Contribution de l'AFEC à la consultation publique de la Commission européenne sur les mesures proposées pour simplifier davantage le contrôle européen des concentrations

3 juin 2022

L'Association Française d'Etude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la Concurrence, avocats, juristes d'entreprises, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est membre de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

Dans le cadre de son objet l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur les projets de loi et projets de textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence conformément à son objectif de défense, dans l'exercice des activités économiques, commerciales, industrielles et artisanales, du principe de la libre concurrence nationale et internationale contre la concurrence déloyale, abusive ou illicite.

Ces observations, élaborées par un groupe de travail constitué à cet effet[1], n'engagent aucun membre individuel mais sont le fruit de discussions et compromis.

* * *

[1] Le groupe de travail, dont les travaux ont été coordonnés par Michaël COUSIN, était composé des personnes suivantes : Adrien ALAUX, Thierry BOILLOT, Maud BOUKHRIS, Garance DEGALZAIN, Vincent JAUNET, Laetitia GOSSELET, Romain MAULIN, Etienne PFISTER, Michel PONSARD, Laure SCHULZ, Margaux STOSSKOPF et Pierre FREAUD.

La Commission européenne a publié le 27 mars 2022 une proposition de règlement d'exécution modifiant le règlement (CE) n°802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement 139/2004/CE relatif au contrôle des concentrations (le « **Projet de Règlement** »). L'objectif de ce texte est de simplifier certaines procédures de notification des concentrations en réduisant les formalités administratives et en rationalisant les procédures.

Dans le même temps la Commission a publié une proposition de communication révisée sur une procédure simplifiée de traitement de certaines concentrations en vertu du règlement 139/2004 CE (le « **Projet de Communication** »). Celle-ci vise à élargir le champ d'application de la procédure simplifiée en permettant l'utilisation de formulaires de notification plus courts pour des concentrations qui ne sont pas susceptibles de poser des problèmes de concurrence.

L'AFEC, qui avait appelé de ses vœux, lors des consultations et étude d'impact précédentes, une plus grande simplification du contrôle européen des concentrations, salue les avancées permises par ces textes. Elle relève toutefois que la proportion actuelle des dossiers traités de façon simplifiée est déjà très importante.

Elle souhaite toutefois formuler un certain nombre d'observations concernant les deux objectifs poursuivis par la Commission au travers de ces propositions, à savoir augmenter le nombre d'opérations entrant dans le champ d'application de la procédure simplifiée (1) et rationaliser l'examen des cas simplifiés et non simplifiés (2).

1 Elargissement du champ d'application de la procédure simplifiée

L'AFEC est favorable à l'introduction de nouveaux cas de concentrations faisant en principe l'objet d'un traitement simplifié aux termes du Projet de Communication, ainsi qu'au mécanisme de flexibilité prévu aux points 8 à 10 du Projet de Communication. Les observations ci-dessous méritent toutefois d'être faites.

(a) L'étendue précise de ces nouveaux cas de procédure simplifiée dépend étroitement des définitions de marché retenues. Le Projet de Communication précise sur ce point que les seuils de parts de marché doivent s'apprécier au regard de *« toutes les définitions possibles de marchés »*[2]. Il serait pertinent que la Commission retienne ici une approche mesurée et permette aux parties de se concentrer sur les définitions qui ont été retenues voire évoquées et laissées ouvertes dans la pratique décisionnelle la plus récente ou dans la jurisprudence européenne. Le tableau de la page 21 du projet de formulaire CO simplifié laisse penser que c'est l'approche retenue par la Commission dans la mesure où la première colonne porte sur les précédents auxquels se réfèrent les parties notifiantes. Cela mériterait toutefois d'être précisé.

L'AFEC note que la section 6 du projet de formulaire CO révisé donne un contenu précis à la notion de définition « possible » des marchés. Le document fait en effet référence aux décisions antérieures de la Commission, aux arrêts rendus par les juridictions de l'Union *« ainsi que (notamment en l'absence de décisions de la Commission ou de jurisprudence de la Cour de justice) sur des rapports sectoriels, des études de marché et des documents internes des parties notifiantes »*. Si la référence

[2] Point 8.

à la pratique décisionnelle et à la jurisprudence est justifiée[3], celle aux rapports, études ou documents internes est bien trop large et ne devrait pas être retenue dans la version finale du formulaire.

(b) Le Projet de Communication contient une section « C. Garanties et exclusions » listant des *« exemples de certains types de concentrations susceptibles d'être exclus du champ d'application de la procédure simplifiée »*.

Cette liste est particulièrement longue et conduit à s'interroger sur la portée réelle de la simplification opérée par le Projet de Communication. En plus de l'analyse des parts de marché des entreprises concernées sur *« toutes les définitions possibles de marchés »*, la ou les parties notifiantes vont en effet devoir examiner les dix cas envisagés par la Commission pour un refus de procédure simplifiée, la Commission précisant en outre que ces cas ne sont pas exhaustifs. En outre, certains de ces scénarios ont des contours parfois peu compatibles avec l'exigence prévisibilité du contrôle des concentrations.

(i) Au point 14, il est indiqué que la Commission n'appliquera pas la procédure simplifiée s'il est difficile de définir les marchés en cause. Cependant, il est demandé aux parties notifiantes de présenter leurs parts de marché pour l'ensemble des définitions de marché possibles. Dans ce cas, même s'il existe une incertitude sur la définition de marché, la procédure simplifiée devrait trouver à s'appliquer si les parts de marché des parties notifiantes sont suffisamment limitées même dans la définition de marché qui leur est la plus défavorable. Le Projet de Communication devrait en réalité indiquer que la procédure de notification simplifiée ne sera pas appliquée lorsque des définitions de marché différentes de celles envisagées par les parties notifiantes conduisent à des niveaux de parts de marché sensiblement supérieurs à ceux pour lesquels une procédure simplifiée peut être envisagée.

(ii) Le point 15 prévoit le cas dans lequel l'acquéreur dispose d'une participation non contrôlante dans une entreprise disposant d'une part de marché *« très importante »* sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opère la société cible ou sur des marchés situés en amont ou en aval. Ce critère manque de clarté et mériterait d'être précisé au moyen, par exemple, d'un seuil de parts de marché.

(iii) Un autre scénario manquant de précision est celui dans lequel le projet de concentration regroupe *« des ressources technologiques, financières ou autres, ou* (…) *des actifs présentant une valeur d'un point de vue concurrentiel »*[4]. De très nombreuses concentrations visent à regrouper des actifs susceptibles de générer des synergies une fois regroupés. Il pourrait ainsi s'avérer très difficile en pratique de tracer la limite entre les regroupements de nature à priver les parties notifiantes du bénéfice de la procédure simplifiée. Il

[3] L'AFEC estime toutefois que si une définition de marché a été tranchée en jurisprudence, les parties notifiantes ne devraient pas avoir à fournir les définitions retenues antérieurement par la Commission.

[4] Point 16 du Projet de Communication.

serait utile que le Projet de Communication guide plus précisément les entreprises sur ce point.

(iv) La même observation peut être faite concernant la notion de *« marchés voisins étroitement liés »* employée au point 17 du Projet de Communication. Il semblerait pertinent de calquer l'expression utilisée sur celle employée par la Commission au point 91 de ses lignes directrices sur les concentrations non-horizontales[5].

(v) De même, au point 18 du Projet de Communication, il est difficile de percevoir l'objectif de simplification poursuivi par la Commission lorsqu'elle se réfère aux circonstances particulières mentionnées dans les lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales et des concentrations non horizontales. Il pourrait s'avérer plus simple en pratique pour les parties, et moins risqué du point de vue du calendrier de l'opération, d'opter pour une notification non simplifiée que de mener, préalablement à toute notification, les analyses évoquées dans ce point.

(vi) Le point 18, a), indique qu'il est moins probable que la Commission applique la procédure simplifiée si le marché est déjà concentré, en particulier lorsque moins de trois concurrents (en plus des parties à la concentration) ont une présence significative sur le marché. Par cohérence avec la nécessité d'analyser toutes les définitions possibles de marché, il conviendrait de préciser *« en particulier, lorsque, pour l'une des définitions possibles de marché, moins de trois concurrents (etc.) »*. Plus généralement, la formulation *« le marché est déjà concentré »* pourrait nécessiter plus de précision. La Commission pourrait utilement se référer au point 20 des lignes directrices sur les concentrations horizontales.

(c) Au point 5. d) ii) cc), il pourrait être utile de préciser *« la plus petite entreprise des parties notifiantes en termes de part de marché est la même »*.

2 Rationalisation de l'examen des cas simplifiés et non simplifiés

2.1 Observations sur le projet de formulaire de notification simplifiée

(a) Le cadre imposé pour les réponses est très rigide sur le plan formel. Le nombre et la taille des colonnes des tableaux des pages 21, 23, 24 et 26 risquent de les rendre difficilement lisibles une fois remplis.

(b) Cette rigidité concerne également la nature des informations demandées, laquelle pourrait ne pas permettre à la Commission d'appréhender convenablement la situation qui lui est soumise. A titre d'exemple, le tableau de la page 15 sur la prise de contrôle en commun comporte une ligne sur les investissements. Il est demandé aux parties notifiantes de préciser la *« fréquence »* de ces investissements dans le secteur. Ce critère de la fréquence n'est pas exactement celui qui est mentionné dans la communication juridictionnelle de la Commission, laquelle évoque plutôt *« le rôle*

[5] Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n° C 265 du 18 octobre 2008, p. 6.

essentiel ou non des investissements sur le marché où l'entreprise commune est présente »[6]. Il semblerait très réducteur de mesurer ce rôle en se fondant sur la simple fréquence des investissements. Des explications bien plus détaillées sont souvent nécessaires pour démontrer l'importance stratégique des investissements dans un secteur donné.

Pour éviter cet écueil, il devrait être permis aux parties notifiantes de fournir des développements supplémentaires en dehors des tableaux. De même, il conviendrait de laisser de la latitude aux parties pour expliquer les méthodes retenues pour le calcul des parts de marché et les raisons pour lesquelles telle ou telle donnée n'est pas disponible (par exemple informations en valeur non disponibles alors que celles en volumes le sont etc). Les parties devraient pouvoir justifier le fait qu'elles ne fournissent pas l'ensemble des données énumérées dans les tableaux sans s'exposer à un risque d'incomplétude.

(c) Dans le premier tableau de la section 2 consacrée aux entreprises parties à la concentration et leur chiffre d'affaires, l'intitulé de la 2e colonne pourrait être précisé. L'AFEC comprend qu'il s'agit de désigner l'entité faîtière de l'entreprise (ou les entités s'il y en a plusieurs en contrôle conjoint), ce qui pourrait être utilement précisé.

(d) Dans le tableau de la page 21, la troisième ligne indique *« veuillez décrire les activités des parties sur ce marché »*. L'AFEC comprend qu'il s'agit ici en particulier de décrire l'offre des entreprises concernées, comprise comme le portefeuille de produits et/ou de services avec leurs marques. Ceci mériterait d'être précisé.

2.2 Autres observations

(a) Il serait opportun de supprimer la phase de pré-notification pour les procédures simplifiées par défaut, en prévoyant une possibilité de dérogation pour les procédures dont le caractère simplifié n'est pas incontestable. La Commission pourrait s'inspirer pour cela des régimes en place en Allemagne, en Autriche ou encore aux Etats-Unis et au Canada.

(b) Bien qu'elle soit utile, la procédure simplifiée reste lourde pour les entreprises. Elle n'empêche pas la pré-notification et le délai de complétude n'est pas différent d'une procédure non simplifiée alors que certains délais auraient pu être raccourcis comme le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations.

(c) Sur le format, par souci de lisibilité, nous préconisons d'harmoniser les formats des formulaires types proposés pour les opérations examinées selon la procédure simplifiée et la procédure normale.

(d) Les décisions d'autorisation rendues à l'issue d'une procédure simplifiée ne font l'objet d'aucune motivation. Il a été suggéré au sein de l'AFEC qu'une telle absence de motivation pourrait dans certains cas s'avérer problématique du point de vue des tiers qui pourraient vouloir former un recours contre de telles décisions.

---

[6] Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOUE n°C95 du 16 avril 2008, p. 1, point 71.

(e) La Commission pourrait utilement poursuivre sa démarche de simplification en réfléchissant à une possible articulation, sur le plan du traitement administratif, entre le contrôle des concentrations et le contrôle des investissements étrangers. Il est constant que ces deux types de contrôles sont très différents sur le plan des objectifs et du cadre institutionnel. Ils sont toutefois similaires en termes de charge administrative pour les entreprises. Il est ainsi possible de se demander s'il n'est pas possible de les rationnaliser en les combinant dans la mesure du possible.