

Droit français de la concurrence : à quoi les entreprises doivent-elles s'attendre ?

Associé du cabinet LPA-CGR, Emmanuel Tricot revient sur les débats de notre table ronde en analysant l'impact des nouvelles priorités de l'Autorité française de la Concurrence sur la stratégie transactionnelle des entreprises (évolution du droit des concentrations, compliance comportementale, etc.).

MdA : Merci d'avoir accepté de compléter les débats de notre table-ronde par votre regard de praticien du droit de la concurrence et des concentrations.

E.T : Je suis très heureux de pouvoir réagir à cet échange particulièrement riche. Un des principaux attraits de mon métier est de participer à l'élaboration de stratégies d'entreprises, mais pour cela il faut comprendre précisément leurs enjeux et les échanges de la table-ronde sont particulièrement éclairants à cet égard.

MdA : Vous pratiquez le droit de la concurrence depuis une vingtaine d'années, à Paris et à Bruxelles. Qu'est-ce qui a changé ? Quelle est l'actualité dans votre domaine, à quoi les entreprises doivent-elles être attentives ?

E.T : Nous allons bientôt fêter un anniversaire. Cela fera en effet 10 ans le 4 août prochain que l'Autorité française de la concurrence s'est vue confier à titre principal la supervision du contrôle français des concentrations. Ces dix dernières années, l'Autorité a développé une pratique mature, et se pose ainsi comme une force de proposition légitime. Or ses propositions vont faire évoluer l'équilibre du contrôle français des concentrations.

Ainsi, l'Autorité envisage désormais de mettre en œuvre un contrôle des concentrations ex post, pour être en position de se saisir, sur le fondement du contrôle des concentrations de droit commun, de certaines opérations ne

dépassant pourtant pas les seuils de contrôlabilité mais induisant cependant des « préoccupations substantielles de concurrence » (selon ses propres termes) en France. Certains secteurs semblent plus concernés que d'autres, en particulier le digital et les technologies innovantes.

Une telle prérogative d'intervention a posteriori justifiera dans certains cas sensibles un audit du positionnement de marché de la Cible. Une telle

«Il me semble que l'Autorité devrait exposer, par des Lignes directrices ou a minima un communiqué, ses attentes en termes de comportement des entreprises, en particulier entre signing et closing»

démarche de compliance viendra compléter celle visant à détecter d'éventuels risques concurrence abrités par la Cible, pour éviter qu'ils ne « contaminent » le ou les Groupes qui en acquièrent le contrôle, garantir la valeur de la transaction, et le cas échéant négocier la garantie de passif. Cette extension de la compétence de l'Autorité s'inscrirait en parallèle du mouvement de durcissement des interventions des autorités de concurrence en matière de concentration.

MdA : Vous avez probablement en tête les cas récents de gun jumping mis en évidence par l'Autorité française ou la Commission ?

E.T : Absolument, c'est un sujet majeur. L'Autorité a en effet montré sa détermination sur ce sujet, en sanctionnant à hauteur de 80 millions d'euros Altice et Numéricable pour avoir anticipé leur opération de rapprochement sans attendre son aval (ce qu'on appelle le « gun-jumping »). Pour autant, cette affaire est isolée et relative à une situation bien particulière. Ce n'est pas un précédent aisément transposable en principes.

Même si sa pratique en la matière est donc encore parcellaire, l'Autorité sera de plus en plus attentive aux anticipations des entreprises dont les transactions sont soumises à son contrôle. Ce qui lui importe tout particulièrement, c'est de mieux contrôler le comportement des entreprises, que ce soit dans un contexte de contrôle des concentrations, mais également hors ce contexte. Je ne serais pas surpris que sa pratique décisionnelle - il y aurait des décisions dans les tuyaux - reflète prochainement une nouvelle priorité, celle du contrôle en général des abus de comportement, même dans les cas où de tels abus ne peuvent être reliés à la détention clairement identifiée d'une position dominante. En cela l'Autorité entend devenir le juge de paix du comportement de certaines entreprises, sur le fondement de son effet de marché potentiellement problématique, renouant ainsi avec des principes exposés dans des décisions emblématiques du

Emmanuel Tricot

➤ Emmanuel Tricot est associé en droit de la Concurrence, Distribution et Consommation à Paris et à Bruxelles du cabinet LPA-CGR

➤ Spécialiste des enquêtes de concurrence, Emmanuel Tricot assiste les clients du cabinet pour leurs contentieux devant la Commission européenne et l'Autorité française de la concurrence, et dispose d'une compétence particulière en matière d'actions privées fondées sur des pratiques anticoncurrentielles.

➤ Il a développé parallèlement une expertise en matière d'opérations de concentration (France, UE et coordination de multi-notifications), tout en se montrant actif en droit de la distribution (contentieux et contrats, notamment dans les secteurs de l'Internet et comme conseil de franchiseurs) et en droit de la consommation.

➤ Avant de rejoindre LPA-CGR en 2018, Emmanuel Tricot a successivement exercé au sein des cabinets Clifford Chance, Hogan & Hartson, Winston Strawn et Veil Jourde.



droit européen de la concurrence vieilles de 40 ans, telles United Brands ou Continental Can.

Dans ce contexte, les entreprises seront en droit d'invoquer le principe de sécurité juridique, et d'attendre par exemple que l'Autorité de la concurrence apporte des précisions sur son appréciation des clauses de stand still ou sur les conditions dans lesquelles elles peuvent préparer la réalisation d'une opération dans la perspective de son autorisation. D'autres questions plus périphériques se posent également : par exemple, comment encadrer les potentiels échanges préparatoires entre les parties lorsque celles-ci renoncent à l'opération ; leur responsabilité peut-elle être recherchée même lorsque l'opération n'est finalement pas réalisée ?

Il me semble ainsi que l'Autorité devrait exposer, par des Lignes directrices ou a minima un communiqué, ses attentes en termes de comportement des entreprises, en particulier entre signing et closing.

MdA : Concrètement quels principes devrait-elle exposer ?

E.T : La détermination de ce qui relève ou non d'une pratique de « gun jumping » a récemment fait l'objet d'une question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'UE. Comme le relève justement le Rapporteur général Nils Wahl dans cette affaire KPMG/EY, il ne serait guère efficace d'arrêter une liste générale et exhaustive de critères couvrant tous les comportements susceptibles de tomber sous le coup de l'obligation de suspension.

Pour autant, il faut que l'Autorité dise clairement ce qui n'est pas interdit, car la situation actuelle n'est pas satisfaisante, les praticiens étant par exemple réduits, pour cerner les solutions que l'Autorité française pourrait choisir de mettre en œuvre, à s'inspirer des pratiques décisionnelles d'autres Autorités.

MdA : Les entreprises ont-elles trouvé un nouvel allié en la personne du Ministre de l'économie ?

E.T : Oui vous avez raison, son intervention récente est un signe d'assouplissement. De quoi s'agit-il ? Le pouvoir légal d'évocation permet par exemple au Ministre d'autoriser une transaction soumise à son contrôle même lorsque l'Autorité émet des doutes sur ses effets de marché. Or, ce pouvoir dévolu au Ministre, il aura fallu attendre dix ans pour qu'il l'utilise de manière à permettre en l'occurrence la réalisation d'une opération affectant certains marchés de fabrication et de distribution de plats cuisinés, dans le contexte économique et social difficile de la reprise par Financière Cofigeo d'actifs du groupe Agripole (William Saurin, Panzani ou Garbit). L'intervention du Ministre pourrait ainsi, l'avenir nous le dira, traduire une évolution du paradigme favorable aux intérêts des entreprises, en particulier lorsqu'elles sont actives sur des marchés concentrés, la politique de concurrence pouvant être même dans ce cas subordonnée à des objectifs de politique industrielle ou de sauvegarde de l'emploi. ■