier de notification ou proposés durant le déroulement de la phase 1.

230. Lorsque des engagements paraissent nécessaires mais que les parties n'en ont pas proposés, l'Autorité les invite à le faire.

231. Comme mentionné précédemment, la proposition par les parties d'engagements à l'Autorité prolonge automatiquement le délai maximal de la phase 1 de quinze jours ouvrés. Par ailleurs, les délais d'examen peuvent être suspendus, sur demande des parties, dans la limite de 15 jours ouvrés en cas de nécessité particulière telle que la finalisation des engagements.

232. Les engagements proposés par les parties prennent la forme d'une lettre d'engagement. Cette lettre doit comporter une liste précise, détaillée et exhaustive des engagements. Lorsqu'il s'agit d'actifs à céder, les parties doivent prévoir les moyens permettant de garantir, pendant la période transitoire entre l'autorisation de l'opération et la réalisation des cessions, l'indépendance, la viabilité économique, la valeur, et la compétitivité de ces actifs. Pour les engagements comportementaux, les parties s'attacheront à démontrer leur faisabilité opérationnelle et les moyens proposés pour en assurer la vérification. Quels que soient les engagements proposés, la lettre d'engagements doit explicitement faire référence aux moyens du suivi par l'Autorité de ces engagements. Pour plus de détails sur la nature des

engagements, il convient de se reporter à la section sur les mesures correctives du chapitre V ci-après ainsi qu'au modèle de lettre d'engagement figurant à l'annexe G.

233. Le service des concentrations évalue la recevabilité des engagements proposés, en fonction des atteintes à la concurrence que l'opération est susceptible de provoquer. Ces engagements peuvent être testés auprès d'acteurs des marchés concernés, dans le respect du secret des affaires des parties. Pour ce faire, les parties doivent transmettre une proposition de version non confidentielle de leurs engagements. Si la proposition transmise par les parties doit être amendée avant communication aux tiers, les parties reçoivent communication de la version sur la base de laquelle sont interrogés les tiers.

8. LA DÉCISION DE L'AUTORITÉ EN PHASE 1

234. En phase 1, en vertu de l'article L. 430-5-III du code de commerce, « *l'Autorité de la concurrence peut :*

- *soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2 ;*
- *soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ;*
- *soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article L. 430-6 ».*

235. Comme le précise le quatrième alinéa de l'article L. 461-3, les décisions prévues à l'article L. 430-5 peuvent être prises par le président ou un vice-président désigné par lui.

236. La décision est notifiée aux parties ainsi qu'au ministre chargé de l'économie (article R. 430-7). Le ministre peut, en vertu de l'article L. 430-7-1-I, demander à l'Autorité l'ouverture d'une phase 2 dans un délai de 5 jours ouvrés. L'échéance de ce délai est précisée aux parties dans le bordereau de notification adressé par le service des concentrations.

237. En outre, conformément à l'article L. 430-5-IV, si l'Autorité de la concurrence n'a pris aucune décision dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre chargé de l'économie. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation, au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie par le I de l'article L. 430-7-1 (autorisation dite par « accord tacite »).

238. En vertu de l'article R. 430-6, l'Autorité rend public le sens de la décision dans les 5 jours ouvrables qui la suit en publiant sur son site internet l'information selon laquelle l'opération a fait l'objet d'une constatation de l'inapplicabilité du contrôle, d'une autorisation, d'une autorisation sous réserve d'engagements, d'un accord tacite ou d'un examen en phase 2 si

celui-ci est engagé.

9. LA PUBLICATION DES DÉCISIONS

239. Après réception d'une décision, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer au service des concentrations les mentions relevant du secret des affaires (article R. 430-7), par courriel ou télécopie. La publication des décisions se fait, en effet, dans le respect de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. La publication se fait également dans le respect des intérêts légitimes des personnes citées dans la décision (article D. 430-8).
240. La détermination de ce qui relève ou non du secret des affaires est toujours appréciée au cas par cas. Il est par conséquent impératif que les parties qui demandent l'occultation de certaines données le fassent d'une manière précise et circonstanciée. Les éléments pour lesquels l'occultation demandée n'aura pas été justifiée, ou aura été appuyée par des justifications considérées comme insuffisantes, ne seront pas occultés. Lorsque les demandes d'occultation des parties ne sont pas acceptées dans leur intégralité, le service des concentrations leur adresse une version aménagée de la décision, avant sa publication, afin qu'elles puissent faire leurs observations.
241. Certains éléments ne peuvent pas, en principe, être occultés :
- les informations dont la publication est obligatoire en application de la réglementation en vigueur en France ou dans un autre pays de l'Union européenne. Si une obligation de publicité pèse sur les entreprises en vertu de la réglementation, mais que les entreprises n'ont pas déféré à cette obligation (ex. : dépôt annuel des comptes au registre du commerce et des sociétés), les entreprises ne pourront pas alléguer leur manquement pour justifier du caractère confidentiel d'une donnée ;
 - les informations divulguées par l'entreprise elle-même, au-delà de ses obligations légales et réglementaires : rapports annuels, site Internet ;
 - les informations aisément accessibles : les informations issues d'un retraitement des données publiques (informations figurant sur des banques de données Internet, informations accessibles par le biais d'instituts chargés d'études, etc.) ;
 - les informations ayant perdu leur importance commerciale (par l'écoulement du temps ou pour toute autre raison). En principe, il n'y a pas lieu d'occulter les données datant de cinq ans et plus ;
 - les informations faisant partie de l'analyse concurrentielle ou permettant de définir le périmètre des engagements consentis par les parties. En particulier, la publication des engagements comportementaux (description et délais) constitue une garantie de bonne

exécution, en favorisant, en complément du suivi effectué par le service des concentrations de l'Autorité, une surveillance par le marché.

242. Les demandes d'occultation peuvent notamment porter sur :

- les informations non chiffrées qui auraient par exemple trait à des secrets de fabrication, des secrets industriels, à l'organisation interne ou à la stratégie commerciale de l'entreprise ;
- les données chiffrées : chiffre d'affaires qui ne sont pas publiques, les parts de marché, nombre de salariés, informations financières (coût de production, prix de revient, marges, projets d'investissement, ...), délais de réalisation des engagements structurels ; sauf cas particulier, les parts de marché sont remplacées par les fourchettes suivantes :
 - entre 0 et 4,99 % : [0-5]%
 - entre 5,0 et 9,99 % : [5-10]%
 - entre 10,0 et 19,99 % : [10-20]%
 - entre 20,0 et 29,99 % : [20-30]%
 - entre 30,0 et 39,99 % : [30-40]%
 - etc ...
- pour tenir compte des intérêts légitimes de tiers à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués, le service des concentrations peut également occulter ou remplacer par des fourchettes des mentions qui ne lui auraient pas été signalées par les parties notifiantes.

243. D'autres informations que celles figurant dans la liste précitée sont susceptibles d'être occultées si la demande en est fondée, alors qu'une demande d'occultation portant sur l'un des éléments mentionnés précédemment, mais dénuée de justification, ne pourra être accueillie.

244. En tout état de cause, l'Autorité n'est pas liée par les demandes d'occultation formulées par les parties, et il lui appartient de concilier l'intérêt légitime des parties à protéger leurs secrets d'affaires et l'intérêt des tiers et du marché à être informés correctement de ses décisions. En particulier, il ne pourra pas être déféré aux demandes d'occultation d'éléments qui sont le support nécessaire de la décision et dont l'occultation priverait ladite décision de son sens à l'égard des tiers.

H. LA PHASE 2 OU EXAMEN APPROFONDI

1. DÉCLENCHEMENT DE LA PHASE 2

245. Le déclenchement de la phase 2 peut intervenir :
- soit à l'initiative de l'Autorité, conformément à l'article L. 430-5 III, lorsque subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence à l'issue de la première phase ;
 - soit à la demande du ministre chargé de l'économie. L'article L. 430-7-1 I énonce en effet que « *dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-5, le ministre chargé de l'économie peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7* ». La décision de l'Autorité prise à l'issue de la phase 1 étant communiquée simultanément par télécopie aux parties et au ministre, la date à laquelle le ministre a reçu la décision est la même que celle de la notification aux parties.
246. S'agissant de la demande d'examen approfondi par le ministre, l'Autorité, qui a le statut d'une autorité administrative indépendante, examinera le bien-fondé d'une telle demande mais n'est pas tenue d'y déférer. L'Autorité se prononcera sur une éventuelle demande dans un délai de 5 jours ouvrés à compter de sa réception. Elle informera les parties de l'existence de cette demande dès sa réception et leur communiquera sa décision en même temps qu'au ministre. En revanche, il n'est pas prévu d'informer systématiquement les parties sur l'absence de mise en œuvre de cette disposition par le ministre.
247. Un doute sérieux d'atteinte à la concurrence peut, notamment, subsister lorsque :
- la pratique décisionnelle n'est pas suffisamment établie sur les marchés concernés et l'analyse concurrentielle nécessite d'être approfondie, par exemple en ce qui concerne la définition des marchés pertinents, l'importance des barrières à l'entrée, l'existence d'une atteinte à la concurrence ou de gains d'efficacité ;
 - des évolutions importantes et récentes sur les marchés concernés sont susceptibles de justifier une modification significative de la pratique décisionnelle ;
 - malgré les atteintes à la concurrence identifiées en phase 1, les parties n'ont pas proposé d'engagements, ou proposé des engagements insuffisants ou dont la mise en œuvre opérationnelle est incertaine.
248. L'ouverture d'une phase 2 par l'Autorité peut, dans certains cas, emporter la caducité d'une opération de concentration. En effet, l'article 231-11 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers permet aux entreprises d'introduire dans leurs offres publiques une

condition suspensive sur l'obtention d'une autorisation de première phase. Dans l'hypothèse où une telle condition a été stipulée, la décision de passage en phase 2 entraîne automatiquement la caducité de l'offre. Malgré cette caducité, l'instruction de la concentration peut poursuivre son cours lorsque l'offreur fait connaître à l'Autorité son intention de poursuivre son projet.

2. LES DÉLAIS EN PHASE 2 ET LE MÉCANISME D'ARRÊT DES PENDULES

249. L'article L. 430-7 énonce les règles s'appliquant à la gestion des délais en phase 2 :

- *« I.- Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de celui-ci.*
- *II.- Après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. S'ils sont transmis à l'Autorité de la concurrence moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai mentionné au I, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.*
- *En cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de vingt jours ouvrés.*
- *Ces délais peuvent également être suspendus à l'initiative de l'Autorité de la concurrence lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées dans le délai imparti, ou que des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. En ce cas, le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié sa suspension ».*

250. Comme en phase 1, les parties peuvent donc demander une suspension des délais d'examen. En revanche, pour les phases 2 uniquement, le législateur a introduit, dans le dernier alinéa de l'article cité ci-dessus, une procédure d'arrêt des pendules (« *stop the clock* »), à l'initiative de l'Autorité. Ce mécanisme permet de suspendre le délai d'examen de l'opération dans deux cas :

- en premier lieu, les parties sont tenues d'informer l'Autorité de tout fait nouveau dès sa survenance. Lorsque les parties manquent à cette obligation d'information, le délai peut être suspendu à partir de la survenance du fait nouveau et ce jusqu'à la date à laquelle

les parties informent l’Autorité. Ce dispositif est proche de celui retenu en droit communautaire. En effet, l’article 9, paragraphe 3, c) du règlement (CE) n° 802/2004 précise que lorsque les parties omettent d’informer la Commission européenne de modifications des faits ou d’informations nouvelles, les délais sont suspendus « pendant la période comprise entre la modification des faits en question et la réception des informations complètes et exactes ». L’article 9, paragraphe 4 du même règlement dispose en outre que : « *La suspension des délais commence le jour suivant celui de la survenance du motif de suspension. Elle expire à la fin du jour de la disparition du motif de la suspension. Si ce jour n’est pas un jour ouvrable, la suspension expire à la fin du premier jour ouvrable qui suit* » ;

- en second lieu si les parties ne fournissent pas à l’Autorité, en tout ou en partie, les informations qui leur ont été demandées dans le délai fixé au cours de l’instruction ou si les parties empêchent, de quelque façon que ce soit, des tiers de répondre à des demandes d’informations formulées par l’Autorité, les délais peuvent être suspendus pendant la période comprise entre la fin du délai fixé dans la demande d’informations et la réception des informations complètes et exactes requises dans cette demande.

251. Lorsque l’une ou l’autre des situations justifiant la mise en œuvre de la procédure d’arrêt des pendules se présente, les parties sont informées du déclenchement de la suspension des délais.

252. Dans tous les cas, les délais ne courent à nouveau que lorsque la cause génératrice de la suspension aura disparu, des informations complètes et exactes ayant été communiquées à l’Autorité. Les parties sont avisées de la fin de la suspension des délais.

3. LA CONDUITE DE L’EXAMEN EN PHASE 2

253. Le déroulement de la phase 2 est encadré par l’article L. 430-6 qui énonce :

- « *Lorsqu’une opération de concentration fait l’objet, en application du dernier alinéa du III de l’article L. 430-5, d’un examen approfondi, l’Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d’une position dominante ou par création ou renforcement d’une puissance d’achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l’opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.*
- *La procédure applicable à cet examen approfondi de l’opération par l’Autorité de la concurrence est celle prévue au deuxième alinéa de l’article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la*

communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés.

- *Avant de statuer, l'Autorité peut entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification. Les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération de concentration sont entendus à leur demande par l'Autorité dans les mêmes conditions ».*

254. Durant cette seconde phase, le service des concentrations approfondit les points clefs de l'analyse concurrentielle sur lesquels la phase 1 n'a pas permis de conclure. Les objectifs, critères et méthodes utilisés pour l'analyse au fond sont détaillés au chapitre V du présent guide.
255. Des engagements peuvent également être proposés par les parties au cours de la phase 2. L'article L. 430-7-II énonce qu'« *après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération* ».
256. Comme indiqué précédemment, si les parties les transmettent à l'Autorité moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'instruction, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements.
257. Le formalisme à respecter et la procédure de test des engagements sont les mêmes qu'en phase 1. Les engagements envisageables sont explicités au chapitre V du présent guide sur les mesures correctives.
258. Les investigations de phase 2 peuvent donner lieu à l'interrogation de tiers, selon les mêmes modalités qu'en phase 1, notamment en ce qui concerne la protection du secret des affaires.
259. L'Autorité de la concurrence recueille en outre l'avis de l'autorité de régulation sectorielle compétente. Cette procédure est spécifiquement prévue pour le secteur audiovisuel (le Conseil supérieur de l'audiovisuel étant consulté en vertu de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986) et le secteur de la banque/assurance (l'Autorité de contrôle prudentiel en vertu de l'article L. 612-22 de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance). L'Autorité de la concurrence saisit ces autorités administratives par l'envoi d'un document présentant l'opération. Cette consultation permet de clarifier certains aspects du fonctionnement des marchés concernés, qui sont soumis à des réglementations particulières, mais aussi de mieux articuler le contrôle des concentrations et les procédures de régulation propres à ces secteurs. L'autorité de régulation sectorielle interrogée dispose alors, pour faire part de ses observations éventuelles, d'un délai réduit à un mois pour cause d'urgence. Les observations sont jointes au dossier. L'Autorité n'est pas tenue d'obtenir cet avis pour rendre sa décision. Cette procédure de consultation n'induit aucune incidence sur les délais impartis à l'Autorité.

260. L'article R. 463-9 prévoit également, en matière contentieuse, que « *le rapporteur général communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du présent livre toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités administratives disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier* ». L'annexe 4-6 du livre IV du code de commerce modifiée par l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 - art. 18 (V), liste les autorités suivantes :
- L'Autorité des marchés financiers (AMF)
 - La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)
 - Le Médiateur du cinéma
 - L'Autorité de contrôle prudentiel
 - Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)
 - L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)
 - La Commission de régulation de l'énergie (CRE)
261. Il en est de même pour l'ARAF, en application de l'article 27 de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports et pour l'ARJEL, en application de l'article 39 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Sous le régime antérieur à la loi LME, les institutions énumérées ci-dessus pouvaient transmettre leur avis à la suite de la communication par le Conseil de la concurrence de la saisine ministérielle déclenchant une phase 2. Ce mécanisme obligatoire est devenu caduc depuis le 2 mars 2009. Mais l'Autorité se réserve la possibilité de recueillir l'avis des institutions concernées (le cas du CSA relevant d'un régime différent, en application de la loi) chaque fois que cette consultation lui apparaîtra utile.
262. L'examen approfondi par l'Autorité de la concurrence donne lieu à la rédaction d'un rapport qui présente les parties, l'opération, les marchés pertinents, l'analyse concurrentielle de l'opération et, le cas échéant, ses gains d'efficacité économique et une analyse des engagements proposés par les parties et des mesures correctives envisagées par l'Autorité. Le service des concentrations veille, dans la rédaction du rapport, à la protection du secret des affaires des parties comme à celui des tiers conformément aux prescriptions de l'article L. 463-4.
263. Ce rapport est ensuite transmis aux parties notifiantes ainsi qu'au commissaire du Gouvernement qui disposent d'un délai de 15 jours ouvrés pour faire part de leurs observations en réponse. Conformément à l'article L. 463-2, le rapport est accompagné des

documents sur lesquels se fonde le service des concentrations.

264. Le président de l'Autorité attribue le cas, lorsqu'il est en état d'être examiné par le collège, à une des formations énumérées au deuxième alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce⁹². Une séance est ensuite organisée selon les modalités énoncées par l'article L. 463-7 du code de commerce et le titre IV du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence. Au cours de la séance, les rapporteurs exposent tout d'abord les conclusions de leur instruction. Le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint ainsi que le commissaire du Gouvernement présentent ensuite leurs observations. Le collège peut également entendre, au cours de la séance, des tiers ainsi que les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération. Ces témoins, qui sont invités à répondre aux questions des membres du collège, n'assistent pas à la totalité de la séance. Ces témoins sont entendus en l'absence des parties, invitées à quitter la salle des séances. Le collège entend enfin les parties qui peuvent présenter leur propre analyse et répondre aux questions des membres de la formation.

4. DÉCISION DE L'AUTORITÉ EN PHASE 2

265. Au terme de l'examen approfondi de phase 2, conformément à l'article L. 4307,

- *« III – L'Autorité de la concurrence peut, par décision motivée :*
- *a) soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;*
- *b) soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.*
- *c) Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.*
- *d) Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations.*
- *IV.- Si l'Autorité de la concurrence n'entend prendre aucune des décisions prévues au*

⁹² Le collège comprend dix-sept membres : outre le président et les quatre vice-présidents exerçant leurs fonctions à temps plein, le collège comporte douze membres non permanents. L'Autorité de la concurrence peut siéger soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente. La composition des sections est fixe et déterminée par le président de l'Autorité qui affecte chacun des membres à une ou deux des sections. Chaque section est présidée soit par le président de l'Autorité, soit par l'un des vice-présidents. La commission permanente, quant à elle, est composée du président et des quatre vice-présidents.

III, elle autorise l'opération par une décision motivée. L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification ».

266. La formation de l'Autorité délibère selon les règles définies au titre V du règlement intérieur.
267. L'Autorité transmet le projet de décision aux parties intéressées afin qu'elles puissent faire leurs observations, dans un délai raisonnable. Ce délai est apprécié en tenant compte notamment de la date à laquelle les parties ont transmis les dernières informations nécessaires à la prise de décision de l'Autorité.
268. Puis l'Autorité notifie sa décision aux parties ainsi qu'au ministre chargé de l'économie. Comme pour les décisions de phase 1, après réception de la décision, les parties disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer les mentions relevant du secret des affaires qu'elles souhaitent voir occultées (article R. 430-7). Comme pour les décisions de phase 1, la publication se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties et des tiers.
269. En outre, conformément au V, si l'Autorité de la concurrence n'a pris aucune des décisions prévues aux III et IV dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le ministre chargé de l'économie. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie par le II de l'article L. 430-7-1 (décision dite d'« accord tacite »).
270. Quelle que soit la décision finale prise en application de l'article L. 430-7, l'Autorité en rend public le sens dans les 5 jours ouvrables suivants la décision (article R. 430-6) : autorisation, autorisation sous réserve d'engagements, autorisation sous réserve d'injonctions et prescriptions, interdiction, accord tacite.
271. Enfin, l'Autorité assure la publicité de ses décisions par une mise en ligne de celles-ci sur son site Internet, y compris pour les autorisations tacites.

5. LE POUVOIR D'ÉVOCATION DU MINISTRE CHARGÉ DE L'ÉCONOMIE

272. L'article L. 430-7-1 II énonce que, pour les décisions de phase 2 :
- *« dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7, le ministre chargé de l'économie peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération.*
 - *Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement*

industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi.

- *Lorsqu'en vertu du présent II le ministre chargé de l'économie évoque une décision de l'Autorité de la concurrence, il prend une décision motivée statuant sur l'opération en cause après avoir entendu les observations des parties à l'opération de concentration. Cette décision peut éventuellement être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements.*
- *Cette décision est transmise sans délai à l'Autorité de la concurrence ».*

273. La date à laquelle le ministre reçoit la décision de l'Autorité est la même que celle de la notification de la décision aux parties, la décision étant transmise parallèlement au ministre et aux parties.
274. Dans les 5 jours ouvrables suivant sa décision, le ministre chargé de l'économie en rend public le sens (article R. 430-6).
275. Les décisions motivées du ministre chargé de l'économie sont également rendues publiques, cette publicité étant assurée par une publication dans l'édition électronique du Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (article D. 430-8). La publication des décisions du ministre se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification et de celui des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués (article D. 430-8).
276. Les décisions du ministre chargé de l'économie prises en application de l'article L. 430-7-1 II sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État. Dans une décision du 21 décembre 2012, celui-ci a confirmé que dans la mesure où la décision de l'Autorité de la concurrence du 23 juillet 2012 ne préjudiciait pas à l'intérêt général lié au maintien de l'emploi ou à un intérêt général autre que le maintien de la concurrence, le ministre n'avait commis ni erreur de droit, ni erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas faire usage du pouvoir d'évocation dont il dispose en vertu de cet article⁹³.

6. LES RETRAITS DE NOTIFICATION

277. A tout moment de la procédure, les parties notifiantes peuvent retirer la notification en transmettant tout document attestant de l'abandon du projet.

⁹³ Conseil d'État, 362347, 363542, 363703, Société Groupe Canal Plus et autres, 21 décembre 2012.

I. LES RECOURS

278. Le Conseil d'État est la juridiction compétente pour connaître des décisions de l'Autorité de la concurrence au regard de la nature juridique de celle-ci (autorité administrative indépendante) et de l'article R. 311-1 (4°) du code de justice administrative. Par exception à cette règle, l'article L. 464-8 du code de commerce énumère les décisions de l'Autorité de la concurrence relevant de la compétence de la cour d'appel de Paris, dont sont exclues les décisions prises au titre des articles L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8 du code de commerce. Le Conseil d'État est aussi compétent pour tout recours relatif à une décision du ministre prise dans le cadre de son pouvoir d'évocation.
279. Toutes les décisions portant sur l'autorisation ou l'interdiction des opérations de concentrations, la sanction de réalisations sans notification, d'omissions ou d'inexactitudes dans la notification ou du non-respect d'engagements mais aussi certaines décisions connexes, notamment en matière de publication ou d'agrément d'un repreneur d'actifs, sont susceptibles de recours. Un recours peut être introduit par les parties à l'opération comme par tout tiers ayant un intérêt à agir. Les règles relatives à la recevabilité et à la procédure des recours en matière de décisions de concentration relèvent du droit commun du contentieux administratif devant le Conseil d'État.

1. LES DÉLAIS DE RECOURS

280. Le délai pour former un recours contre une décision de l'Autorité prise en matière de contrôle des concentrations économiques est de deux mois. Le délai de recours contentieux est un délai franc. Un délai franc se compte en mois de quantième à quantième, le jour de la notification ou de la publication ne compte pas (dies a quo) et le jour de l'échéance non plus (dies ad quem). Lorsque le dernier jour du délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, le recours peut être déposé le premier jour ouvrable suivant. Par exemple pour une décision notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception le 2 novembre 2012 à 10 heures 30, le délai commencera à courir le lundi 5 novembre 2012 à 0 heure et expirera le samedi 5 janvier 2013 à 0 heure, le recours ne pouvant être introduit dans la journée du samedi 5 janvier 2013, il expirera le premier jour ouvrable suivant soit le lundi 7 janvier 2013.
281. Le point de départ du délai de recours varie selon la qualité du requérant, personne visée ou tiers. Une décision de l'Autorité prise en matière de contrôle des concentrations économiques est un acte individuel ; il est donc rendu opposable à celui qu'il concerne par la voie de notification. En conséquence, pour les parties, le délai de recours court à compter du jour de la notification de la décision par l'Autorité à l'intéressé.
282. Pour les tiers, le point de départ du délai opposable correspond à la date de publication de la

décision, comme le spécifie l'article R. 464-28 du code de commerce. Cette publication est assurée par la mise en ligne de la décision de l'Autorité sur son site internet conformément à l'article D. 430-8 du code de commerce. La publication du sens de la décision, préalable à la mise en ligne de la décision, ne constitue pas le point de départ du délai de recours contentieux pour les tiers.

2. LE RECOURS EN ANNULATION

283. Les recours à l'encontre des décisions en matière de concentrations sont principalement des recours en annulation. Le Conseil d'État y examine la légalité externe (compétence, respect de certaines garanties de forme ou de procédure) et la légalité interne (contrôle de la violation de la loi ou de l'erreur de droit ou de fait, avec examen de la qualification juridique des faits) des décisions.
284. Par exemple, le Conseil d'État a été amené dans ses arrêts précédents à examiner la régularité de la procédure⁹⁴, la contrôlabilité de l'opération⁹⁵, la délimitation des marchés pertinents⁹⁶, l'appréciation des effets concurrentiels de l'opération⁹⁷, la prise en compte des contributions au progrès économique susceptibles de compenser les atteintes à la concurrence identifiées⁹⁸, la prise en compte de l'argument de l'entreprise défaillante⁹⁹ ou encore le caractère suffisant des engagements acceptés par l'Autorité de concurrence.¹⁰⁰
285. Le Conseil d'État exerce un contrôle entier sur les décisions. Ainsi, dans l'arrêt Fiducial du 13 février 2006, le Conseil d'État a déclaré licite l'autorisation ministérielle contestée après avoir réétudié les parts de marché des parties à la concentration, les obstacles au pouvoir de marché de la future entité et vérifié le bilan concurrentiel et les gains d'efficacité de l'opération. Cette approche économique dans l'examen de la légalité d'une décision en matière de concentration a conduit le Conseil d'État à apprécier cette légalité non seulement au regard de la situation de fait et de droit existant au jour où la décision a été prise, mais aussi au regard des effets constatés ou potentiels de l'opération autorisée, examen pouvant

⁹⁴ Voir notamment la décision du Conseil d'État 278652 du 27 juin 2007 sur l'opération TF1 / AB / TMC, et la décision 249267 du 6 février 2004 relative à l'opération Seb / Moulinex.

⁹⁵ Voir notamment la décision 294896 du 31 janvier 2007 relative à l'acquisition de Delaroche par Ebra, et la décision 201853 Coca Cola du 9 avril 1999.

⁹⁶ Voir notamment la décision 278652 du 27 juin 2007 relative à la prise de contrôle de TMC par TF1 et AB, la décision 283479 Fiducial du 30 juin 2006, et la décision 278796 du 13 février 2006 relative à l'opération Seb / Moulinex.

⁹⁷ Voir notamment la décision 278652 du 27 juin 2007 relative à la prise de contrôle de TMC par TF1 et AB, la décision 283479 Fiducial du 30 juin 2006, la décision 278796 du 13 février 2006 sur l'opération Seb / Moulinex, et la décision 201853 Coca Cola du 9 avril 1999.

⁹⁸ Voir notamment la décision 201853 Coca Cola du 9 avril 1999.

⁹⁹ Voir la décision 249267 du 6 février 2004 relative à l'opération Seb / Moulinex.

¹⁰⁰ Voir les décisions 278652 du 27 juin 2007 sur l'opération TF1 / AB / TMC, 201853 du 9 avril 1999 Coca-Cola, 338197 du 30 décembre 2010 sur l'opération TF1/TMC-NT1.

inclure des faits nouveaux, comme par exemple l'arrivée d'un nouvel opérateur sur le marché¹⁰¹.

286. Le respect des droits des tiers est également contrôlé par le Conseil d'État. Ce dernier a ainsi annulé l'arrêté autorisant l'opération Heineken / Fischer¹⁰² au motif que les droits d'Interbrew, qui n'était pas partie à l'opération, n'avaient pas été respectés. Dans cette affaire, les engagements pris par Heineken prévoyaient la cession d'un nombre significatif d'entrepôts au bénéfice d'acheteurs juridiquement et financièrement indépendants de certains brasseurs importants, dont Interbrew. Cette décision privait donc Interbrew de la possibilité d'acheter les entrepôts vendus par Heineken. Le Conseil d'État a annulé la décision, en application du principe général des droits de la défense, la société Interbrew n'ayant pas été mise en mesure de présenter ses observations.

3. LES RÉFÉRÉS

287. Concomitamment à l'exercice d'un recours au fond, le requérant dispose de la possibilité de former une demande en référé tendant à suspendre la décision en cause. A cet effet, il existe plusieurs procédures de référé. Deux types de référés ont d'ores et déjà été mis en œuvre devant le Conseil d'État en matière de concentrations : le référé « suspension » et le référé « conservatoire » ou « mesures utiles ».

288. Le référé « suspension » est prévu à l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA). Pour ce référé, un recours au principal est nécessaire, c'est-à-dire qu'il faut engager une requête en annulation, et y adjoindre une demande de référé. Trois conditions doivent être simultanément remplies par la demande de référé :

- **Une condition d'urgence.** Par exemple, dans l'ordonnance du 19 mai 2005 suspendant la décision d'autorisation de l'acquisition par la société CEGID de la société CCMX Holding, le juge des référés a justifié l'urgence « *eu égard à l'objet de la décision contestée et à ses effets sur le marché qui sont difficilement réversibles* » et « *tant au regard de l'intérêt public en cause qui est le maintien d'une concurrence effective sur le marché (...) qu'à celui des sociétés requérantes qui sont présentes sur le même marché en tant que concurrents ou clients potentiels (...)* ». En revanche, le juge des référés a estimé qu'en ce qui concernait l'acquisition par TF1 des chaînes TMC et NT1, la condition d'urgence n'était pas remplie eu égard aux parts relativement peu élevées des chaînes TMC et NT1 dans l'audience des chaînes de télévision et les recettes publicitaires et au caractère progressif de l'incidence de la concentration sur les marchés

¹⁰¹ CE, section du contentieux, 13 février 2006, Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise.

¹⁰² CE n° 191654, section du contentieux, 9 avril 1999.

concernés¹⁰³.

- **L'existence « d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision »**. Dans l'ordonnance du 19 mai 2005 dans l'affaire CEGID / CCMX Holding précitée, le juge des référés a considéré que l'argumentation du ministre était insuffisante « *au regard du caractère probable, suffisamment rapide et durable, et suffisant, de l'entrée de nouveaux concurrents susceptibles de contrecarrer des effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération en cause* », ce qui créait un doute sérieux quant à la légalité de la décision.
- Enfin, la décision de l'autorité de concurrence en cause doit encore **produire des effets juridiques** au jour de la demande pour pouvoir être suspendue. Par exemple, dans une ordonnance du 1er juin 2006¹⁰⁴, le juge des référés a rejeté la demande en référé suspension car irrecevable, considérant que la décision d'autorisation était entièrement exécutée à la date de la requête. De même, dans l'ordonnance du 25 juillet 2006, société France Antilles, le juge des référés a considéré que cette requête n'était pas recevable car la décision d'autorisation de l'acquisition par le groupe l'Est Républicain de la société Delaroche auprès de la société Socpresse était entièrement exécutée à la date à laquelle la société France Antilles avait introduit sa requête tendant à la suspension de cette décision.

289. Le référé « conservatoire » ou « mesures utiles » est prévu à l'article L. 521-3 du code de justice administrative : « *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* ». Par exemple, dans son ordonnance du 18 février 2008, Fédération Nationale des Transporteurs Routiers, le juge des référés du Conseil d'État a considéré que cette procédure pouvait être utilisée pour enjoindre à une entreprise de notifier une opération qui a été réalisée sans avoir été notifiée « *cette procédure est susceptible de s'appliquer lorsque, une opération de concentration ayant été réalisée sans être notifiée, le ministre chargé de l'économie est tenu, en vertu des dispositions précitées de l'article L. 430-8 du code de commerce, d'enjoindre la notification de l'opération* ». Il a cependant estimé que, dans les circonstances de l'espèce, une telle injonction ne se justifiait pas.

4. CONSÉQUENCE EN CAS D'ANNULATION D'UNE DÉCISION PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

290. L'article R. 430-9 du code de commerce énonce qu'« *en cas d'annulation totale ou partielle*

¹⁰³ n° 338198, requête de la société Métropole Télévision.

¹⁰⁴ n° 293198, requête de la société Fromaget Vins et de la Société Centrale Européenne de Distribution Groupe C10.

d'une décision prise par l'Autorité de la concurrence ou par le ministre chargé de l'économie sur le fondement des articles L. 430-5, L. 430-7, L. 430-7-1, L. 430-8 ou L. 430-9 et s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées qui ont procédé à la notification soumettent une notification actualisée dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la décision du Conseil d'État ».

291. Ainsi, les entreprises concernées doivent procéder à une nouvelle notification actualisée de l'opération lorsque la décision de l'Autorité ou du ministre a été annulée. Le juge administratif pourrait néanmoins préciser dans sa décision, au titre de ses pouvoirs généraux, qu'en cas d'annulation de la décision ministérielle prise dans l'exercice de son pouvoir d'évocation, une telle annulation a pour effet de faire revivre la décision de l'Autorité de la concurrence à laquelle la décision ministérielle s'était substituée. Dans ce cas, une nouvelle notification ne serait donc pas nécessaire.

J. LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES CORRECTIVES

1. LE SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES CORRECTIVES

292. Pour garantir l'efficacité du contrôle des concentrations, le service des concentrations assure un suivi rigoureux de la mise en œuvre des injonctions, prescriptions et engagements figurant dans une décision prise par l'Autorité ou par le ministre chargé de l'économie antérieurement au transfert de compétences au bénéfice de l'Autorité à compter du 2 mars 2009. Pour les engagements, les modalités du suivi sont à préciser dans la lettre d'engagements des parties. En annexe G, figure un modèle de lettre d'engagements plus particulièrement adapté aux engagements de cessions d'actifs. Dans le cas des engagements comportementaux, la rédaction des engagements est spécifique à chaque cas d'espèce. Les stipulations relatives aux conditions de nomination et révocation du mandataire sont toutefois largement communes aux deux types d'engagements.

293. Il est notamment demandé en parties de prévoir le recours à un mandataire, chargé de surveiller la bonne exécution des engagements et d'en rendre compte à l'Autorité. Pour les cessions d'actifs, le mandataire est généralement chargé dans un premier temps de veiller au maintien de la viabilité et de la capacité compétitive des actifs à céder, puis dans un second temps de procéder directement à la cession. Lorsque les circonstances de l'espèce le justifient, il peut aussi être d'emblée chargé de procéder à la cession. Pour les engagements comportementaux, le rôle du mandataire est précisé dans les engagements ou les injonctions, ainsi que dans le contrat de mandat. Un modèle de contrat de mandat figure en annexe H. Il est plus particulièrement adapté aux engagements de cession d'actifs mais les stipulations relatives au mandataire et à la cessation du mandat peuvent être reprises pour les contrats de

mandat dans le cas d'engagements comportementaux. Le mandataire doit répondre à deux conditions pour être agréé par l'Autorité. Il doit être indépendant des parties et avoir les compétences requises pour mener à bien sa mission.

294. Afin de vérifier le respect de l'exécution des injonctions, prescriptions et engagements, les services d'instruction de l'Autorité peuvent également adresser des demandes d'informations aux parties comme aux tiers, et s'appuyer sur toute information spontanément fournie par les tiers.

2. LA PROCÉDURE DE SANCTION DU NON RESPECT DES ENGAGEMENTS OU INJONCTIONS (ARTICLE L. 430-8-IV DU CODE DE COMMERCE)

295. Si le suivi des mesures correctives fait apparaître un doute sérieux sur l'inexécution des engagements, injonctions ou prescriptions, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité d'ouvrir une procédure de non-respect des obligations imposées aux parties. Une telle procédure peut être engagée aussi bien pour des opérations autorisées par l'Autorité de la concurrence que des opérations autorisées sous le régime antérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du code de commerce intervenue le 2 mars 2009.
296. En vertu des derniers alinéas de l'article L. 430-8-IV, la procédure applicable est *« celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés. L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés »*.
297. Pour instruire la procédure de non-respect des obligations qui incombaient aux parties, un ou plusieurs rapporteurs sont désignés par le rapporteur général. Un rapport est rédigé conformément au deuxième alinéa de l'article L. 463-2. Ce rapport est notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné de l'ensemble des éléments sur lesquels se sont fondés les rapporteurs. Les parties et le Commissaire du gouvernement disposent de 15 jours ouvrés pour présenter un mémoire en réponse. Une séance contradictoire est ensuite organisée devant le collège de l'Autorité selon les modalités énoncées par l'article L. 463-7 du code de commerce et celles du règlement intérieur de l'Autorité.
298. Au terme de cette procédure, l'Autorité prend une décision en vertu de l'article L. 430-8-IV : *« Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1, l'Autorité de la*

concurrence constate l'inexécution. Elle peut :

- *1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I ;*
- *2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.*
- *En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I ».*

299. La sanction pécuniaire s'élève au maximum, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise.

300. Le montant des astreintes qui peuvent être infligées ne peut dépasser la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date fixée par l'Autorité.

301. La conformité de ces dispositions législatives à la Constitution a été confirmée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 12 octobre 2012, relevant en particulier qu'elles visent à garantir le respect effectif des mesures correctives et ont pour objet d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans les secteurs affectés par l'opération de concentration¹⁰⁵.

302. Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions des articles L. 430-1 et suivants du code de commerce intervenue le 2 mars 2009, l'Autorité a sanctionné à deux reprises des entreprises pour le non respect des engagements qu'elles avaient pris devant le ministre. Une sanction pécuniaire de 1 million d'euros a ainsi été prononcée à l'encontre de la société Bigard qui, alors qu'elle s'était engagée à signer un contrat de licence portant sur l'utilisation de la marque Valtéro pour les produits de viande bovine vendus en grandes surfaces, a tenté de reporter la notoriété de cette marque vers une autre marque, ce qui était de nature à décourager les candidats susceptibles d'être intéressés par la licence de marque¹⁰⁶.

303. Le 20 septembre 2011, l'Autorité a constaté le non-respect par Groupe Canal Plus des engagements qu'il avait pris dans le cadre de la fusion de son bouquet satellite de télévision payante avec celui de la société TPS. Elle a en conséquence retiré la décision du 30 août 2006

¹⁰⁵ Décision du Conseil Constitutionnel n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par les sociétés Groupes Canal Plus et Vivendi Universal.

¹⁰⁶ Décision 12-D-15 du 9 juillet 2012 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard (lettre du ministre de l'économie C2008-100 du 2 février 2009).

par laquelle le ministre avait autorisé cette opération¹. Dans la mesure où le bouquet satellite TPS avait disparu et où ses abonnés avaient été transférés sur les offres du Groupe Canal Plus, il n'était plus possible de revenir à l'état antérieur à la concentration et l'opération de 2006 a été notifiée à nouveau le 24 octobre 2011 et autorisée, sous réserve d'injonctions par une décision du 23 juillet 2012. En outre, l'Autorité a sanctionné ce non-respect d'engagement à hauteur de 30 millions d'euros¹⁰⁷.

304. Cette décision de sanction a été confirmée pour l'essentiel par le Conseil d'État¹⁰⁸. Cette décision précise notamment la portée du principe de l'interprétation stricte des engagements en relevant que « *l'Autorité de la concurrence est en droit de rechercher si, alors même que serait assuré le respect formel des critères expressément prévus par un engagement que l'évolution du marché n'a pas privé de son objet, les parties ayant pris cet engagement auraient adopté des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de le priver de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir ;* ».
305. Le Conseil d'État a, dans la même décision confirmé que la décision de retrait devait être proportionnée à la gravité des manquements constatés, et notamment à l'importance des engagements en tout ou partie non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées, aux effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir, à l'ampleur des manquements, ainsi qu'à la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. Il a, en l'espèce, constaté que Groupe Canal Plus avait manqué à des engagements qui se trouvaient au cœur du dispositif des mesures correctives prévues par la décision d'autorisation et dont la méconnaissance a eu des effets majeurs sur l'équilibre concurrentiel des marchés concernés et a donc confirmé la légalité du retrait de l'autorisation de 2006.

3. LE RÉEXAMEN DES MESURES CORRECTIVES

306. Dans des circonstances exceptionnelles, les parties qui ont souscrit des engagements peuvent être conduites à en proposer le réexamen par l'Autorité.
307. Si des parties, qui s'étaient engagées à céder une activité dans un délai imparti, envisagent de demander une prolongation de ce délai, il leur appartient de démontrer que le non-respect de cet engagement résulte de raisons totalement indépendantes de leur volonté, et qu'elles restent en mesure de céder l'activité dans un délai rapide. Dans le cas inverse, elles sont passibles d'une sanction pour non-respect de leurs obligations.

¹⁰⁷ Décision de l'Autorité de la concurrence 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

¹⁰⁸ Décision du Conseil d'État du 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus, société VivendiUniversal, n°353856.

308. Dans le cas de mesures correctives comportementales s'étendant sur une longue durée, les parties peuvent être amenées, après les avoir mises en œuvre pendant plusieurs années, à considérer que les objectifs poursuivis par ces mesures pourraient être mieux satisfaits par des mesures différentes, ou que l'évolution de la concurrence sur les marchés les rende obsolètes. Il leur appartient alors de démontrer à l'Autorité le bien-fondé de leur demande de réexamen des mesures correctives et de proposer des mesures alternatives.
309. Les demandes de réexamen peuvent porter aussi bien sur des engagements pris devant l'Autorité de la concurrence que sur des engagements pris devant le ministre chargé de l'économie antérieurement au transfert de compétences. Un courrier motivé doit être adressé à cet effet au président de l'Autorité.
310. Les décisions de révision des engagements sont *a priori* publiées sur le site de l'Autorité à l'exception des modifications mineures ou de celles qui ne modifient pas les engagements sur le fond comme par exemple les décisions relatives à une demande de prolongation des délais de cession. Avant la publication, les entreprises sont mises en mesure d'indiquer les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires dans les conditions prévues à l'article R. 430-7.
311. Par exemple, s'agissant d'engagements pris vis-à-vis du ministre avant le 2 mars 2009, le président de l'Autorité a ainsi accepté, par lettre du 23 mai 2011, que la société Bigard modifie l'engagement de signature d'un contrat de licence portant sur l'utilisation de la marque Valtero pour les produits de viande bovine vendus en grandes surfaces qu'elle avait pris dans le cadre de l'opération relative à l'acquisition de Socopa Viandes. En application de l'engagement ainsi modifié, la société Bigard a cédé la marque Valtero pour tous ses usages à l'un de ses concurrents, la société Montfort¹⁰⁹. Autre exemple, le président de l'Autorité a accepté par un courrier du 19 juillet 2012, qu'il soit mis un terme aux engagements pris par le groupe LVMH à l'occasion de l'acquisition du groupe Les Echos, en raison des profonds bouleversements constatés sur le marché de la presse quotidienne économique et financière et notamment de la disparition de la version imprimée quotidienne de La Tribune¹¹⁰.
312. S'agissant d'engagements pris dans le cadre d'opérations autorisées depuis le 2 mars 2009, le président de l'Autorité a, par exemple, autorisé la suspension de l'engagement relatif à la création de sociétés par action simplifiées dans les terminaux de transport combiné, souscrit dans le cadre de l'autorisation de la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans par la SNCF. L'exécution de cet engagement a ainsi été une première fois suspendue jusqu'au 30 juin 2012 puis jusqu'au 31 décembre 2012¹¹¹.

¹⁰⁹ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/C2008-100-version_occultation2.pdf.

¹¹⁰ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/lettre_revision_levee_engagements_lvmh_version_publication.pdf.

¹¹¹ Décision 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société

K. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE L. 430-9

313. L'article L. 430-9 dispose que : *« l'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre ».*
314. Cet article est applicable pour tout abus ayant été rendu possible par une opération de concentration, qu'elle ait fait, ou non, l'objet d'une procédure d'autorisation devant l'Autorité de la concurrence ou, antérieurement, le ministre.
315. L'article L. 430-9 a été mis en œuvre dans une seule affaire à ce jour, sous le régime antérieur à la loi de modernisation de l'économie. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence après s'être saisi d'office, dans le cadre de ses attributions relatives au contrôle des pratiques anticoncurrentielles, de la situation des marchés de l'eau et de l'assainissement, a, dans sa décision 02-D-44 du 11 juillet 2002, établi que la Compagnie générale des eaux (CGE) et la société Lyonnaise des eaux (SLDE) détenaient une position dominante collective sur ces marchés¹¹² et qu'elles en avaient abusé¹¹³. Le Conseil a alors demandé au ministre chargé de l'économie, sur le fondement des dispositions de l'article L. 430-9 dans sa version antérieure à la loi de modernisation de l'économie, d'enjoindre aux sociétés intéressées de modifier, compléter ou résilier les accords qui les avaient conduites à associer leurs moyens dans le cadre de filiales communes.

V. L'examen d'une opération sur le fond

A. PRINCIPALES NOTIONS

316. Le test appliqué par l'Autorité pour l'appréciation des effets d'une opération de concentration sur la concurrence est celui défini à l'article L. 430-6 du code de commerce, selon lequel

Transport et Logistique Partenaires SA.

¹¹² La CGE et la SLDE détenaient environ 85 % de ces marchés et ces deux groupes avaient créé au fil du temps, à la demande des collectivités concernées, sept filiales communes. Dans le courant de l'année 2009, le processus de décroisement de l'ensemble de ces filiales communes a été mis en œuvre.

¹¹³ Lors de plusieurs appels d'offres publics lancés par des collectivités, à partir de juin 1997, les sociétés mères s'étaient abstenues de présenter leur candidature et donc de se positionner en concurrence avec leurs filiales communes, limitant ainsi l'intensité de la concurrence.

l'Autorité examine si l'opération « *est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* ». Le caractère significatif de cette atteinte n'est pas mentionné en droit français mais le traitement proportionné de toute réduction de concurrence s'impose.

317. Le contrôle des concentrations poursuit un objectif d'intérêt général qui consiste à protéger la concurrence et ses effets positifs sur la compétitivité globale de l'économie, l'innovation et le bien-être des consommateurs. Comme cela a déjà été signalé ci-dessus au § 2, le contrôle des concentrations n'a donc pas vocation à préserver les intérêts particuliers de concurrents ou fournisseurs des parties, mais peut conduire à prévoir des mesures les protégeant si cela s'avère utile au maintien d'une concurrence effective sur les différents marchés concernés.
318. L'Autorité doit caractériser les risques concurrentiels d'une opération à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble de données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible¹¹⁴. En effet, seule la situation antérieure à l'opération est observable et les effets probables de l'opération doivent être présumés. Cette analyse s'appuie sur les caractéristiques du marché et du fonctionnement de la concurrence sur celui-ci, telles qu'elles existent au moment du contrôle mais aussi compte-tenu des évolutions envisageables.
319. L'examen d'une opération de concentration débute par la délimitation des marchés pertinents, sur lesquels l'entreprise résultant de la concentration est active ou peut avoir une influence.
320. Une concentration peut avoir des effets horizontaux, verticaux ou congloméraux :
- horizontaux, lorsque les parties à l'opération sont des concurrents actuels ou potentiels sur un ou plusieurs marchés pertinents ;
 - verticaux, lorsque les parties sont actives sur des marchés situés à des stades différents de la chaîne de valeur, par exemple lorsqu'un fabricant fusionne avec l'un de ses distributeurs ;
 - congloméraux, lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur des marchés différents mais dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché.
321. Lorsqu'elle implique des groupes aux activités multiples, une même concentration peut avoir des effets à la fois horizontaux, verticaux et congloméraux.
322. Une opération de concentration peut porter significativement atteinte à la concurrence sur les marchés affectés de deux manières :
- par des effets non coordonnés, c'est-à-dire des effets résultant de comportements des acteurs du marché, agissant indépendamment les uns des autres ;

¹¹⁴ Décision n°362347, 363542 et 363703 du Conseil d'État du 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres.

- par des effets coordonnés lorsqu'elle est de nature à modifier le jeu de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient désormais en mesure de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, puissent le faire plus facilement. On parle alors de création ou renforcement d'une position dominante collective.

323. Du côté des effets non coordonnés, une concentration horizontale produit des effets unilatéraux, lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération de constituer ou de renforcer son pouvoir de marché. Comme le rappelle la Commission dans ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, par pouvoir de marché *«il faut entendre la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence »*. Des effets unilatéraux peuvent aller jusqu'à la constitution ou le renforcement d'une position dominante, permettant à l'entreprise d'avoir un comportement indépendant, dans une mesure appréciable, vis-à-vis de toute pression concurrentielle. Plus rarement des effets unilatéraux peuvent être considérés comme portant atteinte à la concurrence même en l'absence de création ou de renforcement d'une position dominante.
324. Une concentration verticale ou conglomérale produit des effets non coordonnés, lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de l'opération de restreindre ou d'empêcher l'accès à un ou plusieurs marchés. Dans une concentration verticale, l'entreprise résultant de l'opération est présente à différents stades de la chaîne de valeur. Dans certains cas, cette position peut lui permettre d'empêcher (totalement ou partiellement) des concurrents situés en aval de la chaîne de la valeur d'accéder à une ressource essentielle qu'elle contrôle en amont, ou, à l'inverse, de bloquer (au moins partiellement) les débouchés commerciaux de concurrents situés en amont, du fait de sa position en aval. Dans une concentration conglomérale, une entreprise qui bénéficie à l'issue de l'opération d'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 levier¹¹⁵.
325. Pour apprécier si une opération porte significativement atteinte à la concurrence, par ses effets non coordonnés (horizontaux, verticaux ou congloméraux), l'Autorité est amenée à analyser la capacité des clients à se reporter sur des produits ou services alternatifs offerts par des concurrents. Pour ce faire, elle conduit une analyse prospective de la demande et de l'offre, et étudie quels seront les comportements probables des clients et des concurrents, à brève échéance, après l'opération. La concurrence peut provenir d'entreprises déjà présentes sur le marché, mais aussi de concurrents potentiels pouvant entrer sur le marché rapidement. Leur

¹¹⁵ L'effet de levier se comprend comme la capacité pour une entreprise d'augmenter les ventes d'un produit sur un marché en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit auquel le premier produit est lié ou groupé.

capacité à le faire dépend des barrières à l'entrée, c'est-à-dire des obstacles à franchir pour pénétrer le marché. Ces obstacles peuvent, par exemple, être de nature réglementaire ou financière, ou encore liés à des droits de la propriété intellectuelle, à la difficulté d'acquérir un savoir-faire ou à l'attachement des clients à certaines offres. Dans certains cas particuliers, une opération peut porter significativement atteinte à la concurrence par la disparition d'un concurrent potentiel. Il s'agit de cas, en pratique rares, où l'une des entreprises acquises exerce une pression concurrentielle potentielle sur un ou plusieurs marchés concernés.

327. Une opération peut aussi porter significativement atteinte à la concurrence par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat de nature à fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de l'approvisionnement.
328. Du côté des effets coordonnés, une opération de concentration peut également créer ou renforcer les incitations des entreprises présentes sur le marché à coordonner leur comportement, sans qu'il leur soit nécessaire de procéder à la conclusion d'un accord explicite.
329. Dans le cas spécifique de la création d'une entreprise commune, l'Autorité analyse aussi les risques de coordination des sociétés-mères, la création d'une entreprise commune pouvant inciter ses coactionnaires à coordonner leur comportement concurrentiel.
330. Des gains d'efficacité économique sont généralement attendus d'une concentration. Lorsque, dans une première partie de l'analyse, l'Autorité constate que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence sur un marché, elle évalue alors dans quelle mesure les gains d'efficacité attendus pourront bénéficier aux consommateurs et s'ils sont suffisants pour compenser l'atteinte à la concurrence identifiée.
331. Dans des cas exceptionnels, une opération qui porte atteinte à la concurrence et dont les gains d'efficacité économique ne sont pas suffisants pour compenser cette atteinte, peut être tout de même autorisée, parce que l'entreprise rachetée est une entreprise défaillante, qu'il n'y a pas de meilleur acquéreur du point de vue de l'analyse concurrentielle et que l'atteinte à la concurrence ne serait pas moins grave si l'entreprise avait disparu.
332. Lorsque le bilan concurrentiel d'une opération est négatif, que les gains d'efficacité économique ne compensent pas les atteintes à la concurrence identifiées, que l'argument de l'entreprise défaillante n'est pas retenu, les entreprises notifiantes sont invitées à proposer des mesures correctives.
333. Les mesures correctives recherchées sont prioritairement des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement

concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération. Il peut s'agir, par exemple, de l'obligation d'octroyer l'accès à des infrastructures à des concurrents de manière transparente et non discriminatoire, ou de résiliation de contrats d'exclusivité. Dans des cas particuliers, des mesures comportementales seules peuvent permettre de résoudre les problèmes de concurrence soulevés.

334. Ces mesures correctives peuvent faire l'objet d'engagements proposés par les parties. L'autorisation de réalisation de l'opération n'est alors donnée que sous réserve de la mise en œuvre des engagements pris. Elles peuvent également faire l'objet d'injonctions et de prescriptions imposées par l'Autorité. Celles-ci conditionnent alors son autorisation. Si aucune mesure corrective ne peut être trouvée, l'Autorité interdit l'opération.
335. Pour mener son examen sur le fond, l'Autorité suit une démarche systématique qui commence par la délimitation des marchés pertinents (B). Elle apprécie ensuite la probabilité que l'opération porte atteinte à la concurrence compte-tenu du degré de concentration sur les marchés pertinents (C). Puis elle approfondit son analyse en caractérisant ses effets non coordonnés, qu'ils soient horizontaux (D), verticaux (E) ou congloméraux (F). Dans les cas qui le justifient, l'Autorité analyse les risques de disparition d'un concurrent potentiel (G) ou les risques de création ou renforcement d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs dans une situation de dépendance économique (H). L'Autorité analyse aussi les effets coordonnés de l'opération (I). Dans le cas spécifique de la création d'une entreprise commune, elle analyse le risque de coordination entre les sociétés-mères (J). Elle peut être amenée à se prononcer sur les restrictions accessoires à une opération (K). Elle tient compte des gains d'efficacité économique prouvés qu'apporte l'opération aux consommateurs (L) et, le cas échéant, de l'argument de l'entreprise défaillante lorsqu'il est applicable (M). Si, au terme de cette analyse, le bilan concurrentiel reste négatif, l'Autorité examine les mesures correctives proposées par les parties (N).

B. LA DÉLIMITATION DES MARCHÉS PERTINENTS

1. L'OBJECTIF

336. La définition des marchés pertinents constitue une étape essentielle du contrôle des concentrations, dans la mesure où elle permet d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises et d'apprécier, dans un deuxième temps, leur pouvoir de marché. Cette analyse couvre les marchés sur lesquels les parties sont simultanément actives mais elle peut également s'étendre aux marchés ayant un lien de connexité susceptible de renforcer le pouvoir de marché de la nouvelle entité.

337. Si les clients de l'entreprise résultant de l'opération ne peuvent pas se reporter, pour une partie suffisante de leur demande, sur des produits ou services alternatifs offerts par des concurrents, l'opération peut porter significativement atteinte à la concurrence. Il est donc nécessaire, pour établir le bilan concurrentiel d'une opération, de délimiter des marchés pertinents, qui englobent les produits ou services offerts par l'entreprise résultant de la concentration et ceux de ses concurrents, considérés comme suffisamment substituables par les clients pour exercer sur eux une pression concurrentielle significative.
338. Le Conseil de la concurrence a donné la définition suivante d'un marché pertinent : « *Un marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché pertinent n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* »¹¹⁶.
339. Sur un tel ensemble de produits et services, une entreprise qui serait seule à les offrir ou en offrirait une part conséquente, serait en mesure d'exercer un pouvoir de marché, par exemple d'augmenter ses prix au-dessus du niveau concurrentiel indépendamment de ses clients et concurrents. Le raisonnement est celui tenu dans le test du monopoleur hypothétique¹¹⁷. Dans ce test, la question est de savoir « *si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause. On procède ainsi jusqu'à ce que l'ensemble de produits de la zone géographique retenus soient tels qu'il devient rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix*

¹¹⁶ Rapports annuels du Conseil de la concurrence, notamment pour l'année 2001.

¹¹⁷ Le test est également appelé « SSNIP » (Small but Significant Non – transitory Increase in Price : augmentation faible mais significative et non transitoire de prix).

relatifs. »¹¹⁸. En d'autres termes, il s'agit d'évaluer dans quelle mesure une augmentation faible mais significative et non transitoire des prix d'un produit qui n'est proposé que par un seul offreur (monopoleur) serait profitable pour celui-ci compte tenu des réactions de ses clients à cette hausse de prix. Si une part suffisante des clients opte pour un substitut, alors la hausse de prix ne sera pas profitable¹¹⁹.

340. La délimitation d'un marché de produits ou services comprend également l'identification de la zone géographique sur laquelle une entreprise qui y serait en monopole pourrait y exercer son pouvoir de marché sans être exposée à une concurrence significative d'autres entreprises situées dans d'autres zones géographiques. De la même manière que pour les produits et services, l'identification de cette zone géographique repose sur le raisonnement tenu dans le test du monopoleur hypothétique : lorsque, sur une zone géographique donnée, un monopoleur hypothétique verrait ses profits diminuer s'il augmentait ses prix en raison de l'importance des reports de demande vers des zones géographiques mitoyennes, alors il convient d'élargir le marché pertinent à ces autres zones géographiques.
341. Le test du monopoleur hypothétique est un test quantitatif dont la mise en œuvre peut exiger un grand nombre de données. Souvent, ces données ne sont pas disponibles ou ne peuvent être rassemblées et traitées dans les délais imposés par le contrôle des concentrations. Néanmoins, ce test fournit le cadre conceptuel d'analyse dans lequel il convient de structurer le raisonnement relatif à la délimitation des marchés pertinents et d'interpréter les divers indices qualitatifs et quantitatifs disponibles. En particulier, le raisonnement tenu permet de comprendre que la délimitation des marchés pertinents est une affaire de degré. Pour appartenir au même marché pertinent, deux produits doivent être considérés comme suffisamment substituables par un nombre suffisant d'acheteurs.
342. Il convient toutefois de noter que pour apprécier l'impact d'une concentration sur la concurrence, l'Autorité peut utiliser des outils analytiques ne nécessitant pas de définir précisément des marchés pertinents¹²⁰. Une telle approche peut s'avérer particulièrement justifiée lorsque les produits concernés par l'opération ne sont pas homogènes, ce qui rend difficile la fixation *a priori* de la limite entre les produits qui appartiennent à un même marché et les autres. Cependant, l'identification de biens ou services substituables à ceux vendus par les entreprises concernées par l'opération constitue toujours une étape nécessaire au raisonnement de l'Autorité.
343. Lorsque la délimitation des marchés pertinents n'est pas indispensable à la décision de

¹¹⁸ Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE C372 du 9 décembre 1997.

¹¹⁹ Il convient cependant de tenir compte également de l'effet sur la profitabilité du monopoleur de la baisse des coûts induite par la baisse d'activité liée au report d'une partie de la demande sur des produits concurrents.

¹²⁰ Voir au point 409 pour des précisions relatives à ces outils.

l'Autorité, par exemple, lorsque, quelque soit la délimitation retenue, il apparaît que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence, l'Autorité peut, dans sa décision, laisser ouvertes les questions de délimitation des marchés.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

344. Pour la délimitation des marchés pertinents, l'analyse est prospective : les évolutions en cours ou anticipées à un horizon raisonnable sont prises en compte ; alors qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'analyse est rétroactive : elle s'attache à décrire un marché contemporain des pratiques.
345. Comme il apparaît dans la définition du marché pertinent ci-dessus, la substituabilité entre différents produits ou services du point de vue de la demande constitue le critère déterminant de délimitation¹²¹.
346. Dans des cas particuliers, l'Autorité peut cependant prendre en compte la substituabilité de l'offre pour délimiter les marchés pertinents. La prise en compte de la substituabilité de l'offre afin d'élargir à deux segments A et B, un marché qui défini du seul point de vue de la demande se limiterait au seul segment A, se justifie dans la mesure où elle peut faire obstacle à l'exercice d'un pouvoir de marché par un monopole limité au segment A. Le fait que la plupart des offreurs sur un marché sont déjà présents sur les deux segments A et B peut suggérer que cette substituabilité de l'offre est suffisante pour les regrouper dans un même marché pertinent¹²². Plus rarement, la possibilité qu'auraient les offreurs présents sur le seul segment A d'adapter rapidement facilement leur offre aux produits ou services du segment B, en raison de la proximité des segments A et B, peut également être prise en compte pour conclure que la substituabilité du point de vue de l'offre justifie d'élargir le marché aux deux segments A et B. Cette proximité peut être prise en compte soit au stade de la délimitation des marchés soit au stade de l'analyse de la concurrence potentielle exercée sur les offreurs du segment A par ceux du segment B¹²³.

¹²¹ L'analyse de la substituabilité des produits du point de vue de la demande n'exclut pas la prise en compte des caractéristiques de l'offre, dans la mesure où elles peuvent expliquer le comportement de la demande. Par exemple, 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, donc, fonder une distinction des marchés.

¹²² A l'inverse, le fait que la plupart des producteurs de champignons en conserves ne fabriquent aucune autre conserve de légumes constitue un indice de la spécificité de ce type de production : voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-21 du 15 mars 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Champiloire SA par la société Bonduelle SA, § 8. Voir aussi la décision n° 11-DCC-141 du 21 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de certains actifs du groupe Gergonne par le groupe 3M, § 21.

¹²³ Voir la décision n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles : les fabricants de produits panés à base de volaille fournissant la RHD pouvaient facilement reporter leur offre vers les produits MDD à destination des GMS.

347. L’Autorité tient compte, dans son analyse, des décisions antérieures des autorités de concurrence communautaire et nationales portant sur les marchés concernés, ou des délimitations de marché pertinentes développées dans les avis des autorités nationales de régulation sectorielle. Toutefois, l’évolution des marchés peut rendre obsolète une délimitation antérieure, par exemple lorsque de nouveaux produits sont apparus, ou que les marchés se sont internationalisés ou sous l’effet d’évolutions technologiques majeures. C’est pourquoi l’Autorité vérifie si les décisions et analyses antérieures restent pertinentes et peut être amenée à délimiter les marchés pertinents d’une manière différente. Dans de nombreux cas, la pratique décisionnelle antérieure a laissé la question de la délimitation précise des marchés ouverte, dans la mesure où, même en retenant la délimitation la plus étroite, l’opération ne soulevait aucun problème de concurrence. La délimitation proposée n’est alors qu’une première approximation qui doit être précisée si cela s’avère nécessaire au vu des problèmes posés dans le cas d’espèce.
348. La mise en œuvre du test SSNIP nécessite de connaître l’élasticité-prix simple de la demande¹²⁴ ainsi que les marges sur coûts variables du monopoleur hypothétique considéré à chaque stade de l’analyse, et éventuellement les élasticité-prix croisées avec d’autres produits ou services¹²⁵ s’il y a lieu d’élargir à ceux-ci le marché pertinent. Lorsque les données permettant la mise en œuvre rigoureuse de ce test ne sont pas disponibles, l’Autorité apprécie la substituabilité des produits et services en analysant l’ensemble des indices quantitatifs et qualitatifs disponibles. Dans certains cas cependant, il est possible de s’appuyer également sur des méthodes quantitatives permettant d’éclairer la délimitation des marchés pertinents.

3. LA PRISE EN COMPTE D’INDICES QUALITATIFS ET QUANTITATIFS

349. Pour réunir ces indices, l’Autorité s’appuie sur :
- les études et analyses internes transmises par les parties,
 - celles obtenues auprès d’autres entreprises dans le cadre d’un test de marché,
 - toutes informations publiques, ou études de marché et analyses disponibles.

a) Pour la délimitation des marchés en termes de produits et de services

350. Compte-tenu de la diversité des marchés, il n’est pas possible de dresser une liste exhaustive

¹²⁴ L’élasticité simple est le pourcentage de variation de la demande d’un produit par rapport au pourcentage de variation de son propre prix.

¹²⁵ L’élasticité-croisée est le pourcentage de variation de la demande d’un produit par rapport au pourcentage de variation du prix d’un autre produit.

des indices que l'Autorité est susceptible de prendre en compte pour délimiter les marchés pertinents. Cependant, les caractéristiques les plus couramment utilisées pour conduire cette analyse sont présentées ci-dessous.

351. **Les caractéristiques physiques des produits et services** : les caractéristiques d'un produit constituent des éléments essentiels dans le choix des clients et, à ce titre, sont analysées pour comprendre leur comportement.
352. Cependant, des produits différents d'un point de vue physique ou technique, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation, peuvent être considérés comme substituables par les clients¹²⁶. A l'inverse, des produits présentant des similitudes physiques ou techniques, mais n'ayant pas le même usage, peuvent ne pas appartenir au même marché¹²⁷.
353. **Les besoins ou les préférences des clients** : lorsque les produits sont commercialisés à des clientèles dont les besoins ou les préférences diffèrent, les autorités de concurrence peuvent être amenées à considérer des marchés distincts par type de clientèle. Parfois, ce sont certaines caractéristiques mêmes du produit qui sont différentes en fonction du type de clients auxquels il est destiné, mais les spécificités peuvent aussi ne porter que sur le mode de commercialisation, de livraison, de conditionnement du produit, et justifier des prix différents. Par exemple, s'agissant de la fabrication des produits alimentaires, une distinction est généralement faite selon que les produits sont destinés aux grandes et moyennes surfaces, à la restauration hors foyer ou aux industries agro-alimentaires¹²⁸. L'Autorité peut aussi prendre en compte les préférences subjectives des clients, y compris lorsque les caractéristiques des produits sont relativement similaires.
354. Ainsi, dans le cas de l'acquisition de Milan par Bayard¹²⁹, le ministre a tenu compte de la nature différenciée et hétérogène des titres de presse jeunesse et de la structure oligopolistique de l'offre. Il a été procédé à un inventaire des titres de presse édités par les opérateurs concurrents et constituant des substituts proches ou éloignés de ceux des parties. Ce mode d'analyse a permis de regrouper des titres de presse jeunesse selon les critères de l'âge du

¹²⁶ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia, § 8 à 19 : les granulats alluvionnaires et les granulats issus de roches massives ont été considérés comme appartenant au même car ils sont employés pour les mêmes usages.

¹²⁷ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-110 du 1er septembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal, § 19 à 25 : le fromage à raclette a été considéré comme appartenant à un marché distinct des autres pâtes pressées non cuites en raison de l'usage spécifique qui en est fait.

¹²⁸ Voir par notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-48 du 22 septembre 2009, LDC/Marie ; n° 11-DCC-137 du 15 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Lenôtre SA par la société Sodexo SA, § 11. Pour un exemple d'application de ce critère de segmentation sur des marchés autres qu'alimentaires voir notamment la décision n° 10-DCC-76 du 9 juillet 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sin&Stes par le groupe Elixir § 16 à 22.

¹²⁹ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 11 février 2004, aux conseils de la société Bayard Presse, relative à une concentration dans le secteur de la presse pour la jeunesse.

public visé et de la thématique du magazine. Les catégories ainsi identifiées ne correspondent pas à des marchés pertinents de produits mais à des modalités de regroupement des magazines selon leur degré de substituabilité (apprécié selon le prix, le format, le contenu éditorial, le positionnement, l'ancienneté sur le marché et la diffusion payée qui permettent de mesurer la notoriété du titre, le réseau de distribution etc.) afin de déterminer vers quels magazines intervient le report de demande en cas d'augmentation unilatérale du prix d'une catégorie par la nouvelle entité.

355. **Les différences de prix** : un écart de prix substantiel durable entre différents produits peut constituer un indice de substituabilité imparfaite entre ces derniers et donc de non appartenance au même marché.

Les niveaux de prix ne constituent cependant qu'un indice, à corroborer avec les autres caractéristiques des marchés. En effet, les comparaisons de prix n'ont de sens que si la qualité et la durabilité des produits sont perçues par les consommateurs comme équivalentes. Ainsi, des produits peuvent avoir des prix différents et appartenir au même marché notamment lorsqu'ils sont verticalement différenciés. Dans un avis relatif à une acquisition sur le marché de la production, de la transformation et de la vente de saumons¹³⁰, le Conseil a noté que « *le saumon d'Écosse bénéficie d'une meilleure image et d'une appréciation de qualité plus grande que le saumon de Norvège auprès des consommateurs, prêts à payer un supplément de prix pour ce surplus de qualité perçue* » mais a conclu, après avoir analysé et pondéré l'ensemble des critères susceptibles de fonder une distinction de marché que « *le fait qu'un groupe de consommateurs puisse ne pas considérer l'ensemble de produits répondant aux mêmes besoins comme substituables n'exclut cependant pas que ces produits puissent appartenir au même marché pertinent. Compte tenu de la stabilité et de l'interdépendance des prix relatifs, de l'absence de véritable différence objective ainsi que de la possibilité pour une proportion suffisante des acheteurs de reporter tout ou partie de leur demande d'une origine à une autre, le Conseil est d'avis que les différentes origines du saumon Atlantique d'élevage appartiennent au même marché pertinent* ». Enfin, les entreprises qui disposent d'informations sur la disponibilité à payer de leurs clients peuvent pratiquer des prix différents selon les catégories de clients.

356. **Les canaux de distribution** : les stratégies de distribution des entreprises peuvent avoir un impact direct sur la substituabilité des produits, du point de vue de leurs clients, et peuvent ainsi fonder une distinction des marchés¹³¹. Ce critère de segmentation peut notamment s'avérer pertinent dans un contexte de dématérialisation progressive des transactions au profit

¹³⁰ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006.

¹³¹ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n°11-DCC-62 du 4 mai 2011 relative à la prise de contrôle conjoint de La Boîte à Outils SAS, filiale du groupe SAMSE, d'un actif de la société Mr Bricolage SA, § 10 à 14.

de la vente à distance¹³². L'Autorité analyse au cas par cas la pertinence d'une segmentation entre ventes à distance et ventes en magasin physique.

357. **Le positionnement commercial** : les produits, notamment alimentaires, vendus par les acteurs de la grande distribution peuvent être commercialisés sous marque de fabricant (MDF), marque de distributeurs (MDD), marque de hard discounters (MHD) et marque de premier prix (MPP). La substituabilité des produits vendus sous MDF, MDD, MPP et MHD diffère selon les produits concernés et l'Autorité procède à une analyse au cas par cas afin de déterminer s'ils appartiennent ou non à des marchés pertinents différents.
358. Dans le secteur de la grande distribution, la chaîne d'approvisionnement allant du fournisseur vers le client final comprend généralement deux niveaux : un niveau amont mettant en relation les fournisseurs et les distributeurs, et un niveau aval mettant en relation les distributeurs et le consommateur final. Afin de déterminer dans quelle mesure le marché amont de l'approvisionnement doit être segmenté suivant le positionnement commercial des produits étudiés, l'Autorité prend en compte le processus d'approvisionnement lui-même et les caractéristiques de l'offre. Ainsi, l'achat des MDD fait l'objet d'appels d'offres spécifiques sur la base de cahiers des charges maîtrisés par les distributeurs, ce qui tend à les distinguer des MDF. Mais, sur certains marchés, ce sont les fabricants de MDF qui fabriquent également les MDD tandis que sur d'autres, l'offre de MDD et l'offre de MDF sont distinctes. Lorsque les mêmes fournisseurs fabriquent à la fois des produits MDF et des produits MDD, cette substituabilité de l'offre est également prise en compte dans la délimitation de ces marchés. L'Autorité tient également compte du fait que la pression concurrentielle que peuvent éventuellement exercer les uns sur les autres les fournisseurs des GMS en MDF et en MDD est étroitement influencée par le comportement des consommateurs sur les marchés aval, et donc par la substituabilité, du point de vue des consommateurs, entre les différents produits. En effet, les négociations entre les distributeurs et leurs fournisseurs MDF et MDD prennent place dans un contexte concurrentiel différent selon le degré de différenciation des produits en termes de goût, de qualité ou d'emballage et selon la notoriété des marques de fabricants¹³³. Le taux de pénétration des MDD pour une gamme de produits, l'ampleur des investissements des MDF dans la publicité, sont ainsi des indicateurs utiles pour évaluer le caractère distinctif des marques de fabricants.
359. **L'environnement juridique** : l'existence d'une norme légale ou d'une réglementation spécifique est également susceptible d'influencer le comportement de la demande, dans la

¹³² Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-42 du 25 mai 2010 relative à l'acquisition par la société 3 Suisses International SA de certains actifs de la société La Source, § 18 à 23.

¹³³ Voir sur ce point les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial, § 50 à 54 ; n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation, § 73 à 86 et n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS, § 50 à 71.

mesure où elle peut influencer les prix des produits, leur qualité ou la perception que les demandeurs en ont¹³⁴.

b) Pour la délimitation géographique des marchés

360. Comme pour la définition des marchés de produits, le cadre d'analyse applicable à la délimitation géographique des marchés est celui du test du monopoleur hypothétique, qui vise à apprécier la pression concurrentielle exercée par des offreurs situés dans des zones géographiques plus ou moins éloignées. C'est dans ce cadre conceptuel que l'Autorité analyse les différents éléments qualitatifs ou quantitatifs de nature à indiquer la propension des clients à se tourner vers des offreurs situés dans d'autres zones géographiques.
361. La réalité des flux d'échanges, de la distance effectivement parcourue par les offreurs ou par les demandeurs jusqu'au point de rencontre de l'offre et de la demande, de la disponibilité des biens en cause pour les consommateurs d'une zone géographique, ou encore les écarts de prix d'une zone à l'autre, peuvent fonder des distinctions de marché en termes géographiques. Pour délimiter géographiquement les marchés, différentes caractéristiques peuvent être prises en compte par l'Autorité.
362. **Les coûts de transport** : les contraintes physiques peuvent être liées au coût du transport rapporté à la valeur des produits, comme c'est le cas pour les produits pondéreux. Ainsi, dans un arrêt du 29 juin 1993, la Cour de cassation confirme l'analyse du Conseil et de la cour d'appel en relevant « *que les tuiles et briques fabriquées sur place dans la région alsacienne* » ne sont pas substituables aux autres « *du fait de* » l'incidence contraignante du coût du transport « *sur des éléments de construction pondéreux et de faible valeur* ».
363. **La distance ou le temps de parcours des consommateurs ou des acheteurs** peut constituer un élément important de délimitation des marchés géographiques, notamment lorsque ces marchés sont limités à une zone locale. La définition des marchés pertinents peut alors s'appuyer sur la « zone de chalandise » des magasins (notamment pour les secteurs de la distribution au détail ou de la livraison de matériaux pondéreux), c'est-à-dire la zone d'où provient l'essentiel de leur clientèle, même s'il n'est pas exclu que des offreurs situés à l'extérieur de cette zone de chalandise, s'ils exercent une contrainte concurrentielle suffisamment importante, puissent être intégrés au marché pertinent.
364. Pour la distribution de détail à dominante alimentaire, les conditions de la concurrence sont successivement analysées sur deux zones différentes¹³⁵ :

¹³⁴ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations, § 9 à 37 et la décision n° 10-DCC-51 du 28 mai 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du Groupe Quartier Français par Tereos § 7 à 16.

¹³⁵ Voir par exemple la décision n° 12-DCC-48 du 6 avril 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Sofides par la société ITM Entreprises.

- un marché où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et formes de commerce équivalentes situés à moins de 15 minutes de temps de déplacement en voiture du magasin cible. Ces dernières formes de commerce peuvent comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés situés à proximité des consommateurs et les magasins discompteurs ;
- un second marché où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des hypermarchés situés à moins de 30 minutes de déplacement en voiture du magasin cible.

Lorsque le magasin cible est un supermarché, et non un hypermarché, l'analyse concurrentielle ne porte que sur le premier marché.

365. L'évaluation de la distance ou du temps de parcours peut être pondérée en fonction de la qualité du réseau routier, de la fréquence des déplacements nécessaires, de l'attractivité que présente un point de vente, à travers la taille de ce dernier, de l'étendue des différentes gammes proposées et de la qualité des infrastructures qui lui sont attachées (autres services à proximité du lieu de vente, parking). L'étendue des zones de chalandise à Paris intramuros est ainsi limitée à un rayon de 300 à 500 mètres compte tenu des contraintes de déplacement et des caractéristiques des magasins¹³⁶. Les spécificités topographiques des zones étudiées peuvent également être prises en compte dans l'analyse, par exemple lorsque ces zones sont situées dans les départements et collectivités d'outre-mer¹³⁷.
366. Ce temps de parcours peut aussi être apprécié sur la base du comportement réel des consommateurs sur une zone donnée à travers les informations collectées par les points de vente sur la localisation de leurs clients. La zone de chalandise réelle d'un point de vente peut ainsi être assimilée à celle qui regroupe les consommateurs représentant un certain pourcentage¹³⁸ du chiffre d'affaires de ce point de vente, ou à défaut, un certain pourcentage de l'ensemble des clients de ce point de vente. L'application de cette méthode « d'empreinte réelle » permet d'obtenir une photographie précise des clients sur lesquels le magasin exerce une attraction¹³⁹.

¹³⁶ Avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

¹³⁷ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-134 du 2 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot, §13 à 17 et la décision n° 12-DCC-59 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Socolam, Somacom et René Lancry (actifs du Groupe Lancry) par la société Socohold (Groupe Parfait).

¹³⁸ La pratique décisionnelle de l'Autorité retient généralement que la zone de chalandise du magasin peut être limitée à celle où résident les clients à l'origine de 80 % des ventes du magasin, ou à défaut, celle où résident 80 % de ses clients. Le pourcentage de consommateurs non retenu pour l'analyse est assimilé à une clientèle ponctuelle et non significative, parfois très éloignée du point de vente : il peut notamment s'agir de clients « de passage » et non réguliers (voir les décisions de l'Autorité de la concurrence n°12-DCC-41 du 23 mars 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Brossette par la société Point P, § 50 et n°12-DCC-46 du 3 août 2012 relative à la prise de contrôle des fonds de commerce de la société SCT Toutedelectric par le groupe Rexel, § 50).

¹³⁹ Pour des exemples d'application de cette méthode, voir également les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-87 du 10 juin 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High

367. Enfin, le calcul des parts de marché sur des zones de chalandise locales peut être sensible à des effets de seuil. L'Autorité vérifie s'il convient d'intégrer des concurrents situés au-delà de la zone de chalandise mais dont il peut être démontré qu'ils exercent une pression concurrentielle importante sur la zone. Elle peut aussi avoir recours à des méthodes plus sophistiquées susceptibles de répondre à ce problème, et qui apportent un éclairage complémentaire. Ainsi, il est possible de calculer les parts de marché du point de vue de chacun des clients, réels ou hypothétiques, de la zone de chalandise analysée (c'est-à-dire dans une zone centrée sur ce client et de rayon identique à celui de la zone de chalandise), puis d'agréger ces parts de marché avec une pondération appropriée¹⁴⁰.
368. L'étendue du marché géographique peut être différente **selon les catégories de demandeurs**. La demande des entreprises pourra ainsi s'adresser à des offreurs situés sur une zone géographique plus large que celle déterminée par la demande des particuliers. De la même façon, le ministre a considéré, dans le secteur des voyages d'affaires que, si le marché géographique demeure national pour les PME/PMI, il convient de s'interroger sur une dimension plus large du marché pour les entreprises multinationales dans la mesure où elles cherchent à avoir un fournisseur unique pour l'ensemble de leur groupe, capable de couvrir, par sa prestation, plusieurs pays européens (« one stop shopping »).¹⁴¹
369. **Les contraintes légales, réglementaires** : certains marchés sont par ailleurs géographiquement limités par des contraintes légales ou réglementaires¹⁴². Les normes nationales en vigueur peuvent ainsi constituer un critère de délimitation des marchés¹⁴³.
370. **Les préférences subjectives des clients** : des considérations subjectives quant au comportement de la demande, telles que les préférences et les habitudes régionales ou nationales ou l'attachement aux marques expliquent par ailleurs que certains produits d'origine géographique différente ne soient pas, du point de vue de la demande, substituables aux produits locaux. L'élasticité croisée de la demande entre deux produits peut ainsi être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales¹⁴⁴.
371. Les marchés ainsi définis sont parfois de dimension géographique très restreinte (quelques

Tech Multicanal Group ; n° 11-DCC-78 du 18 mai 2011 relative à l'acquisition du groupe Titouan par le groupe Conforama et n° 11-DCC-157 du 24 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Guillemet par la société Chaussou Matériaux SA.

¹⁴⁰ Avis 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, § 95 et suivants et plus particulièrement § 122.

¹⁴¹ Décision du ministre C2004-05 SEAVT/Protravel, du 29 mars 2005 publiée au BOCCRF du 16 décembre 2005.

¹⁴² Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n°10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations, § 38 à 46.

¹⁴³ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n°09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA, § 55 à 58.

¹⁴⁴ Avis du Conseil de la concurrence n° 99-A-09 du 1^{er} juin 1999, voir également la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation, § 90 à 93.

dizaines de kilomètres de rayon pour le béton prêt à l'emploi ou les enrobés bitumineux ; 30 minutes de trajet en voiture pour les zones de chalandise des hypermarchés ; la ville de Paris pour l'exploitation des films en salles de cinéma). A contrario, les effets de l'harmonisation européenne, de la concentration des entreprises et de la globalisation des échanges conduisent de plus en plus à définir des marchés européens voire mondiaux.

372. Certains marchés peuvent faire l'objet d'une analyse à plusieurs niveaux. Ainsi, à l'occasion de l'examen de la fusion des groupes Banques Populaires et Caisses d'épargne¹⁴⁵, l'Autorité a confirmé que l'analyse concurrentielle des marchés de la banque de détail et de certains marchés de la banque commerciale, s'agissant des PME, pouvait être effectuée à la fois au niveau national et au niveau local. Elle a en effet considéré que le pouvoir de marché des banques s'appuyait, d'une part sur la taille des groupes, de nombreux services bancaires étant caractérisés par des économies d'échelle et de gamme qui favorisent les banques disposant d'une très large base de clientèle, et d'autre part, sur leur proximité et la qualité de leur relation avec le client. De plus, l'Autorité a noté que, contrairement à ce qui a été constaté par la Commission européenne sur d'autres marchés nationaux, ces marchés présentent, en France, un certain degré d'hétérogénéité géographique, tant en ce qui concerne l'implantation des différents groupes que les conditions tarifaires pratiquées au sein d'un même groupe.

4. LES MÉTHODES QUANTITATIVES

373. Au-delà de la prise en compte des différents indices qualitatifs et quantitatifs évoqués ci-dessus, la délimitation des marchés de produit et des marchés géographiques pertinents peut aussi s'appuyer sur des méthodes quantitatives permettant de mesurer le degré de substituabilité entre différents produits ou services ou le pouvoir de marché détenu par un offreur sur un ensemble de produits ou services sur un territoire donné.
374. Le test du monopoleur hypothétique, déjà évoqué ci-dessus, renseigne directement sur le caractère pertinent du marché considéré. A chaque étape du raisonnement, pour le marché candidat analysé, il consiste à calculer la rentabilité d'une hausse de prix du point de vue d'un monopoleur hypothétique sur ce marché, à partir de l'élasticité-prix simple¹⁴⁶ de sa demande (qui doit parfois être calculée à partir des élasticités-prix croisées¹⁴⁷ entre les biens regroupés dans le marché candidat) et de sa marge sur coûts variables. L'absence de rentabilité d'une telle hausse de prix indique que des produits extérieurs au marché candidat sont suffisamment substituables avec ceux étudiés pour que les consommateurs préfèrent reporter leur

¹⁴⁵ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009.

¹⁴⁶ L'élasticité-prix simple est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation de son propre prix.

¹⁴⁷ L'élasticité-croisée est le pourcentage de variation de la demande d'un produit par rapport au pourcentage de variation du prix d'un autre produit.

consommation vers ces produits plutôt que de subir la hausse de prix. Le marché pertinent doit alors être élargi et il convient d'identifier les substituts les plus proches, qui seront inclus dans le nouveau marché candidat à l'étape suivante du test. Cette sélection peut se faire en comparant les élasticités croisées ou les ratios de diversion vers d'autres produits ou services. Le ratio de diversion d'un produit A vers un produit B indique la fraction des ventes perdues par le produit A à la suite d'une hausse de son prix qui se reportent vers le produit B en cas de hausse de prix légère mais permanente. Plus ce ratio de diversion est élevé, plus les produits sont des substituts proches.

375. Le test SSNIP peut nécessiter la collecte d'une grande quantité de données. Les élasticités-prix peuvent être estimées économétriquement, ou à défaut, être évaluées à partir de la littérature économique ou des études de marché existantes, ou plus approximativement sur la base de questions posées aux acheteurs.
376. Par ailleurs, il convient de préciser que la méthode du test du monopole hypothétique est adaptée lorsque les prix observés, à partir desquels sont réalisées les simulations de hausses des prix, sont des prix suffisamment concurrentiels. En revanche, elle devient d'autant plus délicate à mettre en œuvre que les prix observés s'éloignent des prix concurrentiels. L'exemple typique (dit « *cellophane fallacy* ») est celui d'un monopole– ou d'un oligopole parfaitement collusif– sur le produit dont on cherche à vérifier s'il constitue ou non un marché pertinent distinct. Un monopole est capable de pratiquer son prix de monopole c'est-à-dire le prix qui maximise son profit. A ce prix, toute augmentation de prix est susceptible de réduire le profit. Le test amène automatiquement à élargir le marché au-delà de sa véritable dimension et donc à sous-estimer le pouvoir de marché de l'entreprise et les effets de l'opération de concentration. En contrôle des concentrations, le risque de « *cellophane fallacy* » peut être particulièrement problématique dans le cas où le niveau de prix supra-concurrentiel résulte d'une collusion tacite ou explicite, qui suite à l'opération ferait place à une intégration effective, ce qui atténuerait encore le degré de concurrence sur le marché. Le niveau de prix observé actuellement pourrait aussi être supérieur au niveau de prix attendu en l'absence de fusion (qui constitue le contrefactuel adapté), par exemple du fait de l'entrée prochaine de concurrents sur un marché récemment libéralisé ; dans ce cas, la baisse de prix sur ce marché pourrait conduire les consommateurs à ne plus considérer comme des alternatives pertinentes les substituts plus éloignés, et ceux-ci ne doivent donc pas être inclus dans le marché, contrairement à ce que préconiserait un test SSNIP effectué à partir du niveau de prix actuel¹⁴⁸. Enfin, la « *cellophane fallacy* », en poussant à élargir à tort le marché pertinent et à minimiser le pouvoir de marché des parties sur celui-ci, pourrait conduire à sous-estimer les effets verticaux ou congloméraux liés à l'opération.

¹⁴⁸ Voir notamment la décision de la Commission COMP/M.5096 RCA/MAV Cargo, § 29-31, sur la question de l'inclusion dans un même marché du fret ferroviaire et routier.

377. A défaut de pouvoir mettre en œuvre rigoureusement le test SSNIP, d'autres méthodes quantitatives peuvent être utilisées pour éclairer la délimitation des marchés pertinents. Dans certains cas, le degré de substituabilité (ou la proximité des produits) peut être évalué directement à partir du calcul de ratios de diversion (voir § 374)¹⁴⁹.
378. Par ailleurs, l'observation des évolutions des prix peut fournir des indications précieuses sur la substituabilité des produits, car des produits différents qui répondent à une même demande peuvent présenter des écarts de prix, mais ceux-ci doivent en théorie évoluer de façon similaire dans le temps (études de corrélation). Les données utilisées doivent s'étendre sur une période suffisamment longue (par exemple, au moins deux ans pour des données mensuelles). Elles doivent être corrigées des variations saisonnières qui peuvent affecter l'offre ou la demande sur certains marchés (comme, par exemple, les changements de température pour certains marchés de l'énergie, ou les périodes de vacances pour les marchés du tourisme) ainsi que des évolutions des facteurs de coûts communs.
379. Des indications sur le degré de substituabilité des produits peuvent aussi être obtenues en analysant l'impact de chocs qui ont affecté le marché, tels que l'entrée d'un nouveau concurrent, le lancement d'un nouveau produit, une variation des taux de change ou une augmentation ou diminution soudaine de la capacité de production d'un acteur. Toutefois, un choc qui conduit l'essentiel ou la totalité de la demande à se reporter vers d'autres produits pourra engendrer des ratios de diversion différents de ceux qui résulteraient du report de la demande des consommateurs les plus sensibles aux prix suite à une hausse de prix de 5 à 10%.
380. Pour toutes les modélisations quantitatives proposées par les parties à l'appui d'une notification, elles sont invitées à détailler la méthodologie suivie ainsi qu'à joindre les données utilisées. Les éléments fournis font l'objet d'une analyse par le service économique de l'Autorité. Un communiqué sur les recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité sera publié par l'Autorité.

C. L'APPRÉCIATION DU DEGRÉ DE CONCENTRATION DU MARCHÉ

1. L'OBJECTIF

381. Après avoir délimité les marchés pertinents, l'Autorité conduit une analyse préliminaire sur les parts de marché et le degré de concentration du marché. Cette première estimation très utile de la structure du marché et de l'importance des parties à la concentration et de leurs

¹⁴⁹ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS, § 40 à 48.

concurrents ne limite toutefois pas l'analyse concurrentielle, ne serait-ce que parce qu'elle ne permet pas d'appréhender l'existence d'une pression concurrentielle provenant de l'absence de barrières à l'entrée et de l'existence de concurrents potentiels qui ne sont pas effectivement présents sur les marchés concernés. Cette analyse préliminaire ne prend pas non plus en compte des éléments telle que la capacité de la demande à exercer, via sa puissance d'achat, un contre-pouvoir à la puissance de marché des parties.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

382. Deux critères sont examinés par l'Autorité :

- **les parts de marché** : plus la part de marché de l'entreprise résultant de l'opération est élevée par rapport à celles de ses concurrents, plus la probabilité qu'elle confère ou renforce un pouvoir de marché est forte ;
- **le degré de concentration** : plus le marché est concentré, plus les risques d'atteintes à la concurrence, par effets coordonnés ou non coordonnés, sont importants.

383. En pratique, l'Autorité utilise les mêmes seuils que la Commission européenne pour déterminer si une opération justifie une analyse approfondie.

384. Lorsque la part de marché de l'entité résultant de l'opération est inférieure à 25 % dans une concentration horizontale et à 30 % dans une concentration verticale ou conglomerale, l'Autorité considère qu'une atteinte à la concurrence est peu probable, sauf cas particulier.

385. Pour apprécier le degré de concentration du marché, un indice Herfindahl-Hirschman (IHH) peut être calculé. Cet indice est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché. Lorsqu'il n'est pas possible, faute d'information disponible, d'intégrer dans le calcul toutes les entreprises présentes, il convient de se limiter aux principaux opérateurs dont les parts de marché peuvent être identifiées, l'impact des petits acteurs sur la valeur de l'IHH étant réduit. Le niveau de l'indice après l'opération et sa variation par rapport à la situation antérieure (appelée delta) sont pris en compte.

386. Pour les concentrations horizontales, comme le rappelle la Commission dans ses lignes directrices, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence horizontaux sur un marché dont l'IHH à l'issue de la concentration sera inférieur à 1 000. Ces marchés n'exigent normalement pas une analyse approfondie. Il est également peu probable que la Commission conclue à l'existence de problèmes de concurrence horizontaux lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est inférieur à 250, ou lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est supérieur à 2 000 et que le delta est inférieur à 150. Pour les concentrations verticales ou conglomerales, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence, si l'IHH après l'opération est inférieur à

2 000.

387. Cependant, l'Autorité réserve la possibilité qu'une opération puisse porter atteinte à la concurrence, même en-deçà de ces seuils, dans des cas exceptionnels tels que :

- l'une des parties à l'opération est un entrant potentiel ou un concurrent entré récemment sur le marché dont la part de marché est faible mais est susceptible de croître rapidement,
- une ou plusieurs parties à l'opération sont des entreprises innovantes importantes, ce que ne révèle pas leur part de marché,
- il existe d'importantes participations croisées entre les entreprises présentes sur le marché,
- l'une des parties à la concentration est un « franc-tireur » (« maverick ») qui, très probablement, ferait échouer la coordination des comportements,
- il existe des indices de l'existence, sur le marché, d'une coordination passée ou actuelle, ou de pratiques facilitant la coordination,
- l'une des parties à l'opération détient, avant la concentration, une part de marché supérieure ou égale à 50 %.

388. L'Autorité se réfère aux parts de marché les plus récentes disponibles. Elle peut éventuellement prendre en considération les parts de marché au cours des deux années précédentes, si elles ont fortement évolué. La part de marché de l'entreprise résultant de l'opération est calculée en additionnant celle des parties à la concentration. Elle peut éventuellement être corrigée d'estimations d'évolution de marché, en particulier lorsque celui-ci est en développement rapide.

389. Les parts de marché sont analysées en valeur et en volume. L'Autorité utilise les indicateurs de volume usuels dans les métiers de l'entreprise résultant de l'opération, comme les surfaces en m² dans la distribution, ou le nombre de véhicules immatriculés dans la vente de véhicules neufs. Dans les secteurs bancaires et immobiliers, l'Autorité a également assis l'analyse de la position des entreprises au niveau local sur le nombre d'agences, faute de données permettant d'évaluer plus finement l'activité de ces agences.

390. L'Autorité s'appuie sur les parts de marché fournies par les parties dans leur dossier de notification. Elle peut remettre en cause les estimations fournies en s'appuyant sur des sources tierces.

D. LES EFFETS NON COORDONNÉS DES CONCENTRATIONS HORIZONTALES OU EFFETS

UNILATÉRAUX

1. LA NATURE DE CES EFFETS

391. Un risque d'atteinte à la concurrence, au sens de l'article L. 430-6 du code de commerce, peut être constaté, en premier lieu, lorsque l'opération confère un pouvoir de marché à l'entreprise acquéreuse ou à la nouvelle entité issue de la fusion, ou renforce un pouvoir de marché qu'elle détenait déjà. Lorsque les entreprises parties à l'opération sont des concurrents actuels sur un ou plusieurs marchés pertinents, cet effet peut aller jusqu'à créer ou renforcer au profit de cette entreprise une position dominante simple, c'est-à-dire le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs¹⁵⁰. Cette entreprise serait par exemple en mesure d'augmenter significativement ses prix, de réduire la diversité des produits ou services disponibles sur le marché ou son rythme d'innovation. Sur la période récente, les autorités de concurrence ont examiné plusieurs opérations se traduisant par la constitution de monopoles, c'est-à-dire un cas extrême de renforcement d'une position dominante. Ces opérations n'ont été autorisées que sous réserve d'engagements visant à limiter leurs effets sur les prix ou sur les conditions d'accès de nouveaux acteurs aux marchés concernés¹⁵¹.
392. Sans aller jusqu'à la création ou au renforcement d'une position dominante au profit de l'entité issue de l'opération, une concentration entre deux entreprises présentes sur un même marché peut porter atteinte à la concurrence du seul fait de l'élimination de la concurrence entre elles. Il est en effet possible qu'après l'opération, la nouvelle entité puisse de façon profitable augmenter ses prix ou réduire le volume ou la qualité de sa production, alors qu'avant l'opération un tel comportement aurait conduit à une réduction trop importante des ventes au profit d'autres opérateurs. Un tel effet a, par exemple, été mis en relief à plusieurs reprises dans le secteur de la distribution¹⁵². En retour, la réaction des autres entreprises présentes sur le même marché et qui ne sont pas parties à la concentration est susceptible, indépendamment de tout phénomène de coordination des comportements, de contribuer à affaiblir l'intensité de la concurrence. La disparition d'un concurrent peut en effet déplacer significativement le point d'équilibre concurrentiel sur tout ou partie du marché considéré,

¹⁵⁰ TPICE, T-102-96, Gencor contre Commission, 25 mars 1999.

¹⁵¹ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

¹⁵² Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation ; n° 11-DCC-134 du 2 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot et 12-DCC-57 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Tilguit, Ludivan et Vanlube par la société ITM Alimentaire Nord.

l'ensemble des entreprises présentes étant alors en mesure de bénéficier de prix plus élevés. Cet effet pourra être particulièrement sensible dans le cas où l'une des parties à la concentration était un franc-tireur. La perte de bien-être qui en résulte pour les consommateurs peut être prise en compte par les autorités de concurrence, même si l'opération ne crée pas ou ne renforce pas une position dominante au profit de l'entité issue de la fusion. Le Conseil de la concurrence a, par exemple, estimé qu'une concentration sur le marché du saumon Atlantique d'élevage était de nature à avoir un effet dommageable sur les prix et les quantités du saumon produit en Écosse¹⁵³.

2. LES ÉLÉMENTS D'ANALYSE

393. La probabilité qu'une opération de concentration entraîne les effets unilatéraux décrits ci-dessus est fonction des caractéristiques présentées par le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés et, particulièrement, de l'analyse du pouvoir de marché déjà détenu par les entreprises antérieurement à l'opération. Tous les facteurs susceptibles de contribuer à un tel pouvoir de marché peuvent donc être pris en compte : les résultats de l'addition des parts de marché des parties à la concentration ; le degré de concentration du marché ; le niveau de différenciation des produits des parties ; la pression concurrentielle que sont en mesure d'exercer les concurrents actuels ; la probabilité que d'autres offreurs, non encore présents sur le marché, viennent concurrencer les acteurs actuels ; la puissance d'achat des clients.
394. Ces effets s'apprécient, dans une première étape de l'analyse, indépendamment¹⁵⁴ des gains d'efficacité que l'opération est, parallèlement, susceptible de générer (cf. ci-dessous partie L).

a) Le résultat de l'addition des parts de marché des parties à la concentration

395. L'addition des parts de marché sur les marchés sur lesquels les parties à la concentration sont simultanément présentes donne une première indication sur les effets d'une concentration horizontale.
396. En première approche, cette addition des parts de marché des parties avant l'opération ne tient pas compte des phénomènes de report, sur les concurrents, de la demande qui s'adressait auparavant aux parties. En effet, si l'importance de ce report peut être qualifiée, en fonction du type de concurrence que se livraient les entreprises avant l'opération, l'estimation chiffrée de l'effet de ce report nécessite des travaux quantitatifs plus sophistiqués (voir ci-dessous).

¹⁵³ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-20 du 20 octobre 2006.

¹⁵⁴ Cependant, certains modèles visant à quantifier ce type d'effets peuvent, compte tenu de la forme de la fonction de production retenue, prendre en compte directement les gains d'efficacité.

397. L'existence de parts de marché d'une grande ampleur est un élément important dans l'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise. Des parts de marché post-opération élevées, de l'ordre de 50 % et plus, peuvent faire présumer l'existence d'un pouvoir de marché important. Une telle présomption est toutefois réfutable. En examinant les effets de l'acquisition par Seb de certains actifs de Moulinex¹⁵⁵, le Conseil de la concurrence a ainsi estimé que « *les parts de marché désormais détenues par SEB sur certains marchés sont importantes, mais la part de marché n'est cependant que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante (...) D'autres facteurs peuvent constituer des obstacles à l'exercice de ce pouvoir de marché. En particulier, la pression concurrentielle à laquelle sera soumis le groupe SEB après la réalisation de l'opération ne dépendra pas seulement de l'état actuel des marchés mais aussi des possibilités de développement des autres opérateurs, et donc des facilités d'accès aux marchés concernés* ».
398. Dans le cas où l'une des parties à l'opération détient des parts de marché extrêmement faibles (moins de 2 %), l'opération, *a priori*, n'emporte pas d'atteinte à la concurrence, à moins que ces parts ne viennent conforter une position déjà très forte.
399. Lorsque l'addition des parts de marché des parties à la concentration sur les marchés concernés aboutit à des parts de marché inférieures à 25 %, il est présumé que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence.

Le cas particulier des marchés d'appel d'offres

400. Dans un certain nombre de secteurs, notamment ceux relatifs à la production de produits intermédiaires, la confrontation de l'offre et de la demande prend place dans le cadre de procédures d'adjudication par lesquelles les demandeurs mettent en concurrence différents offreurs.
401. Dans un tel environnement, un opérateur qui n'a pas été sélectionné lors d'une procédure mais qui demeure capable de présenter une candidature crédible continue d'exercer une pression concurrentielle sur le vainqueur. L'analyse du positionnement de chaque offreur doit donc tenir compte de cette dynamique, puisque l'opérateur perdant aujourd'hui est le concurrent de demain. Or les parts de marché des offreurs ne permettent pas de mesurer correctement cet aspect du fonctionnement concurrentiel : même si la part de marché d'un opérateur perdant à l'issue d'une procédure d'appel d'offres demeure modeste, celui-ci reste susceptible d'exercer une pression concurrentielle significative sur le titulaire du contrat lors de son renouvellement.
402. Selon la nature des procédures d'appel d'offres et des produits qui en font l'objet¹⁵⁶, des

¹⁵⁵ Avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-07 du 15 mai 2002.

¹⁵⁶ Pour une discussion de la pertinence des indices structurels traditionnels en fonction de la nature des appels d'offres voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise

indicateurs supplémentaires peuvent donc être utilisés. L'analyse concurrentielle pourra notamment porter sur la fréquence de rencontre des parties à l'opération au cours d'un même appel d'offres, la probabilité que l'une des parties remporte l'appel d'offres selon que l'autre partie est candidate ou non, la crédibilité des concurrents demeurant sur le marché après l'opération ou encore l'existence de facteurs susceptibles de restreindre leur capacité à animer la concurrence¹⁵⁷. L'analyse du classement des offres, lorsque celui-ci est disponible, peut apporter un éclairage utile sur le degré de pression concurrentielle qu'exercent l'une sur l'autre les parties à la concentration. Toutefois, ces indicateurs additionnels n'ont pas vocation à se substituer automatiquement aux indices structurels classiquement utilisés (type parts de marché), dont la pertinence ne saurait être écartée au seul motif que l'on se trouve face à des mécanismes d'adjudication.

b) Le degré de concentration du marché

403. La nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché ou les marchés sur le(s)quel(s) les parties à l'opération sont simultanément présentes est également un facteur important dans l'analyse des effets unilatéraux d'une concentration.
404. Le caractère oligopolistique du marché est par exemple de nature à soulever des préoccupations de concurrence alors même que l'entité issue de la fusion n'occupera pas une position dominante. Dans une telle configuration, les parts de marché de chacun des acteurs sont élevées et la fusion de deux d'entre eux est susceptible de réduire de façon significative les pressions concurrentielles subies tant par l'entité issue de la fusion que par les entreprises subsistant sur le marché. De façon plus générale, le degré de concentration du marché et l'effet du cumul de parts de marché sur ce degré de concentration, de nature à influencer significativement sur ce type d'effets, est un facteur important (cf. ci-dessus les calculs de l'IHH, paragraphes 386 et suivants).

c) Le niveau de différenciation des produits

405. Lorsque le ou les marchés concernés par la concentration sont des marchés de produits ou de services différenciés, la proximité des offres des parties à l'opération constitue l'un des facteurs susceptibles d'influer sur la probabilité qu'une opération entraîne un risque d'atteinte à la concurrence. Une concentration sera d'autant plus susceptible d'emporter des effets unilatéraux que les produits des entreprises concernées sont des substituts proches.
406. Dans une telle configuration de marché, afin d'apprécier le risque d'une atteinte à la

commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations, § 75 à 119.

¹⁵⁷ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations, § 127 à 146 et n° 11-DCC-34 du 25 février 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez, § 64 à 96.

concurrence par le biais d'effets horizontaux, l'Autorité étudie les incitations des entreprises fusionnées à pratiquer des hausses tarifaires consécutives au regroupement de la production de biens et services différenciés au sein d'un même ensemble économique.

407. A l'issue d'une concentration, la nouvelle entité va en effet prendre en compte le fait qu'une fraction des ventes perdues sur le produit sur lequel elle augmenterait son prix se reporte sur des produits qu'elle détient maintenant du fait de l'opération. Ainsi, une hausse de prix qui n'était pas profitable avant l'opération peut le devenir puisque les pertes liées à la diminution des ventes du produit dont le prix augmente sont compensées par la hausse de marge sur ce produit (comme avant l'opération) mais aussi par la hausse des ventes – et donc des profits – sur les produits acquis du fait de l'opération de concentration. Cette internalisation des effets d'une hausse de prix sur les produits acquis à la suite de l'opération devrait donc générer, pour la nouvelle entité, une incitation à augmenter ses prix.
408. Dans un tel contexte, afin d'évaluer la vraisemblance d'un risque d'effet unilatéral sur un marché de produits différenciés, l'Autorité considère notamment les éléments suivants :
- **La proximité concurrentielle des entreprises concernées par la concentration.** En cas de hausse de prix, plus les produits des parties sont substituables, plus la part des ventes perdues que sera en mesure de recouvrer la nouvelle entité sera importante. L'Autorité peut quantifier le niveau de pression concurrentielle qu'exerce un produit vendu par l'une des parties à la fusion sur un produit vendu par une autre partie, en estimant le ratio de diversion du premier produit vers le second. Plus ce ratio de diversion est élevé, plus le risque d'effet unilatéral est fort ;
 - **Les marges unitaires¹⁵⁸** (sur coûts variables) des entreprises parties à la fusion vers lesquelles se reporte une fraction de la demande suite à la hausse des prix d'une autre partie.
409. Lorsque les données le permettent, une première évaluation du risque d'effet unilatéral emporté par l'opération peut être obtenue en procédant à des tests quantitatifs tels que les tests « UPP » (« *upward pricing pressure* »)¹⁵⁹, « GUPPI » (« *gross upward pricing pressure index* ») ou « IPR » (« *illustrative price rise* »). Ces tests ne permettent pas de mesurer précisément l'ampleur de la hausse de prix qui pourrait résulter de l'opération, puisqu'ils reposent sur des modèles simplifiés qui n'intègrent pas l'ensemble des interactions concurrentielles, et notamment la réaction des concurrents. Toutefois, ces différents indicateurs présentent l'avantage de pouvoir être calculés sans qu'il soit besoin de définir précisément le marché pertinent, ce qui est particulièrement utile lorsque les produits sont

¹⁵⁸ La marge unitaire réalisée grâce la vente d'un produit A correspond à la différence entre le prix du produit A et son coût marginal de production.

¹⁵⁹ Pour la mise en œuvre du test UPP, voir notamment la décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS, § 103 à 125.

différenciés et qu'il n'est pas évident *a priori* de fixer la limite entre les produits qui appartiennent à un même marché et les autres.

410. Le test « UPP » consiste à prendre en compte les incitations de la nouvelle entité à augmenter ses prix du fait de l'internalisation des effets d'une hausse de prix sur les produits acquis à la suite de l'opération, mais aussi les incitations à la baisse des prix qui pourraient résulter des gains d'efficience (i.e., baisse des coûts variables) générés par l'opération. Le test consiste simplement à analyser le signe de l'effet net : si ce dernier est positif, alors on pourra craindre que l'opération conduise à une hausse des prix ; si l'effet net est négatif, l'opération devrait plutôt être favorable aux consommateurs.
411. Dans la version la plus simple du test¹⁶⁰ (i.e., fusion entre deux entreprises mono-produit A et B), les incitations nettes à augmenter le prix du produit A dépendent du signe de l'expression $(p_B - (1-E)c_B)RD_{A/B} - Ec_A$, où c_B et p_B sont respectivement le coût (marginal) et le prix du produit B (avant l'opération), c_A est le coût marginal du produit A, $RD_{A/B}$ mesure le ratio de diversion de A vers B (i.e., la proportion des ventes perdues par A à la suite de la hausse du prix du produit A qui se reporte sur le produit B) et E correspond au « crédit » de gains d'efficience retenu par l'Autorité. L'idée est ici que lorsque, à la suite d'une hausse de son prix, le produit A génère des ventes en moins, une fraction $RD_{A/B}$ de ces ventes se reporte sur le produit B qui génère maintenant une marge pour la nouvelle entité. Comme cette marge n'était pas internalisée par l'entreprise A avant l'opération, et qu'elle est maintenant plus élevée du fait de la prise en compte des gains d'efficacité abaissant le coût du produit B, cette marge additionnelle crée une incitation à augmenter les prix du produit A. Cette incitation à la hausse est toutefois contrebalancée par le fait que, en raison des gains d'efficacité abaissant le coût du produit A (et donc augmentant la marge sur ce produit), les ventes perdues sur le produit A sont maintenant plus coûteuses.
412. Le test « UPP » ne mesure donc pas l'amplitude de la hausse des prix possible, mais se contente d'indiquer si une hausse des prix est à craindre ou non. Par ailleurs, si le test tient compte de gains d'efficacité, il ne s'agit pas d'estimer précisément les gains d'efficacité que l'opération est susceptible de générer mais simplement d'accorder un « crédit » (par exemple une baisse des coûts marginaux de 5 à 10 %)¹⁶¹ et de vérifier, si malgré ce « crédit », la concentration est susceptible de nuire aux consommateurs ou non.
413. Contrairement au test « UPP », l'indice « GUPPI »¹⁶² ne prend pas en compte de gains

¹⁶⁰ Voir Schmalensee (2009), « Should new merger guidelines give UPP market definition? », *GCP : Antitrust Chronicle*, December 2009 (Release 1). Pour une mise en œuvre du test dans un cadre multi-produit, voir la décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS, § 103 à 125.

¹⁶¹ Voir Farrell et Shapiro (2010), « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers : An Economic Alternative to Market Definition », *B.E. Journal of Theoretical Economics : Policies and Perspectives*, 10(1) : Article 9.

¹⁶² Voir Salop et Moresi (2009), « Updating the merger guidelines : Comments », Public comment to the Horizontal Merger Guidelines review project (nov. 2009); et Salop et Moresi (2010), « The use of Upward Pricing Pressure indices in merger

d'efficacité mais se constitue seulement un indice de pression à la hausse des prix. Dans le cas simple d'une concentration entre deux entreprises mono-produit présenté au paragraphe 411, l'indice GUPPI pour le produit A s'écrit simplement $(p_B - c_B)RD_{A/B}/p_A$. Il s'agit donc, à la suite de la hausse du prix du produit A, du ratio entre le profit généré par les ventes perdues par le produit qui se reporte sur le produit B et le chiffre d'affaires perdu sur le produit A. Un indice GUPPI élevé indique ainsi une forte propension de la nouvelle entité à augmenter ses prix à la suite de l'opération. Par ailleurs, cet indice peut permettre de mesurer l'amplitude de la hausse de prix à condition de disposer de données précises sur le taux de répercussion des variations de coûts (i.e., taux de *pass-on*) par les entreprises avant l'opération. En effet, le produit de ce taux de répercussion et de l'indice GUPPI donne une estimation directe de la hausse de prix que l'opération est susceptible d'engendrer en l'absence de tout gain d'efficacité. Cette mesure du taux de répercussion peut par exemple être obtenue à partir de données historiques de coûts variables et de prix des entreprises parties à l'opération. En l'absence d'une telle mesure, l'indice pourra servir de filtre afin de vérifier si l'opération est susceptible de générer des effets importants. Une valeur limite de 5 à 10 % pourrait ainsi être retenue pour un tel filtre.

414. Le test « IPR » permet une première estimation de la hausse de prix anticipée (en l'absence de gains d'efficacité) à partir des mêmes données que celles utilisées pour un test « UPP ». Toutefois, ceci n'est possible qu'en retenant une formulation spécifique pour la demande des consommateurs pour un produit donné. Ainsi, il est possible d'obtenir des formules explicites donnant la hausse de prix en fonction des ratios de diversion et des marges des parties à l'opération, en supposant que les demandes sont des fonctions linéaires des prix (i.e., pour une hausse de prix donnée, la variation des demandes ne dépend pas des niveaux de prix initiaux) ou que les élasticités-prix des fonctions de demande ne dépendent pas des niveaux de prix (i.e., demandes iso-élastiques). Les formules des tests « IPR » doivent être adaptées au cas par cas pour tenir compte du caractère multi-produits des entreprises ou prendre en compte des gains d'efficacité engendrant des baisses de coût variable mais ne nécessitent pas de données additionnelles. Enfin, comme les autres tests, le test « IPR » ne prend pas en compte la réaction des concurrents et ne constitue donc pas une simulation des effets globaux de l'opération.
415. Ces tests présentent l'avantage de ne nécessiter que des données concernant l'offre des parties à l'opération. Il faut ainsi disposer des prix et des coûts (variables) unitaires de l'ensemble des produits des parties à l'opération, ainsi que des ratios de diversion entre ces différents produits.
416. Si les prix sont en général faciles à obtenir, il n'en va pas nécessairement de même pour les coûts. Il s'agit en effet de disposer d'information sur les coûts variables unitaires (i.e. des

control », *The Antitrust Source*, February 2010.

coûts qui dépendent des quantités produites) pour chacun des produits. Ceci est souvent complexe pour les entreprises multi-produits car posant la question de l'allocation des coûts communs.

417. Enfin, les ratios de diversion peuvent être obtenus de différentes manières. Les méthodes d'estimation des ratios de diversion peuvent prendre beaucoup de temps et être difficilement compatibles avec les délais restreints du contrôle des concentrations, à moins d'être préparées très amont (notamment lors de la phase de pré-notification). Ils peuvent être calculés à partir des élasticités-prix et élasticités-prix croisées de la demande des différents produits. Ces élasticités peuvent elles-mêmes être estimées économétriquement à partir de données type « sortie de caisse ». Les ratios de diversion peuvent aussi être obtenus directement au travers de sondages réalisés auprès des consommateurs. Toutefois les résultats de tels sondages peuvent être très sensibles à la rédaction des questions posées. Enfin, les ratios de diversion peuvent parfois être estimés à partir du suivi d'un panel de consommateurs dans le temps. Toutefois, ce type de données ne permet généralement pas de s'assurer que les modifications d'habitudes de consommation sont réellement dues à des variations de prix et ne donnent donc qu'une mesure relativement imprécise des vrais ratios de diversion.¹⁶³
418. Lorsque les résultats de tests cités aux paragraphes précédents sont présentés par les parties au soutien de leur analyse concurrentielle, l'Autorité considère indispensable que ces derniers fournissent également les intervalles de confiance associés aux ratios de diversion de façon à pouvoir apprécier la précision des résultats¹⁶⁴.
419. Enfin, lorsque des données suffisamment détaillées sont disponibles, et si les délais le permettent, il est possible de recourir, à titre complémentaire, à des outils d'analyse approfondie tels que les modèles de simulation, reposant sur l'estimation de la fonction de demande, qui visent à estimer les effets de l'opération grâce à une modélisation plus sophistiquée des interactions concurrentielles sur le marché.
420. En tout état de cause, compte tenu des limites méthodologiques tenant principalement à la qualité des données disponibles mais aussi à la nature même de ces tests, ces résultats quantitatifs ne peuvent à eux seuls permettre à l'Autorité de conclure sur les effets de l'opération et ne sont pas utilisés de façon mécanique pour exclure ou retenir l'existence de problèmes concurrentiels. Ils peuvent, lorsqu'ils sont utilisés, fournir une indication sur les interactions concurrentielles auxquelles devra faire face l'entité issue de la concentration mais doivent être mis en regard d'autres éléments d'analyse, tels que la puissance d'achat des clients et l'importance des barrières à l'entrée.

¹⁶³ Pour une discussion des limites de telles données pour estimer les ratios de diversion, voir la décision n° 12-DCC-92 du 2 juillet 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS.

¹⁶⁴ Les ratios de diversion étant généralement estimés sur la base d'un échantillon de la population, les intervalles de confiance correspondant sont donc nécessaires à la parfaite information de l'Autorité.

d) Le caractère biface (« two sided ») des marchés

421. Dans le cas de marchés bifaces¹⁶⁵, l'équilibre économique sur un marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur un autre marché. Les deux marchés, bien que distincts, fonctionnent en effet de façon interdépendante, spécificité qui peut être prise en compte aussi bien au stade de la délimitation du marché que de l'analyse des effets de l'opération sur la concurrence et des gains d'efficacité. Dans un tel contexte, le renforcement d'un acteur à l'issue d'une opération de concentration horizontale sur l'un des marchés est susceptible de se transmettre à l'autre marché amorçant ainsi un processus dynamique pouvant conduire à l'exclusion de ses concurrents¹⁶⁶.

e) La pression concurrentielle exercée par les concurrents subsistant sur le marché

422. Le nombre, les parts de marché et les atouts concurrentiels des concurrents de l'entité fusionnée sont également des facteurs essentiels dans l'analyse des effets horizontaux d'une concentration. En particulier, l'Autorité évalue la capacité des concurrents actuels à réagir face à la nouvelle situation créée par l'opération. La taille des concurrents, leurs capacités de production, l'écart entre leurs parts de marché et celles de l'entreprise issue de l'opération constituent des indices importants pour apprécier si les concurrents pourront absorber la demande dans l'hypothèse où la nouvelle entreprise augmenterait ses prix (ou si les concurrents pourront mettre sur le marché des quantités supérieures dans l'hypothèse où elle réduirait sa production).
423. L'Autorité tient compte non seulement de la capacité des concurrents à réagir mais également de leur incitation et donc de leur intérêt à le faire. En effet, les concurrents qui bénéficient d'une hausse de la demande qui leur est adressée du fait de la hausse du prix de la nouvelle entité, peuvent trouver eux-mêmes intérêt, même en l'absence de comportement coordonné, à procéder à leur tour à des hausses de prix et suivre ainsi, tout au moins partiellement, les hausses de prix de la nouvelle entité.
424. La Commission européenne a ainsi noté que « *même si les producteurs européens auront des capacités disponibles suffisantes pour réagir à une hausse de prix de la nouvelle entité, il n'est pas certain que les concurrents européens restants seront incités à le faire en baissant leurs prix. En effet, les concurrents aussi pourront bénéficier d'une réduction de la pression* ».

¹⁶⁵ Ce type de marché se caractérise par une forme particulière d'externalité de réseau : les externalités de réseau croisées, par lesquelles l'utilité procurée par un bien ne dépend pas seulement du niveau de consommation des agents sur une face du marché, mais aussi de la consommation des agents sur l'autre face du marché. Voir par exemple la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-11 du 7 juillet 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Cartes Bancaires.

¹⁶⁶ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), § 555 à 566 ; ainsi que la décision n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus, § 367 à 378.

concurrentielle qui résulterait de l'opération, puisque une hausse de prix de la nouvelle entité entraînerait un report d'une partie de la demande vers les concurrents qui pourraient de ce fait trouver profitable d'augmenter leurs prix. Cette hypothèse est particulièrement crédible sur un marché où la demande est particulièrement inélastique comme le marché du CR. »¹⁶⁷.

Les mêmes incitations peuvent être observées sur des marchés sur lesquels la concurrence s'exerce en quantités¹⁶⁸.

425. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent aussi être freinées par l'entreprise créée, qui contrôlerait, par exemple, des ressources nécessaires à la production, l'accès à des contenus dans le secteur des médias, des brevets ou des droits de propriété intellectuelle essentiels pour les concurrents, ou encore d'importantes capacités de distribution des biens ou services concernés. Le fait que les parties à la concentration soient des entreprises verticalement intégrées sur des marchés amont et aval est de nature à renforcer les effets horizontaux des cumuls de parts de marché¹⁶⁹ (cf. ci-dessous partie E sur les effets verticaux des concentrations).
426. Les possibilités de réaction des concurrents peuvent par ailleurs être contraintes par des coûts de changement de fournisseur (« *switching costs* ») importants pour les clients. Ces coûts de sortie peuvent être liés à l'existence d'abonnements ou autres types de contrats dont la rupture est coûteuse pour les clients. La contrainte sur l'intensité concurrentielle du marché est cependant particulièrement forte en présence de coûts favorisant la reconduction de ces contrats à leur terme¹⁷⁰.
427. La capacité de réaction des concurrents peut également être limitée par un environnement réglementaire particulier qui contraint leurs capacités de production¹⁷¹ ou par la faible disponibilité d'intrants nécessaires au développement de leur activité.

¹⁶⁷ Décision de la Commission européenne COMP/M.6471 Outokumpu/Inoxum du 7 novembre 2012, point 146.

¹⁶⁸ S'agissant de la concentration sur le marché du saumon Atlantique d'élevage déjà mentionnée ci-dessus, le Conseil de la concurrence a ainsi noté sur ce sujet : « *En théorie, leur intérêt est de produire plus que ce qu'ils n'auraient fait dans l'état antérieur du marché afin de profiter du déficit d'offre par rapport à une situation sans fusion. Les concurrents n'ont toutefois pas non plus intérêt à compenser totalement ce déficit. L'effet cumulé de l'opération, prenant en compte une production inférieure des parties ainsi qu'une production supérieure des concurrents, est donc toujours négatif : à la suite d'une opération de concentration, la quantité totale offerte est inférieure à ce qu'elle aurait été sans l'opération et par conséquent, le prix de marché est supérieur à ce qu'il aurait été sans l'opération. Encore faut-il que les concurrents aient la capacité de réagir. S'ils sont contraints en capacités disponibles, le déficit d'offre et les tensions sur les prix seront plus importants* ».

¹⁶⁹ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus et n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

¹⁷⁰ Voir par exemple l'avis du Conseil de la concurrence du 28 septembre 1999 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company des actifs de la société Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque " Orangina ".

¹⁷¹ Dans l'affaire Cofepp/QFS (décision n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011) relative au secteur du rhum, l'Autorité a ainsi considéré que le système de contingentement du rhum des DOM, limitait la capacité des opérateurs alternatifs à exporter plus de rhum des départements d'outre-mer vers la métropole.

f) La puissance d'achat des clients

428. Le pouvoir de marché d'une entreprise peut être efficacement limité par la puissance d'achat ou contre-pouvoir des acheteurs. Les effets d'une concentration pourront donc être appréciés différemment selon que les clients des parties sont des particuliers ou d'autres entreprises, ou selon que le marché est un marché de détail ou un marché de gros. Lorsqu'il s'agit d'entreprises, la concentration des acheteurs, leur taille, la diversité de leurs achats, sont des facteurs susceptibles de leur conférer une puissance d'achat compensatrice. En revanche, lorsque les prix sont négociés avec chaque client, la puissance d'achat de certains clients ne limite pas le pouvoir de marché de l'entreprise vis-à-vis de clients moins puissants.
429. Dans le secteur de l'impression de magazines, le Conseil a relevé que les éditeurs détenaient un pouvoir de marché non négligeable, pour plusieurs raisons : l'édition est concentrée entre un petit nombre d'acteurs puissants, les éditeurs ont la possibilité de fragmenter l'impression d'un même magazine entre plusieurs imprimeurs, il existait d'importantes capacités de production excédentaires chez les imprimeurs¹⁷². Le Conseil a considéré que ce pouvoir de marché était susceptible de contrebalancer celui dont pourrait disposer la nouvelle entité sur un segment de marché de l'impression des magazines limités aux cahiers « chauds ».
430. De même, l'Autorité de la concurrence a estimé, dans la décision n° 10-DCC-110 relative au secteur des fromages¹⁷³, que si les parties à l'opération, les groupes Entremont et Sodiaal, représentaient l'essentiel des volumes de vente du fromage à raclette vendu sous marque de fabricant (ci-après « *MDF* »), leur position devait être relativisée compte tenu de la puissance d'achat de la grande distribution sur ces marchés (les contrats sont généralement de courte durée avec recours à des appels d'offres ; la demande de la grande distribution n'est pas contrainte par celle des consommateurs finals, comme cela peut être le cas s'agissant de marques notoires ; le fait qu'un même acheteur répartit souvent ses achats entre plusieurs fournisseurs pour le même produit apparaît comme un moyen de pression sur les prix).
431. L'exercice d'un contre-pouvoir des distributeurs vis-à-vis de leurs fournisseurs n'est toutefois pas absolu. Il suppose en premier lieu que les distributeurs disposent de sources alternatives d'approvisionnement et, en second lieu, qu'ils puissent aisément changer de fournisseurs. Le contre-pouvoir de la demande n'existe que dans la mesure où celle-ci est en mesure de menacer de se tourner, dans un délai raisonnable, vers des sources alternatives d'approvisionnement, si le fournisseur décide d'augmenter ses prix. En 2011, l'Autorité a ainsi écarté l'argument du contrepouvoir de la demande dans deux opérations de

¹⁷² Avis du Conseil de la concurrence n° 09-A-01 du 6 février 2009 (Circle Printers/Quebecor).

¹⁷³ Décision n° 10-DCC-110 du 1er septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Entremont par le groupe Sodiaal.

concentration impliquant des fournisseurs de la grande distribution, dans la mesure où celle-ci ne disposait pas d'alternatives suffisantes pour utiliser son contre-pouvoir¹⁷⁴.

g) La concurrence potentielle

432. Le pouvoir de marché d'une entreprise, même si elle dispose d'une part de marché élevée, peut être également efficacement limité non seulement par les réactions des concurrents déjà présents sur le marché mais également par le fait que le marché est contestable, c'est-à-dire qu'il est relativement facile pour de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché en cause. Lorsque c'est le cas, toute dégradation des conditions initiales de marché liée à la concentration sera regardée comme une opportunité pour de nouveaux entrants et ces nouvelles entrées permettront de rétablir les conditions initiales de concurrence. La concurrence, même potentielle, exerce donc une pression sur les comportements des acteurs en place.
433. De ce fait, lorsque l'entrée sur un marché est relativement aisée, il est peu probable qu'une concentration soulève d'importants problèmes de concurrence. Les barrières à l'entrée sur le marché en cause sont donc un facteur important de l'analyse. Il convient toutefois de s'assurer que ces entrées sont possibles dans des délais et sur une échelle suffisants pour exercer une réelle contrainte.
434. Les barrières à l'entrée peuvent prendre des formes très diverses¹⁷⁵. En premier lieu, l'entrée des concurrents sur le marché peut être rendue difficile par des barrières liées à la réglementation ou à la protection de la propriété intellectuelle. Par exemple, l'Autorité a relevé que la chronologie des médias ainsi que les règles relatives au financement de la production cinématographique constituaient d'importants obstacles à l'entrée d'acteurs étrangers sur les marchés de la vidéo à la demande et de la vidéo à la demande par abonnement¹⁷⁶.
435. En deuxième lieu, de nouvelles entrées seront d'autant moins probables qu'elles sont risquées. Or, le risque associé à l'entrée croît avec la part des coûts engagés pour l'entrée qui ne pourra être récupérée en cas d'échec. Les dépenses de publicité constituent par exemple des coûts irrécupérables. Le fait qu'un nouvel entrant sur le marché ne puisse y exercer une concurrence significative sans engager d'importantes dépenses publicitaires pour soutenir sa marque est

¹⁷⁴ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation et n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial.

¹⁷⁵ Voir la typologie proposée dans l'étude thématique sur les barrières à l'entrée du rapport annuel 2006.

¹⁷⁶ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

donc considéré comme un frein à l'entrée¹⁷⁷.

436. L'Autorité évalue également l'importance des coûts fixes et les conditions dans lesquelles ils peuvent être récupérés, c'est-à-dire la combinaison de part de marché et de temps nécessaire à l'amortissement de l'investissement initial. Plus la production implique d'importants coûts fixes, plus l'entrée sur le marché, pour être rentable, doit se faire à grande échelle. L'intensité capitalistique d'un métier, en raison de ses coûts fixes de recherche et développement, de production ou de marketing, l'impossibilité de bénéficier d'économies d'échelle suffisantes pour être concurrentiel, ou les désavantages liés à l'inexpérience et aux manques de savoir-faire peuvent conduire des nouveaux entrants potentiels à considérer que les coûts irrécupérables en cas d'échec constituent des barrières impossibles à franchir. Par exemple, dans son avis relatif à l'acquisition de la société Atos par la société Experian, le Conseil a estimé que l'investissement nécessaire pour entrer sur le marché du traitement des chèques était relativement mineur au regard des perspectives de rentabilité¹⁷⁸. Le Conseil a par ailleurs tenu compte, dans son analyse prospective des marchés, de l'évolution technologique majeure en cours dans le secteur : la dématérialisation des opérations de compensation de chèques apparue avec la mise en place de l'Échange image chèque (EIC). Il a estimé que cette évolution avait deux effets : d'une part, elle rend de moins en moins nécessaire la proximité géographique entre les centres de traitement et les agences bancaires et réduit l'intérêt d'une couverture nationale. D'autre part, elle entraîne une diminution des investissements nécessaires à l'installation d'un centre, en rendant les trieuses inutiles. Le Conseil a conclu qu'au total, *« si les contraintes liées à la taille d'un opérateur compétitif constituent l'un des facteurs explicatifs de la concentration, elles ne constituent pas pour autant un obstacle dirimant à l'accès au marché »*.
437. L'existence d'effets de réseau peut aussi constituer un obstacle difficile à franchir pour un nouvel entrant. Un marché de produits présente des effets de réseau lorsque l'utilité globale du produit pour les consommateurs qui l'utilisent dépend non seulement de l'usage personnel

¹⁷⁷ Par exemple, la Commission dans une décision du 11 septembre 1997 relative à la concentration The Coca-Cola Company / Carlsberg SA Coca-cola / Carlsberg a relevé que *« l'image de marque joue un rôle essentiel pour l'augmentation des ventes dans le domaine des BGS, et des sociétés comme TCCC et Pepsico ont réussi à fidéliser leur clientèle grâce à des investissements très lourds qui leur ont permis de maintenir la bonne image de leurs marques. L'introduction d'une nouvelle marque nécessiterait donc des dépenses de publicité et de promotion très élevées, afin de persuader des clients fidèles de renoncer à leurs marques habituelles de boissons gazeuses sans alcool. De plus, en raison de la fidélité des consommateurs aux marques connues, un nouveau fournisseur aurait beaucoup de difficultés à persuader la clientèle des détaillants de changer de fournisseur, ce qui constituerait une entrave supplémentaire à l'entrée. De telles dépenses de publicité et de promotion sont des coûts perdus et accroîtraient considérablement les risques qu'implique l'accès à ce marché »*.

¹⁷⁸ Avis du Conseil de la concurrence n° 03-A-15 du 25 juillet 2003 : *« Tant la société Experian, que son principal concurrent, la société Safig, estiment la taille minimale d'un centre de traitement de chèques compétitif à environ 100 000/150 000 chèques par jour, soit, sur 250 jours, 0,74 % à 1,11 % des volumes traités sur ce marché en 2002. Malgré de légères divergences d'appréciation sur le coût d'achat des matériels dans le secteur du traitement des chèques (entre 20 000 et 150 000 euros selon la capacité des lecteurs trieurs notamment), les opérateurs se rejoignent pour estimer que l'investissement initial nécessaire pour un centre de cette capacité peut être amorti sur un seul contrat de trois ans dans des conditions normales d'activité. Les coûts fixes sont en effet relativement peu importants, le traitement de chèques étant essentiellement une activité de main d'œuvre (70 % des coûts totaux) »*.

qu'ils en font, mais également du nombre des autres consommateurs utilisant ce produit. Un tel effet de réseau est un effet de réseau direct. Il y a effet de réseau indirect lorsque la valeur d'un bien pour un utilisateur augmente à mesure que le nombre et la variété des produits complémentaires augmentent. De tels effets jouent par exemple un rôle important dans le transport aérien : « *Le fait pour une compagnie de disposer d'un réseau étendu, offrant des fréquences élevées et des connexions rapides structurées autour d'un 'hub', peut constituer une barrière à l'entrée importante pour des compagnies concurrentes qui ne bénéficieraient pas d'un réseau aussi attractif* ». ¹⁷⁹

438. Par ailleurs, certains avantages, dont bénéficient des acteurs en place sur le marché, sont difficilement reproductibles par de nouveaux entrants. Par exemple, dans sa décision n° 10-DCC-198 relative à l'opération Veolia/Transdev, l'Autorité a considéré que le marché du transport urbain était caractérisé par la présence d'effets d'expérience et de réputation qui rendait plus difficile l'entrée de nouveaux opérateurs.
439. D'une façon plus générale, l'existence de switching costs, tels que déjà décrits ci-dessus au paragraphe 426, empêche non seulement le report des clients vers d'autres concurrents déjà présents sur le marché, mais a fortiori vers de nouveaux entrants.
440. Les barrières à l'entrée peuvent également résulter de la capacité de certains acteurs à maintenir des contrats d'approvisionnement ou de distribution de très longue durée. Dans sa décision n° 12-DCC-100, l'Autorité a ainsi observé que : « *compte tenu de la puissance d'achat de GCP et de la faculté que lui conférerait la concentration de rentabiliser les coûts élevés d'acquisition de droits sur la plus large base d'abonnés du secteur, la nouvelle entité serait en position de restreindre la concurrence d'opérateurs alternatifs en incitant les détenteurs de droits à conclure des contrats de longue durée* » ¹⁸⁰.
441. Il faut enfin noter que la constatation de l'absence d'entrée ne suffit pas à établir l'existence de barrières de même que les entrées récentes ne suffisent pas, en elles-mêmes à démontrer l'absence de barrière, dans la mesure où tant l'absence d'entrées que la constatation d'entrées peuvent revêtir un caractère exceptionnel ¹⁸¹. L'observation des entrées passées peut tout au plus constituer un indice qui doit être confronté aux éléments de l'analyse.
442. Certaines de ces barrières à l'entrée peuvent être plus franchissables pour certains concurrents potentiels que pour d'autres. De ce fait, l'identification précise de candidats potentiels à l'entrée sur le marché accroît la vraisemblance de ces entrées.
443. Enfin, la dimension temporelle est un élément essentiel de l'analyse. Ainsi, les lignes

¹⁷⁹ Lettre du ministre de l'économie du 27 avril 2000 au Conseil de la société Air France.

¹⁸⁰ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus, § 357.

¹⁸¹ Avis du Conseil de la concurrence n° 03-A-15 du 25 juillet 2003, Experian/Atos.

directrices sur les concentrations horizontales de la Commission indiquent que celle-ci « examine si l'entrée de nouveaux concurrents serait suffisamment rapide et durable pour dissuader ou contrecarrer l'exercice d'un pouvoir de marché. Le moment précis auquel cette entrée doit intervenir dépend des caractéristiques et de la dynamique du marché, ainsi que des capacités spécifiques des entrants potentiels. Cependant, l'entrée sur le marché n'est normalement considérée comme intervenant en temps utile que si elle s'effectue dans un délai de deux ans »¹⁸².

E. LES EFFETS NON COORDONNÉS DANS LES CONCENTRATIONS VERTICALES

1. LA NATURE DE CES EFFETS

444. Les effets verticaux d'une opération de concentration sont étudiés lorsque l'opération réunit des acteurs présents à différents niveaux de la chaîne de valeur. Ce peut être l'acquisition par un producteur de moyens de distribution (ou l'inverse) ou encore l'acquisition, par une entreprise déjà active en amont et en aval, de capacités supplémentaires situées sur l'un de ses niveaux, ou sur les deux.
445. Une concentration verticale est susceptible de générer des gains d'efficacité et de favoriser la concurrence (intégration d'activités complémentaires, internalisation des doubles marges, réduction des coûts de transaction, meilleure organisation du processus de production, etc.)¹⁸³.
446. Mais une concentration verticale peut également restreindre la concurrence en rendant plus difficile l'accès aux marchés sur lesquels la nouvelle entité sera active, voire en évinçant potentiellement les concurrents ou en les pénalisant par une augmentation de leurs coûts. On parle alors de « verrouillage » ou de « forclusion » des marchés. Une telle situation accroît le pouvoir de marché de la nouvelle entité et lui permet d'augmenter ses prix ou de réduire les quantités offertes.
447. C'est ce type d'effet qui a, par exemple, été relevé par l'Autorité de la concurrence dans les affaires SNCF/Novatrans¹⁸⁴, Eurovia/Tarmac¹⁸⁵ ou encore Canal Plus/TPS¹⁸⁶ et Canal

¹⁸² Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil de la concurrence relatif au contrôle des concentrations entre entreprises du 5 février 2004 – paragraphe 74.

¹⁸³ Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-20 du 22 octobre 2004 relatif à l'acquisition par la société Arc International des sociétés Groupe Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage.

¹⁸⁴ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA.

¹⁸⁵ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

¹⁸⁶ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

Plus/Direct 8-Direct Star¹⁸⁷. Le renforcement des barrières à l'entrée pour les concurrents potentiels est particulièrement dommageable lorsque l'intégration verticale de la nouvelle entité leur impose d'entrer eux-aussi à la fois sur les marchés aval et amont. L'Autorité indique ainsi dans l'affaire Canal Plus/TPS précitée que « *l'entrée sur le marché de l'acquisition de droits portant sur des films EOF [expression originale française] pour une diffusion en télévision payante nécessite d'éditer une chaîne thématique cinéma pour exploiter et rentabiliser les contenus acquis. Or les investissements dans l'achat de droits sont très importants et interviennent, pour tout éventuel nouvel entrant, avant même de pouvoir bénéficier de la base d'abonnés nécessaire à leur amortissement* »¹⁸⁸.

448. Dans les lignes directrices de la Commission européenne¹⁸⁹ sur l'appréciation des concentrations non horizontales, deux types de verrouillages sont clairement distingués. Dans le premier cas, l'entreprise intégrée refuse de vendre un intrant à ses concurrents en aval ou alors le leur fournit à un prix élevé, dans des conditions défavorables ou à un niveau de qualité dégradé (verrouillage du marché des intrants). Cette forclusion peut être totale, lorsque les concurrents ne sont plus du tout approvisionnés, ou partielle, lorsque le durcissement des conditions tarifaires entraîne une augmentation des coûts des concurrents. Dans le second cas, la branche aval de l'entreprise intégrée refuse d'acheter ou de distribuer les produits des fabricants actifs en amont et réduit ainsi leurs débouchés commerciaux (verrouillage de l'accès à la clientèle)¹⁹⁰.

2. LES CRITÈRES D'ANALYSE

449. Dans ces décisions les plus récentes¹⁹¹ ainsi que dans les lignes directrices citées au paragraphe précédent, la Commission européenne évalue la probabilité d'un scénario de verrouillage des intrants d'une part, et celle du verrouillage de l'accès à la clientèle, d'autre part, en examinant, premièrement, si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la capacité de verrouiller l'accès aux intrants ou à la clientèle de manière significative,

¹⁸⁷ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus.

¹⁸⁸ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100, §216.

¹⁸⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2008/C265/07).

¹⁹⁰ D'autres risques liés aux concentrations verticales ont été identifiés par les autorités de concurrence. Par exemple, un opérateur dominant sur un marché aval peut obtenir, à travers l'acquisition d'une entreprise fournissant un intrant important pour ses concurrents sur ledit marché aval, la possibilité d'avoir une connaissance précise des coûts et des consommations desdits concurrents, ce qui peut constituer un avantage concurrentiel décisif, en lui permettant d'adapter sa politique tarifaire en aval et ainsi d'évincer ses rivaux. Ce type de risque de « forclusion » ou de « verrouillage » indirect a été relevé en particulier dans l'affaire ENI/EDP/GDP: à travers l'acquisition de GDP, EDP, principal producteur d'électricité au Portugal, était en mesure de connaître les coûts de fourniture en gaz (et les consommations) de son principal concurrent sur le marché de l'électricité.

¹⁹¹ Cas COMP/M.4854 – Tomtom/Tele Atlas du 14 mai 2008.

deuxièmement, si les incitations à le faire sont suffisantes, et troisièmement, si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause.

450. En pratique, ces trois contraintes sont étroitement liées et sont examinées ensemble. Elles sont déterminées par la plupart des paramètres également pris en compte dans l'analyse des concentrations horizontales et déjà développés ci-dessus, comme l'a résumé le Conseil de la concurrence dans l'affaire Kronenbourg/CHR¹⁹² : « *La faisabilité et l'intérêt de pratiques de forclusion dépendent [...], en premier lieu, du pouvoir de marché de l'entreprise intégrée. De même, la présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration. En second lieu, pour que ces pratiques aient pour effet de fermer l'accès d'un concurrent au marché aval, il faut que l'entrée sur celui-ci soit difficile et qu'il n'existe pas d'alternatives suffisantes à la distribution par l'entreprise intégrée. Les critiques qui mettent en doute l'intérêt de ces pratiques pour l'entreprise intégrée observent, certes, que, dans l'hypothèse où des pratiques de forclusion existeraient, les entreprises non intégrées peuvent se protéger en contractant avec d'autres firmes indépendantes ou en en prenant le contrôle. Encore faut-il que ces entreprises indépendantes existent ou puissent être créées. La Commission insiste de même sur l'importance des barrières à l'entrée : « Dans la mesure où il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver des acheteurs alternatifs pour le produit considéré, le verrouillage ne devrait pas poser de réel problème » (point 144 des lignes directrices). Elle insiste également sur la capacité de faire contrepoids dont disposent les acheteurs qui, s'ils sont suffisamment puissants, ne laisseront pas facilement écarter l'offre de biens ou de services concurrents ».*
451. L'application spécifique de ces critères à l'analyse des risques, tant de verrouillage des intrants que de verrouillage de la clientèle, sera examinée ci-dessous (le pouvoir de marché de la nouvelle entité (a), les capacités de réaction des concurrents (b), les barrières à l'entrée sur le marché (c), la puissance d'achat des clients (d)). Les autres critères qui déterminent éventuellement la probabilité des scénarios de verrouillage seront exposés ensuite (e).

a) Le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée

452. L'intégration verticale d'une entreprise ou son renforcement peut porter atteinte à la concurrence lorsque celle-ci détient, sur un ou plusieurs des marchés concernés, un pouvoir de marché substantiel qui peut servir de point d'appui à un effet de levier (soit sur le marché amont pour un verrouillage par les intrants et sur le marché aval pour un verrouillage de la clientèle).

¹⁹² Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-08 du 18 mai 2004 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Scottish&Newcastle-Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR.

453. L'Autorité considère qu'il est peu probable qu'une entreprise ayant une part de marché inférieure à 30 % sur un marché donné puisse verrouiller un marché en aval ou en amont de celui-ci. En effet, le Conseil de la concurrence a indiqué dans l'affaire Arc/Callens-Lesage précitée que « *l'intégration verticale produit [...] les mêmes effets que les clauses restrictives de concurrence passées entre un fournisseur et ses distributeurs* ». Or, « *le règlement CE [n° 2790/99 relatif à l'application de l'article 81/3 du Traité CE] ne retient pas qu'il y ait de risque concurrentiel si la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 %* ». Ainsi, à l'occasion de l'examen de la concentration Coopagri Bretagne/CAM 56/Union Eolys¹⁹³, l'Autorité a considéré que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence par le biais d'effets verticaux eu égard à la part de marché modérée de la nouvelle entité sur les différents segments concernés.
454. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité dans le cadre de fusions verticales, l'autoconsommation peut être prise en considération. Ainsi dans l'affaire Canal +/TPS¹⁹⁴, le Conseil de la concurrence a considéré que la relation entre Canal + et son partenaire de distribution ne relevait pas de l'autoconsommation, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre consommation : « *En tout état de cause, si la distribution de la chaîne Canal + devait être considérée comme relevant de l'autoconsommation, l'analyse concurrentielle n'en serait pas changée, dès lors que l'autoconsommation doit être prise en compte pour évaluer le pouvoir de marché de la nouvelle entité* ». En effet, la production interne peut revêtir une très grande importance dans une analyse concurrentielle en tant que contrainte concurrentielle ou facteur qui renforce la position d'une entreprise sur le marché.
455. Outre la part de marché détenue, le pouvoir de marché peut être renforcé par les caractéristiques du produit concerné. En particulier, lorsqu'il s'agit d'un verrouillage par les intrants, il est nécessaire que l'intrant concerné par le verrouillage soit important pour les entreprises situées en aval. C'est le cas par exemple lorsque l'intrant est un élément critique rentrant dans la composition des produits ou services des acteurs en aval. Ainsi, dans l'affaire Canal Plus/Direct 8-Direct Star, l'Autorité a considéré que « *la mise en œuvre par GCP d'une stratégie de verrouillage verticale pourrait avoir un impact significatif sur l'audience des nouvelles chaînes indépendantes de la TNT. D'après les données communiquées par les chaînes au cours de l'instruction, les contenus cinématographiques représentent en effet entre 30 et 60 % des 100 meilleures audiences réalisées par les chaînes de la TNT en 2011* »¹⁹⁵.

¹⁹³ Décision n° 10-DCC-107 du 9 septembre 2010 relative à l'apport partiel d'actifs de CAM 56 à Coopagri Bretagne, et à la fusion entre Coopagri Bretagne et Union Eolys.

¹⁹⁴ Avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

¹⁹⁵ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus,

456. Symétriquement, pour un verrouillage de la clientèle, l'entreprise issue de l'opération doit pouvoir contrôler des débouchés essentiels pour les acteurs en amont. En examinant les effets de l'acquisition par la société Arc International de plusieurs grossistes actifs sur les marchés de gros de la distribution de produits d'arts de la table¹⁹⁶, le Conseil a ainsi rappelé que « *pour s'imposer comme point de passage obligé entre fournisseurs et client final, et être en mesure de fermer l'accès des fabricants concurrents aux marchés aval, l'entreprise intégrée doit disposer d'un pouvoir de marché sur les marchés de la distribution* »¹⁹⁷.

b) Les capacités de réaction des concurrents

457. S'agissant de concentrations verticales, les capacités de réaction des concurrents dépendent de leur propre intégration verticale, de leur capacité de production, de leur efficacité, des contre-stratégies qu'ils peuvent élaborer, des alternatives qu'ils peuvent proposer, des débouchés alternatifs qu'ils peuvent trouver mais aussi des contrats d'exclusivité ou de long terme noués entre les différents acteurs du marché.

458. La présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration. Le verrouillage sera peu probable si les concurrents de la nouvelle entité sont eux-mêmes verticalement intégrés et s'ils disposent de capacités de production ou de débouchés en interne qui leur permettent de subvenir à leurs besoins¹⁹⁸.

459. Lorsque les concurrents situés en aval dépendent des parties pour leur approvisionnement, il est nécessaire de déterminer s'ils pourront disposer d'une source alternative d'intrants c'est-à-dire si les concurrents amont de la nouvelle entité ont la capacité d'augmenter leur production ou au contraire s'ils sont soumis à des contraintes de capacité ou à un risque de diminution de leurs rendements d'échelle¹⁹⁹. Il est de plus nécessaire de prendre en compte les éventuelles capacités des concurrents amont rendues disponibles par l'intégration de la nouvelle entité. En effet, la division aval, en s'approvisionnant à l'issue de l'opération exclusivement auprès de sa division amont, est susceptible de libérer des capacités du côté des autres fournisseurs de l'intrant.

460. Dans le cas du verrouillage de la clientèle, il s'agit de déterminer si les concurrents situés en

§ 329.

¹⁹⁶ Avis du Conseil de la concurrence 04-A-20 du 22 octobre 2004 précité

¹⁹⁷ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-65 du 30 novembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de Tele2 Mobile par Omer Telecom Limited et n° 09-DCC-35 du 6 août 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cinq sur Cinq par la société SFR.

¹⁹⁸ Voir par exemple la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus, § 315.

¹⁹⁹ Voir par exemple la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia, § 61 à 65.

amont pourront disposer de débouchés alternatifs²⁰⁰.

461. Enfin, l'analyse des contrats d'exclusivité ou de long-terme peut être essentielle pour caractériser le fonctionnement du marché. Ils peuvent renforcer la dépendance des concurrents s'ils sont liés par de tels contrats à l'entreprise intégrée issue de l'opération ou au contraire limiter le pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée et protéger les concurrents en leur assurant des approvisionnements/débouchés alternatifs crédibles. Par exemple, dans l'affaire Arc/Callens-Lesage précitée, le Conseil a indiqué qu'« *au surplus, les barrières à l'entrée de l'activité de grossiste en arts de la table sont faibles. Les contrats entre fournisseurs et distributeurs sont renégociés annuellement, ce qui assure une certaine fluidité au marché* ». Dans l'affaire TomTom/Tele Atlas²⁰¹, la Commission note que l'existence de contrats à long terme protège le principal concurrent de la nouvelle entité : « *Garmin, qui est le concurrent le plus important de TomTom dans le marché des appareils de navigation portables, est largement protégé des augmentations de prix des bases de données grâce à son contrat à long terme avec NAVTEQ, (...) Cette protection de Garmin contre un refus d'approvisionnement limitera les profits que TomTom pourrait capturer dans le marché en aval si elle s'engageait dans une stratégie de refus d'approvisionnement d'intrants* ».

c) La concurrence potentielle

462. Comme dans l'analyse des effets unilatéraux, le rôle des barrières à l'entrée est également primordial dans le bilan concurrentiel. En effet, si les barrières à l'entrée sont faibles et si l'entrée de nouveaux fournisseurs concurrents en amont et / ou de nouveaux acheteurs en aval est relativement facile, le verrouillage des marchés concernés est peu probable. L'Autorité tient donc compte de la possibilité que des concurrents potentiels viennent remettre en cause le pouvoir de marché de l'entreprise résultant de l'opération. Pour que la pression exercée par des concurrents potentiels soit jugée suffisante, il faut que leur entrée soit vraisemblable, qu'elle puisse se produire dans un délai court et que ces concurrents soient en mesure d'exercer une réelle pression. Les barrières à l'entrée sont analysées selon les principes développés aux paragraphes 432 et suivants, ci-dessus²⁰².
463. Notamment, l'existence de coûts de transfert (switching costs) peut jouer un rôle important dans la mesure où ces coûts de transfert conditionnent la capacité des concurrents à changer de fournisseur ou de distributeur. Ainsi, dans l'affaire Kronenbourg/CHR, de tels coûts de

²⁰⁰ Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-35 du 6 août 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cinq sur Cinq par la société SFR et n° 09-DCC-65 du 30 novembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de Tele2 Mobile par Omer Telecom Limited.

²⁰¹ Cas COMP/M.4854 – Tomtom/Tele Atlas du 14 mai 2008.

²⁰² Pour des exemples de barrières réglementaires ou techniques, voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA, § 108 et suivants.

transfert ont été mis en évidence par le Conseil : « *Le poids des contrats de bière limite, par ailleurs, la capacité des détaillants CHR à changer de distributeur et de fournisseur rapidement. La forte proportion des CHR liées par un contrat de bière d'une durée de cinq ans, à un brasseur, a été soulignée [...] (environ 70 à 80 %)* ». D'une manière générale, le degré de fluidité du marché est un facteur important. Cette fluidité peut notamment être appréciée en observant la durée des contrats dans le secteur concerné, le mode de renouvellement de ces contrats (reconduction tacite ou non), les éventuelles pénalités en cas de rupture anticipée, etc.

d) Le contre-pouvoir des acheteurs

464. L'Autorité tient également compte du contre-pouvoir des acheteurs dans l'analyse des effets verticaux d'une opération. En effet, si les acheteurs sont puissants, ils seront en mesure de contrer les effets d'une éventuelle stratégie de verrouillage de l'entreprise intégrée issue de l'opération, par exemple, en encourageant le développement de nouveaux concurrents. Par exemple, si la clientèle d'une entreprise située en aval valorise l'offre d'une gamme de produits (de marques différentes notamment), cette entreprise devra conserver un approvisionnement diversifié auprès des différents fournisseurs en amont.
465. Par exemple, dans l'affaire Saint-Gobain/BPB²⁰³, la Commission a considéré que les réseaux de distribution tels Point P devaient offrir à leur clientèle une gamme très étendue de produits et que, de ce fait, Point P ne pourrait pas limiter son offre de produits à base de plâtre à ceux de BPB. Dans la décision, Colas/ Spie Rail²⁰⁴, l'activité de Emofer, filiale de Spie Rail active sur le marché de la production et de la commercialisation de traverses en béton, était dépendante des achats du principal donneur d'ordre du marché, RFF/SNCF, qui n'avait pas d'intérêt à perdre les avantages de sa position de monopsonne et à ne dépendre que d'un seul fournisseur.

e) Les scénarios de verrouillage

466. Par ailleurs, au-delà de ces caractéristiques du marché, l'Autorité analyse de façon concrète la probabilité de l'adoption de stratégies de verrouillage par la nouvelle entité en prenant en considération tant les incitations à adopter de tels comportements que les facteurs de nature à diminuer, voire à éliminer, de telles incitations, y compris le caractère éventuellement illégal de ces comportements. Il s'agit de démontrer dans un premier temps que l'entreprise verticalement intégrée issue de l'opération sera incitée à verrouiller le marché. Cette incitation

²⁰³ Cas COMP/M.3943 - SAINT-GOBAIN / BPB du 9 novembre 2005.

²⁰⁴ Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2007-22 / du 14 mai 2007, aux conseils de la société Colas, relative à une concentration dans le secteur de la pose et de la maintenance de voies ferrées.

dépend de la rentabilité du verrouillage.

467. Ainsi dans le cas d'un verrouillage par les intrants, la baisse des ventes d'intrants aux concurrents situés en aval a, dans un premier temps, des effets négatifs sur la rentabilité de la nouvelle entité. Cependant, dans un second temps, la nouvelle entité peut bénéficier du recul des ventes de ses concurrents en aval, du fait du manque de disponibilité d'intrants et de ses effets sur la qualité de leurs produits et leurs coûts, et augmenter le prix facturé aux consommateurs ou développer sa part de marché aval. Ainsi, dans sa décision relative à l'affaire Eurovia/Tarmac, l'Autorité a souligné que dans les zones sur lesquelles la nouvelle entité détenait des positions fortes sur les marchés des granulats, et dans la mesure où les sources d'approvisionnement alternatives étaient insuffisantes, une augmentation de ses prix ou une limitation des quantités de granulats offertes ne se traduirait pas par une baisse de la marge réalisée en amont par la nouvelle entité mais porterait atteinte à la concurrence sur les marchés aval des enrobés bitumineux et des travaux routiers en réduisant ou renchérissant leur approvisionnement en granulats²⁰⁵.
468. Dans le cas d'un verrouillage de l'accès aux débouchés ou verrouillage de la clientèle, le fait de cesser de se fournir auprès de ses concurrents en amont peut entraîner pour la nouvelle entité des surcoûts ou une baisse de ses ventes en aval, qui doivent être mis en regard des gains attendus en amont. Ces gains seront d'autant plus élevés que les concurrents sur le marché amont seront conduits à proposer une offre moins attractive, par exemple parce qu'ils doivent recouvrer des coûts fixes élevés sur un plus petit nombre de clients, voire à l'extrême, que ces concurrents seront contraints de sortir du marché concerné.
469. Divers facteurs peuvent ainsi limiter les incitations de la nouvelle entité. En particulier le niveau des bénéfices et donc des marges réalisés en amont et en aval est un élément important. En effet, il est peu probable qu'une entreprise consente des pertes importantes sur un marché sur lequel elle réalise des marges élevées pour développer sa part de marché sur un marché sur lequel les marges sont faibles.
470. Par ailleurs, lorsque la demande se détourne des concurrents situés en aval, il est nécessaire de déterminer quelle part de cette demande la nouvelle entité pourra attirer. Cette part dépendra notamment des capacités disponibles de la nouvelle entité, du degré de substituabilité existant entre les produits de la nouvelle entité et ceux de ses concurrents, etc. Ainsi, dans l'affaire Saint-Gobain/BPB précitée, dans la mesure où l'expansion des capacités de distribution de Saint-Gobain aurait été difficile, il a été considéré comme peu improbable que BPB, principal fournisseur de plaques de plâtre au Royaume-Uni, réduise ses livraisons aux distributeurs concurrents de Saint-Gobain.

²⁰⁵ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-98 du 20 août 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Tarmac par la société Eurovia.

471. La diversité des gammes de produits offerts est également susceptible d'avoir un impact sur la rentabilité de la stratégie de la nouvelle entité.
472. En outre, l'entité verticalement intégrée issue de l'opération se heurte également à la nécessité d'écouler sa production. Ainsi, dans l'affaire Lafarge/Blue Circle²⁰⁶, la Commission a considéré qu'il ne serait pas possible pour Lafarge, acteur majeur du marché aval du béton en Angleterre, de se réserver l'intégralité de la production très importante de Blue Circle, au détriment de ses concurrents²⁰⁷.
473. L'Autorité peut également prendre en compte, au support de son analyse, le type de stratégie et les comportements adoptés dans le passé par la nouvelle entité. Les documents stratégiques internes peuvent également fournir un éclairage sur les stratégies envisagées. Dans son arrêt GE/Commission²⁰⁸, le TUE a indiqué que : *« cela étant, des preuves solides pouvaient, en principe, être constituées soit par des documents attestant l'intention ferme de la direction de la requérante et/ou de celle d'Honeywell de poursuivre l'exploitation commerciale, sur les marchés des produits avioniques et non avioniques, de la puissance de GECAS et de GE Capital de la façon décrite ci-dessus sur le marché des réacteurs pour avions commerciaux de grande taille à la suite de la concentration, soit par une analyse économique démontrant qu'un tel comportement aurait été objectivement dans l'intérêt commercial de l'entité fusionnée »*. Ainsi dans l'affaire Havas/Compagnie Générale des Eaux²⁰⁹, le Conseil a appuyé son analyse sur un procès-verbal d'un conseil d'administration.
474. Enfin, le Tribunal de l'Union européenne, dans les affaires Tetra Laval/Commission²¹⁰ et GE/Commission précitée, a rappelé qu'il appartient à l'autorité de concurrence, dans le cadre de son appréciation, de prendre en compte l'effet dissuasif que pourrait avoir l'éventuel caractère clairement ou très probablement illicite, au regard du droit tant communautaire que national, des pratiques mises en œuvre par l'entreprise intégrée : *« la Commission doit, en principe, prendre en considération le caractère éventuellement illégal, et, partant, susceptible d'être sanctionné, d'un comportement en tant que facteur de nature à diminuer, voire à éliminer, les incitations pour une entreprise à adopter un comportement donné »*²¹¹. Toutefois, cette jurisprudence sera mise en regard par l'Autorité avec les bénéfices attendus du caractère préventif du contrôle des concentrations.

²⁰⁶ Cas COMP/M.1874 – Lafarge / Blue Circle du 7 avril 2000.

²⁰⁷ Voir également la lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi C2008-103 / du 28 octobre 2008, aux conseils de la société Compagnie Fruitière de Paris SAS., relative à une concentration dans le secteur des fruits et légumes.

²⁰⁸ Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes T-210/01, General Electric/Commission du 14 décembre 2005.

²⁰⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-14 du 31 août 1998 relatif à la fusion-absorption de la société Havas par la Compagnie Générale des Eaux.

²¹⁰ Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes T-05/02, Tetra Laval/Commission.

²¹¹ T210-01, arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, General Electric / Commission. Cette jurisprudence faisait suite à l'arrêt Commission / Tetra Laval du TPICE et au pourvoi auprès de la CJCE sur cette même affaire.

475. Les gains d'efficacité qui résultent de la concentration verticale doivent également être pris en compte dans l'analyse globale des effets de la concentration dès lors qu'ils sont à l'avantage des consommateurs, propres à la concentration et vérifiable. Les gains d'efficacité sont analysés selon les principes développés à la section L ci-dessous.

F. EFFETS NON COORDONNÉS DANS LES CONCENTRATIONS CONGLOMÉRALES

1. LA NATURE DE CES EFFETS

476. Une concentration a des effets congloméraux lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur plusieurs marchés dont la connexité peut lui permettre d'exploiter un effet de levier²¹² (hors cas de marchés situés en amont ou en aval l'un de l'autre, cf. effets verticaux). Le lien de connexité entre les marchés concernés peut notamment découler de l'appartenance des produits à une même gamme ou de l'existence de marques générant un certain degré de différenciation entre les produits des parties à l'opération.

477. De façon générale, une concentration conglomérale ouvre la possibilité de développer des synergies entre les différents éléments constitutifs du regroupement. Certaines de ces synergies peuvent être pro-concurrentielles au sens que, en accroissant l'efficacité de la production de l'ensemble, elles permettent des baisses de coûts puis de prix dont bénéficie la demande finale²¹³. La nouvelle entité peut bénéficier de coûts fixes communs importants ou de la complémentarité de plusieurs produits et services. Les concentrations conglomérales peuvent aussi générer des économies d'envergure, permettre une plus grande compatibilité des composants complémentaires, ou encore conduire à une internalisation des effets positifs d'une baisse de prix sur un produit sur la vente d'un produit complémentaire (« effet Cournot ») (voir notamment la section du présent document sur les contributions au progrès économique).

478. Certaines concentrations conglomérales peuvent néanmoins produire des effets restrictifs de concurrence lorsqu'elles permettent de lier, techniquement ou commercialement, les ventes ou les achats des éléments constitutifs du regroupement de façon à verrouiller le marché et à en évincer les concurrents.

479. Les offres liant ou groupant des biens ou services produits sur des marchés distincts peuvent

²¹² La notion d'« exploitation par effet de levier » est couramment utilisées en droit de la concurrence pour désigner la capacité pour une entreprise d'augmenter les ventes d'un produit sur un marché (le « marché lié » ou « marché groupé ») en exploitant la forte position sur le marché d'un autre produit auquel le premier produit est lié ou groupé (le « marché liant » ou « marché exerçant un effet de levier »).

²¹³ Avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires de volants roulants.

être de différentes natures. Comme l'a rappelé le TPICE²¹⁴, il convient de distinguer : i) les offres groupées pures (pure bundling), c'est-à-dire les offres liées du fait de l'imposition exclusivement commerciale d'une obligation d'acheter ou de vendre deux ou plusieurs produits ensemble ; ii) les offres groupées techniques (technical bundling), c'est-à-dire les offres liées du fait de l'imposition par une intégration technique des produits ; et iii) les offres groupées mixtes (mixed bundling), c'est-à-dire le fait de vendre ou d'acheter plusieurs produits ensemble à de meilleures conditions que celles proposées si les produits sont vendus ou achetés séparément.

480. Le recours à des offres liées ou groupées peut conférer à une entreprise la capacité et la motivation d'exploiter, par un effet de levier, la forte position qu'elle occupe sur un marché et d'évincer ses concurrents. De plus, il convient d'examiner si un tel comportement aurait une incidence négative significative sur la concurrence, par exemple en évinçant du marché les concurrents ou en les marginalisant.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

481. Les lignes directrices sur les concentrations non horizontales²¹⁵ publiées récemment par la Commission européenne donnent, pour les risques de verrouillage dans les concentrations conglomerales, le même schéma d'analyse que pour les effets verticaux. L'Autorité de la concurrence examine si l'entité issue de la fusion aurait, après la fusion, la possibilité de verrouiller, si elle serait incitée à le faire et si une stratégie de verrouillage aurait un effet significatif sur les marchés en cause. En pratique, ces trois conditions sont étroitement liées.
482. Les facteurs déjà évoqués dans les sections précédentes (pouvoir de marché de la nouvelle entité, capacités de réaction des concurrents, barrières à l'entrée sur le marché et contrepouvoir des acheteurs) font l'objet d'une adaptation spécifique aux effets conglomeraux.
483. Comme pour les concentrations verticales, il est en particulier peu probable qu'une concentration emporte un risque d'effet conglomeral si la nouvelle entité ne bénéficie pas d'une forte position sur un marché à partir duquel elle pourra faire jouer un effet de levier. Les lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales suggèrent des « safe harbours » en-deçà de 30 % de parts de marché et d'un IHH à l'issue de l'opération inférieur à 2 000²¹⁶.

²¹⁴ T210/01 General Electric Company contre Commission.

²¹⁵ C2008/265/07 précité.

²¹⁶ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet ainsi que la section III. B de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012.

484. Mais, pour l'analyse d'effets congloméraux, le pouvoir de marché peut aussi résulter de la possession par les parties d'un ou plusieurs produits, ou d'une ou plusieurs marques, considérés par de nombreux clients comme particulièrement importants, voire incontournables, et qui ne possèdent que peu de substituts acceptables en raison, par exemple, de la différenciation des produits ou des contraintes de capacité auxquelles sont soumis les concurrents²¹⁷.
485. En outre, une offre groupée ou liée ne peut avoir un effet sur la concurrence sur les marchés concernés que si une part suffisante des acheteurs est susceptible d'être intéressée par l'achat simultané des produits en cause²¹⁸.
486. L'Autorité étudie ensuite la crédibilité des scénarios de ventes liées. Dans sa décision *General Electric contre Commission*²¹⁹, le TUE a évoqué trois types de preuve susceptibles d'appuyer la probabilité d'un scénario de ventes liées :
- les comportements passés pouvant indiquer que l'entreprise a déjà trouvé intérêt à des ventes groupées. Il est cependant généralement probable que ces comportements passés ont été constatés sur des marchés différents de ceux qui pourraient faire l'objet de telles ventes postérieurement à l'opération, ce qui en relativise la portée ;
 - des documents attestant de l'intention de la société acquérante d'adopter de tels comportements ;
 - une analyse économique démontrant qu'un tel comportement serait objectivement dans l'intérêt commercial de l'entité fusionnée.
487. Cette dernière preuve repose sur une étude de la rentabilité d'une stratégie d'offres liées. De côté des gains, une telle stratégie peut permettre de protéger les ventes sur le marché liant, comme de développer les ventes sur le marché lié. Les gains peuvent provenir de l'augmentation des parts de marché ou de l'augmentation des prix²²⁰. Du côté des coûts, il convient de prendre en compte les remises destinées à favoriser les ventes groupées ou éventuellement, la baisse des ventes due à la perte des clients non intéressés par l'offre liée. La mise en place d'une intégration technique des produits (ventes groupées techniques) suscite quant à elle des coûts de développement.

²¹⁷ Voir notamment l'avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-09 du 29 juillet 1998 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company de l'ensemble des actifs du groupe Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina et l'avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-08 du 14 mai 2008 relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires pour volets roulants.

²¹⁸ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel, § 73 et suivants.

²¹⁹ T210-01, arrêt du TPICE du 14 décembre 2005, *General Electric / Commission*.

²²⁰ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus, § 220 à 262.

488. Comme dans le cas des effets verticaux, il est peu probable que la nouvelle entité court le risque de perdre des ventes sur un marché très rentable pour développer sa position sur un marché moins rentable. Par exemple, dans l'avis Somfy / Zurflüh-Feller précité, le Conseil a indiqué que les stratégies de verrouillage qui conduiraient à la baisse des ventes de moteurs seraient peu crédibles compte tenu des prix relatifs des moteurs et des autres composants.
489. L'Autorité examine également dans quelle mesure les concurrents sont susceptibles d'offrir une gamme aussi complète de produits ou un éventail de marques aussi attractives²²¹.
490. L'Autorité analyse aussi les stratégies mises en œuvre par les clients pour diversifier et sécuriser leurs approvisionnements. Ainsi, dans son premier avis sur la concentration Seb/Moulinex²²², le Conseil a analysé en détail le contrepoint que représentait la grande distribution face à ses fournisseurs insistant notamment sur la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle conférait aux enseignes ce qui se traduisait par un fort pouvoir de négociation des distributeurs vis-à-vis des fournisseurs, ainsi que sur la volonté des distributeurs de diversifier leurs sources d'approvisionnement face au renforcement des parts de marché d'un fournisseur.
491. Enfin, comme évoqué dans la section précédente sur les effets verticaux, l'Autorité de la concurrence prend en compte l'effet dissuasif que pourrait avoir le caractère clairement ou très probablement illicite d'une stratégie de l'entité fusionnée pour apprécier sa probabilité.

G. AUTRE CAS D'EFFETS NON COORDONNÉS : LA DISPARITION D'UN CONCURRENT POTENTIEL

492. Même lorsqu'une concentration n'emporte aucun cumul de parts de marché, elle peut avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence sur un ou plusieurs marchés dans la mesure où la cible, bien que non présente sur les mêmes marchés que l'acquéreur, était susceptible d'y rentrer facilement et exerçait ainsi une pression concurrentielle sur le ou les marchés concernés.
493. Pour que la disparition d'un concurrent potentiel soit considéré par l'Autorité comme une atteinte à la concurrence, il faut que :
- le concurrent potentiel pèse déjà sensiblement sur le comportement des autres entreprises ou qu'il existe une forte probabilité que ce concurrent devienne un moteur important de la concurrence,

²²¹ Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n°11-DCC-104 du 4 juillet 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société FIMA par la Société Financière de Turenne Lafayette, § 23 et 24 ainsi que la lettre du ministre n° C2003-41, Johnson / Bayer, du 11 mars 2003.

²²² Avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-07 du 15 mai 2002.

- le nombre d'autres concurrents potentiels, capables de maintenir des pressions concurrentielles suffisantes à l'issue de la concentration, soit insuffisant.

494. La caractérisation de cette atteinte à la concurrence est, en pratique, relativement rare. Par exemple, dans l'avis relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par l'Est Républicain et la Banque Fédérative du Crédit Mutuel²²³, le Conseil a rejeté l'hypothèse que la disparition de Delaroche constituait une atteinte à la concurrence par disparition d'un concurrent potentiel : *« Plusieurs éléments conduisent toutefois à estimer que la société Delaroche n'était pas un concurrent potentiel des titres de L'Est Républicain ou de la BFCM sur les marchés de presse quotidienne régionale. En premier lieu, le Conseil relève, comme il l'avait fait dans l'avis n° 05- A-18, SIPA/Socpresse, déjà cité, la crise que traverse le secteur de la presse, et en particulier de la presse quotidienne régionale. La « gravité de la crise que subit la presse d'information générale » a depuis été également soulignée dans le rapport Lancelot. Cette crise trouve en partie son origine dans des mutations de sociétés profondes et dans l'apparition de nouveaux médias en phase avec ces mutations. Dans ces conditions, les efforts de la presse quotidienne régionale ont plus été consacrés à l'endigement du recul de son lectorat qu'à la conquête de nouveaux territoires de diffusion. D'ailleurs, pour l'ensemble de la presse quotidienne régionale, on n'observe pas dans la période récente de tentative d'incursion d'un titre hors de son marché historique : au contraire, la tendance est à la concentration, pour répondre au besoin de restructuration du secteur. Les groupes privilégient également la diversification de leurs activités. En second lieu, le Conseil a noté dans son avis SIPA/Socpresse l'attachement du lecteur à « son » titre de presse quotidienne régionale en particulier. La pénétration d'un nouveau titre nécessiterait donc des investissements importants en matière de communication. Enfin, dans le cas d'espèce, la dégradation de la situation financière de la société Delaroche ne lui aurait pas permis une telle stratégie d'expansion. »*
495. En revanche, l'atteinte à la concurrence par disparition d'un concurrent potentiel a été caractérisée dans plusieurs décisions de la Commission. Par exemple, dans le cas Air Liquide/BOC²²⁴, l'analyse de la Commission s'est concentrée sur l'élimination d'un concurrent potentiel résultant de la concentration entre BOC, présent sur les marchés des gaz en vrac et des gaz en bouteilles au Royaume-Uni et en Irlande et Air Liquide, qui fournissait les mêmes produits dans d'autres pays européens mais n'était pas active au Royaume-Uni et en Irlande. La Commission a considéré qu'Air Liquide était le seul grand producteur de gaz industriels susceptible de pénétrer ces marchés. Elle a attribué l'absence d'Air Liquide sur le marché britannique à une décision stratégique pouvant être inversée à tout moment plutôt qu'à

223 Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-09 du 2 août 2007 relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque Fédérative du Crédit Mutuel, filiale du Crédit Mutuel Centre Est Europe.

224 Décision de la Commission dans l'affaire IV/M.1630 - Air Liquide/BOC, considérants 201 et suivants.

un facteur objectif qui aurait pu limiter la capacité d’Air Liquide à fournir ces pays en gaz vrac et bouteilles. En outre, la Commission a également considéré que BOC était un concurrent potentiel d’Air Liquide en Europe continentale quand bien même BOC avait récemment vendu ses activités en Europe continentale à Air Liquide.

496. Dans sa décision *Telia/Telenor*²²⁵, la Commission a considéré que chacune des parties à l’opération représentait le concurrent potentiel le plus crédible et le plus significatif sur le marché national des télécommunications de l’autre partie à l’opération, Telia étant présente en Suède et Telenor en Norvège. Et bien que d’autres entreprises aient eu les capacités techniques pour entrer sur les marchés suédois et norvégiens, la Commission a considéré qu’aucune d’entre elles n’était aussi bien placée que Telia et Telenor.
497. Dans sa décision *EDF/EnBW*²²⁶, la Commission a considéré qu’EnBW était l’une des entreprises les mieux placées sur le plan stratégique pour pénétrer le marché français de l’électricité, et qu’elle aurait été fortement incitée à entrer sur le marché français nonobstant la concentration. La Commission a aussi considéré que la concentration ouvrait à EDF la possibilité de contrer la pénétration sur le marché français d’entreprises d’interconnexion allemandes par le lancement de campagnes de représailles sur le marché allemand, et donc de diminuer la pression concurrentielle exercée par les entreprises allemandes, autres que EnBW, sur le marché français.
498. Dans les trois décisions précitées, les opérations ont finalement été autorisées par la Commission, sous réserve de l’exécution d’engagements visant à renforcer la crédibilité des concurrents potentiels restant sur le marché. Ces engagements ont porté sur des cessions d’actifs ou sur des obligations de conférer l’accès à des infrastructures essentielles aux concurrents qui le souhaitent.

H. AUTRE CAS D’EFFETS NON COORDONNÉS : LA CRÉATION OU LE RENFORCEMENT D’UNE PUISSANCE D’ACHAT

499. Une opération de concentration peut renforcer la puissance d’achat de l’entreprise créée au point de mettre en situation de dépendance économique ses fournisseurs. Ce cas d’atteinte à la concurrence est spécifiquement visé par l’article L. 430-6 du code du commerce.
500. Ce type d’examen est effectué en particulier pour les opérations intervenant dans les secteurs de la grande distribution. La Commission européenne a ainsi analysé, dans l’affaire

²²⁵ Décision 2001/98/CE de la Commission dans l’affaire IV/M.1439 - *Telia/Telenor*.

²²⁶ Décision 2002/164/CE de la Commission dans l’affaire COMP/M.1853 - *EDF/EnBW*.

Rewe/Meinl²²⁷, la dépendance des fournisseurs vis-à-vis de la centrale d'achat de Rewe/Meinl. Certains modèles économiques montrent en effet qu'au-delà d'un certain « seuil de menace », fonction de la part que représente ce débouché dans l'ensemble des ventes du fournisseur, le distributeur peut, en stoppant ses achats, pousser son fournisseur plus ou moins rapidement vers une situation financière très difficile, voire vers une faillite. Le niveau de ce seuil n'est pas fixe et dépend d'un grand nombre de paramètres spécifiques aux secteurs concernés, à la structure et à la situation financière des entreprises, et surtout à l'existence ou au coût d'éventuelles solutions alternatives.

501. Le ministre chargé de l'économie a également mis en évidence un risque de création d'une puissance d'achat du fait d'une concentration dans le secteur de la viande : *« A l'issue de l'opération, la nouvelle entité disposera de fortes positions concernant l'achat de bovins vifs (hors veaux) sur une zone nord de la France, quel que soit l'abattoir et la taille de la zone de chalandise considérés. L'offre alternative d'abattage dans cette zone étant limitée et les coûts ainsi que les délais de construction d'un abattoir très importants (estimés à plus de deux ans et à environ 40 millions d'euros), les risques de création d'une puissance d'achat à l'issue de l'opération plaçant les fournisseurs de bovins en situation de dépendance économique ne peuvent être écartés. »*. Des engagements de cessions d'abattoirs ont donc été négociés²²⁸.
502. En soi, la dépendance économique ne constitue cependant une atteinte à la concurrence que si elle a un effet sur la concurrence sur un marché et, finalement, sur le surplus du consommateur, et non simplement sur un fournisseur, dans la mesure où l'objectif des autorités de concurrence n'est pas de protéger une entreprise en tant que telle, qu'elle soit concurrente, cliente ou fournisseur. Or, le renforcement de la puissance d'achat a en règle générale tendance à s'exercer au bénéfice des consommateurs, dès lors que celle-ci n'affecte pas les structures des marchés amont et aval.
503. Mais, dans la mesure où elle peut diminuer les capacités financières, ou les capacités d'innovation et de recherche de certains acteurs, et les amener à terme à sortir d'un marché, ce qui est réducteur de concurrence, le renforcement à une dépendance peut porter atteinte à la concurrence sur un marché. En particulier, lorsqu'elle a pour corollaire ou pour origine un accroissement du pouvoir de marché sur le marché aval, il est peu probable que la puissance d'achat accrue dont bénéficie la nouvelle entité puisse compenser la réduction de la concurrence constatée sur le marché aval. Elle peut même encore réduire l'intensité de la concurrence en aval.
504. Ces effets doivent être appréciés au cas par cas, en fonction des caractéristiques de chaque filière, pour préciser l'impact d'une éventuelle dépendance économique. Une application trop

²²⁷ Décision de la Commission COMP/M.1221 – Rewe/ Meinl du 3 février 1999.

²²⁸ Décision du ministre C2008-100 du 17 février 2009.

générale pourrait amener certains acheteurs ou utilisateurs de sous-traitance à renoncer ex-ante à certaines relations économiques, ce qui pourrait aussi générer des problèmes en empêchant certaines petites entreprises d'accéder soit aux marchés amont de la grande distribution soit à la sous-traitance de grands fabricants.

I. LES EFFETS COORDONNÉS

1. LA NATURE DE CES EFFETS

505. L'opération peut aussi modifier la nature de la concurrence sur le marché de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, soient beaucoup plus susceptibles de le faire ou, si elles coordonnaient déjà leurs comportements, puissent le faire plus facilement. On parle alors d'effets coordonnés, création ou renforcement d'une position dominante collective ou d'un oligopole collusif, l'opération augmentant les incitations et la capacité des entreprises présentes sur le marché à maintenir tacitement un équilibre collusif. La coordination dont il s'agit ici est « tacite » et non « expresse », chaque entreprise étant supposée continuer à se comporter d'une manière indépendante, en fonction de ses intérêts propres.
506. De tels effets sont possibles lorsque, sur un marché oligopolistique ou sur un marché fortement concentré, une opération de concentration a comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole concerné considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens des articles L. 420-1 du code de commerce ou 101 TFUE²²⁹ et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

507. Dans l'arrêt *Airtour*²³⁰, le TPICE a identifié trois conditions nécessaires aux fins d'appréciation des effets coordonnés lors d'une opération de concentration :
- *« en premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément, il ne suffit pas que chaque*

²²⁹ Voir CJCE, arrêt du 31 mars 1998, France e.a./Commission, dit «Kali & Salz», C-68/94 et C-30/95.

²³⁰ TPICE, T-342/99, *Airtours plc. contre Commission*, 6 juin 2002, point 62.

membre de l'oligopole dominant soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché, mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres ; » (condition de détection).

- *« en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter. Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune. Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative (voir, en ce sens, arrêt Gencor/Commission, précité, point 276) ; » (condition de dissuasion)*
- *« en troisième lieu, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune. » (condition de non-contestation).*

508. Ces trois critères ont été repris par le Conseil d'État dans sa décision Fiducial du 31 juillet 2009²³¹ : *« Considérant que les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché peuvent, en l'absence même de toute entente formelle, être implicitement coordonnés, de sorte que le pouvoir de ces opérateurs sur le marché s'en trouve accru, au détriment, notamment, des consommateurs ; que l'identification d'une telle position dominante collective suppose que, compte tenu des différents indices et éléments de preuve qui peuvent être relevés, il apparaisse que chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres, qu'il existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne*

²³¹ Décision du Conseil d'État Fiducial Audit et Fiducial Expertise n° 305903 du 31 juillet 2009.

d'action implicitement approuvée par tous et que les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite ».

509. La CJCE a confirmé l'analyse de l'arrêt Airtours dans l'arrêt Impala²³² en soulignant de plus qu'une telle coordination n'était possible que si les entreprises étaient en mesure de comprendre l'objectif commun et les moyens d'y parvenir et en précisant le lien entre cette « condition de compréhension » et les trois conditions rappelées ci-dessus : « *La probabilité d'une telle coordination tacite est plus forte si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination, notamment des paramètres susceptibles de faire l'objet de la coordination envisagée. En effet, sans pouvoir arriver tacitement à une compréhension partagée des modalités de la coordination, les concurrents devraient éventuellement recourir à des pratiques prohibées par l'article 81 CE pour pouvoir adopter une ligne commune d'action sur le marché. En outre, compte tenu notamment de l'éventuelle tentation qui peut exister pour chaque participant à une coordination tacite d'en dévier afin d'augmenter son profit à court terme, il convient d'apprécier si une telle coordination est susceptible d'être durable. À cet égard, les entreprises qui coordonnent leur comportement doivent être capables de surveiller dans une mesure suffisante si les modalités de la coordination sont respectées. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre, notamment, à chaque entreprise concernée de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres participants à la coordination. De plus, la discipline impose qu'il existe une forme de mécanisme de dissuasion crédible qui puisse être mise en œuvre si un comportement déviant est détecté. En outre, les réactions d'entreprises qui ne participent pas à la coordination, telles que les concurrents actuels ou futurs, ainsi que les réactions des clients, ne devraient pas pouvoir remettre en cause les résultats attendus de la coordination ».*
510. L'arrêt de la Cour ajoute également une mise en garde : « *dans le cadre de l'application de tels critères, il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite ».* Une approche cohérente des critères concernés peut être favorisée par l'identification d'un scénario de coordination tacite (ligne d'action commune portant sur des écarts de prix ou sur leur évolution, sur le niveau des capacités de production ou des parts de marché ou encore sur la répartition des types de clientèle, des zones géographiques ou des appels d'offres).
511. Dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité s'appuie sur tous les éléments susceptibles

²³² CJCE, C-430-06, IMPALA, 10 juillet 2008.

de l'éclairer sur les effets de l'opération sur le fonctionnement des marchés.

a) La nécessité d'une compréhension commune du modèle de coordination

512. Il est d'autant plus raisonnable d'anticiper une coordination des comportements sur un marché, qu'il est simple pour les entreprises concernées de parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination. Pour cela, ces entreprises doivent partager une même vision s'agissant des stratégies qui peuvent être considérées comme conformes à la ligne de conduite commune, ainsi que de celles qui ne le sont pas. La probabilité de voir émerger une compréhension mutuelle est donc d'autant plus forte que le marché, ainsi que l'environnement dans lequel il s'inscrit, sont stables et peu complexes. Aussi, dans son analyse des effets coordonnés, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants :

- le nombre d'opérateurs sur le marché : il est plus simple de s'entendre sur les modalités d'une coordination lorsque les participants potentiels sont peu nombreux ;
- la symétrie des entreprises : une définition commune de la manière dont doit fonctionner la coordination est d'autant plus facile à obtenir que les entreprises concernées sont semblables. La symétrie peut exister notamment au niveau de la structure des coûts, des parts de marchés, des capacités de production ou du degré d'intégration verticale²³³ ;
- l'homogénéité du produit : un accord de coordination sur les prix est plus aisé à mettre en place si celui-ci concerne des produits homogènes. Lorsqu'il existe une forte différenciation des produits, la coordination est rendue périlleuse par la dispersion des niveaux de prix qui en découle²³⁴ ;
- la stabilité de la demande : de fortes fluctuations de la demande modifient constamment l'ampleur des incitations à la déviation et contraignent les oligopoleurs à un ajustement permanent des modalités de la coordination. A contrario, une demande stable facilite l'émergence d'une ligne de conduite commune et pérenne ;
- l'importance de l'innovation : l'innovation étant source d'instabilité, un marché sur lequel celle-ci est peu présente constitue un terrain favorable à l'émergence d'une vision commune s'agissant des conditions de coordination. Dans sa décision Alcoa/British Aluminium²³⁵ la Commission constate que l'important degré d'innovation

²³³ A titre d'exemple, dans la décision n° 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel, l'Autorité a considéré que l'asymétrie des parts de marché et des structures de coût rendaient peu probable l'apparition de comportements coordonnés à l'issue de l'opération, § 108 à 111.

²³⁴ Par exemple, dans la décision du 29 septembre 1999, n° IV/M1383, Exxon/Mobil, la Commission a noté que le degré d'homogénéité élevé des carburants était susceptible de simplifier la coordination tacite des politiques de prix.

²³⁵ Décision de la Commission COMP/M.2111 - Alcoa/British Aluminium du 27 octobre 2000.

technologique sur le marché de l'aluminium plat roulé utilisé dans l'industrie aérospace, contribue à rendre peu probable l'apparition d'effets coordonnés.

513. La complexité ainsi que l'instabilité du cadre économique dans lequel prend place la coordination peuvent toutefois être surmontées par les entreprises concernées notamment grâce à :

- l'existence de liens structurels : de tels liens fédèrent les intérêts des oligopoleurs et favorisent ainsi la convergence de leur vision respective quant aux modalités de coordination. Par ailleurs, ces liens facilitent l'échange d'informations. Dans le secteur de l'électricité, la Commission a ainsi estimé, dans sa décision VEBA/VIAG²³⁶, que la présence de participations croisées pouvait favoriser l'adoption de comportements coordonnés ;
- l'existence de règles de tarification communes : ces règles (qui peuvent par exemple prendre la forme de prix de références) constituent un ensemble de points focaux qui facilitent l'adoption de stratégies coordonnées ;
- l'accès aux données de marché : les différentes informations que peuvent obtenir et échanger les oligopoleurs, notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, via par exemple les observatoires ou les associations professionnelles, favorisent l'émergence d'une ligne de conduite commune. La publication des prix des carburants au départ des raffineries (par des organisations telle que Platt's) mais également à tous les autres stades de la chaîne de distribution jusqu'à la commercialisation « à la pompe », est considérée par la Commission dans sa décision Exxon/Mobil²³⁷ comme un facteur favorisant la coordination.

b) Condition de détection

514. Afin que les entreprises puissent coordonner efficacement leurs comportements, elles doivent être en mesure de surveiller le fonctionnement du marché sur lequel elles opèrent. La transparence de ce dernier doit en effet être suffisante pour que chacun des membres de l'oligopole collusif puisse, dans des délais utiles :

- observer la stratégie suivie par ses partenaires ;
- apprécier si un comportement imprévu constitue effectivement une violation de la ligne de conduite commune.

515. La transparence du marché s'apprécie par rapport au scénario de coordination identifié. Les éléments suivants peuvent notamment être pris en compte :

²³⁶ Décision de la Commission COMP/M.1673 - VEBA/VIAG du 13 juin 2000.

²³⁷ Décision de la Commission précitée.

- l'homogénéité des produits : une variation dans la stratégie de prix suivie par une entreprise membre d'un oligopole collusif peut se justifier par le degré de différenciation des produits qu'elle distribue, par rapport aux autres membres de l'oligopole. Dès lors, il est plus difficile de détecter efficacement une éventuelle déviation. Par ailleurs, en cas de forte différenciation, la violation de la ligne de conduite commune est moins profitable : l'entreprise déviante ne peut espérer gagner une part de marché très importante à moins de baisser considérablement ses prix. Par exemple, dans son analyse parallèle des cas Shell/DEA²³⁸ et BP/E.ON, la Commission a souligné le caractère homogène que revêtait l'éthylène transporté via un pipeline ;
- l'accès aux données de marché : les informations à disposition des oligopoleurs (notamment par l'intermédiaire des associations de professionnels), portant notamment sur l'évolution de la demande ou des prix, facilitent la détection d'un comportement déviant. La Commission, dans l'affaire UPM-Kymmene/Haindl²³⁹, a ainsi précisé que sur les marchés du papier journal et du papier pour magazines avec bois, les associations de professionnels, tel que la CEPIPRINT, contribuaient à la transparence des marchés précités ;
- liens structurels : parce qu'ils facilitent les échanges informationnels (qui peuvent concerner par exemple les politiques tarifaires ou d'investissement) les liens structurels que peuvent partager les oligopoleurs améliorent la contrôlabilité, par chacun d'entre eux, de leurs comportements. A titre d'exemple, dans sa décision n° 07-D-13²⁴⁰ relative au secteur du transport maritime, le Conseil de la concurrence a souligné, lors de son analyse d'une possible position dominante collective, l'existence « de liens ou facteurs de corrélation structurels » ;
- l'existence d'une clientèle réduite : celle-ci peut constituer un vecteur de transmission d'informations d'un concurrent à l'autre.

c) Condition de dissuasion

516. Pour qu'une coordination soit stable, il est nécessaire de punir sévèrement les éventuelles déviations. Les menaces de représailles en cas de comportement déviant doivent être crédibles (la déviation détectée, leur mise en œuvre ne doit faire aucun doute) et suffisamment importantes pour qu'il soit dans l'intérêt de chaque oligopoleur de se conformer à la ligne de conduite commune.
517. Quel que soit l'environnement dans lequel s'inscrit la coordination, l'existence d'un

²³⁸ Décisions de la Commission COMP/M.2389 - Shell/DEA et COMP/M.2533 BP/E.ON du 20 décembre 2001.

²³⁹ Décision de la Commission COMP/M. 2498 - UPM-KYMMENE/HAINDL du 21 novembre 2001.

²⁴⁰ Décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-13 du 6 avril 2007.

mécanisme punitif crédible est toujours garantie par le simple retour à l'équilibre concurrentiel. Dès lors, la question posée par la condition de dissuasion ne porte pas tant sur l'existence de représailles que sur leur puissance dissuasive. En effet, si dans certains cas la reprise de comportements concurrentiels constitue une menace suffisante, dans d'autres cas, des punitions plus sévères sont nécessaires pour assurer la stabilité de la coordination. La théorie économique²⁴¹ a ainsi montré que des mesures punitives extrêmement fortes, entraînant pour les entreprises concernées des profits négatifs, appliquées sur une période de temps finie, qui sont donc plus dissuasives que le simple retour à l'équilibre concurrentiel, pouvaient s'avérer crédibles.

518. L'étude des effets coordonnés s'intéresse donc aux différents éléments permettant d'apprécier le pouvoir dissuasif d'éventuelles représailles. Sont ainsi pris en compte notamment :

- les capacités de production des oligopoleurs : une capacité de production excédentaire (ou dans certain cas, des stocks importants) confère aux oligopoleurs les moyens nécessaires à la mise en œuvre de punitions sévères et constitue, par conséquent, un puissant outil de dissuasion. Cependant, la présence de surcapacités au sein des entreprises peut témoigner d'une asymétrie susceptible de nuire à la stabilité de la coordination. En effet, l'opérateur disposant d'un excédant de capacité est incité à dévier, ce qui sera d'autant plus profitable pour lui que les autres oligopoleurs, n'ayant pas une puissance productive comparable, auront des difficultés à le punir²⁴² ;
- l'existence de contacts multi-marchés : lorsque les entreprises sont simultanément présentes sur plusieurs marchés, une déviation sur l'un d'entre eux peut entraîner des représailles sur d'autres. Dès lors, les contacts multi-marchés sont susceptibles d'augmenter la sévérité des punitions et avec elle la stabilité de la coordination. Dans les affaires UPM-Kymmene/Haindl et Norske Skog/Parenco/Walsum²⁴³, la Commission a ainsi estimé que les contacts multi-marchés des parties pouvaient sensiblement améliorer la stabilité d'une coordination. Il convient cependant de souligner que dans le cas de contacts multiples, si un oligopoleur peut dévier sur un marché, il peut également dévier sur l'ensemble des marchés réalisant ainsi un profit instantané beaucoup plus important. Les contacts multi-marchés sont, par conséquent, également susceptibles d'accroître les incitations à la déviation au détriment de la coordination. La probabilité d'adoption d'une ligne de conduite commune qui découle de contacts multiples doit

²⁴¹ Voir sur ce point les articles : Abreu, (1986), « Extremal Equilibria of Oligopolistic Supergames. » *Journal of Economic Theory*. 39 :191-225 ; Abreu, (1988), « On the Theory of Infinitely Repeated Games with Discounting. » *Econometrica*. 56 :383-96 et Abreu, Pearce and Stacchetti (1986), « Optimal Cartel Equilibria with Monitoring. » *Journal of Economic Theory*. 39:251-69.

²⁴² Voir notamment l'article de Compte, Jenny et Rey (2002), « Capacity Constraints, Mergers and Collusion. » *European Economic Review*. 46 : 1-29.

²⁴³ Décisions de la Commission COMP/M.2498 - UPM-Kymmene/Haindl et COMP/M.2499 - Norske Skog/Parenco/Walsum du 21 novembre 2001.

donc faire l'objet d'une appréciation au cas par cas ;

- le délai dans lequel la dissuasion peut intervenir : une punition est d'autant plus efficace qu'elle intervient rapidement après la déviation. A cet égard, un marché sur lequel les transactions sont peu nombreuses et espacées dans le temps présente une structure incitative particulièrement favorable aux comportements déviants, la punition ne prenant effet que très longtemps après. Un tel marché est donc peu favorable à l'adoption de stratégies communes.

d) Condition de non-contestation

- Pour que la coordination soit profitable aux entreprises qui y prennent part, elle ne doit pas être perturbée par les autres acteurs présents, ou potentiellement présents, sur le marché. L'émergence ou le renforcement d'effets coordonnés dépend donc de l'efficacité avec laquelle la ligne de conduite commune peut-être remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents. Ainsi, pour apprécier une possible position dominante collective, l'Autorité de la concurrence considère notamment :
- la concurrence actuelle : la présence, après réalisation de la concentration, d'opérateurs de la frange concurrentielle (qualifiés de « mavericks » ou « francs-tireurs ») capables de modifier significativement la position des membres de l'oligopole peut nuire fortement à la stabilité de la coordination. Dans sa décision Veolia/Transdev, l'Autorité a estimé que la présence de la RATP, nouvel entrant sur les marchés du transport hors Île-de-France, déstabiliserait une éventuelle coordination entre Keolis et la nouvelle entité à l'issue de la fusion²⁴⁴ ;
- la concurrence potentielle : des concurrents potentiels peuvent également déstabiliser la coordination. La capacité de ces francs-tireurs d'entrer sur les marchés concernés est cependant conditionnée par le niveau des barrières à l'entrée ;
- l'existence d'une puissance d'achat compensatrice : des acheteurs suffisamment importants peuvent perturber la coordination des oligopoleurs en persuadant l'un d'entre eux de dévier. Dans l'affaire VENA/VIAG, la Commission a ainsi indiqué que l'absence de puissance d'achat suffisamment importante était susceptible de favoriser l'émergence de comportements coordonnés. Les critères d'appréciation de la puissance d'achat sont les mêmes que s'agissant des effets non coordonnés (cf. § 428 ci-dessus).

²⁴⁴ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations, § 224 à 228.

3. L'ANALYSE DES EFFETS COORDONNÉS SPÉCIFIQUES AUX CONCENTRATIONS VERTICALES ET CONGLOMÉRALES

519. Les lignes directrices publiées par la Commission relatives aux concentrations non horizontales soulignent que, lorsque la Commission démontre qu'une telle opération peut entraîner un verrouillage des marchés, celui-ci peut se traduire par une réduction du nombre de concurrents susceptible de créer des conditions plus favorables à une coordination. Par ailleurs, l'intégration verticale peut modifier les conditions de transparence du marché et les incitations de l'entreprise fusionnée et de ses concurrents. Elle peut aussi avoir un effet sur l'efficacité des mécanismes de surveillance et de représailles. Ces effets sont cependant ambigus.
520. Par exemple, un fournisseur non intégré est moins incité à baisser ses prix lorsqu'il fait face à des concurrents intégrés. En effet, les distributeurs intégrés continueront vraisemblablement à s'approvisionner en interne (au moins partiellement) même si un fournisseur non intégré propose des conditions plus avantageuses. Ainsi, une fusion verticale réduit les débouchés des fournisseurs non intégrés, ce qui diminue d'autant leurs profits de déviation, et, par voie de conséquence, leurs incitations à dévier. Cet effet de baisse des débouchés favorise la collusion tacite.
521. D'un autre côté, les entreprises intégrées réalisent généralement, dans les phases de punition, plus de profit que les entreprises non intégrées. En effet, même si, lors d'une telle phase, les prix sont très proches des coûts à l'un des niveaux de la chaîne verticale, une entreprise intégrée peut réaliser des profits positifs à l'autre niveau de la chaîne. Une telle entreprise est donc moins vulnérable aux punitions qu'une entreprise non intégrée. De ce point de vue, l'intégration verticale réduit les possibilités de collusion tacite.

J. RISQUES DE COORDINATION DES SOCIÉTÉS-MÈRES

1. LA NATURE DES EFFETS

522. Lorsque deux entreprises indépendantes créent une entreprise commune, les liens ainsi institués entre elles risquent de les inciter à coordonner leur comportement, non seulement au sein de l'entreprise commune, mais de façon plus large, sur l'ensemble des marchés sur lesquels mères et filiales sont présentes, en renforçant les échanges d'information entre elles ou en facilitant la compréhension d'objectifs communs. Le contrôle des concentrations permet d'appréhender ces risques lorsque l'entreprise commune est de plein exercice (cf. ci-dessus aux paragraphes 55 et suivants). Lorsque ce n'est pas le cas, le comportement des entreprises ressort de l'application des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE. Le ministre

a ainsi vérifié, lorsque le groupe Banque Populaire et le groupe Caisse d'Épargne ont créé une filiale commune, Natixis, dans le secteur de la banque d'investissement et de financement, que cette opération ne risquait pas d'entraîner une coordination des comportements des deux groupes bancaires sur les marchés de la banque de détail et sur ceux de la banque commerciale, y compris au niveau local²⁴⁵.

523. Les modalités d'analyse des effets sur la concurrence d'une opération de concentration résultant de la création d'une entreprise commune par deux sociétés-mères ont été précisées dans le cadre de l'opération Est Républicain / BFCM / Socpresse²⁴⁶, tant par le ministre que par le Conseil de la concurrence. Comme le rappelle l'avis du Conseil dans cette affaire, aucun test spécifique à cette analyse n'est prévu en droit national. Le test applicable est donc le test général de l'article L. 430-6 du code de commerce, visant à identifier les opérations « *de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* » et qui n'apportent pas « *au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ».
524. La situation dans laquelle la création d'une entreprise commune inciterait les sociétés mères à coordonner leurs comportements sur les marchés où elles sont toutes deux actives pourrait conduire à constater que l'atteinte à la concurrence en résultant serait incompatible avec les dispositions de l'article L. 430-6, quelle que soit la forme de cette coordination : expresse, au sens qui lui est donné dans le droit des ententes, ou tacite, dans l'acception retenue par la pratique décisionnelle relative à la position dominante collective. En effet, il ne peut être exclu a priori que la création d'une entreprise commune renforce les liens structurels entre les maisons-mères qui seraient unies par une relation d'interdépendance leur permettant d'anticiper leurs comportements, d'aligner leurs stratégies et de faire converger leurs objectifs, sans pour autant qu'elles adoptent des comportements prohibés par le droit des ententes. Les caractéristiques structurelles des marchés qui sont de nature à favoriser une entente expresse recouvrent d'ailleurs en partie les critères permettant d'apprécier la vraisemblance de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. L'analyse de ce dernier risque implique toutefois que soit prise en compte la réaction des autres concurrents actifs.
525. Une telle atteinte peut être envisagée si les maisons-mères restent simultanément présentes sur les mêmes marchés ou sur des marchés verticalement reliés à ceux sur lesquels l'entreprise commune opère. Elle ne peut être exclue a priori lorsque les maisons-mères sont

²⁴⁵ Décision du ministre de l'économie C2006-45 du 10 août 2006.

²⁴⁶ Voir tout particulièrement la décision du ministre C2007-27 du 28 août 2007 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-09 du 2 août 2007. Sur cette opération, une première décision d'autorisation de l'opération rendue par le ministre le 17 mai 2006 (référence C2006-52) a été annulée par le Conseil d'État par sa décision du 31 janvier 2007 (décision n° 294896 France Antilles).

simultanément présentes sur un marché distinct de celui de leur filiale commune, le contact multi-marché entre des entreprises étant également susceptible de faciliter la coordination de leurs comportements. Ce risque de coordination des maisons-mères lié à la création d'une entreprise commune doit être distingué des effets non coordonnés d'une telle opération, liés au cumul d'activités au sein de l'entreprise commune elle-même et au cumul d'activités entre cette entreprise commune et chacune des maisons-mères qui exercent sur elle une influence déterminante²⁴⁷.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

526. Conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, reprise par les autorités nationales, les risques de coordination entre maisons-mères à l'occasion de la création d'une entreprise commune sont analysés au regard de trois critères cumulatifs :

- il faut qu'il existe un lien de causalité entre la création de l'entreprise commune et l'apparition de risques de coordination des sociétés-mères ou son renforcement ;
- la coordination doit revêtir un certain degré de vraisemblance, c'est-à-dire doit être possible et présenter un intérêt économique pour les maisons-mères ;
- cette coordination doit avoir un effet sensible sur la concurrence.

a) Le lien de causalité

527. Le lien causal peut être établi si l'activité de l'entreprise commune revêt une importance essentielle pour les marchés sur lequel les sociétés-mères sont actives. Cependant, il ne peut être exclu que, dans certains cas, d'autres facteurs puissent être à l'origine d'une interdépendance accrue entre les maisons-mères.

528. Par exemple, dans la décision précitée relative à la création de NatIxis²⁴⁸, le ministre a considéré que la création de NatIxis était de nature à créer les conditions d'une coordination entre ses sociétés mères sur certains marchés. L'analyse a souligné le fait que les produits de NatIxis étaient un facteur de production essentiel dans l'activité des sociétés mères sur plusieurs de leurs marchés. Mais le ministre a aussi relevé que « *concernant l'organisation générale de l'entité composée de NatIxis et de ses sociétés mères, il ressort de l'instruction que les réseaux interviendront généralement comme apporteurs d'affaires pour les produits et services bancaires dont la production sera centralisée au niveau de NatIxis. A ce titre, leur*

²⁴⁷ Voir par exemple la décision n°09-DCC-91 du 24 décembre 2009 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Nutréa, Peigne, UCA, Couvoirs de Cléden et Univol par les groupes Coopagri Bretagne et Terrena, et notamment les points 30 à 32.

²⁴⁸ Voir la décision du ministre de l'économie C2006-45 du 10 août 2006.

rémunération prendra la forme de commissions. Par conséquent, le fait que les deux réseaux partagent la même plate-forme de production et se voient proposer les mêmes modes de rémunération pour les affaires apportées à NatIxis peut être de nature à faire converger leurs comportements sur le marché ».

529. A contrario, dans le second examen de l'opération Est Républicain / BFCM / Socpresse, le ministre et le Conseil de la concurrence ont considéré que le lien causal n'était pas établi, après avoir relevé que l'interaction entre les marchés sur lesquels l'entreprise commune EBRA était active et ceux sur lesquels les deux sociétés-mères étaient en concurrence était faible, qu'il était peu probable, pour cette raison, qu'EBRA soit le vecteur d'échanges d'informations entre les deux actionnaires sur leurs activités respectives. Ils ont ajouté que les liens financiers existant entre EBRA et ses sociétés mères n'étaient pas de nature à accroître l'interdépendance entre ses sociétés-mères.

b) Les conditions de vraisemblance et d'effet sensible

530. Les critères de vraisemblance et d'effet sensible sont étroitement liés : la coordination des politiques sera d'autant plus vraisemblable qu'elle sera rentable et donc qu'elle aura un effet sensible sur les marchés. Leur appréciation repose sur une analyse du fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels les sociétés-mères sont en compétition et sur lesquels elles pourraient coordonner leurs comportements,

531. La coordination des sociétés mères d'une entreprise commune sera d'autant plus vraisemblable si les sociétés mères peuvent facilement parvenir à une appréciation commune des modalités de fonctionnement de la coordination, et si l'existence de l'entreprise commune leur permet aisément de se surveiller mutuellement. Son effet sera d'autant plus sensible que les sociétés mères occupent des positions fortes sur les marchés concernés et que la ligne de conduite commune ne peut être efficacement remise en cause, aussi bien par des clients que par des concurrents.

532. Ces critères rejoignent ceux utilisés pour apprécier la probabilité de la création ou du renforcement d'une position dominante collective. Le Conseil d'État a confirmé ce raisonnement, dans la décision du 27 juin 2007, rendue sur la requête de la société M6 qui soutenait que la création d'une entreprise commune par les sociétés TF1 et AB portait atteinte à la concurrence, dans laquelle il assimile le risque de coordination à celui de création ou renforcement d'une position dominante collective :

- *« Sur les risques de coordination entre les sociétés TF1 et AB*
- *Considérant que s'il appartenait au ministre d'examiner, dans le cadre de la procédure prévue par les articles L. 430-1 et suivants du code de commerce, si l'opération conjointe de rachat de la société TMC qui lui était soumise était de nature à faire naître*

un risque de coordination des comportements des sociétés mères sur les marchés concernés, il ressort des pièces du dossier qu'à la date à laquelle le ministre a pris la décision attaquée et compte tenu, d'une part de la concurrence très vive existant sur les marchés de l'exploitation et de la commercialisation des chaînes thématiques et de l'achat des droits de diffusion, d'autre part des engagements pris par les sociétés TF1 et AB en ce qui concerne la publicité télévisée, l'opération considérée n'était pas par elle-même de nature à créer ou renforcer une position dominante collective de ces sociétés ; que, si le comportement des deux sociétés fait ultérieurement apparaître de tels risques, il appartiendra aux autorités de concurrence de mettre en œuvre, le cas échéant, les procédures adéquates » (soulignements ajoutés).

533. L'examen porte, en premier lieu, sur les parts de marché des sociétés mères, les risques d'atteinte à la concurrence pouvant, dans de nombreux cas, être écartés en raison de la faiblesse de la position des sociétés-mères²⁴⁹. Les risques d'atteinte à la concurrence ne peuvent toutefois pas être écartés *a priori* sur un marché donné au motif que les sociétés-mères (ou l'une d'entre elles seulement) ont des parts de marché faibles ou nulles, dès lors que les sociétés-mères ont des projets de pénétrer ce marché.²⁵⁰
534. Si les positions des sociétés mères ne sont pas suffisamment faibles pour que le risque d'atteinte à la concurrence par coordination de leur comportement puisse être écarté, l'Autorité prend en compte, dans son analyse, tous les éléments de fait et de droit susceptibles de déterminer si la coordination des sociétés-mères est vraisemblable et aura un effet sensible. En particulier, l'Autorité peut tenir compte de la symétrie des parts de marché des sociétés-mères, de l'homogénéité de leurs produits, de la stabilité de la demande, du rythme d'innovation dans le secteur, de l'existence de règles de tarification commune ou encore de la possibilité pour chaque société-mère d'accéder à des informations concernant l'autre société-mère, notamment du fait de la création ou du renforcement de l'entreprise commune. De plus, l'Autorité apprécie si la pression des concurrents actuels ou potentiels sur les sociétés-mères et la puissance d'achat de ses clients sont susceptibles d'empêcher que la coordination soit vraisemblable ou qu'elle ait un effet sensible.

K. LES RESTRICTIONS ACCESSOIRES

535. Le règlement n° 139/2004 dispose à son article 6, paragraphe 1, point b), deuxième alinéa,

²⁴⁹ Voir, par exemple, les décisions du ministre suivantes : décision C2006-49 du 10 mai 2006 relative à l'opération AP Moller Maersk / Perrigault, décision C2008-94 du 2 janvier 2009 relative à la création d'une entreprise commune entre les groupes coopératifs Agralys et Epis-Centre.

²⁵⁰ Voir la décision du ministre C2006-06 du 17 février 2006 relative à la création d'une entreprise commune entre Natexis Banques Populaires et Banque Postale.

ainsi qu'à son article 8, paragraphe 1, deuxième alinéa, et à son article 8, paragraphe 2, troisième alinéa, que toute décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun *«est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration »*. Dans sa communication relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration publiée le 5 mars 2005, la Commission explicite cette notion de la façon suivante : *« Une opération de concentration comprend des arrangements contractuels et des accords établissant un contrôle au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement CE sur les concentrations. Tous les accords qui exécutent l'objet principal de la concentration, tels que ceux relatifs à la vente d'actions ou d'actifs d'une entreprise, font partie intégrante de la concentration. Outre ces arrangements et ces accords, les parties à la concentration peuvent conclure d'autres accords qui ne font pas partie intégrante de la concentration mais qui peuvent limiter la liberté d'action des parties sur le marché. Si ces accords comportent des restrictions accessoires, celles-ci sont automatiquement couvertes par la décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun »*. Dans la mesure où les restrictions sont directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, le règlement n° 139/2004 est applicable. En revanche, pour les restrictions qui ne peuvent être considérées directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, les articles 101 et 102 du TFUE restent potentiellement applicables.

536. Ce règlement ne s'applique qu'aux opérations relevant du contrôle communautaire : il ne vise pas celles soumises au droit national. Néanmoins, la réunion, à compter du 2 mars 2009, au sein d'une même Autorité, des compétences relatives, d'une part, à l'application du droit communautaire et national des pratiques anticoncurrentielles et, d'autre part, au contrôle des concentrations, réforme qui s'inspire du modèle communautaire dans lequel le contrôle des structures du marché et la surveillance des comportements sur ce même marché sont confiés à la même institution, permet aujourd'hui à l'Autorité d'effectuer un examen de telles restrictions dans le cadre des autorisations rendues en application des articles L. 430-5 ou L. 430-7 du code de commerce. La communication précitée constitue pour ce faire un guide d'analyse pour l'Autorité.
537. Les entreprises notifiantes n'ont pas l'obligation de porter l'existence d'une restriction accessoire à la connaissance de l'Autorité. Néanmoins, elles peuvent avoir intérêt à attirer son attention sur l'existence d'une restriction dont la compatibilité avec le droit de la concurrence peut susciter des doutes, eu égard à sa forme, à sa portée ou à sa combinaison avec d'autres, ou encore au contexte concurrentiel du ou des marchés concernés.
538. Lorsque de telles restrictions sont portées à sa connaissance, et qu'il y a lieu de les examiner, l'Autorité apprécie elle-même si elles sont directement liées et nécessaires à la réalisation de

l'opération, sans être liée par la position des parties²⁵¹. Des restrictions sont considérées comme directement liées et nécessaires parce qu'en leur absence, la concentration ne pourrait pas être réalisée ou sa viabilité serait remise en cause. Dans la mesure où les restrictions de concurrence excèderaient ce qui est directement lié et nécessaire, la mise en œuvre par le rapporteur général de l'Autorité des dispositions du III de l'article L. 462-5 du code de commerce, qui lui permettent de proposer à l'Autorité de se saisir d'office des pratiques anticoncurrentielles mentionnées à l'article L. 420-1, pourrait être envisagée, faute pour les entreprises d'y renoncer.

L. LES CONTRIBUTIONS AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE

1. L'OBJECTIF

539. L'article L. 430-6 du code de commerce précise que, en phase d'examen approfondi, l'Autorité de la concurrence « *apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ». L'Autorité apprécie, en particulier, si les gains d'efficacité économique de l'opération peuvent accroître l'incitation de l'entreprise résultant de l'opération à adopter un comportement favorable à la concurrence.
540. Il incombe aux parties qui le souhaitent de construire un argumentaire étayé et quantifié démontrant que les gains d'efficacité économique de l'opération sont susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels, et de fournir tous les éléments de preuve utiles pour soutenir cette démonstration. A titre indicatif, la Commission indique dans ses lignes directrices²⁵² que « *les éléments de preuve utiles pour l'appréciation des gains d'efficacité comprennent notamment les documents internes que les dirigeants des entreprises ont utilisés pour prendre la décision de lancer une telle opération, les déclarations de la direction aux propriétaires et aux marchés financiers concernant les gains d'efficacité escomptés, des exemples de gains d'efficacité et d'avantages pour les consommateurs générés par le passé, ainsi que les études réalisées par des experts extérieurs avant l'opération de concentration et portant sur le type et l'ampleur des gains d'efficacité et sur l'importance des avantages que les consommateurs sont susceptibles d'en retirer.* »
541. Au-delà de la description précise des gains d'efficacité économique attendus, les parties doivent s'attacher à démontrer dans quelle mesure les critères d'appréciation de ces gains, présentés ci-dessous, sont remplis. Les développements consacrés par les entreprises aux

²⁵¹ Décisions n° 09-DCC-79 du 16 décembre 2009 relative à l'acquisition de la société SAS Carte Bleue par la société Visa Europe Limited et n° 09-DCC-74 du 14 décembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Lovefrance SAS par la société Groupe Berto.

²⁵² Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales du 5 février 2004, paragraphe 88.

gains d'efficacité apportés par l'opération sont généralement très limités²⁵³ alors qu'elles sont les seules à maîtriser l'ensemble des éléments nécessaires à leur évaluation et qu'il y a de bonnes raisons de penser que certaines opérations de concentrations peuvent générer des gains d'efficacité susceptibles de profiter aux consommateurs. Il y a donc un intérêt à engager des discussions approfondies sur les gains d'efficacité avec les parties très en amont et non pas uniquement lorsque l'Autorité estime que l'opération – en l'absence de tels gains d'efficacité – serait susceptible d'engendrer des effets néfastes pour la concurrence.

2. LES CRITÈRES UTILISÉS

542. La jurisprudence du Conseil d'État et la pratique décisionnelle permettent de dégager trois critères applicables à la prise en compte des gains d'efficacité économique :
- ces gains doivent être quantifiables et vérifiables ;
 - ils doivent être spécifiques à la concentration ;
 - une part de ces gains doit être transférée aux consommateurs.
543. Ce troisième critère exclut les avantages ne bénéficiant qu'aux parties à l'opération, comme l'a indiqué le Conseil d'État, dans sa décision Pernod Ricard²⁵⁴ : *« si le développement de la société Pernod-Ricard serait susceptible d'être favorisé grâce aux disponibilités financières dégagées par l'opération de cession envisagée, un tel développement ne constitue pas en tant que tel, et n'apporte pas à lui seul, une contribution au progrès économique et social de nature à compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée ; »*. Le Conseil d'État a, de plus, précisé *« qu'une telle compensation ne peut davantage être regardée comme constituée par le produit fiscal susceptible d'être encaissé par le Trésor public si l'opération se réalise ou par les investissements dont la réalisation serait rendue possible dans cette hypothèse. »*
544. Pour apprécier dans quelle mesure les gains d'efficacité économiques répondant aux trois critères ci-dessus contrebalancent les effets anticoncurrentiels de l'opération, l'Autorité tient notamment compte de leur ampleur comparativement à l'importance des effets anticoncurrentiels de l'opération, et de la vitesse à laquelle ils sont susceptibles de se réaliser.

²⁵³ Le Conseil d'État, dans une décision relative à la concentration Coca-Cola / Orangina (Conseil d'État, Section, du 9 avril 1999, 201853) indiquait également que *« l'imprécision des données fournies ne permet pas d'établir que les effets anticoncurrentiels de l'opération envisagée pourraient être compensés par une contribution suffisante au progrès économique et social »*. De même, dans son avis relatif à l'opération Pan Fish / Marine Harvest, le Conseil de la concurrence a relevé que, bien que les parties aient bien décrit les gains d'efficacité attendus, aucun de ces critères n'était satisfait : *« ...les gains d'efficacité avancés, lorsqu'ils sont décrits avec précision, ne sont que rarement vérifiables et encore moins quantifiables. Il n'est, en outre, pas démontré que des résultats similaires ne pourraient pas être obtenus autrement que par l'opération de concentration. Enfin et surtout, rien ne permet d'estimer avec vraisemblance qu'ils pourraient être transférés pour partie aux consommateurs, par une baisse de prix ou une augmentation de la qualité »*.

²⁵⁴ Conseil d'État, Section, 6 octobre 2000, n° 216645.

545. En ce qui concerne l'ampleur des gains d'efficacité économique, la Commission rappelle dans ses lignes directrices²⁵⁵ que *« l'incitation de la nouvelle entité issue de l'opération à répercuter les gains d'efficacité sur les consommateurs est souvent liée à l'existence de pressions concurrentielles exercées par les autres entreprises présentes sur le marché et par les concurrents potentiels. Plus les effets négatifs potentiels sur la concurrence sont importants, plus la Commission doit s'assurer que les gains d'efficacité allégués sont élevés, que leur matérialisation est probable et qu'ils seront répercutés suffisamment sur les consommateurs. Il est hautement improbable qu'une opération qui débouche sur une position proche du monopole, ou sur un niveau de pouvoir de marché comparable, puisse être déclarée compatible avec le marché commun au motif que les gains d'efficacité suffiraient à contrebalancer ses effets anticoncurrentiels potentiels. »*
546. En ce qui concerne la vitesse de réalisation des gains d'efficacité économique, la Commission rappelle dans ses lignes directrices que *« d'une manière générale, plus les gains d'efficacité projetés seront éloignés dans le temps, moins la Commission pourra leur accorder de poids. Cela signifie que, pour être considérés comme un facteur de contrepoids, les gains d'efficacité doivent intervenir en temps utile »*²⁵⁶.
547. Cette évaluation peut se faire dans le cadre de la construction de scénarios prospectifs, tenant compte à la fois des effets anticoncurrentiels et pro-concurrentiels de l'opération²⁵⁷.

3. EXEMPLES DE CONTRIBUTIONS AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE

548. L'Autorité est susceptible de prendre en compte dans son analyse toutes les contributions au progrès économique, répondant aux critères ci-dessus, dès l'instant où elles sont démontrées par les parties. Sont illustrées, ci-dessous, les contributions les plus souvent invoquées par les parties.
549. Les gains de coût : de nombreuses concentrations conduisent à la réalisation, au sein de l'entreprise résultant de l'opération, de gains de coût, qu'il s'agisse de gains par effet d'échelle ou de gains de productivité. Il appartient aux parties qui le souhaitent de démontrer que les gains de coût envisagés répondent aux critères ci-dessus, en particulier qu'ils seront transférés, au moins en partie, à la collectivité dans son ensemble ou aux consommateurs, sous forme de baisse de prix, de l'amélioration de la qualité de l'offre ou de l'enrichissement

²⁵⁵ Lignes directrices sur les concentrations horizontales du 5 février 2004, paragraphe 84.

²⁵⁶ Par exemple, en 2007, pour l'opération CCIP / Unibail²⁵⁶ dans le secteur de l'organisation des foires et salons, tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont relevé que l'opération était susceptible de contribuer au progrès économique, mais que l'horizon de temps envisagé pour la réalisation de cette contribution, 2021, rendait son évaluation quantitative relativement aléatoire.

²⁵⁷ Voir par exemple la décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), points 576 et suivants.

du choix proposé au consommateur.

550. L'opération Ouest France / Socpresse²⁵⁸ fournit un exemple de cas où les synergies de coût envisagées étaient effectivement transférables, pour partie, aux consommateurs. Le ministre a relevé dans sa décision qu'« *au plan économique, il ressort des éléments du dossier que l'opération va entraîner des économies de coûts substantielles. Ces économies résulteront de la mutualisation des informations par nature indifférenciées, de la mise en commun des régies publicitaires, des réseaux de distribution et des prestations de pré- presse et du transfert de l'impression de Presse Océan sur l'outil industriel de Ouest-France* ». Le transfert aux consommateurs des gains réalisés résultait du fait que, comme l'a indiqué le Conseil dans son avis, « *les économies réalisées apparaissent de nature à replacer les trois titres acquis dans une situation durablement viable* ». En effet, « *la nouvelle entité a économiquement tout intérêt à amortir les coûts fixes de son activité sur un volume maximum de ventes. En outre, compte tenu du fort attachement des lecteurs de PQR [presse quotidienne régionale] à leur titre de prédilection, le groupe Ouest- France tirera avantage à poursuivre l'édition des titres acquis. Cette double incitation est donc de nature à garantir à tout le moins le maintien du tirage actuel. Il s'ensuit que les annonceurs locaux et les particuliers continueront d'avoir accès à plusieurs supports différenciés largement diffusés. La distribution du titre Presse Océan, qui est irrégulière aujourd'hui en raison de sa situation financière très fragile sera également pérennisée et rationalisée. Les annonceurs locaux et les particuliers profiteront donc de cette nouvelle régularité dans la diffusion du journal. Enfin, les annonceurs des titres du pôle Ouest bénéficieront d'une amélioration de la qualité des journaux (augmentation du nombre de pages couleurs), et de l'élargissement de l'audience (possibilité de consulter les petites annonces sur Internet ; rationalisation de la distribution des titres, mettant fin aux incertitudes actuelles quant à la livraison des titres de PQR le matin dans certains départements). L'ensemble de ces éléments, participant à l'amélioration de la qualité des titres de la nouvelle entité, accroissent l'attractivité de ces derniers. Ainsi, sur les marchés de la publicité et des petites annonces, cette attractivité est en mesure de compenser, pour les annonceurs locaux et les particuliers, une éventuelle augmentation des prix des espaces publicitaires* ».
551. L'opération Alliance Santé Distribution/ Ouest Répartition Pharmaceutique²⁵⁹ fournit un autre exemple où, en revanche, le transfert à la collectivité des gains de coût espérés n'a pas été démontré. En l'espèce, compte tenu de la prédominance des coûts fixes dans l'économie du secteur, de la faible incitation qu'auraient les parties à répercuter des gains éventuels à leurs clients compte tenu du caractère oligopolistique du marché et de sa faible pression concurrentielle, de la faible élasticité prix de la demande finale et des contraintes

²⁵⁸ Décision du ministre C2005-18 du 28 octobre 2005, avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-18 du 11 octobre 2005.

²⁵⁹ Voir la décision du ministre C2002-21 du 20 janvier 2003.

réglementaires sur les prix finaux, le ministre a considéré que des gains d'efficacité éventuels ne seraient pas transférés aux consommateurs.

552. Il convient de noter, comme l'illustre notamment ce dernier exemple, qu'il est plus probable que les gains d'efficacité conduisant à des réductions des coûts variables ou marginaux entraînent une baisse des prix à la consommation que les réductions de coûts fixes, le rapport entre les coûts fixes et les prix à la consommation étant habituellement moins direct, au moins à court terme. Néanmoins, et comme le montrent les exemples suivants, il est possible de prendre en compte l'effet de l'opération sur les coûts fixes même s'il est moins aisé de démontrer que ces gains de coûts fixes seront transmis aux consommateurs.
553. L'enrichissement et l'amélioration de la qualité des produits et services offerts aux consommateurs constituent une autre source de contribution au progrès économique susceptible d'être retenue dans le bilan d'une opération, en particulier dans les opérations conglomerales. L'opération Ouest France / Socpresse ci-dessus fournit un exemple où cet argument a été retenu. En revanche, les gains d'efficacité mis en avant lors de l'acquisition par TF1 des chaînes TMC et NT1, liés à la possibilité de diffuser sur TMC et NT1 des programmes qui ne pouvaient être valorisés sur TF1 parce qu'ils n'étaient pas susceptibles d'atteindre des scores d'audience suffisants pour la chaîne historique, n'ont pas été jugés suffisants pour compenser les effets de l'opération sur la concurrence, d'une part, parce que leur redistribution aux annonceurs sur les marchés de la publicité était peu compatible avec les objectifs de restauration des marges de TF1 présentés comme l'un des objectifs majeurs de l'opération, et d'autre part, parce qu'il n'était pas démontré que l'opération était le seul moyen pour valoriser les droits de diffusion concernés²⁶⁰.
554. Les retombées économiques pour la collectivité : par exemple, dans l'opération CCIP / Unibail mentionnée ci-dessus, le ministre et le Conseil de la concurrence ont apprécié les retombées économiques pour la collectivité que pouvait permettre le rapprochement des sites de foires et salons des entreprises concernées : *« il paraît bien établi que les activités de foires, salons et congrès créent des externalités positives pour les marchés géographiques où elles se tiennent, ce qui explique d'ailleurs pourquoi les collectivités locales potentiellement bénéficiaires acceptent assez souvent de contribuer à l'effort d'investissement pour la création ou la modernisation des sites »*. Autre exemple, dans son avis relatif à l'opération TDF / Bouygtel²⁶¹ consistant en l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom, le Conseil a noté qu'*« une mutualisation accrue des pylônes cédés contribue au développement des marchés de la*

²⁶⁰ Voir la décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

²⁶¹ Avis du Conseil de la concurrence n° 2002-A-04 du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Telecom.

téléphonie mobile, et notamment à l'ouverture du marché de l'UMTS, en réduisant les besoins en investissement de chacun des opérateurs concernés. », qu'« un partage des sites et des éléments passifs permettrait de réaliser, en moyenne, une économie de 20 à 30 % sur les coûts d'investissements du réseau » et que « la mutualisation [pouvait] donc être considérée comme un objectif d'intérêt général ». Toutefois, tant le ministre que le Conseil de la concurrence ont indiqué que cette mutualisation ne pouvait être acceptée du point de vue du droit de la concurrence que si elle s'exerçait de manière complète, transparente et non discriminatoire, ce qui a conduit à une autorisation de l'opération sous réserve d'engagements.

555. L'amélioration des capacités d'innovation et le renforcement des moyens de recherche et développement : par exemple, dans l'opération Dolisos / Boiron²⁶², les parties ont développé un argumentaire reposant sur le fait que l'opération permettrait de dégager des ressources financières pour la R&D, que le développement de l'homéopathie contribuerait à la réduction du déficit de la sécurité sociale, que les progrès scientifiques attendus des investissements de R&D profiteraient aux consommateurs et contribueraient à la promotion de l'homéopathie en général, et donc, à l'entité fusionnée aussi bien qu'à ses concurrents actuels et potentiels. Le Conseil a considéré que l'augmentation des moyens financiers consacrés à la R&D était effectivement « de nature à accroître la probabilité d'obtention de résultats, et ce faisant la probabilité de transmission des gains aux consommateurs. », même si, par nature, la contribution au progrès économique des investissements de R&D est toujours difficile à évaluer compte-tenu des aléas inhérents à la recherche. Par ailleurs, les enseignements de la littérature économique démontrent que concentration des marchés et innovation ne vont pas toujours de pair²⁶³. Ainsi, les entreprises les plus innovantes ne sont pas forcément celles qui interviennent dans les marchés les plus concentrés, ni même les plus grosses entreprises. Aussi, le simple fait que les parties à l'opération soient actives dans des secteurs dans lesquels les investissements en R&D sont parfois très importants ne peut suffire à démontrer que l'opération est susceptible d'engendrer des gains d'efficacité importants qui permettraient de compenser les effets anticoncurrentiels potentiels qui auraient pu être identifiés par l'Autorité.
556. L'amélioration de la compétitivité internationale des entreprises peut aussi constituer une contribution au progrès économique si elle est susceptible de bénéficier aux consommateurs français. Par exemple, sur le rachat par Coca-Cola des actifs relatifs à la marque Orangina du groupe Pernod-Ricard, le Conseil d'État a indiqué que « la société requérante fait état des perspectives de développement qui seraient ouvertes à la marque « Orangina » à l'étranger

²⁶² Avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-01 du 7 janvier 2005 relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron.

²⁶³ A cet égard, voir notamment Gilbert et Newbery (1982), « Preemptive Patenting and the Persistence of Monopoly » *American Economic Review*, 72(2): 514-526; Aghion, Bloom, Blundell, Griffith, et Howitt (2005), « Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship », *Quarterly Journal of Economics*, 120(2) : 701-728,

grâce à l'opération projetée, des possibilités de développement qu'offrirait au groupe Pernod-Ricard le produit de la cession de ses actifs relatifs aux boissons « Orangina » et des effets bénéfiques de cette cession pour la collectivité ; que, toutefois, dès lors que cette cession des actifs relatifs aux boissons « Orangina » pour ce qui concerne les activités internationales n'est pas interdite, le développement à l'étranger de cette marque, qui au demeurant ne bénéficierait que de manière limitée à l'économie française, peut être assuré sans que soient cédés les actifs concernant le marché national »²⁶⁴.

557. Les gains d'efficacité économique spécifiques aux concentrations verticales : les concentrations verticales, en permettant une meilleure articulation des décisions prises entre fournisseurs et distributeurs, peuvent générer des gains d'efficacité qui leur sont spécifiques. En effet, les relations entre fournisseurs et distributeurs peuvent être sujettes à des externalités que l'intégration permet d'internaliser. En particulier, lorsqu'un fournisseur choisit son prix de gros, il tient compte de sa propre marge (marge de gros), mais ne prend pas en compte celle du ou des distributeur(s) non intégrés (marge de détail). En choisissant un prix de gros plus élevé, le fabricant réduit, toutes choses égales par ailleurs, la marge de détail des distributeurs, exerçant ainsi sur eux une externalité négative. L'addition des deux marges, de gros et de détail, conduit à des prix plus élevés que ceux que choisirait la structure intégrée. Cette dernière prend en effet en compte la marge totale, somme des marges de gros et de détail, ce que ne fait pas le fournisseur non intégré. L'intégration verticale permet de supprimer l'inefficacité de double marginalisation, ce qui, dans certains cas, peut profiter aux consommateurs.
558. De la même façon, une entreprise intégrée est *a priori* plus encline à investir en amont dans des dépenses dont les bénéfices sont surtout attendus en aval, par exemple à adopter des designs, des processus de production ou des packaging qui favorisent les économies de coût de distribution. Symétriquement, les branches aval sont plus fortement incitées à assurer la promotion des produits.
559. Par exemple, dans l'affaire relative à l'acquisition de plusieurs entrepôts par le groupe Scottish&Newcastle-Kronenbourg²⁶⁵, le Conseil a examiné les gains d'efficacité que l'intégration entre un brasseur et la distribution de boissons aux CHR est susceptible de générer. Selon Kronenbourg, une telle intégration permettait de supprimer la double marginalisation mais également de mieux coordonner les efforts du brasseur et du distributeur en ce qui concerne la qualité et la promotion des produits vendus. Néanmoins dans ce cas, le Conseil a constaté que les relations tarifaires entre le brasseur et les entrepositaires présentaient certaines spécificités qui ne favorisaient pas la suppression de la double marge et que, de ce fait, les gains d'efficacité allégués ne pouvaient être attendus de l'opération.

²⁶⁴ Décision du Conseil d'État du 6 octobre 2000 n° 216645.

²⁶⁵ Avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-08 du 18 mai 2004.

560. Dans les concentrations conglomérales, des économies de gamme sont généralement attendues et les consommateurs peuvent directement bénéficier du regroupement de leurs achats auprès d'un seul interlocuteur (« *one-stop shopping* »)²⁶⁶.

M. L'ARGUMENT DE L'ENTREPRISE DÉFAILLANTE

561. Dans le cas particulier de la reprise par un concurrent d'une entreprise, qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée, l'Autorité de la concurrence peut envisager d'autoriser l'opération, même si elle porte atteinte à la concurrence. La pratique décisionnelle de l'Autorité s'inspire à cet égard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt « Kali et Salz » du 31 mars 1998²⁶⁷), selon laquelle en cas de reprise, par un concurrent, d'une entreprise en difficulté, l'opération peut être autorisée sans être assortie de prescriptions lorsqu'il apparaît que les effets de l'opération ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté. Les trois critères cumulatifs définis par la Cour dans cet arrêt ont été repris par le Conseil d'État, dans une décision du 6 février 2004²⁶⁸. Il peut être considéré que les effets d'une opération ne seraient pas plus dommageables pour la concurrence que la disparition de l'entreprise en difficulté lorsque :

- ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise,
- il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise,
- la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée.

562. Le Conseil d'État a, dans cette décision, précisé comme suit ces critères d'application « ... *s'agissant de la reprise, par un concurrent, d'une société en difficulté, [le ministre] doit autoriser l'opération sans l'assortir de prescriptions lorsqu'il apparaît au terme de ce bilan que les effets de cette opération sur la concurrence ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté, c'est-à-dire s'il est établi, en premier lieu, que ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise et, en troisième lieu, que la disparition de la société en difficulté ne serait pas*

²⁶⁶ Lignes directrices de la Commission européenne sur les concentrations non horizontales du 18 octobre 2008 précitées.

²⁶⁷ Arrêt de la CJCE du 31 mars 1998, « kali et Salz », aff. 68/94 et 30/95, Rec. p. I-1375.

²⁶⁸ Arrêt du Conseil d'État du 6 février 2004 relatif à la concentration SEB / Moulinex (Société royal Philips Electronic et autres c/ ministre de l'économie), n° 249267.

moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée ».

563. L'argument de l'entreprise défaillante a fait l'objet d'un examen dans un petit nombre de décisions²⁶⁹, qui permettent d'illustrer comment les trois critères énoncés par le Conseil d'État sont susceptibles d'être analysés.
564. La disparition rapide de la société en l'absence de reprise : dans les opérations Seb / Moulinex et ASD / ORP, la satisfaction de ce critère s'appuyait sur le fait que les sociétés cibles étant en cessation de paiement et avaient fait l'objet d'une procédure collective devant le tribunal de commerce.
565. Absence d'offres de reprise moins dommageables pour la concurrence : dans les opérations Seb/Moulinex et ASD / ORP, la démonstration du deuxième critère s'est aussi appuyée sur la décision du tribunal de commerce montrant l'absence d'offres alternatives sérieuses.
566. En revanche, dans l'opération Boiron / Dolisos, le ministre comme le Conseil de la concurrence ont considéré que ce deuxième critère n'était pas rempli. Le Conseil a rappelé dans son avis qu'« *en l'absence de procédure collective, avec appel public à repreneur, il appartient aux parties de démontrer, par tous moyens, qu'il n'existait pas d'autre alternative d'achat des laboratoires Dolisos* ». Les éléments fournis par les parties se sont cependant avérés insuffisants pour démontrer la satisfaction de cette condition. De plus, une société étrangère avait déclaré son intérêt à pénétrer le marché français, Dolisos constituant une cible d'acquisition possible. Enfin, il existait de nombreux concurrents étrangers susceptibles d'être intéressés, même s'ils ne s'étaient pas déclarés.
567. Neutralité pour les consommateurs : dans l'opération ASD / ORP, qui intervenait sur un marché oligopolistique, différents scénarios prospectifs ont été examinés, tant par le ministre que le Conseil de la concurrence, pour déterminer si la reprise d'ORP par ASD était moins dommageable que sa disparition pour la concurrence et les consommateurs. Les scénarios établis ont pris en compte la possible création d'une position dominante collective qu'ORP disparaisse ou soit racheté, les stratégies non coordonnées qu'ASD pouvait envisager, le fait que la reprise d'ORP par ASD créait une asymétrie dans l'oligopole susceptible de le déstabiliser, le fait que les concurrents d'ASD étaient cependant à même de recréer la symétrie en élargissant leurs offres, et les risques d'éviction des acteurs de la frange concurrentielle. Il est ressorti de cette analyse que la disparition d'ORP « *serait aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par ASD* ». En conséquence, le troisième

²⁶⁹ La décision du ministre C2004-114 du 21 février 2005 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-01 du 7 janvier 2005 sur l'opération Boiron/Dolisos ; la décision C2002-2 du 5 juillet 2002) et l'avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-07 du 15 mai 2002 sur l'opération Seb/Moulinex ; la décision C2004-40 du 6 février 2004 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-16 du 28 juillet 2004 sur l'opération Seb/Moulinex ; les décisions du Conseil d'État du 6 février 2004 n° 249267 et 13 février 2006 n° 278796 sur l'opération Seb/Moulinex ; la décision du ministre C2002-21 du 20 janvier 2003 et l'avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-15 du 23 décembre 2002 sur l'opération ORP/ASD ; la décision n° 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.

critère a été considéré comme rempli, et l'opération autorisée.

568. En revanche, dans l'affaire SEB / Moulinex, le Conseil d'État a considéré que la satisfaction du troisième critère n'avait pas été démontrée par le ministre qui avait autorisé l'opération. Le Conseil d'État a notamment souligné qu'« *en estimant qu'une éventuelle acquisition des marques détenues par la société Moulinex, sans reprise des actifs industriels, ne modifiait pas l'analyse, le ministre a méconnu les possibilités offertes par une telle acquisition à un opérateur désireux de pénétrer le marché français du petit électroménager, sur lequel, d'après le ministre lui-même, la principale barrière à l'entrée était constituée par les marques* ». Ainsi, un scénario éventuellement moins dommageable pour la concurrence, et plus favorable aux consommateurs, que la reprise projetée pouvait être envisagé.

N. LES MESURES CORRECTIVES

569. Lorsqu'une opération porte significativement atteinte à la concurrence, que les gains d'efficacité économique qu'elle apporte sont insuffisants pour compenser cette atteinte, et que l'argument de l'entreprise défaillante ne peut être retenu, l'opération ne peut être autorisée que si elle est corrigée par des mesures remédiant ou compensant les atteintes à la concurrence.
570. Ces mesures peuvent prendre la forme, soit d'engagements pris par les parties au titre de l'article L. 430-5-II en phase 1 ou de l'article L. 430-7-II en phase 2, soit d'injonctions et de prescriptions imposées au titre de l'article L. 430-7-III. Cet article précise que l'Autorité peut autoriser l'opération « *en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.* »
571. Le recours aux injonctions et prescriptions est rare. De 2000 à 2012, sur 93 opérations de concentration autorisées en France sous conditions, 89 l'ont été sous réserve d'exécution d'engagements pris par les parties et seulement 4 sous réserve d'exécution d'injonctions ou prescriptions imposées par l'autorité de concurrence²⁷⁰. En effet, les autorités de concurrence n'envisagent d'imposer des injonctions ou prescriptions que lorsque les parties refusent de proposer des engagements alors que l'opération porte significativement atteinte à la concurrence, ou que les engagements proposés sont insuffisants.
572. Ce sont les parties qui sont tenues de proposer des engagements suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence et de fournir les informations nécessaires aux fins de l'appréciation

²⁷⁰ Voir notamment la décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

de ces engagements. L'Autorité peut toutefois estimer que les engagements proposés sont insuffisants et ne permettent pas de supprimer les atteintes à la concurrence identifiées.

573. De façon plus précise, pour être acceptés, les engagements doivent répondre à plusieurs critères :

- ils doivent être efficaces, c'est-à-dire qu'ils permettent effectivement de remédier aux atteintes à la concurrence identifiées²⁷¹ ;
- leur mise en œuvre ne doit pas soulever de doute, ce qui implique qu'ils soient rédigés de manière précise, sans ambiguïté, et que les modalités opérationnelles pour les réaliser soient suffisamment détaillées ;
- leur mise en œuvre doit être rapide, la concurrence n'étant pas préservée tant qu'ils ne sont pas réalisés ;
- ils doivent être contrôlables. Pour ce faire, les parties doivent prévoir un dispositif de contrôle permettant à l'Autorité de s'assurer de leur réalisation effective dans leur lettre d'engagement.

574. Par ailleurs, l'Autorité veille, particulièrement pour les injonctions, à ce que :

- les mesures correctives soient neutres : leur objectif est de protéger la concurrence en tant que telle, et non des concurrents spécifiques. En particulier, le pouvoir d'injonction de l'Autorité n'est pas un outil protectionniste visant à protéger des acteurs économiques nationaux ;
- les mesures correctives soient nécessaires et proportionnées, c'est-à-dire que les charges imposées aux entreprises, qui vont à l'encontre du principe de liberté d'entreprendre, soient strictement nécessaires pour maintenir ou rétablir une concurrence suffisante et que le même résultat ne peut pas être obtenu par d'autres mesures moins contraignantes²⁷². Ce critère de proportionnalité n'impose pas qu'il soit remédié aux atteintes à la concurrence nettes des gains d'efficacité éventuellement liés à l'opération. Néanmoins, dès lors qu'il est possible de remédier tout aussi efficacement aux effets anticoncurrentiels de l'opération tout en préservant ces gains d'efficacité, les mesures correctives correspondantes ont a priori la préférence de l'Autorité²⁷³.

²⁷¹ Voir en particulier l'arrêt de Section du 9 avril 1999 du Conseil d'État, Société The Coca-Cola Company (AJDA, 1999, p.611) qui a confirmé le caractère insuffisant des engagements proposés par la partie notifiante.

²⁷² Le Conseil d'État a par exemple considéré que le fait que CanalSat risque de ne plus pouvoir communiquer sur son offre de façon uniforme au niveau national du fait des remèdes risquant de lui faire perdre l'exclusivité de distribution de certaines chaînes au profit de l'un ou l'autre des FAI n'était pas suffisant pour considérer que l'injonction concernée était disproportionnée (voir la décision de l'Autorité n° 12-DCC-100 et la décision du Conseil d'État du 21 décembre 2013, précitées).

²⁷³ Voir notamment la décision 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), §611 pour un exemple de prise en compte des gains d'efficacité dans la conception des mesures correctives.

575. L'Autorité de la concurrence recherche, en priorité, des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents²⁷⁴. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération. Dans certains cas, des mesures comportementales seules peuvent être retenues, par exemple lorsqu'aucun repreneur ne peut être trouvé pour les actifs qui pourraient être cédés pour résoudre les problèmes de concurrence identifiés.
576. Le choix du type de mesure corrective le plus adapté est également fonction des effets de l'opération. Lorsque l'opération porte atteinte à la concurrence essentiellement en raison du chevauchement horizontal des activités des parties, les cessions d'actifs sont les remèdes les plus efficaces. En revanche, lorsqu'il faut remédier à des risques de verrouillage de marchés en amont ou en aval, des remèdes comportementaux visant à garantir l'accès des concurrents aux intrants ou à la clientèle peuvent s'avérer suffisants tout en préservant les gains d'efficacité liés à l'intégration verticale. Il en est de même pour les concentrations conglomerales.
577. 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.
578. Les principales mesures correctives sont détaillées ci-dessous.

1. LA CESSION D'ACTIVITÉS

a) Les caractéristiques de l'activité cédée

579. Pour qu'une cession d'activité puisse efficacement remédier aux atteintes à la concurrence, il est indispensable que l'activité cédée soit viable et compétitive. Pour ce faire, le périmètre de cession doit comprendre tous les actifs et l'ensemble du personnel nécessaires à son bon fonctionnement.
580. Ce périmètre doit être décrit, avec précision et sans ambiguïté, dans la proposition d'engagements des parties. Les parties veilleront à détailler les immobilisations corporelles et incorporelles (marques, droits de propriété intellectuelle, savoir-faire et fonds de commerce)

²⁷⁴ Voir, à titre d'exemple, la décision de l'Autorité n° 12-DCC-100 précitée enjoignant la cession ou la neutralisation de la participation minoritaire détenue par GCP dans le capital de sont concurrent sur le marché de la télévision payante, Orange Cinéma Séries.

cédées. Elles doivent préciser quelles sont les licences, permis et autorisations délivrés par les organismes publics, nécessaires au développement de l'activité cédée, et les inclure explicitement dans le périmètre de cession. Elles doivent expliciter quelles sont les contrats clients transmis. Elles doivent aussi indiquer, de manière générale, quel est le personnel transféré, y compris le personnel détaché, et mentionner les équipes ou les membres essentiels à la viabilité et la compétitivité de l'activité qu'elles s'engagent à transférer avec la propriété de l'activité et à ne pas débaucher postérieurement à la réalisation de la cession, cet engagement étant généralement pris pour une période de deux ans. Enfin, elles doivent mentionner la détention par des tiers de droits leur permettant de s'opposer à la cession ou d'en contraindre les termes (associés, bailleurs, partenaires dans l'exécution d'un contrat important pour la viabilité de l'entreprise,...), et de façon plus générale, tout risque avéré ou potentiel, de nature à mettre en cause la viabilité, la compétitivité ou la cessibilité des actifs (procédures contentieuses en cours, changements de réglementation, mise aux normes, etc.).

581. Il est demandé aux cédants de s'engager à préserver, jusqu'à la réalisation de la cession, la viabilité économique, commerciale et concurrentielle des actifs cédés, notamment en s'abstenant de toute mesure ayant un impact défavorable sur leur valeur économique, sur leur gestion ou portant préjudice à leur périmètre d'activité. Les engagements des parties doivent inclure la description des modalités de transition, et démontrer qu'elles sont suffisantes pour préserver la viabilité et la compétitivité de l'activité.
582. Sur les marchés sur lesquels la concurrence s'organise essentiellement autour d'appels d'offre, les cessions peuvent comprendre à titre essentiel, avec l'accord des autorités organisatrices, les contrats détenus par les opérateurs, éventuellement accompagnés des actifs nécessaires à leur mise en œuvre²⁷⁵.
583. La cession peut aussi porter sur des actifs incorporels comme des brevets, des licences ou des marques, de façon autonome si cette cession est suffisante pour remédier aux atteintes à la concurrence identifiées ou en complément de la cession d'autres types d'actifs.
584. Il peut également être demandé aux parties de s'engager à céder des actifs alternatifs (« *crown jewels* »), par exemple lorsqu'il existe des incertitudes sur la cessibilité, la viabilité ou la compétitivité des cessions proposées par les parties.
585. Enfin, les cédants doivent s'engager à ne pas faire l'acquisition des actifs qu'ils ont cédés pendant une période généralement fixés à 10 ans à compter de la décision de l'Autorité.

²⁷⁵ Décisions n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations et n° 11-DCC-34 du 25 février 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de Ne Varietur par GDF Suez.

b) Les caractéristiques de l'acquéreur approprié

586. Une cession d'activité n'est efficace que si l'acquéreur est approprié, c'est-à-dire si :
- il est indépendant des parties, d'un point de vue capitalistique et contractuel ;
 - il possède les compétences et la capacité financière adéquates pour développer l'activité et concurrencer efficacement les parties ;
 - l'acquisition n'est pas susceptible de créer de nouvelles atteintes à la concurrence.
587. L'identification de l'acquéreur peut se faire selon trois modalités : dans un délai fixé après l'adoption de la décision par l'Autorité et la réalisation de l'opération ; après l'adoption de la décision d'autorisation par l'Autorité mais avant la réalisation de l'opération (« *up-front buyer* ») ; avant l'adoption de la décision (« *fix-it-first* »).
- Après l'adoption de la décision et la réalisation de l'opération, dans un délai fixé par les engagements*
588. Dans ce cas, les parties, une fois l'acquéreur identifié, doivent en informer l'Autorité qui donne son agrément si cet acquéreur répond aux conditions ci-dessus. Cette modalité a été la plus couramment utilisée jusqu'à présent mais 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. Les délais encadrant la décision de l'Autorité et les fortes asymétries d'information qui existent entre l'Autorité et les parties font qu'il est difficile de compenser cette faible incitation par l'analyse de la viabilité et de la compétitivité des actifs proposés à laquelle procèdent les services d'instruction de l'Autorité, même en s'appuyant sur une consultation des acteurs du marché. De ce fait, 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. Or, la cession permet de remédier aux effets de l'opération et ceux-ci perdurent tant qu'elle n'a pas été réalisée. De plus, le maintien de la viabilité des actifs dépend souvent de la rapidité avec laquelle la cession est exécutée. Un engagement alternatif, portant sur des actifs dont la cessibilité et la viabilité posent a priori moins de difficultés (« *crown jewels* »), peut constituer une solution de second rang, dans la mesure où elle suppose l'échec dans un premier temps de la cession d'un premier ensemble d'actifs.
589. Les deux solutions ci-dessous (« *fix it first ou up-front buyer* ») pourront donc être favorisées lorsque les circonstances le justifient, notamment lorsqu'aucun acquéreur potentiel n'a pu être identifié pendant l'instruction, ou lorsqu'il existe des incertitudes liées à des droits de préemption détenus par des tiers ou à la possibilité de transférer des contrats clés ou des droits de propriété intellectuelle, ou encore lorsqu'il existe de sérieux doutes sur la viabilité des

actifs ou des risques de dégradation de la valeur de l'activité.

Après l'adoption de la décision d'autorisation par l'Autorité mais avant la réalisation de l'opération (« up-front buyer »)

590. La décision d'autorisation peut être donnée sous réserve que les parties s'engagent à ne pas procéder à la réalisation effective de l'opération avant que l'Autorité n'ait agréé un acquéreur approprié pour les actifs concernés²⁷⁶. Cette modalité modifie les incitations des parties et limite le risque qu'elles s'engagent à céder des actifs lorsqu'elles ont connaissance de difficultés particulières susceptibles de s'opposer à la cession alors que ces difficultés n'ont pas été explicitement portées à la connaissance de l'Autorité.

Avant l'adoption de la décision (« fix-it-first »)

591. Les parties peuvent notifier l'opération en présentant d'emblée un acquéreur pour l'activité ou la partie de l'activité dont l'acquisition pose des problèmes de concurrence (« fix-it-first »). Dans ce cas, l'Autorité apprécie les effets de l'opération en tenant compte de la cession prévue. Par exemple, dans la décision n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles, l'opération a été analysée en tenant compte du fait qu'une partie des actifs serait en tout état de cause cédée à la société Fermiers Landais.

592. La cession peut ne pas être encore réalisée, voire être conditionnée à la réalisation de l'opération notifiée, mais elle ne doit pas être une simple hypothèse et doit avoir fait l'objet d'accords contraignants. En fonction de l'état d'avancement de la réalisation de cette cession, elle peut soit faire partie des éléments notifiés, tout retour en arrière mettant alors en cause la sincérité de la notification elle-même, soit faire explicitement l'objet d'engagements.

593. La solution du « fix-it-first » présente pour les entreprises l'avantage de pouvoir négocier la cession des actifs concernés en dehors de la contrainte liée à l'existence d'engagements pris devant l'Autorité de la concurrence qui peuvent encourager des comportements attentistes ou opportunistes de la part d'acquéreurs potentiels. L'Autorité sera cependant attentive à ce que cette solution ne favorise pas une coordination des comportements sur les marchés en cause.

c) Les délais de cession

594. Les délais de cession, dans le cas où ils sont fixés par les engagements sans que la réalisation effective de l'opération soit conditionnée à l'agrément d'un acquéreur, doivent être les plus brefs possibles. En effet, la concurrence n'est pas préservée tant que la cession n'est pas

²⁷⁶ Ce dispositif a, par exemple, été retenu par le ministre de l'économie dans la décision Panzani / Lustucru (Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie C2002-14, en date du 17 mai 2002, aux conseils de la société Panzani, relative à une concentration dans les secteurs de la semoulerie, des pâtes alimentaires sèches et fraîches, du couscous et des sauces ambiantes).

réalisée et l'efficacité de mesures de transition visant à maintenir la viabilité et la compétitivité des actifs ne peut être assurée que pendant une période limitée. Pour apprécier le délai de cession proposé, l'Autorité de concurrence tient compte des circonstances de l'espèce et de l'intérêt légitime des parties à protéger la valeur de leurs actifs.

595. Ce délai varie selon la complexité de la mise en œuvre de l'opération mais est généralement inférieur à un an.

d) La nomination d'un mandataire chargé de la cession et du maintien de la viabilité des actifs

596. Un ou plusieurs mandataires sont chargés de suivre le bon déroulement des engagements de cession, notamment en veillant au maintien de la viabilité des actifs à céder et en menant la cession à bien le cas échéant.

597. Pour favoriser la réalisation rapide de la cession, ce ou ces mandataires doivent être nommés le plus rapidement possible. Lorsque des risques particuliers pèsent sur le maintien de la viabilité et de la cessibilité des actifs à céder, il peut être souhaitable de réduire la durée de la phase qui s'ouvre à l'issue de la décision jusqu'à l'agrément du mandataire par l'Autorité. Il peut alors être demandé aux parties de ne pas réaliser l'opération avant qu'un délai raisonnable ne se soit écoulé pour permettre la désignation du mandataire ²⁷⁷.

598. Le mandataire chargé du suivi de l'engagement portant sur la préservation de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité des actifs à céder veille en particulier à minimiser, autant que possible, le risque de perte de compétitivité des actifs du fait d'un changement dans la gestion courante, la stratégie industrielle ou commerciale, la politique d'investissement ou la disponibilité des ressources nécessaires, notamment en personnel clé. Il s'assure aussi que les actifs cédés sont gérés de façon indépendante, distincte et séparée des activités non cédées. Il peut à cet effet être amené à représenter les intérêts de la partie cédante dans les organes de direction des activités à céder. Ce mandataire établit régulièrement des rapports de suivi à l'attention de l'Autorité.

599. Lorsque les engagements prévoient qu'une première période est laissée à la partie notifiante pour trouver elle-même un acquéreur, un mandataire contrôle l'état d'avancement du processus de cession et de la recherche d'acquéreurs potentiels en veillant notamment à ce que ceux-ci reçoivent une information suffisante. Il établit un rapport sur la viabilité et la capacité à animer la concurrence de l'acquéreur proposé pour agrément à l'Autorité.

600. Dans les cas où la cession est directement confiée à un mandataire, ou lorsque la partie notifiante n'a pas réussi à céder les actifs concernés au cours d'une première période, un

²⁷⁷ Voir la décision de la Commission COMP/M.5984 INTEL/MACAFEE du 26 janvier 2011, point 344.

mandataire est chargé de vendre les actifs à un acquéreur approuvé par l'Autorité. Il établit de même un rapport sur la viabilité et la capacité à animer la concurrence de l'acquéreur proposé pour agrément à l'Autorité.

601. D'une façon générale, le mandataire réfère à l'Autorité toute difficulté rencontrée dans la mise en œuvre des engagements.

602. Un modèle d'engagements de cession et de contrat de mission pour le ou les mandataires chargés du suivi des cessions et du maintien de la viabilité des actifs figurent dans les annexes G et H.

2. LA SUPPRESSION DE LIENS STRUCTURELS ENTRE DES CONCURRENTS

603. Dans certains cas, pour trancher le lien avec un concurrent important, les parties peuvent proposer la cession de participations minoritaires chez ce concurrent ou dans une entreprise détenue en commun, afin de réduire ou supprimer les effets d'un chevauchement de parts de marché ou les effets de la présence des parties sur un marché verticalement relié ou connexe.
604. Les parties peuvent aussi, à titre exceptionnel, proposer de renoncer aux droits liés à des parts minoritaires, sans céder ces parts. Le renoncement doit avoir les mêmes effets concurrentiels qu'une cession de part. Il doit être permanent et couvrir tous les droits susceptibles d'avoir une influence sur les comportements concurrentiels, tels que la représentation à un conseil d'administration, des droits de veto et des droits à l'information.
605. Des mesures correctives visant à supprimer les liens structurels entre des concurrents ont été mis en œuvre dans différentes opérations, comme, par exemple dans l'affaire *Solvey/Montedison-Ausimont*²⁷⁸ où un engagement de sortie d'une entreprise commune visait à rompre certains liens structurels susceptibles de favoriser l'adoption et la stabilité d'un comportement coordonné, ou encore dans l'affaire *Nordbanken/Postgirot*²⁷⁹ avec, notamment, la suppression de représentants au conseil d'administration d'une entreprise concurrente. Une telle mesure a également fait l'objet d'une injonction de l'Autorité dans l'affaire Canal Plus TPS s'agissant de la participation minoritaire détenue par GCP dans Orange Cinéma Séries²⁸⁰.

²⁷⁸ Décision de la Commission du 09 avril 2002, affaire COMP/M.2690 - Solvay /Montedison-Ausimont.

²⁷⁹ Décision de la Commission du 08 novembre 2001, affaire COMP/M.2567 - Nordbanken/Postgirot.

²⁸⁰ Décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

3. LA CRÉATION DE NOUVELLES CAPACITÉS

606. Dans l'affaire CCIP/Unibail précitée²⁸¹, les parties notifiantes se sont engagées à pallier les effets de la création d'une situation de monopole en créant de nouvelles surfaces d'exposition en région parisienne.

4. LES MESURES CORRECTIVES COMPORTEMENTALES

a) Objectif et typologie des mesures comportementales

607. Les mesures correctives comportementales ont généralement pour objectif de préserver ou de favoriser l'accès des concurrents actuels ou potentiels au marché. Cet accès des concurrents au marché est généralement menacé par des risques de verrouillage des marchés amont ou aval, directement liés aux effets verticaux de l'opération, ou par l'exercice d'un effet de levier lié aux effets congloméraux de l'opération. Plus rarement, des mesures visant à abaisser les barrières à l'entrée sur un marché peuvent permettre de remédier aux effets d'une addition de parts de marché en l'absence de mesures structurelles adaptées.

608. L'ensemble des mesures suivantes peut répondre à ce type d'objectif en fonction des circonstances de l'espèce :

- l'octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures, de manière non discriminatoire et transparente,
- l'octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies,
- la résiliation ou la modification de contrats d'exclusivité,
- l'aménagement des conditions de distribution, ou d'approvisionnement d'un produit,
- l'encadrement de comportements commerciaux,
- la divulgation d'informations sur une base non exclusive.

Cette liste et les exemples qui suivent ne sont pas limitatifs, des mesures correctives spécifiques pouvant être adaptées à chaque cas d'espèces.

609. En ce qui concerne l'accès des concurrents aux intrants, les mesures peuvent par exemple porter sur l'accès à des infrastructures, à des informations ou à tout autre type d'intrant, directement ou via la limitation des exclusivités dont peuvent bénéficier la nouvelle entité. Par exemple, lors de la prise de contrôle conjoint, puis exclusif de Keolis, la SNCF s'est engagé à garantir aux concurrents de l'opérateur de transport de personnes urbain et interurbain un

²⁸¹ Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-10 du 26 septembre 2007 et décision du ministre C2007/14 du 13 novembre 2007, CCIP/Unibail.

accès non discriminatoire aux informations et services propres à favoriser l'intermodalité entre transport routier et transport ferroviaire²⁸². Dans l'affaire Groupe Bernard Hayot/Cora Cluny, la position du Groupe Bernard Hayot sur les marchés de l'approvisionnement en produits de grande consommation à la Martinique a justifié des engagements visant à préserver l'accès de ses concurrents sur les marchés de la distribution à dominante alimentaire aux produits et aux budgets de coopération commerciale²⁸³. Sur les marchés de la télévision payante, les injonctions prononcées à l'encontre de Groupe Canal Plus ont visé à garantir aux distributeurs concurrents un accès aux intrants que constituent les chaînes de télévision payante²⁸⁴.

610. En ce qui concerne l'accès à la clientèle, les engagements pris par la SNCF à l'occasion de sa prise de contrôle de Novatrans concernait l'organisation d'une mise en concurrence par voie d'appel d'offres entre les différentes entreprises ferroviaires pour la traction des trains²⁸⁵.
611. En ce qui concerne les mesures comportementales visant à empêcher l'exercice d'un effet de levier, elles consistent souvent en un encadrement des pratiques commerciales des entreprises concernées. Par exemple, dans l'affaire TF1/TMC-NT1, une commercialisation séparée des espaces publicitaires sur TF1, d'une part, et TMC-NT1, d'autre part, via des régies distinctes, a été jugée nécessaire au maintien d'une concurrence suffisante sur le marché de la publicité télévisée²⁸⁶. De même, Electricité de Strasbourg s'est engagé à ne pas commercialiser d'offres couplées s'appuyant sur sa capacité à offrir des tarifs réglementés en gaz ou en électricité²⁸⁷. Sur les marchés de la télévision payante et gratuite, les mesures correctives ont encadré l'exercice par Groupe Canal Plus d'un effet de levier entre sa puissance d'achat sur les marchés de la télévision payante et ses acquisitions de droits de diffusion pour la télévision gratuite²⁸⁸.
612. Des mesures correctives comportementales visant à limiter les barrières à l'entrée pour de nouveaux entrants ont été mises en œuvre pour les opérations CCIP/Unibail et TPS/CanalPlus concernant des fusions sur des marchés en duopole²⁸⁹.

²⁸² Décisions n° 10-DCC-02 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec et n° 12-DCC-129 du 5 septembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participations.

²⁸³ Décision n° 11-DCC-134 du 2 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot.

²⁸⁴ Décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la fusion Canalsatellite/TPS.

²⁸⁵ Décision n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA.

²⁸⁶ Décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

²⁸⁷ Décision n° 12-DCC-20 du 7 février 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'Enerest par Electricité de Strasbourg.

²⁸⁸ Décision n° 12-DCC-101 du 23 juillet 2012 relative à l'acquisition par GCP de Direct 8 et Direct Star.

²⁸⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-10 du 26 septembre 2007 et décision du ministre C2007/14 du

613. De même, les effets horizontaux d'opérations sur les marchés du sucre ou du rhum ont rendu nécessaires, en complément d'engagements de cessions d'actifs, des engagements visant à assurer l'accès des repreneurs à des intrants essentiels pour leur activité tels que le sucre ou le rhum²⁹⁰.
614. Dans certains cas, des atteintes à la concurrence par effets coordonnés ont été corrigées par l'octroi d'une garantie d'accès, visant à renforcer des opérateurs rivaux. De telles mesures ont, par exemple, été proposées lors de l'affaire communautaire *Sell/DEA*²⁹¹.

b) Les mesures comportementales en complément des mesures structurelles

615. Les mesures comportementales peuvent être envisagées en complément de mesures structurelles. Par exemple, pour plusieurs opérations sur lesquelles la Commission a conclu qu'elles portaient atteinte à la concurrence du fait de la disparition d'un concurrent potentiel, des engagements combinant cessions d'actifs et obligations de conférer l'accès à des infrastructures essentielles ont été pris afin de renforcer la crédibilité des concurrents restant sur le marché²⁹².
616. 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.

c) La durée des mesures comportementales

617. Les mesures correctives comportementales sont toujours prévues pour une durée déterminée. Sauf circonstances exceptionnelles, une durée minimale de cinq ans, éventuellement renouvelable, est généralement jugée nécessaire pour compenser les effets sur la structure des

13 novembre 2007, CCIP/Unibail et décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

²⁹⁰ Décisions n° 10-DCC-51 du 28 mai 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du Groupe Quartier Français par Tereos et n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation.

²⁹¹ Décision de la Commission du 20 décembre 2001, affaire COMP/M.2389 - Sell/DEA.

²⁹² Voir les décisions Air Liquide/BOC, Telia/Telenor et EDF/EnBW citées au chapitre sur la disparition d'un concurrent potentiel.

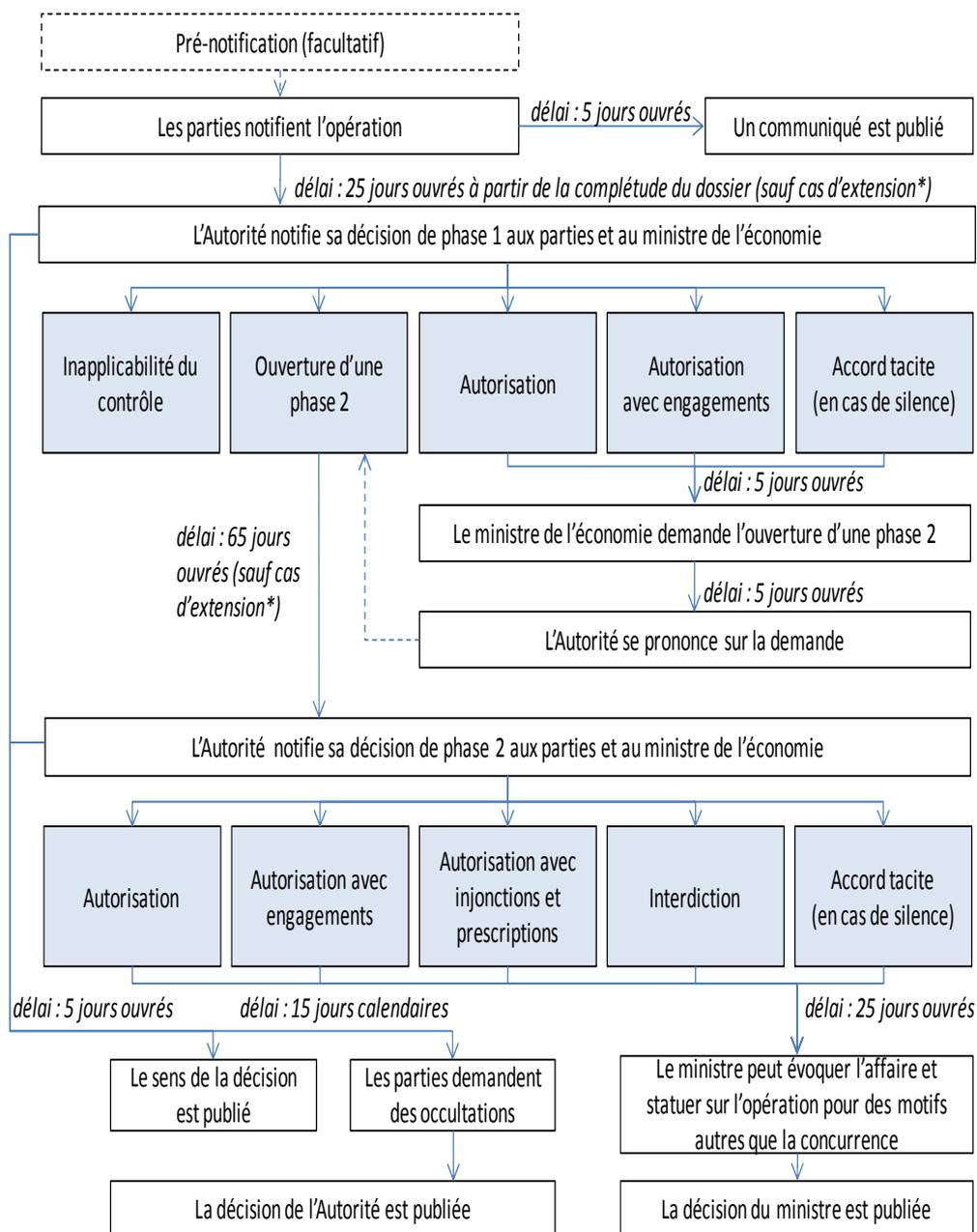
marchés d'une opération de concentration.

d) Le mandataire chargé du suivi de la mise en œuvre des mesures comportementales

618. Comme pour les mesures correctives structurelles, l'Autorité en contrôle la bonne exécution. Un mandataire est, sauf circonstances exceptionnelles, désigné pour surveiller la réalisation de ces engagements et en rendre compte auprès de l'Autorité. Sa mission est précisée dans un contrat de mandat dont les dispositions sont en partie communes au contrat de mandat relatif aux cessions, hormis en ce qui concerne les mesures de suivi elles-mêmes, spécifiques aux engagements concernés et qui varient au cas par cas. Il établit régulièrement des rapports sur le suivi des engagements à l'attention de l'Autorité et, d'une façon générale, réfère à l'Autorité toute difficulté rencontrée dans leur mise en œuvre. L'Autorité reste cependant seule responsable de la constatation d'un éventuel manquement aux engagements pris ou d'un non respect des injonctions prononcées.
619. Le contrôle de l'Autorité s'appuie aussi sur la surveillance opérée par le marché, les acteurs pouvant informer le mandataire ou l'Autorité de la non-exécution d'un engagement. C'est pourquoi les engagements comportementaux sont toujours publiés, et les occultations limitées au strict nécessaire.

VI. Annexes

A. VUE D'ENSEMBLE DE LA PROCÉDURE DE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS



* En phase 1, le délai est prolongé à 40 jours ouvrés lorsque des engagements sont déposés. Les parties peuvent aussi demander une prolongation dans la limite de 15 jours ouvrés. En phase 2, les délais sont prolongés de 20 jours ouvrés en cas de dépôt d'engagements moins de 20 jours avant le délai initialement prévu; les parties peuvent demander une prolongation (jusqu'à 20 jours); l'Autorité peut arrêter les délais lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées

B. QUESTIONS RELATIVES AUX RÉSEAUX DE DISTRIBUTION

620. L'introduction par la LME de seuils de contrôlabilité spécifiques au commerce de détail²⁹³ entraîne un accroissement du nombre de notifications qui mettent en cause des questions spécifiques aux réseaux de distribution. En particulier, plusieurs grands réseaux, qu'il s'agisse de la grande distribution alimentaire ou spécialisée, ont opté pour un mode d'organisation liant contractuellement des « adhérents du réseau » (concessionnaires, franchisés, coopérateurs, etc...) à une « tête de réseau » (qui peut être un concédant, un franchiseur ou une coopérative de commerçants par exemple).
621. L'application du droit commun des concentrations aux relations existant au sein d'un tel réseau de distribution invite à s'intéresser à différentes questions (nature du contrôle, calcul du chiffre d'affaires, évaluation du pouvoir de marché, etc.). La présente annexe a donc pour objet de clarifier ces questions.

1. RÉSEAUX DE DISTRIBUTION ET INFLUENCE DÉTERMINANTE

a) Les contrats de distribution, contrats de franchise ou contrats d'enseigne

622. La seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce, que dans des cas très particuliers. La communication consolidée de la Commission rappelle à ce sujet que « *afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels)* »²⁹⁴. Ainsi, s'agissant de magasins indépendants exploités dans le cadre d'un contrat d'enseigne, la conclusion initiale de ces contrats, à elle seule, ne constitue généralement pas une opération de concentration. Il en est de même *a priori* lorsque ces magasins s'affilient à un autre réseau et changent d'enseigne²⁹⁵.
623. La Commission a affirmé ce principe s'agissant plus particulièrement des contrats de

²⁹³ II de l'article L. 430-2 du code de commerce.

²⁹⁴ Paragraphe 18 de la communication consolidée de la Commission.

²⁹⁵ Lettre 09-DCC-23 du 23 juillet 2009 relative au changement d'enseigne de points de vente sous enseigne Vêti vers l'enseigne Kiabi : « *Au cas d'espèce, les contrats de commission affiliation prévoient que les sociétés d'exploitation concernées seront libres de définir leur stratégie commerciale et notamment de fixer leurs tarifs, AFFIPART ayant cependant la possibilité d'indiquer à ces dernières un prix maximum conseillé. Par ailleurs, les sociétés d'exploitation assumeront les risques financiers et commerciaux liés à leur activité et devront ainsi supporter, notamment, le coût des invendus. KIABI, via AFFIPART, n'exercera donc pas d'influence déterminante sur les sociétés d'exploitation concernées.* »

franchise : « les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartient au franchiseur »²⁹⁶. Dans sa décision M. 940 UBS/Mister Minit du 9 juillet 1997, la Commission a estimé que les dispositions « typiques » (obligation pour le franchisé de respecter les normes de commercialisation du franchiseur, préservation des droits de propriété intellectuelle du franchiseur, etc.) d'un accord de franchise n'étaient pas de nature à conférer une influence déterminante du franchiseur sur son franchisé, dans la mesure où ce dernier continuait de supporter les risques commerciaux inhérents à son activité (gestion du stock et de l'approvisionnement, fixation des prix).

624. D'autres éléments de droit ou de fait, pris conjointement avec les divers contrats de franchise, d'adhésion, d'enseigne ou de panneau sont cependant susceptibles, de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité examine tous les éléments de droit ou de fait qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale (par exemple, à travers des mécanismes contractuels qui transfèrent, tout ou partie, du risque commercial de l'adhérent vers la tête de réseau) que dans les possibilités de changer de réseau, et détermine s'ils sont suffisants pour conférer à la « tête de réseau » une influence déterminante sur l'entreprise de son « adhérent »²⁹⁷.

b) Les prises de participation et les statuts des sociétés d'exploitation

625. La tête du réseau de distribution peut notamment prendre une participation au capital de la société d'exploitation du point de vente de l'adhérent. Combinées aux dispositions des contrats d'enseigne, ces participations peuvent conférer à la tête de réseau une influence déterminante même si elles restent très minoritaires. De façon plus exceptionnelle, la tête de réseau peut, par la combinaison d'un système de gouvernance de ces sociétés d'exploitation très dérogoratoire et des dispositions du contrat d'enseigne, détenir sur ces sociétés une influence déterminante sans aucune participation au capital.
626. En effet, si les droits conférés aux actionnaires minoritaires ont généralement pour objectif de protéger leurs intérêts financiers en tant qu'investisseurs et ne suffisent *a priori* pas à conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur l'adhérent, dans certains réseaux de distribution, les sociétés d'exploitation sont tenues d'adopter des statuts-types spécifiques. L'Autorité apprécie dans ce cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent.

²⁹⁶ Paragraphe 19 de la Communication consolidée de la Commission.

²⁹⁷ Voir par exemple la décision France Telecom / CET du 4 janvier 2008 sur les accords de distribution exclusive joints à des relations de prêteurs et à la conclusion de baux commerciaux.

627. Par exemple, si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, ils permettent à la tête du réseau de distribution d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau. L'Autorité considère alors que cette participation minoritaire, jointe au contrat de distribution, confère à la tête de réseau une influence déterminante²⁹⁸. Il en est de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent *de facto* l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De telles dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voir même de la détention d'une seule action de préférence²⁹⁹.
628. Dans un autre cas de figure, l'Autorité a constaté que les statuts-types des sociétés d'exploitation prévoient que ces sociétés comptent, parmi leurs associés, les membres d'un « conseil de parrainage », titulaires du contrat d'enseigne, et confèrent dans la plupart des cas à ce conseil de parrainage un pouvoir de nomination et de révocation du président de la société. Les statuts-types prévoient aussi qu'un associé peut être exclu par un vote à la majorité des trois quarts du nombre d'associés. La perte du droit d'usage de l'enseigne est un motif de révocation du président et d'exclusion de l'associé. En cas d'exclusion, l'associé exclu est tenu de céder ses actions aux autres associés. Le président de la société, même détenant une très large majorité du capital, peut être exclu en application de cette disposition. L'Autorité a considéré que ces statuts-types, associés aux dispositions du contrat d'enseigne, permettent à la tête de réseau d'exercer une influence déterminante sur les sociétés d'exploitation car celle-ci dispose ainsi à la fois du pouvoir d'accorder et de retirer le droit d'usage de l'enseigne et de déterminer les termes du contrat d'enseigne qui définit la stratégie du réseau et encadre la politique commerciale des adhérents³⁰⁰.

c) Prise de contrôle exclusif et prise de contrôle conjointe

629. En fonction des prérogatives sur la gestion de l'entreprise éventuellement conférées par les statuts à l'actionnaire minoritaire et des stipulations du contrat d'enseigne, le contrôle exercé par la tête de réseau sur l'adhérent peut être conjoint, les deux devant nécessairement

²⁹⁸ Voir par exemple la décision de l'Autorité n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009, ITM/Evolis.

²⁹⁹ Voir la décision de l'autorité n° 09-DCC-064 du 17 novembre 2009 : « *ITM détenait une seule action de préférence de la société Mikery exploitant un point de vente à l'enseigne Intermarché mais les statuts de l'entreprise avaient été modifiés et conféraient à ITM Entreprises, pendant une durée de [supérieure à 10 ans], la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fond de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fond de commerce similaire sous une enseigne concurrente ; un droit de préférence en cas de cession du fond de commerce à un prix calculé selon une formule prédéterminée. Enfin, après [supérieur à 10 ans], si ITM Entreprises n'a plus la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne ou de s'opposer à toute mutation d'actions, ITM Entreprises conservait un droit de préférence sur toute vente de titres pendant 5 années supplémentaires.* »

³⁰⁰ Voir la décision n° 12-DCC-125 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle conjoint de 28 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire par l'Union des Coopérateurs d'Alsace et l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc. Cette décision n'est pas définitive car elle a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État.

s'entendre sur la politique commerciale du ou des points de vente, ou exclusif, la tête de réseau détenant seule la possibilité de déterminer cette politique. Lorsque la tête de réseau exerce déjà un contrôle conjoint sur l'adhérent, constitue également une concentration l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif de l'adhérent.

d) Les opérations transitoires

630. Certaines prises de contrôle par la tête de réseau de sociétés exploitant des magasins de commerce de détail affiliés au réseau sont faites à titre transitoire, la tête de réseau prévoyant, à plus ou moins courte échéance, de céder tout ou partie du contrôle acquis à un repreneur indépendant. Deux cas de figure sont alors envisageables :

- lorsque ce repreneur est connu, que des actes juridiques contraignants ont été signés entre le repreneur et la tête de réseau et que la revente doit intervenir à courte échéance (moins d'un an), alors les deux opérations, celle par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif et celle par laquelle elle cède tout ou partie de ce contrôle à un tiers, peuvent être considérées comme une opération unique. Dans ce cas, les deux opérations peuvent être notifiées conjointement à l'Autorité. La première opération à caractère transitoire est dans ce cas considérée comme n'ayant pas d'effets sur la structure de la concurrence, seuls les effets de la deuxième opération faisant alors l'objet d'une analyse concurrentielle ;
- dans les autres cas, l'opération par laquelle la tête de réseau acquiert un contrôle exclusif du ou des points de vente doit être notifiée de façon isolée à l'Autorité qui en appréciera les effets sur la structure concurrentielle du marché.

2. LE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES

631. Le chiffre d'affaires d'une tête de réseau (franchiseur, concédant, coopérative etc.) comprend les ventes de ses succursales, les ventes à ses adhérents indépendants afin de les approvisionner et la rémunération versée par les adhérents indépendants pour toutes les prestations de services fournies par la tête de réseau. Ces services, rémunérés par une redevance ou d'autres dispositifs, peuvent prendre plusieurs formes : savoir-faire, marque, assistance, études de marché et d'assortiments, actions de formation, séminaires, etc.

632. En revanche, le chiffre d'affaires de la tête de réseau ne comprend pas les ventes au public réalisées par les adhérents indépendants dans la mesure où la tête de réseau ne dispose pas du droit de gérer les affaires de l'adhérent au sens de l'article 5 du règlement communautaire (CE) n° 139/2004 auquel renvoie explicitement l'article L. 430-2 du code de commerce. Ce point a été établi dans la décision M940 UBS/Mister Minit précitée.

3. L'APPRÉCIATION DU POUVOIR DE MARCHÉ

633. Les notions d'influence déterminante et de pouvoir de marché ne se recouvrent pas. De ce fait, même si la tête de réseau ne contrôle pas le magasin d'un adhérent (franchisés, concessionnaires, adhérents coopérateurs, ...), les ventes de ce dernier pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre pour les besoins de l'analyse concurrentielle³⁰¹, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau.
634. L'Autorité examine au cas par cas s'il convient de considérer que, sur une même zone de chalandise, les magasins contrôlés par la tête de réseau, d'une part, et ceux exploités sous la même enseigne, mais que la tête de réseau ne contrôle pas, d'autre part, sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle les uns sur les autres.
635. Une telle analyse a, par exemple, été menée par l'Autorité dans l'affaire Mr Bricolage/société Passerelle et confirmée par le Conseil d'État³⁰², qui a relevé que l'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution, aux fins de procéder à l'analyse des effets concurrentiels d'une opération de concentration réalisée entre deux réseaux de distribution, est distincte de l'appréciation de l'existence d'une influence déterminante, aux fins d'identifier une opération de concentration, et exige la prise en compte de tous les magasins adhérents des réseaux, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome. Le Conseil d'État a estimé que l'Autorité n'avait pas commis une erreur de droit en procédant à une analyse concrète des contrats propres aux deux réseaux en cause en l'espèce et en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique du franchiseur en matière de communication publicitaire, la participation à des campagnes promotionnelles, l'exclusivité d'approvisionnement auprès de fournisseurs référencés par le franchiseur pour une partie des achats, l'interdiction de modifier un point de vente sans l'autorisation du franchiseur, la possibilité, pour le franchiseur, de fixer un prix maximum, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits du franchiseur ou encore l'existence de clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du franchiseur en cas de cession d'un magasin franchisé.

4. LE CONTENU DU DOSSIER DE NOTIFICATION ET LA PROCÉDURE SIMPLIFIÉE

636. Comme indiqué ci-dessus aux paragraphes 188 et suivants, le contenu du dossier de

³⁰¹ Décisions M. 1221 Rewe/Meinl et M. 1684 Carrefour /Promodes ; Avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-06 et lettre du ministre C2000-03, Carrefour Promodes.

³⁰² Décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par Mr Bricolage de la société Passerelle et décision du Conseil d'État du 23 décembre 2010 n° 337533.

notification est allégé pour les opérations qui ne soulèvent a priori pas de problèmes de concurrence :

- pour les opérations qui ne soulèvent aucune question de concurrence, l'absence de marchés affectés conduit à une notification simplifiée, la partie la plus exigeante en termes d'informations requises étant de très loin la description détaillée des marchés affectés ;
- les entreprises peuvent, après la clôture des comptes annuels, fournir au service des concentrations un tronc commun, de préférence en format électronique, contenant les informations générales susceptibles d'être répétées dans toutes les notifications de l'année à venir. Ils peuvent ensuite limiter le contenu de leur notification aux informations spécifiques à l'opération ;
- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 du code de commerce mais non du I du même article ³⁰³, la définition des marchés amont de l'approvisionnement et l'évaluation des parts de marché de l'acquéreur et de la cible sur ces marchés amont peuvent être omis.

637. Enfin, un dossier simplifié peut également être déposé dans les cas suivants :

- lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexe³⁰⁴ ; un dossier simplifié ne sera cependant accepté à ce titre que lorsque la délimitation des marchés pertinents concernés est suffisamment évidente pour emporter l'absence de chevauchement ou de liens verticaux et connexes entre ces marchés ; il est de plus demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition ;
- lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article L. 430-2 mais non du I du même article³⁰⁵ et qu'elle n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concerné.

638. Pour ces opérations, dont il est supposé a priori qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence, les parties peuvent, aux points suivants du formulaire de notification prévu à l'annexe 4.3 de la partie réglementaire du code de commerce :

- au point 2c, ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos ;
- au point 2e, ne pas fournir « la liste et la description de l'activité des entreprises avec

³⁰³ Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

³⁰⁴ L'acquéreur peut être un fonds d'investissement.

³⁰⁵ Les opérations notifiables en application du III de l'article L. 430-2 ne peuvent faire l'objet d'un dossier simplifié.

lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens » ;

- au point 3, se borner à donner la liste des activités des parties.

639. En revanche, les éléments suivants (dans le tronc commun ou, en cas de modification de ces éléments, dans chaque dossier de notification) sont indispensables pour permettre un examen rapide et complet du dossier :

- une étude détaillée des zones de chalandise affectées par l'opération. Cette étude doit être accompagnée d'une carte sur laquelle figurent la localisation et l'enseigne de chacun des magasins concurrents mais également des magasins liés (indépendants ou succursales) au réseau de distribution concerné par l'opération,
- copie des contrats de distribution (de franchise, de concession, d'adhésion à une coopérative etc.),
- copie des statuts et du règlement intérieur de la tête du réseau de distribution (franchiseur, concédant, coopérative etc.),
- nom des adhérents sortis du réseau de distribution et raison de leur sortie sur les trois années précédant la date de l'opération notifiée.

640. Les opérations pour lesquelles un dossier de notification simplifié peut être déposé en application du § 204 font l'objet d'un examen selon une procédure simplifiée. La décision simplifiée est en principe notifiée aux parties dans un délai de 15 jours ouvrés.

C. QUESTIONS SPÉCIFIQUES AUX FONDS COMMUNS DE PLACEMENT

641. Le droit commun des concentrations est pleinement applicable aux opérations impliquant des fonds communs de placement (FCP), mais l'expérience acquise par l'Autorité de la concurrence permet de dégager un certain nombre de caractéristiques spécifiques qui sont présentées ci-après.

1. QUALIFICATION DU CONTRÔLE

642. Les FCP sont souvent constitués sous la forme de sociétés en commandite qui réunissent des investisseurs porteurs de part (commandités) qui, en principe, n'exerce aucun contrôle, ni à titre personnel ni à titre collectif sur le fonds. Les FCP acquièrent généralement les actions et droits de vote qui confèrent le contrôle des sociétés faisant partie de leur portefeuille, le contrôle étant, en règle générale, exercé par la société d'investissement qui a créé le fonds, par le biais de sa structure organisationnelle (contrôle du principal associé des fonds en commandite et/ou contrats de conseil par exemple)

643. Exceptionnellement, le contrôle peut être exercé par le fonds lui-même.

2. LE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES

644. Pour déterminer le chiffre d'affaires d'un fonds acquéreur, il convient d'appliquer l'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 et notamment l'article 5(4), en considérant, en règle générale, que l'entreprise concernée est la société de gestion de portefeuille gérant le fonds acquéreur qui acquiert un contrôle direct ou indirect sur une ou plusieurs entreprises.

645. Lorsqu'un actionnaire de la société de gestion de portefeuille répond aux critères prévus aux points b), c) ou e) de l'article 5 (4), quelle que soit l'autonomie de gestion de la société de portefeuille vis-à-vis de lui, son chiffre d'affaires sera pris en compte. Lorsqu'une société de gestion de portefeuille appartient à un groupe bancaire, le chiffre d'affaires de l'ensemble du groupe doit donc être pris en compte.

3. LE CONTENU DU DOSSIER DE NOTIFICATION

646. Les dispositions prévues par les présentes lignes directrices relatives aux dossiers simplifiés s'appliquent aux opérations de FCP.

647. Une attention particulière doit être portée au point 2 (b) du dossier de notification, qui

requière de fournir « la liste des principaux actionnaires, les pactes d'actionnaire, ainsi que la liste et le montant des participations détenues par l'entreprise ou ses actionnaires dans d'autres entreprises, si cette participation confère directement ou indirectement au moins une minorité de blocage ou la faculté de nommer au moins un membre du conseil d'administration », de même qu'au point 1 (b), qui demande « une présentation des aspects juridiques et financiers de l'opération, mentionnant, le cas échéant, le montant de l'acquisition ».

648. Ces informations sont particulièrement importantes pour l'examen des opérations impliquant un FCP dans la mesure où elles doivent permettre de déterminer le périmètre de la nouvelle entité qui sera pris en compte dans l'analyse concurrentielle.

649. Au titre des informations fournies au point 2 (b), doivent ainsi figurer dans le dossier de notification :

- la composition de l'actionnariat de la société de gestion de portefeuille,
- les documents déterminant les règles de gouvernance de la société de gestion de portefeuille, tels que les statuts, pactes éventuels ou règlements intérieurs,
- l'identité des principaux investisseurs du fonds avec le montant investi par chaque investisseur dans le fonds.
- le règlement intérieur du fonds ainsi que tout document contractuel régissant les relations entre la société de gestion et les investisseurs dans le fonds. Toute forme d'accord, y compris tacite, entre la société de gestion du fonds et les investisseurs, doit être mentionné dans le dossier de notification³⁰⁶,
- la liste des participations détenues par l'ensemble des fonds gérées par la société d'investissement concernée, en précisant la part du capital détenue, le type de contrôle (exclusif, conjoint, absence de contrôle), le chiffre d'affaires et le secteur d'activité des entreprises dans lesquels la société d'investissement concernée détient une participation directe ou indirecte.

650. En ce qui concerne le point 1 (b) du dossier de notification, il convient notamment de préciser si le montage financier de l'opération comporte des crédits accordés par une banque ou si l'entreprise objet de l'opération a ou aura recours à des crédits accordés par une banque. La participation d'une banque à un montage de type LBO, ou un passif significatif de l'entreprise objet de l'opération vis-à-vis de cette banque, pourra en effet être considéré comme un élément constitutif d'une influence déterminante de la banque sur l'entreprise qui fait l'objet de l'opération.

³⁰⁶ Voir la décision M. 1357 de la Commission Nordic Capital / Hilding Anders.

4. DÉLAI D'INSTRUCTION DU DOSSIER

651. Les FCP sont particulièrement soucieux de pouvoir réaliser leur opération rapidement. Lorsque l'opération en cause ne soulève aucun enjeu concurrentiel, il est souhaitable de pouvoir rendre une décision sans retarder inutilement l'opération.
652. D'une part, l'article L. 430-3 du code de commerce prévoit ainsi la possibilité de notifier des accords « suffisamment aboutis ». Les parties sont donc invitées à se servir de cette faculté sans attendre la signature d'accords irrévocables avant de soumettre l'examen de leur opération au contrôle des concentrations.
653. D'autre part, lorsqu'une analyse *prima facie* permet d'écarter tout risque d'atteinte à la concurrence, les parties peuvent demander le bénéfice d'une autorisation dans un délai raccourci de 15 jours ouvrés au lieu des 25 jours ouvrés habituels. Lorsque le ou les fonds acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexe, l'opération bénéficie de la procédure simplifiée décrite aux § 204 et suivants.
654. Dans tous les cas, il appartient aux parties soucieuses de réaliser leur opération dans des délais courts de transmettre à l'Autorité un dossier de notification complet dès son dépôt.

5. RENVOIS A LA COMMISSION

655. Lorsqu'un FCP souhaite, au titre de l'article 4-5 du règlement n° 139/2004 sur les concentrations, bénéficier d'un guichet unique d'examen au niveau européen, il doit en faire la demande auprès de la Commission européenne selon les modalités décrites au paragraphe 153.

6. ANALYSE CONCURRENTIELLE

656. L'analyse concurrentielle d'une opération impliquant une société de gestion de portefeuille soulève des questions particulières relatives à l'appréciation de son autonomie de gestion tant vis-à-vis de leurs actionnaires que des commandités qui investissent dans les fonds qu'elle gère.
657. Les sociétés de gestion de portefeuille, soumises à l'agrément de l'Autorité des marchés financiers³⁰⁷, ont obligation de maintenir une politique de gestion efficace des conflits d'intérêts en vertu de différentes dispositions du code monétaire et financier, du règlement

³⁰⁷ En application de l'article L. 532-9 du code monétaire et financier.

général de l'AMF, et du code de déontologie de l'Association Française de la Gestion financière (AFG-ASFFI) et/ou de l'Association Française des Investisseurs en Capital (AFIC). De nombreuses réglementations étrangères prévoient en outre des dispositions similaires sur la prévention des conflits d'intérêt. Il en résulte que les sociétés de gestion de portefeuille sont supposées disposer, le plus souvent, d'une autonomie de gestion vis-à-vis de leurs actionnaires, même majoritaires, et des investisseurs dans les fonds qu'elles gèrent.

658. Toutefois, dans le cadre de l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité, l'autonomie de gestion doit être démontrée par les parties sur la base des informations fournies au point 2 (b) du dossier de notification.
659. Dans le cas de prise de contrôle par une société de gestion de portefeuille dont l'autonomie de gestion vis-à-vis de ses actionnaires ou des investisseurs aura été démontrée, l'entité fusionnée sur laquelle porte l'analyse concurrentielle est constituée de la société de gestion et de l'ensemble des entreprises sur lesquelles elle dispose d'une influence déterminante via ses fonds gérés. Si la société de gestion de portefeuille ne détient aucune participation contrôlante sur un marché identique, amont, aval ou connexe à celui de la cible, l'analyse concurrentielle n'a pas besoin d'être plus poussée : l'opération sera considérée comme ne posant pas de problème de concurrence et fera l'objet d'une décision simplifiée. Lorsque la société de gestion détient des participations sur un marché identique, amont, aval ou connexe à celui de la cible, l'analyse fournie par les parties doit permettre d'apprécier l'impact de l'opération sur les marchés concernés. Il arrive ainsi que des opérations impliquant des FCP portent atteinte à la concurrence, notamment dans des cas de « build-up » ou acquisitions réalisées par des sociétés détenues dans les fonds³⁰⁸.
660. Dans les cas où l'autonomie de la société de gestion vis-à-vis de ses actionnaires ou des investisseurs n'aura pas été démontrée, l'analyse sera étendue aux participations détenues par le groupe auquel elle appartient ou par le ou les investisseurs exerçant une influence déterminante sur la société de gestion. Une telle analyse sera ainsi menée dans les cas de « fonds captifs » pour lesquels une majorité des capitaux investis provient de la maison-mère de la société de gestion.

³⁰⁸ On peut se reporter à plusieurs décisions du ministre rendues sous condition d'engagements et impliquant des fonds : C2002-14 PAI LBO (Panzani) / Lustucru, du 17 mai 2002.

C2008-4 Vivarte SA/Defi Mode du 16 janvier 2008 et C2008-16 Vivarte/Super Sport du 30 avril 2008.

D. QUESTIONS RELATIVES AUX COOPÉRATIVES AGRICOLES

661. Les coopératives agricoles, dotées d'un régime juridique particulier codifié dans le livre V, titre II du code rural sont, d'une manière générale, considérées comme des sociétés sui generis, ni civiles, ni commerciales : « *Les sociétés coopératives agricoles et leurs unions forment une catégorie spéciale de sociétés, distinctes des sociétés civiles et des sociétés commerciales. Elles ont la personnalité morale et la pleine capacité* »³⁰⁹.
662. L'article L. 521-1 du code rural et la pêche maritime définit l'objet des coopératives agricoles comme « *l'utilisation en commun par des agriculteurs de tous moyens propres à faciliter ou à développer leur activité économique, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité* ». Elles sont détenues par des agriculteurs (associés coopérateurs) qui en sont à la fois les principaux fournisseurs et les actionnaires. Il sont tenus d'utiliser les services de la coopérative « *pour une durée déterminée et corrélativement, de souscrire une quote-part du capital en fonction de cet engagement d'activité* »³¹⁰. Les excédents annuels des coopératives sont répartis entre les associés coopérateurs proportionnellement aux opérations qu'ils ont réalisées avec la coopérative au cours de l'exercice mais chaque coopérateur a un droit de vote égal en assemblée générale³¹¹. Les agriculteurs tiers peuvent également avoir recours au service de la coopérative, mais ces services ne peuvent représenter plus de 20 % du chiffre d'affaires total de la coopérative³¹². Les statuts de chaque société coopérative agricole fixent la circonscription territoriale de cette société³¹³.
663. Ces spécificités justifient sur certains points une analyse spécifique en droit de la concurrence. Elles se situent en effet entre les deux formes polaires que sont les marchés et les organisations. En particulier, il est considéré que les coopératives ne sont pas contrôlées par leurs adhérents mais les relations entre les coopératives et leurs adhérents ne sont pas totalement assimilées à celles entretenues par une entreprise commerciale avec ses fournisseurs ou ses clients (1).
664. Pour le reste, l'analyse des opérations de concentrations impliquant des coopératives, ou des unions de coopératives, reposent sur les principes et critères généraux du contrôle des concentrations. Elles doivent ainsi notifier leurs opérations d'acquisitions de sociétés commerciales, effectuées seules³¹⁴ ou conjointement avec d'autres coopératives ou d'autres

³⁰⁹ Article L. 521-1 du code rural et de la pêche maritime.

³¹⁰ Article L. 521-3 a) du même code.

³¹¹ Article L. 522-3 d) du même code.

³¹² Article L. 522-5 du même code.

³¹³ Article L. 522-2 du même code.

³¹⁴ Voir par exemple la décision n° 12-DCC-06 du 20 janvier 2012 relative à l'acquisition du groupe Vermandoise par la société coopérative Cristal Union et la décision n° 11-DCC-80 du 23 mai 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de

sociétés commerciales. Les coopératives agricoles sont concernées par le contrôle des concentrations au titre des regroupements de coopératives qui peuvent prendre la forme de fusions, de créations d'unions de coopératives ou d'entreprises communes si celles-ci sont de plein exercice (2).

1. LES COOPÉRATIVES ENTRETIENNENT AVEC LEURS ADHÉRENTS DES RELATIONS SPÉCIFIQUES DONT IL EST TENU COMPTE DANS LE CADRE DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

a) Les coopératives et leurs adhérents tendent à constituer des entités économiques distinctes malgré l'existence de liens étroits entre eux

665. Les agriculteurs sont, d'une part, associés de la coopérative en tant qu'apporteurs de capital social (souscrit en fonction de leurs apports) et, d'autre part, fournisseurs de matières premières et/ou acquéreurs de produits et services en fonction de l'objet social de la coopérative. La coopérative et ses adhérents entretiennent donc une double relation, capitalistique et économique.
666. L'adhérent à la coopérative est tout d'abord un associé de la coopérative, dont l'engagement est conclu pour une durée limitée, variant, dans les faits, de 3 à 15 ans, selon les cycles des productions traitées par la coopérative³¹⁵. Les adhérents, qui sont propriétaires de la coopérative, ne bénéficient cependant, juridiquement, d'aucun pouvoir de blocage sur ses décisions stratégiques. Les coopératives fonctionnent en effet selon le principe « une personne / une voix », avec une pondération possible des voix. Cette pondération est cependant plafonnée : un même associé ne peut ainsi disposer de plus du vingtième des voix présentes ou représentées. Dans la pratique, ces pondérations sont peu utilisées dans les coopératives mais le sont plus fréquemment dans les unions. Compte tenu de ces éléments, on peut constater qu'aucun adhérent ne bénéficie, à lui seul, d'un pouvoir de blocage de droit sur les décisions stratégiques de la coopérative.
667. Ainsi, en règle générale, aucun adhérent ou groupe d'adhérents n'exerce d'influence déterminante sur une coopérative. Cette dernière ne peut donc être considérée comme une entreprise commune et l'existence de marchés amont de l'approvisionnement des coopératives en matières premières (céréales, sucre, animaux vivants destinés à l'abattage, etc.), en découle logiquement³¹⁶.

Groupe Défi Viandes par le groupe Cooperl Arc Atlantique.

³¹⁵ Rappelons qu'il n'existe aucune obligation juridique d'adhérer à une coopérative. De même, lorsqu'un exploitant agricole adhère à une coopérative, il n'est pas tenu de le faire pour l'ensemble de ses productions ni des besoins de son exploitation.

³¹⁶ Décision de la Commission européenne n° IV/M.1313 *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* du 9 mars 1999. Les coopératives et leurs adhérents y ont été analysés comme deux entités distinctes dans la mesure où :

les coopératives concernées regroupant un grand nombre d'adhérents, aucun d'entre eux ne peut exercer une influence directe

b) Les relations entre les coopératives et leurs adhérents ne sont pour autant pas totalement assimilées à celles entretenues par les coopératives avec des agriculteurs tiers

668. Pour le calcul du chiffre d'affaires, les adhérents des coopératives agricoles sont généralement considérés comme des tiers et le chiffre d'affaires de ces coopératives (ou unions) doit donc comprendre les ventes de la coopérative (ou l'union) à des tiers et les ventes de la coopérative (ou l'union) à ses adhérents, mais pas les ventes réalisées par les adhérents auprès de tiers³¹⁷.
669. Cependant, les spécificités des liens unissant les coopératives à leurs adhérents sont prises en compte pour l'analyse concurrentielle des marchés les mettant en présence, comme par exemple, les marchés amont sur lesquels les coopératives collectent les produits (céréales, fruits, légumes, lait, animaux destinés à l'abattage) ou les marchés de l'agrofourniture sur lesquels les adhérents s'approvisionnent en intrants (semences, engrais, ...) auprès des coopératives. Il peut ainsi être noté que les bénéfices des opérations réalisées par les coopératives avec leurs adhérents leur sont redistribués³¹⁸. L'autorité examine cependant de façon concrète et au cas par cas les incitations des coopératives à répercuter sur leurs bénéfices d'éventuelles baisses de coûts d'approvisionnement ou hausses de prix des produits qu'elles commercialisent³¹⁹.
670. Est également pris en compte le fait que la coopérative ne peut choisir sa zone de collecte qui est déterminée par ses statuts, que les adhérents ont droit au renouvellement de leur adhésion, que la coopérative est tenue de faire l'acquisition de la production de ses adhérents et ceux-ci sont ainsi assurés d'avoir des débouchés pour leur produits³²⁰.

sur la politique commerciale de ces dernières et inversement les coopératives ne contrôlent pas leurs membres. En l'espèce, ce raisonnement est transposable au cas français où chaque adhérent ne dispose que d'une voix ;

il est difficile pour un adhérent de sortir d'une coopérative (le préavis étant en l'espèce d'au moins un an), alors que tout agriculteur peut sur une simple demande devenir associé coopérateur ;

le plus important fournisseur de la coopérative représente moins de 1 % de l'approvisionnement total de la coopérative ;

les coopérateurs sont tenus d'approvisionner de manière exclusive leur coopérative qui en contrepartie est obligée d'acheter la totalité de leur production ;

tous les coopérateurs sont rémunérés au même prix.

³¹⁷ Pour la partie de leur production que les adhérents ne vendent pas à la coopérative.

³¹⁸ Lors de l'examen de l'opération M.1313, Danish Crown précitée, la Commission européenne a noté au paragraphe 192, en se prononçant sur les marchés amont de l'achat de porcs vivants, que les coopératives parties à la concentration étaient détenues par leurs propres membres et que la plus grande part des bénéfices annuels des abattoirs avaient été, dans le passé, distribués aux membres, proportionnellement aux livraisons effectuées par chacun d'entre eux. Par conséquent, en raison de cette structure coopérative particulière, la Commission a considéré que les abattoirs n'avaient pas la possibilité d'exploiter leurs membres-fournisseurs en tant qu'acheteur dominant, dans le sens traditionnel du terme.

³¹⁹ Voir par exemple la décision n° 11-DCC-150 du 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial (points 169 à 176).

³²⁰ Voir par exemple la décision 11-DCC-150 précitée (points 64 à 69), la décision n° 10-DCC-122 du 17 septembre 2010 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Gastronomes Condom par les sociétés Euralis COOP, SCA Vivadour, Terrena et Maisadour (point 51) et la décision n° 10-DCC-110 du 1er septembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif

671. Pour autant, l'Autorité veille à ce qu'une opération de concentration n'ait pas pour effet de supprimer, pour les agriculteurs d'un marché géographique donné, toute possibilité de choix pour l'écoulement de leurs produits ou leur approvisionnement en produits d'agrofourniture³²¹. Il convient que les adhérents puissent trouver d'autres débouchés pour leurs produits ou d'autres sources d'approvisionnement en intrants. Cette analyse est faite au cas par cas et de façon concrète en fonction des caractéristiques des marchés en cause.
672. Cependant, à la date du 22 février 2013, un seul rapprochement avait été considéré comme posant des risques d'atteinte à la concurrence dans la mesure où la collecte par la coopérative du lait auprès des adhérents était conditionnée à l'engagement de s'approvisionner en intrants auprès de la coopérative ce qui, dans le contexte concurrentiel de l'espèce, réduisait significativement la concurrence sur les divers marchés de fourniture d'intrants aux éleveurs³²².

2. LES DIVERSES FORMES DE REGROUPEMENTS DES COOPÉRATIVES

673. La fusion de deux coopératives ou plus ou la fusion par absorption par l'une des coopératives est la forme de regroupement la plus simple. Une seule coopérative subsiste à la suite de l'opération³²³.
674. Le regroupement peut aussi prendre la forme de la création d'une union de coopératives. La majorité des éléments relevés ci-dessus décrivant les coopératives agricoles, leurs statuts, leur fonctionnement et les relations qu'elles entretiennent avec leurs adhérents sont largement applicables aux unions de coopératives. Celles-ci fonctionnent selon les mêmes principes³²⁴ (personnalité juridique, agrément du Haut Conseil de la Coopération Agricole³²⁵, modalités de

du groupe Entremont par le groupe Sodiaal (point 84).

³²¹ Voir par exemple la décision n° 12-DCC-02 du 12 janvier 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Hubau et Sicapa par le groupe coopératif Unéal (point 26 : analyse du marché des produits d'agrofourniture dans le Pas-de-Calais) et la décision 12-DCC-42 du 26 mars 2012 relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nouricia (analyse du marché des produits d'agrofourniture dans la Haute-Marne).

³²² Dans la décision n° 11-DCC-150 précitée, l'Autorité a ainsi estimé que sur les marchés de la collecte de lait, la fusion d'Agrial et Elle-et-Vire ne posait pas de problèmes de concurrence bien qu'elle ne laisse d'autre choix aux producteurs de lait des départements concernés que l'adhésion à Agrial. En revanche, elle a considéré que le fait de lier l'adhésion à Agrial pour la collecte de lait à l'approvisionnement auprès de cette coopérative en produits d'agrofourniture, pour la totalité des besoins des producteurs, ou pour 80 % de leurs besoins, portait atteinte à la concurrence sur les marchés de l'agrofourniture. Agrial s'est donc engagée à ramener à 50 % les obligations d'achat en produits d'agrofourniture et à ne pas lier l'approvisionnement en produits d'agrofourniture à la collecte de lait.

³²³ Voir par exemple la décision 12-DCC-49 du 10 avril 2012 relative à la fusion entre les coopératives Charente Coop et Charentes Alliance, la décision 12-DCC-42 du 26 mars 2012 relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nouricia, la décision n° 10-DCC-137 du 18 octobre 2010 relative à la fusion entre les coopératives Coop Pigalys, PSB, PBO, LT, l'union de coopératives Union Pigalys et la branche d'activité porcine de Terrena et la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 10-DCC-104 du 24 août 2010 à la coopérative Capel relative à la prise de contrôle exclusif de la coopération Bevicor pour un exemple d'opération sous les seuils de notification.

³²⁴ A noter toutefois que les unions n'ont pas de circonscription territoriale.

³²⁵ Le Haut Conseil de la Coopération agricole (HCCA) agréé les coopératives en vertu de la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006.

prise de décision).

675. En application des principes généraux du contrôle des concentrations, la création d'une union de coopératives constitue une concentration au sens de l'article L. 430-1-II du code de commerce si, d'une part, plusieurs des coopératives ainsi regroupées exercent une influence déterminante sur cette union et, d'autre part, si elle est bien de plein exercice.
676. Pour que la création de l'union de coopératives soit considérée comme une opération de concentration, cette union doit être contrôlée conjointement par plusieurs des coopératives associées. Si une des coopératives associées est seule en mesure d'exercer une influence significative sur la politique commerciale de l'union, il ne s'agit pas d'une opération de concentration. Cependant, si l'une des coopératives associées acquiert le contrôle exclusif d'une union de coopératives existante à la suite du retrait d'une ou plusieurs autres coopératives associées, cette prise de contrôle exclusif constitue une opération de concentration³²⁶. Si aucune des coopératives associées dans l'union ne peut exercer une influence déterminante sur l'union, il ne s'agit pas d'une opération de concentration.
677. Pour que la création d'une union contrôlée conjointement par deux au moins des coopératives adhérentes constitue une opération de concentration, il faut aussi que l'union soit une entreprise de plein exercice. Les critères présentés aux points 55 et suivants ci-dessus s'appliquent. En particulier, il convient de vérifier si l'union disposera des ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché.
678. De la même façon, la création d'une entreprise commune par deux coopératives ou plus, quelle que soit la forme sociale de cette entreprise, constitue une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce si cette entreprise commune est de plein exercice. Une société commune chargée d'acheter des intrants qui sont revendus aux coopératives mères n'est généralement pas considérée comme une société de plein exercice sauf si elle a vocation à commercialiser les produits en cause auprès de tiers pour une partie significative de son chiffre d'affaires. De même, une entreprise commune créée en vue de commercialiser, pour le compte de ses mères, des produits fournis par elles, n'est généralement pas de plein exercice³²⁷ sauf s'il est prévu qu'elle puisse aussi s'approvisionner sur le marché pour une part significative de ses achats. L'Autorité examine au cas par cas si, au vu de ses statuts, de ses ressources et de l'état du marché, l'entreprise commune aura la possibilité d'intervenir de façon indépendante des maisons-mères sur ce marché³²⁸.

³²⁶ Voir la décision °12-DCC-75 du 18 juin 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de Seveal Union par le groupe Vivescia pour un exemple d'union non contrôlée et l'acquisition d'un contrôle exclusif par l'une des coopératives associées du fait du retrait de l'une des trois associées.

³²⁷ L'entreprise commune s'apparente alors à un comptoir de vente commun comme le précise la communication consolidée de la Commission européenne précitée au point 95.

³²⁸ Voir par exemple la lettre d'inapplicabilité du contrôle n° 12-DCC-13 du 1er février 2012 relative à la création d'une entreprise commune Axso par les sociétés Euralis Coop, SAS Aramis et Agro Participations AB.

679. Dans certaines conditions, la création d'un groupement d'intérêt économique (GIE) par plusieurs coopératives peut également constituer une concentration s'il en résulte des liens de solidarité financière importants et durables ainsi qu'une gestion économique commune³²⁹.

³²⁹ Voir la décision n° 11-DCC-154 du 24 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Financière du Forest, holding du groupe GAD, par la société Centrale Coopérative Agricole Bretonne pour un exemple de GIE concentratif.

E. QUESTIONS RELATIVES À LA REPRISE D'ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ DANS LE CADRE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

680. Le fait qu'une opération de concentration se déroule dans le cadre d'une décision de justice, telle que l'adoption d'un plan de reprise d'une entreprise par le tribunal de commerce, ne fait pas obstacle aux compétences respectives de la Commission européenne et de l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur la compatibilité d'une telle reprise avec le droit de la concurrence, et plus particulièrement les dispositions applicables au contrôle des concentrations. C'est ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision du 6 février 2004 annulant au fond la décision du ministre de l'économie autorisant la reprise de Moulinex par Seb.
681. L'expérience montre qu'une grande partie des entreprises qui se portent candidates à la reprise d'actifs dans le cadre d'une procédure collective ne découvrent que tardivement leurs obligations au titre du contrôle des concentrations. Celui-ci a cependant des conséquences importantes : cette procédure est en principe suspensive (si aucune dérogation n'a été explicitement demandée), et, si elle aboutit à l'identification d'une atteinte à la concurrence découlant d'un plan de reprise, des cessions peuvent être nécessaires, portant éventuellement sur le périmètre des actifs repris.
682. Il est donc très important que les candidats à la reprise d'entreprises en difficulté prennent en compte, dès le début de leur réflexion, les conséquences procédurales et de fond du contrôle des concentrations.
683. Les administrateurs judiciaires n'ont pas d'obligation légale ou réglementaire de saisir l'Autorité ou la Commission européenne si l'opération est notifiable. Cette obligation de notification incombe aux repreneurs de tout ou partie de l'entreprise placée en redressement ou en liquidation judiciaire et faisant l'objet d'un plan de cession. Les administrateurs judiciaires peuvent cependant jouer un rôle proactif très utile pour informer les candidats repreneurs de leurs obligations, par exemple en les précisant dans le cahier des charges de l'appel d'offres remis aux candidats à la reprise.
684. Le choix d'une offre de reprise par jugement du tribunal de commerce peut entraîner son exécution immédiate. Afin d'éviter que l'acceptation d'une offre par le tribunal n'entraîne automatiquement une infraction aux dispositions applicables au contrôle des concentrations, les repreneurs concernés doivent demander une dérogation à l'effet suspensif de ce contrôle au titre de l'article L. 430-4 du code de commerce³³⁰.
685. Il est demandé aux entreprises qui souhaiteraient bénéficier de cette dérogation, d'en faire la

³³⁰ Voir détail dans la partie procédure de ces lignes directrices.

demande au moins 5 jours ouvrés avant la prise de décision du tribunal, en la joignant à un dossier de notification aussi complet que possible, incluant, a minima, une présentation des parties et de l'opération, la justification de la demande de dérogation, et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération.

686. L'octroi d'une telle dérogation par l'Autorité de la concurrence fait l'objet d'un examen rapide et bénéficie d'un a priori favorable. La dérogation est cependant accordée sous réserve que le repreneur s'abstienne de tout acte qui serait de nature à faire obstacle à la prise de mesures visant à remédier à un risque d'atteinte à la concurrence qui serait détecté au cours de l'instruction.
687. En outre, son octroi ne préjuge en rien de la suite donnée au contrôle de l'opération : l'Autorité conserve une pleine compétence au fond, et peut imposer des mesures correctives, c'est-à-dire des rétrocessions pouvant porter sur des actifs de la cible acquise ou, si le jugement l'interdit, sur des actifs du repreneur, voire interdire une opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence.
688. Les repreneurs potentiels peuvent également venir présenter au service des concentrations leur offre, en pré-notification. Cet examen informel est particulièrement utile pour faciliter le déroulement de l'examen de l'opération et éviter une suspension des délais pour insuffisance d'informations dans le dossier déposé ; elle permet également d'identifier, très tôt, le cas échéant, les types de problèmes de concurrence qui pourraient résulter de la reprise. Dans ces conditions, le candidat à la reprise de l'entreprise sera en mesure d'en tirer les conséquences pour établir le périmètre de son offre de reprise.

F. MODÈLE D'ENGAGEMENTS DE CESSIION DEVANT L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Conformément à [l'article L. 430-5, II *en cas d'engagements en phase I*] [l'article L. 430-7, II *en cas d'engagements phase II*] du code de commerce, [*indiquer le nom des entreprises qui ont offert les Engagements*] (ci-après les «**parties**») soumet/soumettent par la présente les engagements suivants (ci-après les «**engagements**») en vue de permettre à l'Autorité de la concurrence (ci-après l'«**Autorité**») d'autoriser [*description de l'opération : par exemple l'acquisition de ..., la création d'une entreprise commune entre...et...*] par une décision fondée sur [l'article L. 430-5, III *en cas d'engagements en phase I*] [l'article L. 430-7, III *en cas d'engagements en phase II*] du code de commerce (ci-après la «**décision**»).

Les engagements prendront effet à la date d'adoption de la décision.

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.

1. DÉFINITIONS

1. Dans le cadre de ces engagements, les termes ci-dessous auront les significations suivantes :

[X] : [*indiquer le nom abrégé de l'entreprise qui désinvestit son/ses activité(s)*] société de droit [●], dont le siège social est situé à [●], immatriculée au [●] sous le numéro [●].

Acquéreur : l'entité approuvée par l'Autorité en tant qu'acquéreur de l'activité cédée conformément aux critères définis au titre 4.

Activité cédée : la ou les activités telles que définies au titre 2 et dans les annexes aux engagements, que les parties s'engagent à désinvestir.

Gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités : la personne désignée par [X], responsable de la gestion quotidienne de l'activité cédée sous la supervision du mandataire chargé de la cession.

Closing : le transfert à l'acquéreur du titre légal de l'activité cédée.

Date d'effet : la date d'adoption de la décision.

Filiales : entreprises contrôlées par les parties et/ou par les sociétés qui contrôlent les parties, y compris l'entreprise commune [*uniquement si l'opération est la création d'une entreprise commune*] conformément à l'article L. 430-1 du code de commerce et à la lumière des lignes directrices de l'Autorité relatives au contrôle des concentrations.

Mandataire(s) : le mandataire chargé du contrôle et le mandataire chargé de la cession.

Mandataire chargé de la cession : une ou plusieurs personnes(s) physique(s) ou morale(s), indépendante(s) des parties, approuvée(s) par l'Autorité et désignée(s) par [X] et qui a (ont) reçu de [X] le mandat exclusif de mener à bien la cession de l'activité cédée.

Mandataire chargé du contrôle : une ou plusieurs personnes(s) physique(s) ou morale(s), indépendante(s) des parties, approuvée(s) par l'Autorité et désigné(s) par [X] et qui est (sont) chargée(s) de vérifier le respect par [X] des conditions et obligations annexées à la décision.

Phase d'intervention du mandataire chargé de la cession : période de [●] mois commençant à la date d'expiration de la première période de cession.

Première période de cession : période de [●] mois à partir de la date d'effet.

Personnel : l'ensemble du personnel actuellement employé par l'activité cédée, y compris le personnel essentiel, le personnel détaché à l'activité cédée, le personnel partagé et le personnel additionnel, tels que définis dans les annexes aux engagements.

Personnel essentiel : l'ensemble du personnel nécessaire au maintien de la viabilité et de la compétitivité de l'activité cédée.

2. L'ACTIVITÉ CÉDÉE

a) Engagement de cession

2. Afin de restaurer une situation de concurrence effective, [X] s'engage à céder, ou à faire en sorte que l'activité cédée, en activité, soit cédée avant la fin de la première période de cession, à un acquéreur et aux termes d'un contrat de vente approuvé par l'autorité, conformément à la procédure décrite aux paragraphes 15 et 16. Afin de mener à bien la cession, [X] s'engage à trouver un acquéreur et à conclure avec lui, au cours de la première période de cession, un contrat de vente contraignant et définitif pour la vente de l'activité cédée. Dans le cas où [X] n'aurait pas conclu un tel contrat au terme de la première période de cession, [X] donnera au mandataire chargé de la cession, au cours de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession, un mandat exclusif pour la vente de l'activité cédée conformément à la procédure décrite au paragraphe 25. [*La phrase suivante devra être insérée en cas de « fix-it-first » :*

L'opération de concentration en cause ne doit pas être exécutée tant que [X] ou le mandataire chargé de la cession n'a pas conclu un contrat de vente de l'activité cédée contraignant et définitif et que l'Autorité n'a pas approuvé l'acquéreur et les conditions de vente conformément au paragraphe 16].

3. [X] sera réputée avoir respecté cet engagement si, à la fin de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession, [X] a conclu un contrat de vente de l'activité cédée, si l'Autorité approuve l'acquéreur et les termes de l'accord en question, conformément à la procédure décrite au paragraphe 16, et si le closing a eu lieu dans les trois (3) mois après l'approbation de l'acquéreur et des termes de l'accord par l'Autorité.
4. Afin de préserver l'effet structurel des engagements, les parties ne pourront, pendant une période de dix (10) ans à partir de la date d'effet, acquérir une influence directe ou indirecte sur tout ou partie des sociétés et actifs composant l'activité cédée, sauf si l'Autorité a préalablement trouvé que la structure du marché a entre-temps évolué d'une façon telle que l'absence d'influence des parties sur l'activité cédée n'est plus nécessaire pour éliminer tout doute sérieux quant aux effets de la concentration sur la concurrence.

b) Structure et définition de l'activité cédée

5. L'activité cédée est constituée de : [*Description sommaire de l'activité cédée*]. La structure juridique et fonctionnelle actuelle de l'activité cédée, telle qu'elle a fonctionné jusqu'à présent, est décrite dans l'annexe. L'activité cédée, décrite en détail dans l'annexe, inclut :
 - (a) toutes les immobilisations corporelles et incorporelles (y compris les droits de propriété intellectuelle), qui contribuent au fonctionnement actuel ou sont nécessaires pour garantir la viabilité et la compétitivité de l'activité cédée ;
 - (b) toutes les licences, permis et autorisations délivrés par les organismes publics au bénéfice de l'activité cédée ;
 - (c) tous les contrats, baux, engagements et commandes de clients de l'activité cédée, ainsi que tous les fichiers de clients et de crédits ;
 - (d) le personnel.

3. ENGAGEMENTS LIÉS

a) Préservation de la viabilité, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité cédée

6. A partir de la date d'effet et jusqu'au closing, [X] préservera la viabilité économique, la valeur

marchande et la compétitivité de l'activité cédée, conformément aux bonnes pratiques commerciales et minimisera autant que possible tout risque de perte de compétitivité de l'activité cédée. En particulier, [X] s'engage à :

- (a) ne pas mener d'actions sous sa propre responsabilité qui produiraient un effet négatif significatif sur la valeur, la gestion ou la compétitivité de l'activité cédée, ou qui pourraient altérer la nature et le périmètre de l'activité cédée, ou la stratégie commerciale ou industrielle ainsi que la politique d'investissement de l'activité cédée ;
- (b) mettre à disposition de l'activité cédée les ressources suffisantes nécessaires à son développement, sur la base et dans la continuité des plans d'entreprise existants ;
- (c) entreprendre toutes les actions nécessaires, notamment des systèmes d'incitation adéquats (conformes aux pratiques du secteur concerné), pour encourager l'ensemble du personnel essentiel à rester avec l'activité cédée.

b) Obligation des parties en matière de séparation

7. Dès la date d'effet et jusqu'au closing, [X] s'engage à préserver la séparation de l'activité cédée des activités qu'elle conservera à l'issue de l'opération et à veiller à ce que le personnel essentiel de l'activité cédée, en ce compris le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités, n'ait aucun lien avec les activités conservées par [X] et inversement. [X] s'assurera également que le personnel ne fasse de rapport à aucune personne extérieure à l'activité cédée.
8. Jusqu'au closing, [X] assistera le mandataire chargé du contrôle afin de s'assurer que l'activité cédée est gérée comme une entité distincte et cessible, par rapport aux activités conservées par les parties. [X] désignera un gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités qui sera responsable de la gestion de l'activité cédée, sous le contrôle du mandataire chargé du contrôle. Le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités devra gérer l'activité cédée de façon indépendante et dans le meilleur intérêt de celle-ci en vue de garantir la préservation de sa viabilité économique, sa valeur marchande, sa compétitivité et son indépendance par rapport aux activités conservées par les parties.
9. *[A mentionner dans les affaires où une société ou une partie d'une société doit être désinvestie et qu'une dissociation stricte au niveau de la structure de l'entreprise est nécessaire : Afin d'assurer que l'activité cédée est détenue et gérée comme une entité indépendante, le mandataire chargé du contrôle exercera les droits de [X] en tant qu'associé de l'activité cédée (excepté pour les droits aux dividendes qui sont dus avant le closing). Il aura comme objectif d'agir dans le meilleur intérêt de l'activité, en considérant l'entité de manière autonome, en tant qu'investisseur financier indépendant et afin de remplir les obligations des conditions et*

obligations de [X]. De plus, le mandataire chargé du contrôle doit pouvoir remplacer les membres du conseil de surveillance ou les membres non exécutifs du conseil d'administration qui ont été désignés par [X]. A la demande du mandataire chargé du contrôle, [X] devra démissionner de ses fonctions de membre des conseils, ou provoquer la démission de ces membres des conseils.]

c) Séparation de l'activité cédée des activités conservées par [X] («ring-fencing»)

10. [X] prendra toutes les mesures nécessaires afin de garantir que les parties ne pourront pas, après la date d'effet, recueillir des secrets d'affaires, savoir-faire, information commerciale ou toute autre information de nature confidentielle ou protégée concernant l'activité cédée. En particulier, la participation de l'activité cédée à un réseau informatique central devra être arrêtée dans la mesure du possible sans compromettre la viabilité de l'activité cédée. [X] pourra obtenir des informations relatives à l'activité cédée qui sont raisonnablement nécessaires pour en assurer la cession ou dont la divulgation à [X] est requise par la loi.

d) Non-sollicitation du personnel essentiel

11. Les parties s'engagent à ne pas solliciter et à s'assurer que leurs filiales ne sollicitent pas le personnel essentiel transféré avec l'activité cédée, pendant un délai de [●] après le closing.

e) Examen préalable («due diligence»)

12. Afin de permettre aux acquéreurs potentiels de se livrer à un examen préalable de l'activité cédée, sous réserve des précautions d'usage en matière de confidentialité et en fonction de l'avancement du processus de cession, [X] doit :
- fournir aux acquéreurs potentiels des informations suffisantes concernant l'activité cédée ;
 - fournir aux acquéreurs potentiels des informations suffisantes sur le personnel et leur offrir un accès adéquat au personnel.

f) Établissement de rapports

13. [X] soumettra à l'Autorité et au mandataire chargé du contrôle des rapports écrits en français concernant les acquéreurs potentiels de l'activité cédée ainsi que des informations sur l'évolution des négociations avec ces acquéreurs potentiels, au plus tard quinze (15) jours après la fin de chaque mois suivant la date d'effet (ou, le cas échéant, à la demande de l'Autorité).
14. [X] informera l'Autorité et le mandataire chargé du contrôle de la préparation de la

documentation de « data room » ainsi que de l'état d'avancement de la procédure d'examen préalable et soumettra une copie des memoranda d'information à l'Autorité et au mandataire chargé du contrôle avant leur transmission aux acquéreurs potentiels.

4. L'ACQUÉREUR

15. Le contrat de cession de l'activité cédée contraignant et définitif sera conditionné à l'approbation de l'Autorité. Afin d'assurer la restauration immédiate d'une concurrence effective, l'acquéreur, pour être approuvé par l'Autorité, devra :

- (a) être indépendant des parties et sans aucun lien avec elles ;
- (b) posséder les ressources financières, les compétences adéquates confirmées, la motivation nécessaire pour pouvoir préserver et développer de manière viable la capacité de l'activité cédée à concurrencer activement les parties et les autres concurrents ;
- (c) ne pas être susceptible, à la lumière des informations à la disposition de l'Autorité, de donner lieu à des problèmes de concurrence ni entraîner de risque de retard dans la mise en œuvre des engagements ; être en particulier raisonnablement susceptible d'obtenir toutes les approbations nécessaires des autorités réglementaires compétentes pour l'acquisition de l'activité cédée (les critères mentionnés aux points (a) à (c) ci-dessus concernant l'acquéreur sont ci-après dénommés « **exigences requises de l'acquéreur** »).

16. Lorsque [X] est parvenu à un accord avec un acquéreur potentiel, il doit soumettre à l'Autorité et au mandataire chargé du contrôle une proposition motivée et documentée accompagnée d'une copie de l'accord final. [X] est tenu de démontrer à l'Autorité que l'acquéreur potentiel satisfait aux exigences requises de l'acquéreur et que l'activité est cédée de façon conforme aux engagements. Aux fins de cette approbation, l'Autorité doit vérifier que l'acquéreur proposé remplit les exigences requises de l'acquéreur et que l'activité est cédée de façon conforme aux engagements. L'Autorité pourra approuver la vente partielle de l'activité cédée, c'est-à-dire le transfert d'une partie des actifs ou du personnel, à condition que cela n'affecte pas la viabilité et la compétitivité de l'activité cédée après sa cession, en tenant compte de l'acquéreur proposé.

5. MANDATAIRE

a) Procédure de désignation

17. [X] désignera un mandataire chargé du contrôle pour accomplir les fonctions précisées dans les engagements. Si [X] n'a pas conclu un contrat contraignant dans un délai d'un (1) mois

avant le terme de la première période de cession ou si l’Autorité a rejeté un acquéreur proposé par [X] à cette date ou par la suite, [X] désignera un mandataire chargé de la cession pour accomplir les fonctions précisées dans les engagements. La désignation du mandataire chargé de la cession prendra effet au début de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession.

18. Le mandataire (le mandataire chargé du contrôle tout comme le mandataire chargé de la cession) devra être indépendant des parties, posséder les qualifications requises pour remplir son mandat (par exemple en tant que banque d'affaires, consultant ou société d'audit) et ne devra pas faire ou devenir l'objet d'un conflit d'intérêts. Chaque mandataire sera rémunéré par les parties selon des modalités qui ne porteront pas atteinte à l'accomplissement indépendant et effectif de ses missions. En particulier, lorsque la rémunération du mandataire chargé de la cession inclut une prime de résultat liée à la valeur de vente finale de l'activité cédée, la prime devra aussi être liée à la réalisation de la cession durant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession.

Proposition par les parties

19. Au plus tard deux (2) semaines après la date d'effet, [X] soumettra à l’Autorité, pour approbation, une liste d’une ou plusieurs personnes que [X] propose de désigner comme mandataire chargé du contrôle. Le cas échéant au plus tard un (1) mois avant la fin de la première période de cession, [X] soumettra à l’Autorité, pour approbation, une liste d’une ou plusieurs personnes que [X] propose de désigner comme mandataire chargé de la cession, étant entendu que le mandataire chargé du contrôle et le mandataire chargé de la cession pourront être les même.
20. La proposition devra comprendre les informations suffisantes pour permettre à l’Autorité de vérifier que le mandataire proposé remplit les conditions détaillées au paragraphe 18 et devra inclure :
- (a) le texte intégral du projet de mandat, comprenant toutes les dispositions nécessaires pour permettre au mandataire d’accomplir ses fonctions au titre des engagements ;
 - (b) l'ébauche de plan de travail décrivant la façon dont le mandataire entend mener sa mission ;
 - (c) une indication sur le point de savoir si le mandataire proposé est destiné à agir comme mandataire chargé du contrôle et comme mandataire chargé de la cession ou si deux mandataires distincts sont proposés pour les deux fonctions.

Approbation ou rejet par l’Autorité

21. L’Autorité disposera d'un pouvoir d'appréciation pour l'approbation ou le rejet du mandataire

proposé et pour l'approbation du mandat proposé, sous réserve de toutes modifications qu'elle estime nécessaires pour l'accomplissement de ses obligations. Si un seul nom est approuvé, [X] devra désigner ou faire désigner la personne ou l'institution concernée comme mandataire, selon les termes du mandat approuvé par l'Autorité. Si plusieurs noms sont approuvés, [X] sera libre de choisir le mandataire à désigner parmi les noms approuvés. Le mandataire sera désigné dans un délai d'une (1) semaine suivant l'approbation de l'Autorité selon les termes du mandat approuvé par l'Autorité.

Nouvelle proposition par les parties

22. Si tous les mandataires proposés sont rejetés, [X] soumettra les noms d'au moins deux (2) autres personnes ou institutions dans un délai d'une (1) semaine à compter de la date à laquelle elle est informée du rejet par l'Autorité, selon les conditions et la procédure décrites aux paragraphes 18 et 20.

Mandataire(s) désigné(s) par l'Autorité

23. Si, tous les mandataires proposés dans cette nouvelle proposition sont rejetés par l'Autorité, cette dernière désignera elle-même un ou plusieurs mandataire(s) que [X] nommera ou fera nommer selon les termes d'un mandat approuvé par l'Autorité.

b) Missions du mandataire

24. Le mandataire assumera ses obligations spécifiques afin d'assurer le respect des engagements. L'Autorité peut, de sa propre initiative ou à la demande du mandataire ou de [X], donner tout ordre ou instruction au mandataire afin d'assurer le respect des conditions et obligations découlant de la décision.

Devoirs et obligations du mandataire chargé du contrôle

25. Le mandataire chargé du contrôle devra :
- (i) proposer dans son premier rapport à l'Autorité un plan de travail détaillé décrivant comment il prévoit de vérifier le respect des obligations et conditions résultant de la décision ;
 - (ii) superviser la gestion courante de l'activité cédée afin de s'assurer de la préservation de la viabilité, de la valeur marchande et la compétitivité de l'activité cédée, et de contrôler le respect par [X] des conditions et obligations résultant de la décision. A cette fin, le mandataire chargé du contrôle devra :
 - a. s'assurer de la préservation de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité cédée, ainsi que de la séparation de celle-ci des activités

- conservées par [X] conformément aux paragraphes 5 et 6 des engagements ;
- b. contrôler la gestion de l'activité cédée en tant qu'entité distincte et susceptible d'être cédée conformément au paragraphe 8 des engagements ;
 - c. (i) en consultation avec [X], déterminer toutes les mesures nécessaires pour garantir que [X] ne pourra pas, après la date d'effet, obtenir de quelconques secrets d'affaires, savoir-faire, informations commerciales ou tout autre information de nature confidentielle ou protégée concernant l'activité cédée, en particulier s'efforcer dans la mesure du possible de séparer l'activité cédée du réseau informatique central auquel elle serait intégrée, sans compromettre sa viabilité ; et (ii) décider si de telles informations peuvent être divulguées à [X] dans la mesure où elles seraient nécessaires pour permettre à [X] de mettre en œuvre la cession ou dans la mesure où cette divulgation serait requise par la loi ;
 - d. contrôler la séparation des actifs et l'allocation du personnel entre l'activité cédée et [X] ou ses filiales.
- (iii) Assumer les autres missions données au mandataire chargé du contrôle conformément aux conditions et obligations de la décision ;
 - (iv) Proposer à [X] les mesures que le mandataire chargé du contrôle juge nécessaires afin d'assurer le respect par [X] des conditions et obligations qui résultent de la décision, en particulier le maintien de la viabilité, de la valeur marchande ou de la compétitivité de l'activité cédée, la séparation de l'activité cédée et l'absence de divulgation d'informations sensibles ;
 - (v) Examiner et évaluer les acquéreurs potentiels ainsi que l'état d'avancement de la procédure de désinvestissement et vérifier, en fonction de l'état d'avancement de cette procédure de désinvestissement :
 - a. que les acquéreurs potentiels reçoivent des informations suffisantes sur l'activité cédée et le personnel, en particulier en examinant, si ces documents sont disponibles, la documentation contenue en data room, les notes d'information et le processus d'examen préalable, et
 - b. que les acquéreurs potentiels aient un accès adéquat au personnel ;
 - (vi) Fournir, dans les quinze (15) jours suivant la fin de chaque mois, un rapport écrit à l'Autorité, en transmettant, parallèlement et dans les mêmes délais, une version non confidentielle de ce rapport à [X]. Ce rapport couvrira l'exploitation et la gestion de l'activité cédée de telle sorte que l'Autorité pourra examiner si cette activité est gérée conformément aux engagements, l'état d'avancement de la procédure de désinvestissement, ainsi que les principales caractéristiques des acquéreurs potentiels.

En plus de ces rapports, le mandataire chargé du contrôle informera l'autorité, par écrit et sans délai, en transmettant parallèlement et dans les mêmes délais à [X] une version non confidentielle des documents transmis à l'Autorité, s'il considère, sur la base d'éléments raisonnablement justifiés, que [X] manque au respect des engagements ; et

- (vii) dans le délai d'une (1) semaine à compter de la réception de la proposition documentée d'acquéreur potentiel mentionnée au paragraphe 16, remettre à l'Autorité un avis motivé sur le caractère approprié et l'indépendance de l'acquéreur proposé, sur la viabilité de l'activité cédée après la cession et si l'activité cédée est vendue de façon conforme aux conditions et obligations de la décision et préciser en particulier, le cas échéant selon l'acquéreur proposé, si le transfert de l'activité cédée sans un ou plusieurs éléments d'actifs ou sans une partie du personnel affecte ou non la viabilité de l'activité cédée après la cession, en prenant en considération l'acquéreur proposé.

Devoirs et obligations du mandataire chargé de la cession

26. Pendant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession, celui-ci doit vendre, sans qu'un prix minimum ne soit fixé, l'activité cédée à un acquéreur, dès lors que l'Autorité aura approuvé l'acquéreur potentiel et l'accord contraignant et définitif de cession selon la procédure énoncée au paragraphe 16. Le mandataire chargé de la cession inclura dans le contrat de cession toutes les modalités et conditions qu'il estime appropriées pour la conclusion d'une vente rapide pendant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession. En particulier, le mandataire chargé de la cession pourra inclure dans le contrat de cession toutes les déclarations usuelles sur l'état de l'activité, les garanties et les indemnités requises afin d'effectuer la cession. Le mandataire chargé de la cession protégera les intérêts financiers légitimes de [X] sous réserve de l'obligation inconditionnelle des parties de procéder à la cession sans qu'un prix minimum ne soit fixé pendant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession.
27. Pendant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession ou, le cas échéant, à la demande de l'Autorité, le mandataire chargé de la cession fournira à l'Autorité un rapport mensuel détaillé en français sur l'état d'avancement de la procédure de désinvestissement. Ces rapports seront soumis dans les quinze (15) jours suivant la fin de chaque mois, une copie étant transmise parallèlement et dans les mêmes délais au mandataire chargé du contrôle et une version non confidentielle aux parties.

c) Devoirs et obligations des parties

28. [X], directement ou par l'intermédiaire de ses conseils, apportera au mandataire coopération et assistance et lui fournira toute information raisonnablement requise par le mandataire pour l'accomplissement de ses tâches. Le mandataire aura un accès complet à l'ensemble des livres

comptables, registres, documents, membres de direction ou du personnel, infrastructures, sites et informations techniques de [X] ou de l'activité cédée et qui seraient nécessaires pour l'accomplissement de ses devoirs au titre des engagements. [X] et l'activité cédée fourniront au mandataire, à sa demande, copie de tout document. [X] et l'activité cédée mettront à la disposition du mandataire un ou plusieurs bureaux au sein de leurs locaux et devront être disponibles pour des réunions afin de fournir au mandataire les informations nécessaires à l'exécution de sa mission.

29. [X] fournira au mandataire chargé du contrôle toute assistance administrative et de gestion que ce dernier pourra raisonnablement requérir pour le compte de la gestion de l'activité cédée. Cela pourra comprendre les fonctions de support administratif relatives à l'activité cédée qui seraient actuellement exercées au niveau du siège des parties. [X] fournira et fera fournir par ses conseils au mandataire chargé du contrôle, à sa demande, les informations remises aux acquéreurs potentiels, en particulier la documentation de « data room », et toute autre information mise à disposition des acquéreurs potentiels dans le cadre de la procédure d'examen préalable. [X] informera le mandataire chargé du contrôle sur les acquéreurs potentiels, lui fournira une liste de ces acquéreurs et tiendra le mandataire chargé du contrôle informé de toute évolution de la procédure de cession.
30. [X] accordera ou fera accorder par ses filiales au mandataire chargé de la cession tous les pouvoirs, dûment authentiques, afin de réaliser la cession, le closing et toutes les actions et déclarations que le mandataire chargé de la cession estime nécessaires ou appropriées aux fins de la réalisation de la cession ou du closing, y compris la nomination de conseils pour l'assister dans le processus de cession. A la demande du mandataire chargé de la cession, [X] prendra toutes les mesures juridiques nécessaires afin que les documents requis pour effectuer les transferts et le closing soient dûment authentifiés.
31. [X] indemnifiera les mandataires ainsi que leurs employés et agents (individuellement une « **partie indemnisée** ») et garantira chaque partie indemnisée contre toute responsabilité née de l'exécution des fonctions de mandataire au titre des engagements, sauf dans la mesure où cette responsabilité résulterait d'un manquement délibéré, d'une imprudence, d'une faute ou de la mauvaise foi du mandataire, de ses employés ou de ses conseils et agents.
32. Aux frais de [X], le mandataire pourra désigner des conseils (en particulier pour des avis juridiques ou financiers), sous réserve de l'accord de [X] (qui ne pourra pas s'y opposer ou retarder son accord sans justification) dès lors qu'il considèrera cette désignation comme nécessaire ou appropriée pour l'accomplissement de ses devoirs et obligations en vertu du mandat, et à la condition que les dépenses exposées par le mandataire à cette occasion soient raisonnables. Si [X] refuse d'approuver les conseils proposés par le mandataire, l'Autorité pourra, après avoir entendu [X], approuver à sa place la désignation des conseils. Le

mandataire sera seul habilité à transmettre des instructions à ces conseils. Les dispositions du paragraphe 30 s'appliqueront *mutatis mutandis*. Durant la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession, celui-ci pourra avoir recours aux mêmes conseils que ceux utilisés par [X] pendant la première période de cession s'il considère que c'est dans l'intérêt d'une vente rapide.

6. REMPLACEMENT, DÉCHARGE ET RENOUVELLEMENT DE LA NOMINATION DU MANDATAIRE

33. Si un mandataire cesse d'accomplir ses fonctions au titre des engagements ou pour tout autre motif légitime, y compris pour des raisons de conflit d'intérêts du mandataire :

(a) l'Autorité peut, après avoir entendu le mandataire, exiger que [X] remplace le mandataire ; ou

(b) [X] peut, avec l'autorisation préalable de l'Autorité, remplacer le mandataire en cause.

34. Il peut être exigé du mandataire révoqué conformément au paragraphe 33 qu'il continue à exercer ses fonctions jusqu'à ce qu'un nouveau mandataire, à qui le mandataire révoqué aura transféré l'ensemble des informations et documents pertinents, soit en fonction. Le nouveau mandataire sera désigné selon la procédure mentionnée aux paragraphes 17 à 23.

35. Mis à part le cas de révocation au sens du paragraphe 33, le mandataire ne pourra cesser d'agir comme mandataire qu'après que l'Autorité l'ait déchargé de ses fonctions, après la réalisation de tous les engagements dont le mandataire en question est chargé. Cependant, l'Autorité pourra à tout moment demander que le mandataire chargé du contrôle soit à nouveau désigné si elle estime que les engagements concernés n'ont pas été entièrement ou correctement mis en œuvre.

7. CLAUSE DE RÉEXAMEN

36. L'Autorité pourra, le cas échéant et en réponse à une demande écrite de [X] exposant des motifs légitimes et accompagnés d'un rapport du mandataire chargé du contrôle :

(a) accorder une prolongation des délais prévus par les engagements ; et/ou

(b) lever, modifier ou remplacer, en cas de circonstances exceptionnelles, un ou plusieurs engagements.

37. Dans le cas où [X] demande une prolongation de délais, il doit soumettre une requête dans ce sens à l'Autorité au plus tard un (1) mois avant l'expiration du délai concerné, exposant ses motifs légitimes. [X] pourra demander une prolongation au cours du dernier mois du délai,

seulement si des circonstances exceptionnelles le justifient.

Annexe

La structure juridique et fonctionnelle de l'activité cédée telle qu'opérée à ce jour est la suivante : *[décrire la structure juridique et fonctionnelle de l'activité cédée, y compris son organigramme]*.

Conformément au paragraphe 4 des engagements, l'activité cédée comprend, mais n'est pas limitée à :

- (a) les immobilisations corporelles principales suivantes : *[indiquer les immobilisations corporelles essentielles, comme les usines/entrepôts/pipelines situés à abc et les terrains/biens immobiliers sur lesquels sont situés les usines/entrepôts ; les installations de recherche et développement]* ;
- (b) les immobilisations incorporelles principales suivantes : *[indiquer les principales immobilisations incorporelles. Devraient notamment être inclus (i) les marques et (ii) tous les autres droits de propriété intellectuelle utilisés par l'activité cédée]* ;
- (c) les licences, permis et autorisations principaux suivants : *[indiquer les principaux licences, permis et autorisations]* ;
- (d) les contrats, baux et engagements principaux suivants : *[indiquer les principaux contrats, etc.]* ;
- (e) les fichiers clients de crédits et les autres fichiers suivants : *[indiquer les principaux fichiers clients et de crédits, suivant des indications spécifiques au secteur en cause le cas échéant]* ;
- (f) le personnel suivant : *[indiquer les membres du personnel qui doivent être transférés en général, incluant le personnel effectuant les fonctions essentielles pour l'activité cédée, comme le personnel chargé centralement de la recherche et développement]* ;
- (g) le personnel essentiel suivant : *[indiquer les noms et fonctions du personnel essentiel, y compris le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités, si nécessaire]* ; et
- (h) les accords pour la fourniture des produits et services par [X] et ses filiales pour une période de transition jusqu'à [●] après closing : *[Indiquer les produits et services qui doivent être fournis pour une période de transition afin de maintenir la viabilité économique et la compétitivité de l'activité cédée]*.

L'activité cédée ne comprend pas :

- (i) ... ;

(ii) *[Il est de la responsabilité des parties d'indiquer clairement les éléments qui ne sont pas compris dans l'activité cédée]*

G. MODÈLE DE CONTRAT TYPE DE MANDAT

ENTRE :

[X] [*Indiquer le nom de l'entreprise qui cède son activité*] (ci-après « [X] »), société de droit [*Indiquer le droit applicable à la société*], dont le siège social est situé à [*Indiquer l'adresse complète*], représentée par [*Indiquer le nom et la qualité de la personne représentant X pour le mandat*],

ci-après dénommée « **l'entreprise mandante** », d'une part,

ET

[*Insérer le nom, l'adresse et, le cas échéant, les détails relatifs à sa qualité de société du Mandataire*],

ci-après dénommé « **le mandataire** », d'autre part.

L'Entreprise mandante et le Mandataire sont collectivement dénommés « **les parties** ».

IL EST PRÉALABLEMENT EXPOSÉ CE QUI SUIT :

Dans le cadre de l'opération de concentration n° [*numéro et nom de l'affaire*], et conformément à l'article [L. 430-5 (*phase 1*), ou L. 430-7 (*phase 2*)] du code de commerce, l'entreprise mandante a proposé des engagements (les « **engagements** »), dont une copie figure en Annexe 1, afin de permettre à l'Autorité de la concurrence (« **l'Autorité** ») d'autoriser [*Description de l'opération : par exemple la prise de contrôle exclusif de ... ; la création d'une entreprise commune entre ... et ...*]. L'Autorité a donc autorisé l'opération par une décision n° [*numéro et date de la décision*] (la « **décision** »), sous réserve de la réalisation des engagements.

Conformément aux engagements, l'entreprise mandante s'est engagée à céder [*activité qui doit être cédée*] (« **l'activité cédée** »). Dans l'attente de la cession de l'activité cédée, l'entreprise mandante s'est engagée à préserver sa viabilité économique, sa valeur marchande et sa compétitivité.

L'entreprise mandante s'est engagée à désigner un mandataire chargé de contrôler le respect des engagements (« **mandataire chargé du contrôle** ») et un mandataire chargé de mener à bien la cession de l'activité cédée dans l'hypothèse où celle-ci n'aurait pas fait l'objet d'un contrat de cession à l'issue de la première période de cession (« **mandataire chargé de la cession** »). Par le présent contrat de mandat, l'entreprise mandante investit le mandataire en tant que mandataire chargé du contrôle et, le cas échéant à compter du [*date de fin de la première période de cession*], en tant que mandataire chargé de la cession.

La désignation du mandataire et les termes de ce mandat ont été agréées par l’Autorité par lettre du [*Indiquer la date de la lettre d’agrément*].

En cas de doute ou de contradiction, le mandat sera interprété conformément i) à la décision et aux engagements, ii) au cadre général du droit français, en particulier le code de commerce, et iii) aux lignes directrices de l’Autorité relatives au contrôle des concentrations.

CECI ETANT EXPOSÉ, LES PARTIES ONT CONVENU CE QUI SUIT :

1. DÉFINITIONS

1. Dans le cadre des engagements et pour les besoins du présent mandat, les termes ci-dessous seront définis de la manière suivante :

Acquéreur : la ou les entité(s) approuvée(s) par l’Autorité en tant qu’acquéreur(s) de l’activité conformément aux critères définis dans les engagements.

Activité cédée : les actifs, tels que définis au point ii) ci-dessus et dans engagements, que l’entreprise mandante s’est engagée à céder.

Cession : la conclusion d’un contrat définitif de vente de l’activité cédée à l’acquéreur.

Closing : le transfert de propriété effectif de l’activité cédée à l’acquéreur

Première période de cession : période de [X] mois commençant à la date de décision de l’Autorité, se terminant le [*date*].

Mandataire : le mandataire chargé du contrôle ou chargé de la cession.

Entreprises liées au mandataire : les autres entreprises appartenant au même groupement d’individus ou d’entreprises que le mandataire.

Equipe du mandataire : les personnes clés responsables de l’exécution des tâches confiées par le mandat et identifiées au paragraphe 4.

Plan de travail : document soumis à l’Autorité par le mandataire avant son agrément et détaillant l’organisation de ses travaux. Ce document figure en annexe [●] de ce mandat et une version plus détaillée sera soumise à l’Autorité par le mandataire à l’occasion de son premier rapport.

2. DÉSIGNATION DU MANDATAIRE

2. Par le présent mandat, l'entreprise mandante confie au mandataire un mandat exclusif pour exercer les missions de mandataire chargé du contrôle et de mandataire chargé de la cession conformément aux engagements. Le mandataire accepte cette désignation conformément aux termes du présent mandat.
3. Les fonctions du mandataire prennent effet à la date de signature du présent contrat, à l'exception de sa fonction de mandataire chargé de la cession qui prendra effet à l'issue de la première période de cession.
4. L'équipe du mandataire est composée des personnes suivantes : [*Indiquer le nom et le titre de chacune des personnes (associés/personnel dirigeant)*]. Le mandataire ne remplacera pas les membres de l'équipe du mandataire sans agrément préalable de l'Autorité et de l'entreprise mandante.

3. DEVOIRS ET OBLIGATIONS DU MANDATAIRE

5. Le mandataire devra, pour le compte de l'Autorité, veiller au respect par l'entreprise mandante des engagements et assurer, conformément au plan de travail agréé par l'Autorité, les missions qui lui sont assignées par le présent contrat de mandat.
6. L'Autorité pourra, de sa propre initiative ou à la demande du mandataire ou de l'entreprise mandante, adresser au mandataire toute instruction visant à assurer la réalisation des engagements. En aucun cas, l'entreprise mandante ne pourra donner d'instructions au mandataire.
7. Le mandataire pourra proposer à l'entreprise mandante toute mesure qu'il considérera nécessaire pour assurer le respect des engagements, et pourra proposer à l'Autorité des mesures nécessaires, dans l'hypothèse où l'entreprise mandante ne respecterait pas les propositions du mandataire dans les délais fixés par le mandataire.

a) Devoirs et obligations du mandataire chargé du contrôle

Contrôle de l'activité cédée

8. Le mandataire chargé du contrôle doit, conformément aux engagements, superviser la gestion courante de l'activité cédée afin de s'assurer de la préservation de sa viabilité, de sa valeur marchande et de sa compétitivité, et de contrôler le respect par l'entreprise mandante de ses engagements. A cette fin et jusqu'au closing, le mandataire chargé du contrôle doit en

particulier :

- a) contrôler (i) la préservation de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité cédée conformément aux bonnes pratiques commerciales, (ii) la minimisation, autant que possible, de tout risque de perte de compétitivité potentielle de l'activité cédée ; (iii) l'absence d'actions sous sa propre responsabilité qui produiraient un effet négatif significatif sur la valeur, la gestion ou la compétitivité de l'activité cédée, ou la stratégie industrielle ou commerciale ainsi que la politique d'investissement de l'activité cédée ; (iv) la mise à disposition de l'activité cédée par l'entreprise mandante des ressources suffisantes nécessaires à son développement, sur la base et dans la continuité des plans d'entreprise existants ; (v) l'accomplissement par l'entreprise mandante de toutes les actions nécessaires, notamment des systèmes d'incitation adéquats (conformes aux pratiques du secteur concerné), pour encourager l'ensemble du personnel essentiel à rester avec l'activité cédée ;
- b) contrôler que l'activité cédée est gérée comme une entité distincte et cessible, séparée de l'activité de l'entreprise mandante ou de ses filiales,
- c) en consultation avec l'entreprise mandante, (i) déterminer toutes les mesures nécessaires pour garantir que l'entreprise mandante ne pourra pas, après la date d'effet, obtenir de quelconques secrets d'affaires, savoir-faire, informations commerciales ou toute autre information de nature confidentielle ou protégée concernant l'activité cédée, et (ii) décider si de telles informations peuvent être divulguées à l'entreprise mandante dans la mesure où elles seraient nécessaires pour lui permettre de mettre en œuvre la cession ou dans la mesure où cette divulgation serait requise par la loi.

Contrôle de la cession

- 9. Le mandataire chargé du contrôle assistera l'Autorité dans le cadre de son contrôle du processus de cession et de l'examen des acquéreurs proposés. Par conséquent, le mandataire chargé du contrôle devra pendant la première période de cession :
 - a) examiner et évaluer l'état d'avancement du processus de cession et de la recherche d'acquéreurs potentiels ;
 - b) vérifier, en fonction de l'étape du processus de cession, (i) que les acquéreurs potentiels reçoivent des informations suffisantes sur l'activité cédée (en examinant si ces documents sont disponibles, la documentation contenue en data room, les notes d'information et le processus d'examen préalable ; (ii) que les acquéreurs potentiels aient un accès adéquat au personnel.
- 10. Une fois que l'entreprise mandante aura soumis à l'Autorité une proposition documentée pour

un acquéreur, le mandataire devra, dans le délai d'une (1) semaine à compter de la réception de la proposition documentée, soumettre à l'Autorité un avis motivé sur le caractère approprié et l'indépendance de l'acquéreur proposé, sur la viabilité de l'activité cédée après la cession et si l'activité cédée est vendue de façon conforme aux engagements.

b) Devoirs et obligations du mandataire chargé de la cession

11. A l'issue de la première période de cession, l'entreprise mandante donne un mandat exclusif au mandataire pour vendre l'activité cédée à un acquéreur agréé par l'Autorité.
12. Le mandataire chargé de la cession doit vendre l'activité cédée, sans qu'un prix minimum ne soit fixé, à un ou plusieurs acquéreur(s) approuvé(s) par l'Autorité.

OU

Le mandataire chargé de la cession doit vendre l'activité cédée, à un ou plusieurs acquéreur(s) approuvé(s) par l'Autorité. Un prix minimum fixé avec l'entreprise mandante pourra être maintenu au cours des [X] premiers mois de la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession. Celui-ci agira ensuite les [X] mois suivants sans prix minimum.

13. Le mandataire chargé de la cession inclura dans le contrat de cession toutes les modalités et conditions qu'il estime appropriées pour la conclusion d'une vente rapide. En particulier, le mandataire chargé de la cession peut inclure dans le contrat de vente des déclarations habituelles, garanties et indemnités pouvant être requis de manière raisonnable pour effectuer la cession. Dans le même temps, le mandataire chargé de la cession protégera les intérêts financiers légitimes de l'entreprise mandante.

c) Obligations d'établissement de rapports

14. Le mandataire chargé du contrôle devra fournir tous les deux (2) mois un rapport écrit à l'Autorité, en transmettant, parallèlement et dans les mêmes délais, une version non confidentielle de ce rapport à l'entreprise mandante.
15. Le rapport fera un point sur le respect par le mandataire chargé du contrôle de ses obligations en application du mandat et le respect par l'entreprise mandante des engagements. Les rapports doivent couvrir en particulier les sujets suivants :
 - a) proposition d'un plan de travail détaillé dans le premier rapport ainsi que d'éventuelles modifications dans les rapports ultérieurs ou toute difficulté rencontrée dans l'établissement du plan de travail.
 - b) performance opérationnelle et financière de l'activité cédée dans la période visée par le rapport ; Contrôle de la préservation de la viabilité économique, de la valeur marchande et

de la compétitivité de l'activité cédée et du respect par l'entreprise mandante des obligations de maintien séparé de l'activité cédée ;

- c) état d'avancement de la procédure de cession, incluant une liste des acquéreurs potentiels, leurs principales caractéristiques, l'état des négociations et toute autre information reçue par l'entreprise mandante concernant la cession ;
- d) toute difficulté apparue au cours de l'exécution de son mandat, en particulier toute difficulté relative à la non exécution par l'entreprise mandante de ses engagements ;
- e) estimation du calendrier à venir.

16. A l'issue de la première période de cession, le mandataire chargé de la cession, devra fournir tous les deux (2) mois un rapport écrit à l'Autorité, en transmettant, parallèlement et dans les mêmes délais, une version non confidentielle de ce rapport à l'entreprise mandante. Le rapport fera un point sur le respect par le mandataire chargé de la cession de ses obligations en application du mandat et le respect par l'entreprise mandante des engagements. Les rapports doivent couvrir en particulier les sujets suivants :

- a) proposition d'un plan de travail détaillé dans le premier rapport ainsi que d'éventuelles modifications dans les rapports ultérieurs ou toute difficulté rencontrée dans l'établissement du plan de travail ;
- b) l'état d'avancement de la procédure de désinvestissement, notamment bilan des négociations avec chacun des acquéreurs potentiels, liste des acquéreurs potentiels et avis préliminaire sur chacun d'eux ;
- c) toute difficulté ou tout problème concernant la cession de l'activité cédée, incluant toute difficulté et tout problème concernant la négociation des accords nécessaires ;
- d) le besoin de se faire assister d'un conseiller pour la cession de l'activité cédée et une liste des conseils sélectionnés par le mandataire dans ce but.

17. A tout moment, le mandataire fournira à l'Autorité, à la demande de celle-ci (ou à l'initiative du mandataire), un rapport oral ou écrit sur les questions relevant de son mandat. L'entreprise mandante devra recevoir parallèlement une version non confidentielle des rapports écrits additionnels et devra être informé rapidement du contenu non confidentiel de tout rapport oral.

18. En plus des rapports, le mandataire informera l'Autorité, par écrit et sans délai, en transmettant parallèlement et dans les mêmes délais à l'entreprise mandante une version non confidentielle des documents transmis à l'Autorité, s'il considère, sur la base d'éléments raisonnablement justifiés, que l'entreprise mandante manque au respect des engagements.

4. DEVOIRS ET OBLIGATIONS DE L'ENTREPRISE MANDANTE

19. L'entreprise mandante, directement ou par l'intermédiaire de ses conseils, apportera au mandataire coopération et assistance, et lui fournira toute information raisonnablement requise par le mandataire pour l'accomplissement de ses tâches. Concernant spécifiquement l'activité cédée, le mandataire aura un accès complet à l'ensemble des livres comptables, registres, documents, membres de direction ou du personnel, infrastructures, sites et informations techniques de l'entreprise mandante ou de l'activité cédée qui s'avèrent nécessaires pour l'accomplissement de ses tâches au titre des engagements. L'entreprise mandante et l'activité cédée fourniront au mandataire, à sa demande, copie de tout document. L'entreprise mandante et l'activité cédée mettront à la disposition du mandataire, si nécessaire, un ou plusieurs bureau(x) au sein de leurs locaux et devront être disponibles pour des réunions afin de fournir au mandataire les informations nécessaires à l'exécution de leur mission.
20. L'entreprise mandante fournira au mandataire chargé du contrôle toute assistance administrative et de gestion que ce dernier pourra raisonnablement requérir, par exemple les fonctions de support administratif relatives à l'activité cédée. L'entreprise mandante fournira ou fera fournir par ses conseils au mandataire chargé du contrôle, à sa demande, les informations remises aux acquéreurs potentiels et toute autre information mise à disposition des acquéreurs potentiels dans le cadre de la procédure d'examen préalable. L'entreprise mandante informera le mandataire chargé du contrôle sur les acquéreurs potentiels, lui fournira une liste de ces acquéreurs, et le tiendra informé de tout développement dans la procédure de cession.
21. A l'issue de la première période de cession, l'entreprise mandante accordera au mandataire chargé de la cession tous les pouvoirs nécessaires afin de réaliser la cession, le closing et toutes les actions et déclarations que le mandataire chargé de la cession estime nécessaires ou appropriées aux fins de la réalisation de la cession ou du closing.
22. Aux frais et avec l'accord de l'entreprise mandante, le mandataire pourra désigner des conseils (en particulier pour des avis juridiques ou financiers) si cela est nécessaire à l'accomplissement de sa mission, à la condition que les dépenses exposées par le mandataire soient raisonnables. Si l'entreprise mandante refuse, l'Autorité pourra, après avoir entendu l'entreprise mandante, approuver à sa place la désignation des conseils. Le mandataire sera seul habilité à transmettre des instructions à ces conseils. A l'issue de la première période de cession, le mandataire chargé de la cession pourra avoir recours aux mêmes conseils que ceux utilisés par l'entreprise mandante durant la première période de cession s'il considère que c'est dans l'intérêt d'une vente rapide.

5. STIPULATIONS RELATIVES AU MANDATAIRE

a) Conflit d'intérêts

23. Les relations actuelles entre, d'un côté, l'entreprise mandante et ses filiales et, d'un autre côté, le mandataire, l'équipe du mandataire, et les entreprises liées au mandataire sont déclarées en annexe [●] de ce mandat. Sur cette base, le mandataire certifie que lui-même et chaque membre de son équipe sont indépendants de l'entreprise mandante et ses filiales, et qu'aucun conflit d'intérêts ne porte atteinte à son objectivité et à sa capacité d'exécuter avec indépendance les missions qui lui sont confiées aux termes du présent mandat (« *conflit d'intérêts* »).
24. Le mandataire s'engage à ne créer aucun conflit d'intérêts durant l'exécution du mandat. Le mandataire, les membres de son équipe et les entreprises liées au mandataire ne peuvent pas au cours de l'exécution de ce mandat :
- a) occuper ou accepter tout emploi, fonction ou mandat social au sein de l'entreprise mandante ou de ses filiales, à l'exception des nominations éventuelles relatives à la mise en œuvre et l'exécution du mandat ;
 - b) exécuter ou accepter toute mission ou toute relation d'affaires ou avoir tout intérêt financier avec l'entreprise mandante ou ses filiales qui pourrait donner lieu à un conflit d'intérêts. Si le mandataire, les entreprises liées au mandataire ou les membres de l'équipe du mandataire souhaitent s'engager dans une mission, une relation d'affaires ou un investissement avec l'entreprise mandante ou ses filiales, la personne concernée doit d'abord obtenir l'accord de l'Autorité.
25. Si le mandataire est informé de l'existence d'un conflit d'intérêts, il doit en informer immédiatement l'entreprise mandante et l'Autorité. Dans l'hypothèse où l'entreprise mandante est informée de l'existence, potentielle ou avérée, d'un conflit d'intérêts, il doit en informer le mandataire et l'Autorité. Quand un conflit d'intérêts apparaît au cours du mandat, le mandataire s'engage à y mettre fin immédiatement. Dans l'hypothèse où le conflit d'intérêts ne peut être ou n'est pas résolu par le mandataire dans les meilleurs délais, il pourra être mis fin au mandat dans les conditions définies aux paragraphes 37 et 38 ci-après.
26. Pour la durée de l'exécution du mandat, et pour une période d'un (1) an à compter de la fin du mandat, le mandataire, son équipe et ses filiales s'engagent à ne pas fournir à l'entreprise mandante ou ses filiales de prestations de service de toute nature, et notamment de conseil, et plus généralement s'engage à n'accepter aucun emploi, fonction ou mandat social au sein de l'entreprise mandante ou ses filiales. En outre, le mandataire s'engage à mettre en place les mesures nécessaires afin de garantir son indépendance ainsi que celle des membres de son

équipe.

b) Rémunération

27. *[C'est aux parties au contrat de mandat de s'accorder sur une structure d'honoraires appropriée. Le mandataire doit être rémunéré d'une manière qui n'affecte pas son indépendance et son efficacité dans l'exécution du mandat. En ce qui concerne le mandataire chargé de la cession, l'Autorité est en faveur des structures d'honoraires qui, au moins dans une mesure significative, sont fonction de l'accomplissement par le mandataire chargé de la cession d'une cession dans les meilleurs délais. En particulier, si la rémunération globale inclut une prime de réussite liée à la valeur de la vente finale de l'activité cédée, les honoraires doivent aussi être liée à une cession dans la phase d'intervention du mandataire chargé de la cession comme défini dans les engagements. Il faut noter que la structure des honoraires, comme le mandat dans son entier, est soumis à l'agrément de l'Autorité.]*

c) Garantie

28. L'entreprise mandante garantit le mandataire contre toute responsabilité née de l'exécution de ses fonctions de mandataire au titre des engagements, sauf dans la mesure où cette responsabilité résulterait d'une faute lourde ou intentionnelle ou de la mauvaise foi du mandataire ou des membres de son équipe.

29. Cette garantie restera applicable pendant une durée de cinq (5) ans après l'expiration du mandat.

d) Confidentialité

30. Le mandataire reconnaît être tenu à la plus stricte confidentialité concernant l'ensemble des aspects du présent mandat et de son exécution. À ce titre, et sans préjudice des autres dispositions du présent contrat, le mandataire s'engage, dès son entrée en vigueur, à ne divulguer à aucune personne tierce, à l'exception des services de l'Autorité, des membres de son équipe et des éventuels conseils extérieurs de l'entreprise mandante, pour quelque cause que ce soit :

a) le contenu de son mandat, y compris ses annexes et éventuels avenants ;

b) les actes et informations de toute nature (industrielle, commerciale, fiscale, juridique et administrative) dont il aura eu connaissance dans le cadre de l'exécution de sa mission et concernant l'entreprise mandante ;

c) le contenu de ses communications et rapports à l'Autorité relatifs au respect et à la

réalisation des engagements et à l'exécution de sa mission ;

d) plus généralement, toute information non publique concernant l'entreprise mandante.

31. Le mandataire s'engage à faire respecter et se porte garant du respect de cet engagement de confidentialité par les membres de son équipe.

32. Le présent engagement de confidentialité ne fait pas obstacle :

a) à la communication par le mandataire des informations et documents précités à l'Autorité, et des versions non-confidentielles de ces informations et documents à l'entreprise mandante dans les conditions prévues par le présent contrat ;

b) à la communication par le mandataire des documents et informations nécessaires à l'exécution de sa mission à ses conseils soumis à des règles de déontologie professionnelle prévoyant des obligations de confidentialité pendant la durée du présent contrat ; et

c) à la communication d'informations exigée par la loi.

33. Cette obligation de confidentialité restera applicable pendant une durée de cinq (5) ans après l'expiration du mandat.

6. CESSATION DU MANDAT

34. Le mandat prendra fin dans les conditions définies ci-après :

a) Cessation du mandat dans des conditions normales

35. Le mandat prendra automatiquement fin dès que l'Autorité constatera que l'ensemble des engagements a été réalisé et déchargera par écrit le mandataire de ses obligations.

36. L'entreprise mandante reconnaît que l'Autorité pourra à tout moment exiger que le mandataire soit nommé à nouveau s'il apparaissait ultérieurement que les engagements n'ont pas été complètement exécutés. En acceptant le présent mandat, le mandataire accepte sa re-désignation éventuelle conformément aux termes et conditions de ce mandat.

b) Révocation du mandat avant son terme normal

37. L'entreprise mandante pourra mettre fin au mandat, avant la décharge du mandataire, uniquement dans les conditions définies par les engagements (paragraphe [●]). Le mandataire peut mettre fin à son mandat uniquement pour une cause justifiée, en fournissant un préavis écrit à l'entreprise mandante et une copie à l'Autorité.

38. Il peut être exigé du mandataire révoqué qu'il continue à exercer ses fonctions jusqu'à ce qu'un nouveau mandataire, à qui le mandataire révoqué aura transféré l'ensemble des informations et documents pertinents, soit en fonction. Le nouveau mandataire sera désigné selon la procédure susmentionnée.

7. AUTRES DISPOSITIONS

a) Révisions du contrat de mandat

39. Le mandat ne peut être révisé que par écrit et avec l'autorisation préalable de l'Autorité. L'Autorité peut par ailleurs demander, après échanges contradictoires, à l'entreprise mandante et au mandataire d'amender le contrat de mandat, de façon à assurer le strict respect des engagements.

b) Loi applicable et règlement des différends

40. En cas de doute ou de contradiction, le présent contrat doit être interprété conformément aux engagements et à leurs annexes et à la décision de l'Autorité [*n° et date de la décision*], et plus largement au droit français auquel il est expressément soumis.

41. Tout litige relatif à son interprétation ou son exécution relève de la compétence exclusive du Tribunal de Commerce de Paris.

c) Détachabilité

42. La nullité ou le caractère non-opposable de l'une des dispositions du présent contrat n'entraînera pas la nullité ou le défaut d'opposabilité des autres dispositions.

d) Élection de domicile

43. Toute communication envoyée en application du présent contrat sera effectuée par écrit et sera réputée avoir été valablement effectuée si elle a été remise en mains propres à la partie au mandat à laquelle elle est adressée, ou si elle a été transmise par courrier recommandé avec accusé de réception, ou, lorsqu'elle a été envoyée par télécopie ou par courrier électronique, s'il en a été accusé réception par écrit ou par courrier électronique. Toute communication devra être effectuée aux personnes et adresses suivantes :.....