

---

## **Observations du Medef sur le projet de communication de la Commission européenne sur les mesures correctives dans les affaires de concentrations**

---

Le Medef accueille très favorablement le nouveau projet de communication présenté par la Commission européenne le 24 avril 2007 qui a pour objet de clarifier sa politique en matière de mesures correctives dans le domaine du contrôle des concentrations.

Ce nouveau projet adapte les orientations actuelles à la lumière d'une étude menée par la Commission européenne portant sur la mise en œuvre et l'efficacité des mesures correctives, les arrêts des juridictions communautaires ainsi que le « règlement concentrations » n°139/2004 du 20 janvier 2004.

Ce projet de communication met particulièrement en valeur le rôle des parties dans la procédure et clarifie de manière substantielle les mesures applicables par la Commission européenne.

Le texte une fois adopté remplacera l'actuelle communication concernant les mesures correctives recevables de 2001 (JOCE C-68 du 2 mars 2001, p.3).

Le Medef souhaite apporter les observations ci-dessous sur le projet de communication qui nous est soumis<sup>1</sup>.

### **Point 13 :**

La Commission déclare qu'à défaut de mise en place de mesures de contrôle du respect des engagements pris par les parties relatifs aux mesures correctives, ceux-ci ne consisteraient plus que de simples déclarations d'intention.

☞ Des mesures de suivi du respect de ces engagements sont certes légitimes mais il est excessif de considérer que les parties ne respecteront leurs engagements que si un contrôle est systématiquement imposé.

En effet, la menace d'éventuelles sanctions pécuniaires, le droit des tiers de se plaindre du non-respect d'engagements pris ou encore les contrôles de la Commission constituent un gage du respect de ces engagements.

Les engagements comportementaux n'ont pas vocation à être moins respectés que les structurels, d'autant plus qu'ils sont généralement adoptés à l'initiative de tiers et après négociation (indirectes) entre eux.

De telles mesures laissent supposer de la part de la Commission une méfiance qui pourrait être assimilée à une présomption de faute, le mandataire indépendant étant nommé non pas tant pour suivre le respect des engagements que pour être « les yeux et oreilles » ( « *eyes and hears* » de la Commission (cf. pt 115).

### **Point 23 :**

La Commission peut demander d'inclure dans l'entité cédée des activités s'exerçant sur des marchés non affectés par l'opération de concentration.

---

<sup>1</sup> Les numéros renvoient à la numérotation des paragraphes du document.

☞ Cette prérogative qui donne à la Commission le pouvoir de créer un « concurrent effectif » apparaît disproportionnée et non conforme aux objectifs posés par le droit communautaire de la concurrence aux termes desquels les remèdes doivent avoir pour but de rétablir une « concurrence suffisante » sur le marché en cause. Cette mesure ne paraît acceptable que si elle est justifiée par la viabilité de l'entité cédée (cf. point 30 amendé de nos propositions)

### **Point 30 :**

La Commission considère que, lorsque la mesure correctrice consiste en l'engagement de céder une activité, cette dernière doit être dotée de toutes les ressources nécessaires pour constituer, en elle-même, une entité viable.

La Commission tempère seulement ce principe au point 31 en indiquant que, lorsqu'un acquéreur est identifié, elle pourra, au cours de la procédure d'approbation de cet acquéreur, accepter que l'entité cédée ne soit pas dotée de certains actifs ou ressources humaines qui n'affectent pas sa viabilité et sa compétitivité, en raison des ressources dont dispose déjà l'acquéreur.

Tel qu'énoncé, il s'agit d'une faculté de la Commission de renoncer partiellement à l'exécution de l'engagement initialement pris, en ce que le cédant sera dispensé de céder un certain nombre d'actifs ou de ressources.

☞ L'objectif recherché par la Commission (*i.e.* s'assurer que l'activité à céder est viable et compétitive) pourrait être aussi bien atteint en énonçant une règle plus souple : l'engagement pourrait en effet ne porter que sur une activité constituée par un ensemble d'actifs qui ne soit pas nécessairement doté de toutes les fonctions utiles pour que, prise isolément, elle constitue un concurrent viable, pour autant que l'acquéreur recherché dispose déjà des ressources nécessaires à cet effet. L'engagement de céder une activité serait ainsi assorti d'une condition (ce qui diffère d'une faculté d'exemption) tenant aux ressources de l'acquéreur.

### **Point 38 et suivants**

Compte tenu des évolutions technologiques et des modifications sur les marchés concernés, les points relatifs aux licences de droits de propriété intellectuelle apparaissent excessifs. En effet, le projet exclut les limitations dans l'usage et les limitations géographiques.

### **Point 43**

En raison de l'évolution de nombreux paramètres, même sur une assez courte période (technologies, structure du marché, apparition de nouveaux produits ou de nouveaux concurrents, etc.), une ré-acquisition peut ne pas être restrictive de concurrence.

☞ Une interdiction de principe telle que posée par le projet pourrait être substituée par la soumission d'une telle opération à l'autorisation préalable de la Commission et la démonstration de l'absence d'effet anticoncurrentiel de cette opération.

Si les circonstances ont significativement évolué, une telle opération peut être considérée comme une opération de concentration nouvelle plutôt qu'un retour en arrière.

Par ailleurs, la notion d'acquisition d'influence reste floue et la durée fixée automatiquement à 10 ans devrait, pour les raisons évoquées ci-dessus, être modulable.

## **Point 65**

Parmi les autres types de mesures correctives envisagées par la Commission, figurent celles permettant d'accéder à des éléments clés tels que les infrastructures ou la technologie incluant différents droits de propriété intellectuelle.

En la matière, les engagements portant sur un traitement non discriminatoire en aval (« *downstream* ») sont usuels, a fortiori lorsque les engagements sont comportementaux, ce qui se produit couramment dans certains secteurs d'activités.

☞ S'il peut apparaître justifié d'imposer un traitement non discriminatoire en aval, celui-ci doit cependant être équilibré au regard de certaines réalités économiques en amont.

Il arrive parfois que des droits exclusifs se révèlent être des actifs indispensables à certaines activités. Il ne faut alors pas fermer aux détenteurs de droits la capacité à acquérir ces droits exclusifs en amont (« *upstream* »).

## **Point 104**

La Commission doit donner son avis aux parties sur le caractère approprié de l'acquéreur. Elle doit également se prononcer sur la conformité du SPA (« *Sale and purchase agreement* ») et des contrats auxiliaires aux engagements.

☞ Il serait souhaitable que la Commission s'engage sur un délai de réponse.

## **Point 106 et suivants**

La période intérimaire entre l'engagement de céder une activité et sa cession effective est en effet cruciale. Cependant, envisager une gestion séparée amène à s'interroger sur la responsabilité des organes de direction et de contrôle normalement en charge de l'activité concernée. Ce point n'est pas traité, ce qui amène à s'interroger sur les risques courus par ces organes de direction.

## **Point 115 et suivants**

La Commission a proposé un modèle de « *trustee mandate* » annexé à ses "*best practice guidelines*" dès 2003. Cette idée n'est pas inédite et, selon une étude datée de 2005, 67 mandats avaient été donnés sur ce modèle, en reprenant partiellement les missions évoquées dans le modèle de mandat de la Commission européenne.

La Commission considère que si la cession d'une activité n'a pu être menée à bien en 6 mois, un « *trustee* » doit être nommé au cours des trois mois suivants pour :

- surveiller l'application des engagements pris envers la Commission et veiller au maintien de la viabilité économique de l'entité à céder (*monitoring trustee*) ;
- mener à bien la cession (« *divestiture trustee* ») avec, dans le modèle fourni par la Commission, un blanc-seing total (i.e. pas de prix minimum à respecter).

☞ La rigidité imposée par le délai de six mois crée une forte pression sur l'entité cédante de nature) anéantir sa marge de négociation.

Une des préoccupations à laquelle ceci répond est d'éviter une période d'intérim de la direction trop longue qui viendrait éroder la viabilité et les capacités concurrentielles de l'activité cédée.

Il est à noter que des alternatives existent :

- le lancement d'un appel d'offres;
- le recours aux procédures d'*upfront buyer* ou de *fix-it-first* (dans le premier cas, la concentration est autorisée sous condition suspensive de la cession de l'activité à céder ; dans le second, cette cession est effectuée avant que la Commission autorise la concentration).

☞ Il paraît légitime qu'un mandataire indépendant puisse être désigné pour surveiller le respect des engagements pris envers la Commission voire, le cas échéant, avoir un rôle d'alerte. En revanche, lui donner un rôle décisionnaire le substituant aux organes de décision d'une société soulève la question de sa responsabilité et de la compatibilité d'une telle pratique avec le droit applicable en la matière.

La pratique qui consisterait à lui donner un mandat irrévocable de cession à n'importe quel prix, par exemple, présente un caractère excessif. Dans une telle situation, la société concernée devrait avoir la possibilité de disposer de mesures de sauvegarde ou de présenter des solutions alternatives à celle envisagée par le *trustee*, si elle lui permet de satisfaire aux exigences de la Commission tout en limitant le coût pour elle du respect de ses engagements.

Prévoir une procédure de recours par la société contre la décision du mandataire au cas où cette dernière serait contraire aux intérêts sociaux.

### **Point 121**

Des règles précises destinées à éviter tout conflit d'intérêts ou comportement abusif ou arbitraire du « *trustee* » devraient être envisagées, alors que la Commission ne fait qu'évoquer rapidement l'absence de conflit d'intérêts.

---