

LIGNES DIRECTRICES
RELATIVES
AU CHAMP D'APPLICATION
ET A LA PROCEDURE
DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Janvier 2019

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
<i>L'OBJECTIF DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS.....</i>	<i>4</i>
<i>LES SOURCES</i>	<i>4</i>
I. LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS	6
A. LA NOTION DE CONCENTRATION	6
1. Les notions d'entreprise et de personne.....	7
2. La notion de contrôle	7
a) Les types de contrôle.....	8
i. Le contrôle exclusif.....	8
ii. Le contrôle conjoint (ou contrôle en commun).....	8
iii. L'absence de contrôle	9
b) Les critères d'appréciation d'une influence déterminante	9
i. Les droits conférés aux actionnaires.....	9
ii. Les relations contractuelles	10
iii. Les autres éléments susceptibles de permettre l'exercice d'un contrôle.....	11
c) Le cas particulier des entreprises communes	11
3. Les opérations interdépendantes et transitoires.....	12
a) Les opérations interdépendantes	12
b) Les opérations transitoires	13
i. L'acquisition par un établissement de crédit ou autre établissement financier aux fins de la revente, dites « opération de portage ».....	13
ii. Les autres cas d'opérations transitoires	14
B. LES SEUILS DE CONTROLE.....	15
1. Les seuils applicables au contrôle des concentrations.....	15
a) Seuils applicables à l'ensemble des opérations.....	15
b) Seuils applicables au commerce de détail.....	15
2. Les modalités de calcul du chiffre d'affaires	15
a) Notion d'entreprise concernée	16
b) Notion de chiffre d'affaires.....	17
c) Traitement du chiffre d'affaires « interne »	18
d) Ajustements du chiffre d'affaires.....	19
e) Affectation géographique du chiffre d'affaires	19
f) Secteurs d'activités spécifiques	19
II. LA PROCEDURE	21
A. L'OBLIGATION DE NOTIFICATION ET L'EFFET SUSPENSIF DE LA PROCEDURE	21
1. L'obligation de notification	21
2. L'effet suspensif de la procédure et les dérogations.....	23
a) Les dérogations à l'effet suspensif du contrôle	23
i. La dérogation de l'article LP 310-4	23
ii. La dérogation de l'article A 310-1-2	24
b) La sanction de l'article LP 310-8-II.....	25
3. Les retraits de notification.....	25
B. LES DIFFERENTES PHASES DE LA PROCEDURE.....	26
1. La phase de pré-notification.....	26
2. La phase 1	27
a) Le dépôt du dossier de notification	27
b) Le contenu du dossier de notification	28

i. Les marchés concernés.....	29
ii. Les marchés affectés.....	30
iii. Le calcul des parts de marché.....	30
iv. Les dossiers simplifiés.....	31
v. Omission ou déclaration inexacte dans la notification et sanction.....	32
c) La publication d'un communiqué relatif au dépôt d'une notification.....	32
d) Les délais d'examen.....	33
e) La conduite de l'examen de phase 1	33
i. Echanges avec les parties	34
ii. Echanges avec les tiers	34
f) Les engagements en phase 1	36
g) La décision de l'Autorité en phase 1	36
h) La publication des décisions	37
3. La phase 2 ou examen approfondi.....	39
a) Déclenchement de la phase 2	39
b) Les délais en phase 2 et le mécanisme d'arrêt des pendules.....	39
i. L'arrêt des pendules (« stop the clock »).....	40
ii. La prolongation des délais du fait d'engagements	40
c) La conduite de l'examen en phase 2	41
d) La décision de l'Autorité en phase 2.....	42
e) Le pouvoir d'évocation du Président de la Polynésie française.....	43
C. LES RECOURS.....	44
1. Les délais de recours	44
2. Le recours en annulation	45
3. Les référés	46
4. Conséquence en cas d'annulation d'une décision par cour administrative d'appel de Paris	47
D. LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES CORRECTIVES.....	48
1. La procédure d'engagements	48
a) Quand proposer des engagements ?	48
b) Les conséquences du dépôt d'engagements sur la procédure	49
c) L'examen du caractère suffisant des engagements	49
2. Les différents types d'engagements	50
a) Les engagements structurels	51
i. Après l'adoption de la décision et la réalisation de l'opération, dans un délai fixé par les engagements.....	52
ii. Après l'adoption de la décision mais avant la réalisation de l'opération (« up-front buyer »).....	53
iii. Avant l'adoption de la décision (« fix-it-first »).....	53
iv. Les délais de cession	53
b) Les engagements comportementaux	54
v. La durée des mesures comportementales.....	55
3. La mise en œuvre et le suivi du respect des engagements - le rôle du mandataire	56
a) S'agissant des engagements structurels.....	56
b) S'agissant des engagements comportementaux	57
c) Approbation du mandataire et de son mandat.....	57
4. Le réexamen des engagements	58
5. La procédure de sanction en cas de non-respect des engagements.....	59
E. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE LP 310-9	60

INTRODUCTION

L'OBJECTIF DU CONTROLE 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, 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, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie.
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 un dispositif de prévention des atteintes à la concurrence résultant des concentrations a été mis en place. Ce contrôle n'a pas vocation à protéger les intérêts particuliers de concurrents mais à veiller au maintien de la concurrence pour préserver le bien-être des consommateurs.
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. 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 Polynésienne de la Concurrence (ci-après « APC » ou « Autorité »). Elles peuvent aussi, lorsqu'aucun remède satisfaisant ne peut être trouvé, interdire une opération.
4. Le contrôle des concentrations a été créé en Polynésie française par la loi du pays n° 2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence, ayant instauré un code de la concurrence, modifiée par la loi du pays n° 2018-31 du 9 août 2018. Il est mis en œuvre par l'APC depuis le 1^{er} février 2016.

LES SOURCES

5. L'organisation de l'APC, ses attributions, les règles générales de procédure et de décision sont définies par le Titre I du Livre III du code de la concurrence. Le règlement intérieur de l'APC précise certaines modalités pratiques relatives à la procédure.
6. Plus spécifiquement, le contrôle des concentrations s'inscrit dans le cadre légal défini par les articles LP 310-1 à LP 310-10 du code de la concurrence. Sa mise en œuvre est précisée par les articles A 310-1 à A 310-5-1 de la partie réglementaire du code de la concurrence et sa procédure par les articles 120-01 à 125-01 du règlement intérieur de l'Autorité.
7. L'application de ces textes est éclairée par la jurisprudence développée par le Conseil d'État en matière de contrôle métropolitain des concentrations dont les dispositions sont très proches de celles des textes polynésiens. L'APC 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 de l'Union européenne.

8. Le Conseil d'État a ainsi précisé que les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatives aux opérations de concentrations n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme¹. Cette jurisprudence peut *a priori* s'appliquer à l'identique à la procédure suivie devant l'APC dans le cadre du contrôle des concentrations.
9. Le présent guide, dépourvu en lui-même de toute portée normative, a pour objectif de fournir aux entreprises une présentation pédagogique du champ d'application du contrôle des concentrations et du déroulement de la procédure devant l'APC².
10. Ce guide ne saurait exposer en détail toutes les applications possibles de la méthode d'analyse de l'APC en matière de contrôle des concentrations. Il constitue, pour l'Autorité, une directive³ opposable aux entreprises et invocable par elles. Afin de leur garantir le maximum de sécurité juridique, l'Autorité appliquera 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 pour prendre en compte la pratique décisionnelle de l'Autorité et/ou l'évolution des textes.

¹ Décision du Conseil d'Etat n° 362347 du 21 décembre 2012 relative à l'opération Canal+/TPS.

² Les objectifs, critères et méthodes employés pour les analyses au fond seront précisés ultérieurement.

³ Voir la jurisprudence découlant de la décision du Conseil d'Etat n° 78880 du 11 décembre 1970, Crédit Foncier.

I. LE CHAMP D'APPLICATION DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

11. Le champ d'application du contrôle des concentrations est précisé aux articles LP 310-1 et LP 310-2 du code de la concurrence. L'article LP 310-1 définit ce qu'est une concentration. L'article LP 310-2 fixe les seuils de chiffre d'affaires pour lesquels le contrôle des concentrations polynésien est applicable.

A. LA NOTION DE CONCENTRATION

12. L'article LP 310-1 du code de la concurrence dispose qu'« *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 à plusieurs entités 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 :
1° des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise;
2° des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».
13. L'article LP 310-1-III précise que l'APC, 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 montages juridiques retenus.
14. 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 concentration. 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.
15. Les principales questions soulevées par cette définition portent sur les notions d'entreprise, de personne, de contrôle et d'entreprise commune, qui sont présentées ci-dessous.

1. LES NOTIONS D'ENTREPRISE ET DE PERSONNE

16. On entend par "entreprise", « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »⁴, l'activité économique étant entendue comme « *consistant à offrir des biens et des services sur le marché* »⁵. 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 ambiguïté.
17. 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 terme⁶ par exemple en raison d'une « pré-commercialisation », même partielle, du bien auprès d'un ou plusieurs tiers. En 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 d'achèvement non pré-commercialisée, cet actif n'est pas une entreprise et l'opération ne constitue pas une concentration notifiable.
18. La notion de "personne", évoquée au point I-2 de l'article LP 310-1 comprend les personnes morales de droit privé, les organismes de droit public, y compris l'État ou le Pays lui-même, 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'opération.
19. 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 CONTROLE

20. 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.
21. Ces notions de "contrôle" et d'"influence déterminante" sont spécifiques au droit du contrôle des concentrations et sont notamment différentes des notions de "contrôle" au sens du droit des sociétés et d'"influence notable" utilisée en matière de consolidation comptable.

⁴ CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90, point 21.

⁵ CJCE, 16 juin 1987, Commission européenne c/ Italie, aff. 118/85, Rec. CJCE.2599, point 7.

⁶ Dans un délai de trois ans à compter de l'acquisition par exemple.

a) LES TYPES DE CONTROLE

22. 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.

i. Le contrôle exclusif

23. 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 :
- 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 »).
24. 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 et l'opération n'est pas une concentration.
25. 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 droits, 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'entreprise. 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 contrôle. Symétriquement, une participation majoritaire n'emporte pas forcément un contrôle exclusif ou même conjoint, même si ce cas de figure est rare.
26. 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 (cf. § 35 et suivants).
27. 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 eux.

ii. Le contrôle conjoint (ou contrôle en commun)

28. 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.

29. 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 décision ou lorsque plus de deux entreprises contrôlantes se partagent ce contrôle.
30. 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, c'est leur pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée.
31. 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'entreprise.
32. 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 distinctes du point de vue du contrôle des concentrations.

iii. L'absence de contrôle

33. 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).
34. 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.

b) LES CRITERES D'APPRECIATION D'UNE INFLUENCE DETERMINANTE

35. 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 capital. 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.
36. L'ensemble de ces critères est apprécié par l'APC 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.

i. Les droits conférés aux actionnaires

37. 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 financiers ou si ces droits, examinés selon la méthode du faisceau d'indices juridiques ou économiques convergents, sont de nature à démontrer l'existence d'une influence déterminante⁷.

38. 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 ;
 - 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 préférence ;
 - 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.
39. L'APC 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 actionnaires.
40. 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 votes ;
 - en raison d'intérêts communs suffisamment puissants les conduisant à ne pas s'opposer les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits⁸.

ii. Les relations contractuelles

41. A elles seules, des relations contractuelles ne sont susceptibles de conférer une influence déterminante sur une entreprise que dans des cas très particuliers. C'est le cas lorsque le contrat conduit 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, ce contrat doit se caractériser par une durée extrêmement longue.

⁷ Voir la décision APC n° 2017-CC-02 du 23 mars 2017 relative au rachat de la Société d'Investissement de Polynésie (Four Seasons Hotel & Resort Bora Bora) par Swansea King Limited (fonds d'investissements Gaw Hospitality).

⁸ Voir la décision APC n° 2017-CC-01 du 9 mars 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Compagnie française maritime de Tahiti et Vaipihaa par la société Emar où les liens familiaux existants entre les actionnaires des différentes entreprises du groupe ont été examinés de manière approfondie.

42. Comme exemple de contrats pouvant permettre à eux seuls un contrôle, l'APC a eu à traiter de certains contrats de gestion hôtelière donnant à l'exploitant le contrôle conjoint sur les hôtels⁹.

iii. Les autres éléments susceptibles de permettre l'exercice d'un contrôle

43. L'APC 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 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'entreprise.

c) LE CAS PARTICULIER DES ENTREPRISES COMMUNES

44. Pour que la création d'une structure commune entre plusieurs entreprises puisse être qualifiée de concentration, il faut, en vertu de l'article LP 310-1, 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.
45. 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, des salariés ainsi que tous les droits nécessaires à l'exercice de l'activité.

⁹ Notamment les décisions APC n° 2016-CC-01 du 6 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif par HNA Tourism (groupe HNA) de la société South Seas Resort Limited (groupe Louis Wane), n° 2016-CC-02 du 29 août 2016 relative à la prise de contrôle conjoint des trois hôtels Sofitel de Polynésie française par la société Lupesina Tahiti Investments (groupe Grey) aux côtés du groupe AccorHotels, n° 2016-CC-05 du 13 décembre 2016 relative à la prise de contrôle conjoint de la Société des Nouveaux Hôtels par le groupe Wane aux côtés du groupe Starwood et n° 2017-DCC-02 du 23 mars 2017 de la Société d'Investissement de Polynésie (Four Seasons Hotel & Resort Bora Bora) par Swansea King Limited (fonds d'investissements Gaw Hospitality).

46. 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 marché.
47. Ce n'est pas le cas, par exemple, des centrales d'achat agissant pour le compte de leurs maisons mères ou des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production. 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.
48. 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. Il suffit dès lors, pour le critère de plein exercice, que l'entreprise commune soit autonome sur le plan fonctionnel.
49. 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 est définie en contentieux des pratiques anticoncurrentielles.
50. La structure doit être "commune", c'est-à-dire qu'elle est contrôlée conjointement par deux ou plusieurs entreprises.
51. La structure doit fonctionner "de manière durable". Par exemple, la création d'une entreprise 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.

3. LES OPERATIONS INTERDEPENDANTES ET TRANSITOIRES

a) LES OPERATIONS INTERDEPENDANTES

52. 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. En conséquence, il convient de traiter comme une concentration unique les opérations étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel. 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.
53. Les opérations peuvent être considérées comme liées entre elles en droit, lorsque les accords eux-mêmes sont liés par une conditionnalité réciproque¹⁰. Mais il ne peut être exclu que soient pris en compte des éléments démontrant que, sur le plan économique, les opérations ne peuvent

¹⁰ Voir la décision APC n° 2017-CC-01 du 9 mars 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Compagnie française maritime de Tahiti et Vaipihaa par la société Emar.

se faire l'une sans l'autre. Le fait que les accords soient conclus simultanément est l'un des éléments essentiels à l'interdépendance.

54. 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'elles, le contrôle est acquis par la ou les mêmes entreprises. Par exemple, si plusieurs entreprises se partagent des actifs, l'APC considèrera 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.
55. Il convient de distinguer de ceux décrits ci-dessus, le cas prévu au IV de l'article A 310-1-3 du code de la concurrence, 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'autre.
56. 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 aucune des deux entreprises cibles B ou C n'atteint le seuil individuel de chiffre d'affaires prévus par l'article LP 310-2 du code de la concurrence, l'opération de « concentration unique » en cause n'a pas à faire l'objet d'une notification à l'Autorité, quand bien même le chiffre d'affaires cumulé de 2 milliards de F CFP est atteint.
57. En revanche, si l'une au moins des entreprises cibles B ou C, atteint le seuil individuel, l'opération est notifiable, étant entendu que le chiffre d'affaires cumulé de 2 milliards de F CFP est atteint et que l'entreprise A excède le seuil individuel.

b) LES OPERATIONS TRANSITOIRES

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

58. 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, l'APC vérifie 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. 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 sont atteints.
59. L'APC vérifie également, en application de l'article LP 310-4 du code de la concurrence, que l'opération de portage ne confère pas à l'acquéreur final, avant le débouclage final, une

influence déterminante sur les actifs cibles, 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.

ii. Les autres cas d'opérations transitoires

60. Deux conditions doivent être examinées 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 exister de doute quant à la célérité de la deuxième étape.
61. 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'APC considère que cette acquisition est provisoire si sa durée ne dépasse pas un an.

B. LES SEUILS DE CONTROLE

1. LES SEUILS APPLICABLES AU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

62. L'article LP 310-2 du code de la concurrence définit les seuils du contrôle des concentrations en Polynésie française. L'article A 310-1-3 du code de la concurrence apporte des précisions à cet article.
63. Aux côtés des seuils de chiffres d'affaires applicables à l'ensemble des opérations (a), il existe des seuils spécifiques pour les opérations impliquant des entreprises exploitant des magasins de commerce de détail (b).

a) SEUILS APPLICABLES A L'ENSEMBLE DES OPERATIONS

64. En vertu de l'article LP 310-2 I du code de la concurrence, les concentrations sont soumises au contrôle de l'Autorité si les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies :
- le chiffre d'affaires total hors taxes, réalisé en Polynésie française, de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 2 milliards de francs CFP ;
 - le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement en Polynésie française par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés par la concentration est supérieur à 500 millions de francs CFP.

b) SEUILS APPLICABLES AU COMMERCE DE DETAIL

65. Pour le commerce de détail, en vertu de l'article LP 310-2 II du code de la concurrence, les concentrations sont soumises au contrôle de l'Autorité si les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies :
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en Polynésie française de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration, est supérieur à 1,5 milliard de francs CFP ;
 - le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement, en Polynésie française dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés par la concentration est supérieur à 200 millions de francs CFP.

2. LES MODALITES DE CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES

66. L'article A 310-1-3 du code de la concurrence énonce les modalités de calcul de chiffre d'affaires applicables au contrôle des concentrations en Polynésie française.
67. 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.
68. Le IV de l'article A 310-1-3 du code de la concurrence comporte une disposition spécifique 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 concernées. 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 en cause, ces opérations successives ne sont alors pas considérées comme une seule opération. L'opération globale sera à notifier à l'APC 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 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 lors qu'un accord suffisamment contraignant est conclu.

a) NOTION D'ENTREPRISE CONCERNEE

69. Aux fins de la détermination des compétences, les "entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration", ou "entreprises concernées", sont celles participant à une concentration, c'est-à-dire une fusion ou une acquisition de contrôle, conformément à l'article LP 310-3 du code de la concurrence. En effet, une fois les entreprises concernées recensées pour une opération donnée, leur chiffre d'affaires doit être calculé pour savoir si la concentration est de la compétence de l'Autorité polynésienne de la concurrence.
70. Or, les entreprises concernées diffèrent selon le type d'opérations :
- ***dans le cas d'une fusion***, les entreprises concernées sont les entreprises qui fusionnent ;
 - ***dans le cas d'une prise de contrôle exclusif***, les entreprises concernées sont l'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible. Il en est aussi ainsi lorsque l'entreprise cible a été détenue auparavant par une ou plusieurs sociétés mères.
 - ***dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise déjà existante*** :
 - lorsque la société préexistante se trouvait sous le contrôle conjoint de plusieurs sociétés¹¹, les entreprises concernées sont les entreprises qui auront, dans le futur, le contrôle (y compris le ou les actionnaires initiaux subsistants) et l'entreprise commune préexistante acquise ;
 - lorsque la société préexistante se trouvait sous le contrôle exclusif d'une société : les entreprises concernées sont les entreprises qui auront, dans le futur, le contrôle (y compris l'actionnaire initial subsistant). La société cible n'est en revanche pas une entreprise concernée et son chiffre d'affaires fait partie de celui de la société mère initiale.
 - ***dans le cas d'une prise de contrôle conjoint sur une entreprise commune nouvellement créée***, les entreprises concernées sont chacune des entreprises prenant le contrôle de l'entreprise commune nouvellement créée. 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

¹¹ Hypothèse où une ou plusieurs entreprises prennent le contrôle de l'entreprise commune, soit en entrant dans son capital soit en se substituant à une ou des entreprises contrôlantes existantes.

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.

71. En cas d'acquisition par un groupe via une de ses filiales ou en cas d'acquisition par une entreprise commune, la filiale ou l'entreprise commune sera considérée comme l'entreprise concernée, et non les sociétés mères, si elle n'est pas un simple vecteur utilisé pour l'acquisition ("société coquille"). Un examen de la réalité économique peut donc s'avérer nécessaire pour identifier les entreprises concernées. En tout état de cause, même si la filiale ou l'entreprise commune est considérée comme l'entreprise concernée aux fins du calcul du chiffre d'affaires, le chiffre d'affaires de toutes les entreprises avec lesquelles cette société a des liens (cf. § 72 et suivants) doit être pris en compte dans le calcul des seuils. La notification peut être faite par la filiale/entreprise commune concernée ou par sa/ses société(s) mère(s).

b) NOTION DE CHIFFRE D'AFFAIRES

72. 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.
73. Le I de l'article A 310-1-3 du code de la concurrence précise la notion de chiffre d'affaires comme « *les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les parties à la concentration au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires* ».
74. Les aides publiques, notamment les subventions d'exploitation, 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.
75. ***Pour chacun des acquéreurs***, dans le cadre d'une prise de contrôle, 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.
76. Le II de l'article A 310-1-3 du code de la concurrence précise ainsi que le chiffre d'affaires total à prendre en compte pour une entreprise concernée est déterminé comme suit : « *Pour calculer les chiffres d'affaires de l'acquéreur mentionnés à l'article LP 310-2 du code de la concurrence de la Polynésie française, il convient d'additionner les chiffres d'affaires :*
- a) de la partie à la concentration ;*
 - b) des entreprises dans lesquelles la partie à la concentration 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 la partie à la concentration, 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) ».*

77. De manière générale, dès lors qu'il est satisfait au critère énoncé au point b de l'article A 310-1-3-II, l'intégralité du chiffre d'affaires de la filiale en question est prise en compte, quelle que soit la participation réelle détenue par l'entreprise concernée dans la filiale. Cependant, si l'entreprise concernée détient conjointement les droits et pouvoirs énumérés au point b de l'article A 310-1-3-II, il convient d'imputer à parts égales les chiffres d'affaires de l'entreprise commune à chacune de ses mères, quelle que soit la part du capital ou des droits de vote qu'elles détiennent¹².
78. 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.
79. **Pour le cédant**, seul le chiffre d'affaires de la partie cédée est pris en compte, le III de l'article A 310-1-3 du code de la concurrence 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* ».

c) TRAITEMENT DU CHIFFRE D'AFFAIRES « INTERNE »

80. Le I de l'article A 310-1-3 du code de la concurrence précise que « *le chiffre d'affaires total d'une partie à la concentration ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au II du présent article* ».
81. Cette exclusion des activités intragroupe 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 intragroupe reviendrait alors à surévaluer artificiellement le poids économique des entreprises sur les marchés puisque les échanges intragroupes 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'affaires de l'entreprise aval.
82. 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 au principe général selon lequel le calcul du chiffre d'affaires est destiné à mesurer le poids économique réel de chaque entreprise impliquée dans une concentration.
83. Lorsque l'opération se traduit par une transformation du contrôle exercé en commun sur une entreprise en 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 acquéreur.
84. Dans le cas particulier d'entreprises communes entre plusieurs entreprises concernées, le chiffre d'affaires des entreprises communes réalisé auprès de tiers est imputé à parts égales aux

¹² Exemple : si trois entreprises détiennent conjointement les droits et pouvoirs énumérés au point b de l'article A 310-1-3-II, sur la société X, un tiers du chiffre d'affaires de X sera attribué à chacune de ses mères.

différentes entreprises concernées, quelle que soit la part du capital ou des droits de vote qu'elles détiennent.

d) AJUSTEMENTS DU CHIFFRE D'AFFAIRES

85. 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 notification. Tous les chiffres d'affaires doivent être évalués à la date du dernier exercice 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 postérieurement. 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 compte.
86. En revanche, 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 notifiée.

e) AFFECTATION GEOGRAPHIQUE DU CHIFFRE D'AFFAIRES

87. En ce qui concerne l'affectation géographique du chiffre d'affaires, celui-ci doit être affecté au lieu où s'exerce la concurrence, c'est-à-dire, en règle générale, au lieu où se trouve le client (lieu où le produit est réellement livré et le service est réellement fourni). 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.
88. En outre, le contrôle des concentrations s'applique à toutes les opérations, quelles que soient la nationalité des entreprises ou leur localisation, qu'elles possèdent ou non des actifs ou une structure en Polynésie française, et que l'opération soit réalisée ou non en dehors du territoire polynésien et ce dès lors qu'elles réalisent un chiffre d'affaires en Polynésie française et dépassent les seuils de contrôlabilité.
89. Ainsi, par exemple, l'APC a examiné la prise de contrôle conjoint des trois hôtels Sofitel de Polynésie française par la société Lupesina Tahiti Investments (groupe Grey) aux côtés du groupe AccorHotels¹³, le groupe Grey réalisant, par l'intermédiaire de l'exploitation de l'hôtel Le Méridien Tahiti, un chiffre d'affaires en Polynésie française.

f) SECTEURS D'ACTIVITES SPECIFIQUES

90. Dans le cas particulier des établissements de crédit et des établissements financiers, 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 d'autres impôts liés à ces produits, c'est-à-dire par le produit bancaire brut.

¹³ Par décision APC n° 2016-CC-02 du 29 août 2016 précitée.

91. Pour les entreprises d'assurance, le chiffre d'affaires est remplacé 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.

II. LA PROCEDURE

A. L'OBLIGATION DE NOTIFICATION ET L'EFFET SUSPENSIF DE LA PROCEDURE

1. L'OBLIGATION DE NOTIFICATION

92. Dès qu'une opération de concentration est contrôlable au sens des articles LP 310-1 et LP 310-2 du code de la concurrence, elle doit être notifiée auprès de l'APC.
93. 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 LP 310-3 alinéa 2). 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.
94. En vertu du premier alinéa de l'article LP 310-3, « *l'opération de concentration doit être notifiée avant sa réalisation à l'Autorité polynésienne de la concurrence. 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.
95. Si aucune disposition ne limite dans le temps la validité des autorisations accordées par l'APC, les opérations doivent néanmoins être réalisées dans un délai raisonnable et en toute hypothèse à circonstances de droit et de fait inchangées.
96. 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.
97. Des entreprises qui réaliseraient une opération de concentration contrôlable sans l'avoir préalablement notifiée, s'exposent aux sanctions prévues à l'article LP 310-8-I du code de la concurrence :
- « Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité polynésienne de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au IV de l'article LP 641-2, aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. La procédure prévue aux articles LP 310-5 à LP 310-7 est alors applicable. En outre, l'Autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombe 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 Polynésie française lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en Polynésie française durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 20 millions de francs CFP ».

98. Il convient de souligner que ce dispositif sanctionne aussi bien une infraction intentionnelle qu'une omission par simple négligence. L'APC tient notamment compte, dans son appréciation, des circonstances ayant mené au défaut de notification et du comportement des entreprises au cours de la procédure.
99. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire conforme aux articles LP 630-2 à LP 630-6 du code de la concurrence. Le rapporteur général propose à l'Autorité de se saisir d'office de la situation de l'entreprise concernée au regard du I de l'article LP 310-8 du code de la concurrence. Une notification des griefs est communiquée aux entreprises concernées et au commissaire du gouvernement auxquels un délai de deux mois est laissé pour présenter leurs observations en réponse. Un rapport est ensuite notifié aux entreprises concernées et au commissaire du gouvernement auxquels un délai d'un mois est laissé pour présenter un mémoire en réponse. Les entreprises sont ensuite entendues en séance par le collège de l'Autorité. La décision est notifiée aux parties et publiée au JOPF ainsi que sur le site internet de l'Autorité.
100. En l'absence de disposition relative à la prescription spécifique à l'application de l'article LP 310-8-I, l'article LP 620-8 du code de la concurrence disposant que « *l'Autorité polynésienne de la concurrence ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* » vise, sans distinction, l'ensemble des "faits" que l'Autorité peut être conduite à sanctionner et qu'en conséquence, il convient de retenir que la prescription quinquennale est applicable aux faits relevant du I de l'article LP 310-8. S'agissant du point de départ de cette prescription, l'Autorité considère que les faits visés au I de l'article LP 310-8 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.
101. Il résulte de la lecture des articles LP 310-1, LP 310-3 et LP 310-8-1 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 cible¹⁴.
102. S'agissant des déterminants de la sanction, l'APC 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 « *manquement à l'obligation de notification d'une opération de concentration constitue, en tant que tel et quelle que soit l'importance des effets anticoncurrentiels de cette opération sur le ou les marchés pertinents concernés, un manquement grave, dès lors qu'il fait obstacle au contrôle des opérations de concentration qui*

¹⁴ Décisions du Conseil d'Etat n° 360949 du 24 juin 2013 relative à l'opération Colruyt et n° 375658 du 15 avril 2016 relative à l'opération Castel/Patriarche.

*incombe à l'Autorité... »*¹⁵. La caractérisation du manquement sanctionné par le I de l'article LP 310-8 du code de la concurrence ne nécessite donc pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par la concentration non notifiée. 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 de ses moyens humains, du caractère délibéré du manquement qu'elle commet, de l'intention qu'elle a, en le commettant, de contourner les règles de la concurrence, de la coopération qu'elle apporte au cours de la procédure, ainsi que de sa situation financière¹⁶.

2. L'EFFET SUSPENSIF DE LA PROCEDURE ET LES DEROGATIONS

103. En vertu de l'article LP 310-4 du code de la concurrence, « *la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité polynésienne de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'article LP 310-7-1, celui du Président de la Polynésie française* ». Cette disposition contraint les entreprises à notifier l'opération avant sa réalisation, mais également à ne pas réaliser l'opération, une fois que l'opération est notifiée, avant que l'Autorité et, le cas échéant, le Président de la Polynésie française, n'ait rendu une décision.
104. La réalisation d'une opération est effective dès l'instant où le contrôle au sens de l'article LP 310-1-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.

a) LES DEROGATIONS A L'EFFET SUSPENSIF DU CONTROLE

i. La dérogation de l'article LP 310-4

105. Le deuxième alinéa de l'article LP 310-4 du code de la concurrence prévoit qu'« *en cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité polynésienne 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.
106. 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 LP 310-4 du code de la concurrence, par la décision du Tribunal mixte 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, peuvent également justifier l'octroi de cette dérogation.
107. 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

¹⁵ Décision du Conseil d'Etat n° 375658 du 15 avril 2016 relative à l'opération Castel/Patriarche.

¹⁶ Décision du Conseil d'Etat n° 375658 du 15 avril 2016 relative à l'opération Castel/Patriarche.

dossier de notification aussi complet que possible, qui inclut, *a minima*, une présentation des parties et de l'opération et une analyse concurrentielle préliminaire sur les effets de l'opération (définition des marchés pertinents et estimation des parts de marché des parties et de leurs concurrents sur chaque marché).

108. La dérogation porte sur la réalisation de l'opération avant qu'elle n'ait été autorisée et n'a pas pour effet de dispenser l'opération de cette autorisation. De plus, l'octroi d'une dérogation par l'APC 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, quoique très exceptionnellement, 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. C'est pourquoi, l'octroi de cette dérogation peut être assorti de conditions.
109. Le troisième alinéa de l'article LP 310-4 précise que les dérogations accordées par l'APC sont caduques 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 A 310-1 du code de la concurrence, c'est-à-dire n'a pas été complété par les parties, empêchant ainsi son examen par l'Autorité.

ii. La dérogation de l'article A 310-1-2

110. Un second dispositif dérogatoire à l'effet suspensif de la procédure est prévu par l'article A 310-1-2 : « *Lorsqu'une opération de concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article LP 310-4 du code de la concurrence de la Polynésie française, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision de l'Autorité ne fait pas obstacle au transfert desdits titres. Le transfert de propriété des titres ne valant pas réalisation effective de l'opération de concentration, il peut être effectué avant que l'opération ne soit approuvée par l'Autorité polynésienne de la concurrence* ». 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 à l'article LP 310-4, réalise la concentration et, de ce fait, est passible d'une sanction en vertu de l'article LP 310-8-II.
111. 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. 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. 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.
112. 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.

b) LA SANCTION DE L'ARTICLE LP 310-8-II

113. L'article LP 310-8-II dispose que « *si une opération de concentration notifiée et ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article LP 310-4 a été réalisée avant l'intervention de la décision prévue au premier alinéa du même article, l'Autorité polynésienne de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I du présent article* », soit, pour les personnes morales, 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en Polynésie française lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en Polynésie française durant la même période la partie acquise, et, pour les personnes physiques, 20 millions de francs CFP.
114. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire conforme aux articles LP 630-2 à LP 630-6 du code de la concurrence. Le rapporteur général propose à l'Autorité de se saisir d'office de la situation de l'entreprise concernée au regard du II de l'article LP 310-8 du code de la concurrence. Une notification des griefs est communiquée aux entreprises concernées et au commissaire du gouvernement auxquels un délai de deux mois est laissé pour présenter leurs observations en réponse. Un rapport est ensuite notifié aux entreprises concernées et au commissaire du gouvernement auxquels un délai d'un mois est laissé pour présenter un mémoire en réponse. Les entreprises sont ensuite entendues en séance par le collège de l'Autorité. La décision est notifiée aux parties et publiée au JOPF ainsi que sur le site internet de l'Autorité.

3. LES RETRAITS DE NOTIFICATION

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

B. LES DIFFERENTES PHASES DE LA PROCEDURE

116. Plusieurs phases de la procédure devant l'APC 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 d'instruction sur les questions que soulève l'opération.
- **La phase 1** : une fois notifiée, l'opération est examinée par le service d'instruction de 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, le collège de 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 Président de la Polynésie française peut aussi demander l'ouverture d'une phase 2 (article LP 310-7-1 I du code de la concurrence).
- **La phase 2** : en pratique, les "phases 2" sont engagées pour un nombre de cas plus restreint. Comme en phase 1, l'Autorité peut recevoir des engagements proposés par les parties. L'examen approfondi donne lieu à un rapport du service d'instruction adressé aux parties notifiantes et au commissaire du gouvernement qui peuvent produire leurs observations. L'opération est examinée au cours d'une séance par 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 Président de la Polynésie française 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.

1. LA PHASE DE PRE-NOTIFICATION

117. La phase de pré-notification, qui est facultative mais conseillée, est déclenchée à l'initiative des entreprises parties à l'opération.
118. Une prise de contact en amont de la notification permet aux entreprises d'échanger avec le service d'instruction de l'APC 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 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. Il est rappelé que le délai d'instruction de 25 jours prévu par le code de la concurrence ne court qu'à partir du moment où le dossier est reçu complet.
119. 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 procedure@autorite-concurrence.pf. A la suite de cet envoi, une première réponse du rapporteur

général de l'Autorité 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 faite aux parties. Des réunions informelles peuvent être organisées entre le service d'instruction et les parties en tant que de besoin.

120. 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 d'instruction 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 d'instruction.
121. Lorsque les interrogations des parties portent sur la contrôlabilité d'une opération, le service d'instruction 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 une 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 le collège de l'APC dans le cadre d'un examen formel.
122. 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 d'instruction, 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.
123. L'ensemble de cette phase de pré-notification est strictement confidentiel : elle ne donne lieu à aucune publicité sur le site internet de l'APC et à aucun contact avec des tiers. Néanmoins, sous réserve de l'accord préalable écrit des parties, une consultation de marché (appelée communément "test 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.

2. LA PHASE 1

a) LE DEPOT DU DOSSIER DE NOTIFICATION

124. Le dossier de notification doit être adressé en quatre exemplaires, comme le précise l'article A 310-1 du code de la concurrence :
 - trois exemplaires doivent être fournis en version papier ;
 - un exemplaire doit être fourni en version numérique au format PDF ;
125. Le dossier de notification peut être envoyé à l'Autorité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou être déposé les jours ouvrés de 7h30 à 12h00 et de 13h00 à 16h00 aux adresses suivantes :

Adresse géographique	Adresse postale
Autorité polynésienne de la concurrence Service de la procédure Bâtiment du gouvernement – rez-de-chaussée Avenue Pouvana’a a O’opa - Papeete	Autorité polynésienne de la concurrence Service de la procédure BP 27 98713 Papeete

126. 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.
127. L’article A 310-1 du code de la concurrence précise que « Le dossier de notification mentionné à l’article LP 310-3 du code de la concurrence de la Polynésie française comprend les éléments énumérés à l’annexe I de la partie « Arrêtés » du code de la concurrence de la Polynésie française ». Un formulaire type de notification est disponible sur le [site internet de l’Autorité](#).
128. Le service d’instruction 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.
129. 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 conformément au troisième alinéa de l’article A 310-1. La comptabilisation des délais d’instruction démarre à 0 heure du jour ouvré suivant celui mentionné sur l’accusé de réception.
130. Dès réception du dossier de notification, l’APC en adresse un exemplaire au Président de la Polynésie française (article LP 310-3)

b) LE CONTENU DU DOSSIER DE NOTIFICATION

131. Le dossier de notification doit comprendre les éléments énumérés à l’annexe I de la partie « Arrêtés » du code de la concurrence.
132. Les informations demandées dans l’annexe I doivent être présentées dans un document en suivant le plan de cette annexe. Dans un souci de clarté, certaines informations peuvent être communiquées en annexe à ce document. Toutefois, toutes les informations fondamentales et, en particulier, les données relatives aux chiffres d’affaires, aux parts de marché des parties et de leurs principaux concurrents, doivent figurer dans le corps du document. Les annexes ne servent qu’à appuyer et compléter les informations fournies dans le document même. Les pièces justificatives doivent être remises dans leur langue originale. Si celle-ci n’est pas le français, les pièces (ou au moins les éléments importants) doivent être traduites.
133. Le dossier de notification 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 de produits ou services et géographiques, parts de marché des parties et des principaux opérateurs concurrents),
 - une présentation détaillée de chacun des marchés affectés (cf. § 144 et suivants),
 - une déclaration sur l’exactitude et la complétude des informations fournies.
134. En cas de doute sur le contenu précis du dossier, les parties peuvent contacter le service d’instruction, en pré-notification, afin de préciser les éléments nécessaires (cf. § 117 et suivants).
135. Une présentation détaillée des marchés n’est demandée que lorsqu’un marché est affecté (cf. § 144 et suivants), afin d’alléger le dossier de notification pour les opérations les plus simples.

136. La description de l'opération doit inclure un résumé non confidentiel de l'opération, destiné à être publié au JOPF et sur le site internet de l'APC. Ce résumé 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.
137. 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 statuts des sociétés, 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...
138. Les parties doivent apporter une attention particulière aux indications relatives à leurs principaux concurrents, clients et fournisseurs en fournissant les éléments les plus détaillés possibles. 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, en complément du support papier, des documents sous la forme d'un fichier informatique au format Excel, les coordonnées de ces derniers les plus précises possibles (dénomination sociale, nom des gérants, adresse géographique, boîte postale, adresse électronique et n° de téléphone).
139. Le dossier de notification est strictement confidentiel à l'égard des tiers. En effet, la Commission d'accès aux documents administratifs a estimé dans une décision du 9 juillet 2010, s'agissant de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, que les éléments du dossier de notification, autres que le résumé non confidentiel, 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 n° 78-753 du 17 juillet 1978 relative à la communication des documents administratifs. Dans la mesure où l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, devenu l'article 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, est applicable en Polynésie française (article L 553-2 du même code), la jurisprudence de la Commission d'accès aux documents administratifs est donc *a priori* transposable en Polynésie française. Le dossier de notification déposé auprès l'APC et ses annexes, ne sont donc pas communicables aux tiers.

i. Les marchés concernés

140. Selon le II de l'article A 310-1-1, « *un marché est considéré comme concerné lorsque les entreprises concernées sont, soit présentes sur le(s) même(s) marché(s) pertinents, soit actives sur des marchés situés à des stades différents de la chaîne de valeur (à l'amont et à l'aval) soit actives sur des marchés connexes* ».
141. L'annexe 1 de la partie « Arrêtés » du code de la concurrence précise qu'un marché concerné est un « *marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques* » :
- un marché pertinent de produits comprend tous les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Des produits, sans être substituables au sens de la phrase précédente, peuvent être regardés comme relevant d'un même marché, dès lors qu'ils requièrent la même technologie pour leur fabrication et qu'ils font partie d'une gamme de produits de nature à caractériser ce marché ;
 - un marché pertinent géographique est un territoire sur lequel sont offerts et demandés des biens et des services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

142. 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 de l'APC. Les parties peuvent aussi s'appuyer sur d'autres pratiques décisionnelles d'autorités de la concurrence, en expliquant en quoi elles sont transposables en Polynésie française ou non.
143. Les informations liées à la définition des marchés et aux parts de marché représentent un motif 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 des marchés, en particulier lorsqu'elles contestent une segmentation retenue par la pratique décisionnelle de l'APC, ou à défaut d'autres autorités de concurrence, ou font valoir que celle-ci doit être revue compte tenu des évolutions constatées ou des spécificités propres à la Polynésie française.

ii. Les marchés affectés

144. Selon le III de l'article A 310-1-1, un marché concerné est considéré comme affecté si l'une au moins des 3 conditions suivantes est vérifiée :
- si la part de marché cumulée des entreprises concernées à une opération de concentration actives sur ce marché atteint 25 % ou plus ;
 - si une entreprise concernée exerce des activités sur ce marché et qu'une autre entreprise concernée exerce des activités sur un marché situé en amont ou 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, la part de marché, seule ou cumulée, atteint 25 % ou plus ;
 - si l'une des entreprises concernées à l'opération dispose d'une part de marché supérieure à 25 % sur un marché concerné et l'opération entraîne la disparition d'un concurrent potentiel
145. Pour chacun des marchés affectés, les parties fournissent une présentation détaillée du marché et des entreprises présentes sur ce marché. L'annexe 1 énumère les informations qui doivent 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 pré-notification (ou, le cas échéant, lors de contacts préalables à ce dépôt).

iii. Le calcul des parts de marché

146. Les parties notifiantes sont amenées à calculer les parts de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent sur les marchés concernés. La notification doit aussi préciser les parts de marché de leurs concurrents. Afin d'écartier rapidement tout doute d'atteinte à la concurrence, les parties sont invitées à présenter leurs parts de marché et celles des concurrents en considérant l'ensemble des segmentations possibles de marché, en particulier les plus étroites.
147. 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 total 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 marché en valeur. Les parties sont alors invitées à proposer des modes alternatifs de calcul des parts de marché en justifiant leur proposition.
148. L'appréciation des parts de marché dépend de la fiabilité des données sources utilisées par les parties. Ces dernières sont donc 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 toute autre source. En l'absence de sources fiables, les parties doivent le mentionner dans leur dossier de notification en précisant que les parts de marché fournies constituent de simples estimations.

149. L'APC 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, ou si elles sont confidentielles.

iv. Les dossiers simplifiés

150. Le I de l'article A 310-1-1 du code de la concurrence dispose qu'« une opération de concentration est éligible à un dossier de notification simplifié si :

1°) elle n'entraîne aucun marché concerné et ne conduit pas à la disparition d'un concurrent potentiel ;

2°) elle entraîne un ou des marché(s) concerné(s) sans qu'il existe de marché(s) affecté(s) ».

151. Cependant, un dossier complet peut toujours être demandé aux parties si les spécificités de l'opération le justifient (article A 310-1-1 IV). Dans ce cas, la transmission des informations complémentaires demandées sera exigée préalablement à l'envoi d'un accusé de réception du dossier.

➤ ***En l'absence de marché affecté :***

152. Le IV de l'article A 310-1-1 précise que « pour les opérations de concentration éligibles à un dossier de notification simplifié, les informations demandées se limitent aux sections I à III et V du formulaire de notification figurant en annexe I ». Les parties n'ont donc pas à renseigner la section IV du formulaire de notification, relative à la présentation des marchés affectés par l'opération dans leur dossier de notification, partie la plus exigeante en termes d'informations requises.

➤ ***En l'absence de marché concerné :***

153. Lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la cible, ni sur des marchés amont, aval ou connexes et que la cible n'était pas un concurrent potentiel du ou des acquéreurs, l'article A 310-1-1 IV et les dispenses mentionnées dans l'annexe I de la partie « arrêté » du code de la concurrence permettent aux parties :

– Section II du formulaire de notification :

- au point e) : de ne donner un tableau récapitulatif des données financières que pour le dernier exercice clos ;
- au point f) : de ne pas fournir « la liste des opérations de concentration réalisées au cours des trois dernières années » ;
- au point g) : de 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 » ;

– Section III du formulaire de notification : de ne pas renseigner la sous-partie B. « Informations sur les marchés concernés » :

– Section IV du formulaire de notification : de ne pas la renseigner.

Cependant, il est demandé aux parties notifiantes de déclarer sur l'honneur dans le dossier de notification simplifié que l'opération concernée remplit bien cette condition.

v. Omission ou déclaration inexacte dans la notification et sanction

154. L'article LP 310-8 III prévoit qu'« *en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, l'Autorité polynésienne de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire* ». Cette sanction, en vertu de l'article LP 310-8-I, peut s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en Polynésie française pour les personnes morales.
155. Pour déterminer le montant de l'amende, l'APC 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 polynésienne de la concurrence. La mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire, conforme aux articles LP 630-2 à LP 630-6 du code de la concurrence. Le rapporteur général propose à l'Autorité de se saisir d'office de la situation de l'entreprise concernée au regard du III de l'article LP 310-8 du code de la concurrence. Une notification des griefs est communiquée aux entreprises concernées et au commissaire du gouvernement auxquels un délai de deux mois est laissé pour présenter leurs observations en réponse. Un rapport est ensuite notifié aux entreprises concernées et au commissaire du gouvernement auxquels un délai d'un mois est laissé pour présenter un mémoire en réponse. Les entreprises sont ensuite entendues en séance par le collège de l'Autorité. La décision est notifiée aux parties et publiée au JOPF ainsi que sur le site internet de l'Autorité.
156. 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 LP 310-8 III). 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 (cf. § 113 et suivants).

c) LA PUBLICATION D'UN COMMUNIQUE RELATIF AU DEPOT D'UNE NOTIFICATION

157. Les articles LP 310-3 et A 310-2 du code de la concurrence prévoient que l'APC publie un communiqué lors de la réception de la notification dans un délai de 10 jours ouvrables. Ce communiqué est publié au JOPF et est mis en ligne sur le site internet de l'Autorité : <http://www.autorite-concurrence.pf/le-controle-des-concentrations-et-des-surfaces-commerciales/le-controle-des-concentrations/operations-en-cours-dexamen/>.
158. Il contient les éléments prévus à l'article A 310-2, à savoir : 1°) les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent, 2°) la nature de l'opération, 3°) les secteurs économiques concernés, 4°) le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations et 5°) le résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties.
159. 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.

d) LES DELAIS D'EXAMEN

160. La phase 1 débute le jour ouvré suivant la date de réception par l'APC du dossier de notification complet (article A 310-1) et dure 25 jours ouvrés (article LP 310-5 I). Cette date est matérialisée par un accusé de réception du dossier complet adressé aux parties notifiantes.
161. 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.
162. Ce délai est automatiquement prolongé de 15 jours ouvrés en cas de réception par l'Autorité d'engagements proposés par les parties (article LP 310-5 II).
163. Les parties peuvent également demander une suspension des délais d'examen dans la limite de 15 jours ouvrés (LP 310-5 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.
164. Par ailleurs, une procédure d'arrêt des pendules (« *stop the clock* ») à l'initiative de l'Autorité, a été prévue par l'article LP 310-5 II. Ce mécanisme permet de suspendre le délai d'examen de l'opération dans deux cas : i) 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 ; ii) 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 le service d'instruction, 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. Dans les deux 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.
165. 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 LP 3223-1 du code du travail dans la rédaction en vigueur le jour du dépôt de la notification.

e) LA CONDUITE DE L'EXAMEN DE PHASE 1

166. 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 le service d'instruction de l'Autorité afin de réunir les éléments nécessaires à une décision motivée.
167. L'examen de l'opération est conduit par le service d'instruction, un ou plusieurs rapporteurs étant en charge de chaque opération.
168. Le service d'instruction vérifie si l'opération est contrôlable en vertu des articles LP 310-1 et LP 310-2 du code de la concurrence, analyse si la délimitation des marchés pertinents proposée par les parties est adaptée et évalue les effets de l'opération sur la concurrence, et, le cas échéant, la pertinence des engagements proposés (article 123-01 du règlement intérieur).

i. Echanges avec les parties

169. Pour mener l'analyse, le service d'instruction 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. En effet, conformément à l'article 3 de l'ordonnance n° 2017-157 du 9 février 2017 ratifiée et modifiée par la loi n° 2018-643 du 23 juillet 2018, les agents des services d'instruction de l'Autorité polynésienne de la concurrence habilités à cet effet « *peuvent effectuer les contrôles nécessaires à l'accomplissement de leur mission dans les lieux utilisés à des fins professionnelles* ». Par ailleurs, l'article LP 641-2 IV du code de la concurrence prévoit que « *Lorsqu'une entreprise, une personne, 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 à l'article LP 610-6, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés, 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 du présent article* ». 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. 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 également, 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 réalisé en Polynésie française 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* ». Les demandes d'informations complémentaires faites aux parties sont susceptibles de suspendre le délai d'instruction, si les parties notifiantes ne communiquent pas tout ou partie des informations demandées dans le délai imparti¹⁷ (cf. § 165).
170. Le service d'instruction 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.
171. L'APC 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. Le service d'instruction pourra donc être amené à prendre l'initiative d'organiser de telles réunions au cas par cas.

ii. Echanges avec les tiers

172. 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

¹⁷ Les délais peuvent aussi être suspendus si les parties empêchent, de quelque façon que ce soit, des tiers de répondre à des demandes d'informations formulées par le service d'instruction.

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.

173. Les tiers intéressés sont invités à transmettre leurs observations par courrier électronique (procedure@autorite-concurrence.pf) ou par fax (+689 40 50 49 12) en précisant les références de l'opération sur laquelle ils désirent apporter une contribution. Le délai dans lequel les tiers peuvent présenter des observations est précisé sur le site internet de l'Autorité lors de la publication du communiqué relatif au dépôt de la notification. Il est généralement de 10 jours calendaires à compter de la date de cette publication.
174. 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 d'instruction réalise un test de marché. Pour ce faire, des questionnaires sont adressés aux principaux clients, fournisseurs et/ou 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.
175. 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.
176. Conformément à l'article LP 310-10 du code de la concurrence, les tiers peuvent demander la confidentialité pour leur réponse aux questionnaires, comme pour leurs observations spontanées envoyées à l'Autorité. En effet, *« lorsqu'elle interroge des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties, et rend publique sa décision, l'Autorité polynésienne de la concurrence tient 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 confidentiels. Les tiers peuvent également demander l'anonymat de leurs réponses.
177. En matière de gestion du secret des affaires, un régime particulier est prévu pour le contrôle des concentrations à l'article A 364-4 du code de la concurrence, 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 LP 630-4 du code de la concurrence de la Polynésie française dans le cadre de l'examen des projets d'opérations de concentration prévu au titre I du livre III de la partie législative du code de la concurrence de la Polynésie française, les personnes apportant des informations à l'Autorité polynésienne 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 A 634-1 à A 634-3 du présent code ne sont pas applicables »*.
178. 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.

179. 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 (article 122-02 II du règlement intérieur). 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 d'instruction laisse subsister des doutes sérieux quant aux effets de l'opération sur la concurrence, le service d'instruction 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 LP 310-5 du code de la concurrence.

f) LES ENGAGEMENTS EN PHASE 1

180. L'article LP 310-5 II du code de la concurrence 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* ».
181. 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.
182. Lorsque des engagements paraissent nécessaires mais que les parties n'en ont pas proposé, le service d'instruction les invite à le faire (article 123-01 du règlement intérieur).
183. Comme mentionné précédemment au paragraphe 163, 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.
184. 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 (article 123-01 du règlement intérieur). 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'engagement 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 aux paragraphes 241 et suivants des présentes lignes directrices ainsi qu'au modèle de lettre d'engagement figurant à l'annexe 1.
185. En relation avec le collège de l'APC, le service d'instruction 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 (article 123-02 du règlement intérieur).

g) LA DECISION DE L'AUTORITE EN PHASE 1

186. En phase 1, en vertu de l'article LP 310-5-III du code de la concurrence, « *l'Autorité polynésienne de la concurrence peut* :

1° soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles LP 310-1 et LP 310-2 ;

2° soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ;

3° soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues aux articles LP 310-6 et LP 310-7 ».

187. Les décisions sont prises de manière collégiale par le collège de l'Autorité polynésienne de la concurrence à l'occasion d'une séance. Comme le précise le quatrième alinéa de l'article LP 610-5, « *les décisions du collège sont prises à la majorité des voix [...]. L'Autorité ne siège et ne délibère que si trois membres au collège sont présents, y compris le président* ».
188. En dehors du collège, seul le service d'instruction assiste à la séance (article 124-02 du règlement intérieur), à l'exclusion du commissaire du gouvernement, des parties et des tiers. Cependant, conformément à l'article LP 630-5 du code de la concurrence, le service d'instruction n'assiste pas au délibéré.
189. La décision est notifiée aux parties. La décision est également transmise au Président de la Polynésie française dans les 7 jours ouvrés (articles LP 310-5 V du code de la concurrence) qui peut, en vertu de l'article LP 310-7-1 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 de la décision qui leur est adressé.
190. En outre, conformément à l'article LP 310-5 IV, si l'Autorité n'a pris aucune décision dans le délai qui lui était imparti, elle en informe le Président de la Polynésie française. L'opération est alors réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation, au terme du délai ouvert au Président de la Polynésie française par l'article LP 310-7-1 I (autorisation dite par « accord tacite »).
191. En vertu de l'article A 310-3, 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 ou d'un examen en phase 2 si celui-ci est engagé.

h) LA PUBLICATION DES DECISIONS

192. Après réception d'une décision, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer à l'Autorité les mentions relevant du secret des affaires (article A 310-4). 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 (articles LP 310-10 et A 310-5).
193. 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, l'Autorité leur adresse une version aménagée de la décision, avant sa publication, afin qu'elles puissent faire leurs observations dans un délai de 7 jours calendaires.

194. Certains éléments ne peuvent pas, en principe, être occultés :

- les informations dont la publication est obligatoire en application de la réglementation en vigueur en Polynésie française. 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’études¹⁸, etc.) ;
- les informations ayant perdu leur importance commerciale (en raison de leur ancienneté 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 l’Autorité, une surveillance par le marché.

195. 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 publics, 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 14,99 % : [10-20] %
 - entre 15,0 et 19,99 % : [15-25] %
 - entre 20,0 et 24,99 % : [20-30] %
 - entre 25,0 et 29,99 % : [25-35] %
 - etc ...
- pour tenir compte des intérêts légitimes de tiers à ce que leurs secrets d’affaires ne soient pas divulgués, l’Autorité peut également occulter ou remplacer par des fourchettes des mentions qui ne lui auraient pas été signalées par les parties notifiantes.

196. 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.

¹⁸ Institut de la statistique de Polynésie française par exemple.

197. 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 et de sa motivation.

3. LA PHASE 2 OU EXAMEN APPROFONDI

a) DECLENCHEMENT DE LA PHASE 2

198. Le déclenchement de la phase 2 peut intervenir :

- soit à l’initiative de l’Autorité, conformément à l’article LP 310-5 III 3°, lorsque subsiste un doute sérieux d’atteinte à la concurrence à l’issue de la première phase ;
- soit à la demande du Président de la Polynésie française. L’article LP 310-7-1 I énonce en effet que « *dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu cette décision, le Président de la Polynésie française peut demander à l’Autorité polynésienne de la concurrence, si cette dernière ne l’a pas déjà engagé, un examen approfondi de l’opération dans les conditions prévues aux articles LP 310-6 et LP 310-7* », la décision de l’Autorité prise à l’issue de la phase 1 étant communiquée dans les sept jours ouvrés au Président de la Polynésie française.

199. Les parties ne sont pas expressément prévenues lorsque le Président de la Polynésie française ne demande pas d’examen approfondi. En revanche, si le Président de la Polynésie française demande cet examen, l’APC informe les parties dès réception de la demande. L’APC examine le bien-fondé d’une telle demande mais n’est pas tenue d’y déférer. Elle se prononce sur une éventuelle demande dans un délai de 10 jours ouvrés à compter de sa réception et communique sa décision au Président de la Polynésie française ainsi qu’aux parties.

200. 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 que 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 ;
- 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.

b) LES DELAIS EN PHASE 2 ET LE MECANISME D’ARRET DES PENDULES

201. L’article LP 310-7 du code de la concurrence 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 polynésienne 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, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l’opération. S’ils sont transmis à l’Autorité polynésienne 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 polynésienne 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 polynésienne 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 ».

202. Comme en phase 1, les parties peuvent donc demander une suspension des délais d'examen.

i. L'arrêt des pendules (« stop the clock »)

203. Comme en phase 1, une procédure d'arrêt des pendules (« stop the clock ») à l'initiative de l'Autorité, a été prévue. 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 ;
- 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 le service d'instruction, 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.

204. 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.

205. 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.

ii. La prolongation des délais du fait d'engagements

206. Des engagements peuvent être proposés par les parties à tout moment au cours de la phase 2.

207. Si les parties les transmettent à l'Autorité plus de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'instruction, ce dernier reste inchangé. En revanche, si les parties transmettent des engagements à l'Autorité, ou des modifications apportées à des engagements déjà proposés, moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'instruction, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de leur réception (article LP 310-7 II), dans la limite de 85 jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi.

208. Le formalisme à respecter et la procédure de test des engagements sont les mêmes qu'en phase 1. Pour plus de détails sur la nature des engagements, il convient de se reporter aux paragraphes 241 et suivants des présentes lignes directrices ainsi qu'au modèle de lettre d'engagement figurant à l'annexe 1.

c) LA CONDUITE DE L'EXAMEN EN PHASE 2

209. L'article LP 310-6 indique que « *Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité polynésienne de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. [...]* ».
210. La procédure applicable à l'examen approfondi de l'opération est contradictoire (article 122-02 du règlement intérieur).
211. Durant cette seconde phase, le service d'instruction 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 seront détaillés dans un complément aux présentes lignes directrices. Pour cela, 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.
212. L'examen approfondi donne lieu à la rédaction d'un rapport par le service d'instruction 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. Le service d'instruction 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 LP 630-4 (articles LP 630-3 du code de la concurrence et 122-02 du règlement intérieur)
213. 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 (articles LP 310-6 du code de la concurrence et 122-02 du règlement intérieur). Conformément à l'article LP 630-3, le rapport est accompagné des documents sur lesquels se fonde le service d'instruction.
214. Une séance est ensuite organisée selon les modalités énoncées par les articles LP 630-5 et LP 630-6 du code de la concurrence et les articles 113-2-01 à 113-3-05 et 124-03 du règlement intérieur de l'Autorité polynésienne de la concurrence.
215. A cet égard, l'article LP 630-5 dispose que « *les séances de l'Autorité ne sont pas publiques. Seules les parties et le commissaire du gouvernement peuvent y assister. Les parties peuvent demander à être entendues par l'Autorité et se faire représenter ou assister* ». Au cours de la séance, les rapporteurs exposent tout d'abord les conclusions de leur instruction (article A 640-5). Le rapporteur général ainsi que le commissaire du gouvernement présentent ensuite leurs observations (article LP 630-5). Le collège peut également entendre, au cours de la séance, des tiers ainsi que les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération selon les modalités de l'article LP 310-6. Ces témoins, qui sont entendus à la demande de l'Autorité (article LP 310-6) ou des parties (article A 640-5)¹⁹, sont invités à répondre aux questions des membres du collège. Ils n'assistent pas à la totalité de la séance et sont entendus en l'absence des parties, invitées à quitter la salle des séances (articles LP 310-6).
216. L'Autorité entend enfin les parties qui peuvent présenter leur propre analyse et répondre aux questions des membres du collège (article 124-03 du règlement intérieur).

¹⁹ Toutefois, l'Autorité peut ne pas accéder à cette demande, si elle s'estime suffisamment informée.

d) LA DECISION DE L'AUTORITE EN PHASE 2

217. Au terme de l'examen approfondi de phase 2, conformément à l'article LP 310-7,
«III – L'Autorité polynésienne de la concurrence peut, par décision motivée :
1° soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;
2° 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.
Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.
Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations.
IV.- Si l'Autorité polynésienne de la concurrence n'entend prendre aucune des décisions prévues au 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 ».
218. Le collège de l'Autorité délibère selon les règles définies à l'article LP 630-5 du code de la concurrence. Le délibéré est secret et se déroule à huis clos (article 114-01 du règlement intérieur). Le rapporteur général, les rapporteurs en charge du dossier et le commissaire du gouvernement n'y assistent pas, pas plus que les parties.
219. En cas de décision d'interdiction ou d'autorisation sous réserve d'injonctions, l'Autorité transmet le projet de décision aux parties notifiantes 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. En revanche, l'Autorité n'a pas à transmettre ce projet de décision aux concurrents qui ne sont pas des parties intéressées²⁰.
220. Puis l'Autorité notifie sa décision aux parties. Comme pour les décisions de phase 1, après réception de la décision, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours calendaires pour indiquer à l'Autorité polynésienne de la concurrence les mentions relevant du secret des affaires (article A 310-4). Comme pour les décisions de phase 1, la publication des décisions se fait dans le respect de l'intérêt légitime des parties et des tiers (article LP 310-10).
221. La décision est également transmise pour information au Président de la Polynésie française dans les 7 jours ouvrés (article LP 310-7 V). En pratique, elle est souvent transmise au Président de la Polynésie française le même jour que la notification de la décision aux parties.
222. Quelle que soit la décision finale prise en application de l'article LP 310-7, l'Autorité rend public le sens de la décision dans les 5 jours ouvrables qui la suivent en publiant sur son site internet l'information selon laquelle l'opération a fait l'objet d'une autorisation, d'une autorisation sous réserve de la mise en œuvre d'engagements, d'une autorisation sous réserve d'injonctions ou d'une interdiction (article A 310-3).

²⁰ Décisions du Conseil d'Etat n° 362347 du 21 décembre 2012 relative à l'opération Canal+/TPS et n° 373065 du 5 novembre 2014 relative à l'opération Bouyer Leroux/Imerys.

e) LE POUVOIR D'EVOCATION DU PRESIDENT DE LA POLYNESIE FRANÇAISE

223. L'article LP 310-7-1 II énonce que, pour les décisions de phase 2 :

« Dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité ou en a été informé en vertu de l'article LP 310-7, le Président de la Polynésie française peut évoquer l'affaire 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.

Le Président de la Polynésie française statue alors sur l'opération en cause après agrément du conseil des ministres dans le délai de vingt jours ouvrés à compter de l'évocation de l'affaire.

Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le Président de la Polynésie française 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 la pérennisation de l'emploi.

Lorsqu'en vertu du présent II le Président de la Polynésie française évoque une décision de l'Autorité, 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 ».

224. La date à laquelle le Président de la Polynésie française reçoit la décision de l'Autorité est souvent la même que celle de la notification de la décision aux parties, la décision étant transmise parallèlement au Président et aux parties.

225. Dans les 5 jours ouvrables suivant sa décision, le Président de la Polynésie française en rend public le sens (article A 310-3).

226. Les décisions motivées du Président de la Polynésie française sont également rendues publiques dans le respect de l'intérêt légitime des parties et des tiers, cette publicité étant assurée par une publication au *Journal officiel* de la Polynésie française (article A 310-5).

C. LES RECOURS

227. La cour administrative d'appel de Paris est la juridiction compétente pour connaître des décisions administratives de l'Autorité polynésienne de la concurrence prises au titre des articles LP 310-5, LP 310-7 et LP 310-8 du code de la concurrence en matière de contrôle des concentrations. L'article R. 311-2 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue du décret n° 2018-888 du 11 octobre 2018, dispose ainsi que « *la cour administrative d'appel de Paris est compétente pour connaître en premier et dernier ressort : (...) 4° Des recours dirigés contre les décisions de l'autorité polynésienne de la concurrence qui ne relèvent pas du juge judiciaire* », l'article 10-1 de l'ordonnance n° 2017-157 du 9 février 2017, ratifiée et modifiée par la loi n° 2018-643 du 23 juillet 2018, énumérant les décisions de l'APC relevant de la compétence de la cour d'appel de l'ordre judiciaire.
228. 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 ou de la révision 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 la cour administrative d'appel de Paris.
229. En outre, l'article LP 642-1 du code de la concurrence prévoit que « *le Président de la Polynésie française peut exercer un recours contre toutes les décisions de l'Autorité polynésienne de la concurrence ; il peut exercer tous les recours contre les décisions juridictionnelles statuant sur les décisions de l'Autorité* ».

1. LES DELAIS DE RECOURS

230. Le délai pour former un recours contre une décision de l'Autorité prise en matière de contrôle des concentrations 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 le lundi 3 avril 2017 à 10 heures 30, le délai commencera à courir le mardi 4 avril 2017 à 0 heure et expirera le dimanche 4 juin 2017 à 0 heure, le recours ne pouvant être introduit le dimanche et les jours fériés (lundi de pentecôte), il expirera le premier jour ouvrable suivant soit le mardi 6 juin 2017.
231. 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 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'intéressée.
 - Pour les tiers, le point de départ du délai opposable correspond à la date de publication de la décision. Cette publication est assurée par la mise en ligne de la décision de l'Autorité sur son site internet conformément aux articles A 310-5 du code de la concurrence et 125-01 du règlement intérieur de l'Autorité. En revanche, 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

232. Les recours à l'encontre des décisions en matière de concentrations sont principalement des recours en annulation. Le juge administratif 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.
233. Le Conseil d'État a notamment été amené, dans ses arrêts relatifs au contrôle des concentrations métropolitain, à examiner la régularité de la procédure²¹, la contrôlabilité de l'opération²², la délimitation des marchés pertinents²³, l'appréciation des effets concurrentiels de l'opération²⁴, la prise en compte des contributions au progrès économique susceptibles de compenser les atteintes à la concurrence identifiées²⁵, la prise en compte de l'argument de l'entreprise défaillante²⁶ ou encore le caractère suffisant des engagements acceptés par l'Autorité de concurrence métropolitaine²⁷.
234. Le respect des droits des tiers est également contrôlé par le juge administratif²⁸. Le Conseil d'État a ainsi annulé l'arrêté autorisant l'opération Heineken/Fischer²⁹ 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.

²¹ Voir notamment les décisions du Conseil d'État n° 278652 du 27 juin 2007 relative à l'opération TF1-AB/TMC, n° 249267 du 6 février 2004 relative à l'opération Seb/Moulinex et n° 373065 du 5 novembre 2014 relative à l'opération BouyerLeroux/Imerys.

²² Voir notamment les décisions du Conseil d'État n° 294896 du 31 janvier 2007 relative à l'opération Ebra/Delaroche par Ebra et n° 201853 du 9 avril 1999 relative à l'opération CocaCola/Orangina.

²³ Voir notamment les décisions du Conseil d'État n° 278652 du 27 juin 2007 relative à l'opération TF1-AB/TMC, n° 283479 du 30 juin 2006 relative à l'opération KPMG/SalustroReydel, et n° 278796 du 13 février 2006 relative à l'opération Seb/Moulinex.

²⁴ Voir notamment les décisions du Conseil d'État n° 278652 du 27 juin 2007 relative à l'opération TF1-AB/TMC, n° 283479 du 30 juin 2006 relative à l'opération KPMG/SalustroReydel, n° 278796 du 13 février 2006 sur l'opération Seb/Moulinex, n° 201853 du 9 avril 1999 relative à l'opération CocaCola/Orangina, n° 387586 du 17 février 2016 relative à l'opération Carrefour/ Unibail-Rodamco et n° 390047 du 6 juillet 2016 relative à l'opération UGI/Totalgaz.

²⁵ Voir notamment la décision du Conseil d'État n° 201853 du 9 avril 1999 relative à l'opération CocaCola/Orangina.

²⁶ Voir la décision du Conseil d'État n° 249267 du 6 février 2004 relative à l'opération Seb/Moulinex.

²⁷ Voir les décisions du Conseil d'État n° 278652 du 27 juin 2007 relative à l'opération TF1-AB/TMC, n° 201853 du 9 avril 1999 relative à l'opération CocaCola/Orangina, n° 338197 du 30 décembre 2010 relative à l'opération TF1/TMC-NT1, n° 373065 du 5 novembre 2014 relative à l'opération BouyerLeroux/Imerys et n° 390047 du 6 juillet 2016 relative à l'opération UGI/Totalgaz.

²⁸ Voir notamment la décision du Conseil d'État n° 373065 du 5 novembre 2014 relative à l'opération BouyerLeroux/Imerys.

²⁹ Décision du Conseil d'État n° 191654 du 9 avril 1999 relative à l'opération Heineken/Fischer.

3. LES REFERES

235. 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. En métropole, deux types de référés ont d'ores et déjà été mis en œuvre en matière de concentrations : le référé "suspension" et le référé "conservatoire" ou "mesures utiles".

➤ ***Le référé "suspension", prévu à l'article LP 521-1 du code de justice administrative***

236. 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 une ordonnance du 19 mai 2005³⁰, 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 concernés³¹.
- **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, le juge des référés a considéré que la motivation de la décision 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 doit encore **produire des effets juridiques** au jour de la demande pour pouvoir être suspendue. Tel n'est pas le cas lorsque la décision d'autorisation était entièrement exécutée à la date de la requête³².

➤ ***Le référé "conservatoire" ou "mesures utiles", prévu à l'article LP 521-3 du code de justice administrative***

237. Cet article dispose qu'« *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 une ordonnance du 18 février 2008³³, le juge des référés 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*

³⁰ Ordonnance du Conseil d'État n° 279697 du 19 mai 2005 relative à l'opération Cegid/CCMX.

³¹ Ordonnance du Conseil d'État n° 338198 du 20 avril 2010 relative à l'opération TF1/AB et TMC.

³² Ordonnances du Conseil d'État n° 293198 du 1^{er} juin 2006 relative à l'opération AngoulêmeBoissons/ElidisBoissons, n° 294897 du 25 juillet 2006 relative à l'opération EBRA/Delaroche, n°373066 du 27 novembre 2013 relative à l'opération BouyerLeroux/Imerys, n° 390454 du 9 juillet 2015 relative à l'opération UGI Bordeaux/Totalgaz et n° 403730 du 17 octobre 2016 relative à l'opération Axéreal/AgriNégoce.

³³ Ordonnance n° 312534 du 18 février 2008 relative à l'opération SNCF-NorbertDentressangle /Novatrans.

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 [LP 310-8 du code de la concurrence]³⁴, 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. CONSEQUENCE EN CAS D'ANNULATION D'UNE DECISION PAR COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE PARIS

238. L'article A 310-5-1 du code de la concurrence énonce qu'« *en cas d'annulation totale ou partielle d'une décision prise par l'Autorité ou par le Président de la Polynésie française sur le fondement des articles LP 310-5, LP 310-7, LP 310-7-1, LP 310-8 et LP 310-9 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 rendue par la juridiction compétente et passée en force de chose jugée* ».
239. Ainsi, les entreprises concernées doivent procéder à une nouvelle notification actualisée de l'opération lorsque la décision de l'Autorité ou Président de la Polynésie française 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 du Président de la Polynésie française prise dans l'exercice de son pouvoir d'évocation, une telle annulation a pour effet de faire revivre la décision de l'Autorité polynésienne de la concurrence à laquelle la décision du Président de la Polynésie française s'était substituée. Dans ce cas, une nouvelle notification ne serait donc pas nécessaire.

³⁴ L'ordonnance précitée mentionne l'article L. 430-8 du code de commerce métropolitain dont la rédaction est identique à celle de l'article LP 310-8 du code de concurrence de la Polynésie française.

D. LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES CORRECTIVES

1. LA PROCEDURE D'ENGAGEMENTS

240. Lorsqu'une opération de concentration examinée par l'APC est de nature à créer des effets anticoncurrentiels qui ne peuvent être compensés par une contribution suffisante au progrès économique, elle ne peut autoriser l'opération que si celle-ci est accompagnée de mesures correctives permettant de remédier aux atteintes à la concurrence qu'elle a identifiées.
241. C'est la partie qui a notifié l'opération qui propose des engagements suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence et fournit les informations nécessaires à l'appréciation de ces engagements.
242. Elle adresse à l'Autorité une lettre d'engagements comportant une liste précise, détaillée et exhaustive desdits engagements. Lorsqu'il s'agit d'actifs à céder, la partie notifiante doit 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, la partie notifiante s'attachera à démontrer leur faisabilité opérationnelle et les moyens proposés pour en assurer la vérification. Dans tous les cas, la lettre d'engagements doit explicitement faire référence aux moyens du suivi par l'Autorité de ces engagements.

a) QUAND PROPOSER DES ENGAGEMENTS ?

243. Les engagements peuvent être proposés par les parties à tout moment au cours de la procédure. Ils peuvent être discutés en pré-notification, joints au dossier de notification ou proposés durant le déroulement de la phase 1 ou de la phase 2 (phase d'examen approfondi).
244. Ainsi, l'article LP 310-5 II du code de la concurrence 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* ».
245. De même, l'article LP 310-7 II dispose qu'« *après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération* ».
246. La résolution des problèmes de concurrence à l'aide d'engagements au cours d'une procédure de contrôle des concentrations nécessite avant tout une planification rigoureuse, ainsi les entreprises concernées doivent aborder les éventuels engagements nécessaires le plus tôt possible au cours de la procédure.
247. Selon le directeur général adjoint en charge des fusions à la DG Concurrence de la Commission européenne, « *pour toutes les opérations de concentration problématiques, l'expérience a montré qu'il était indispensable que les conseils économiques et juridiques des entreprises concernées anticipent soigneusement les éventuels problèmes de concurrence, étudient et préparent les solutions possibles* »³⁵.

³⁵ B. Langeheine, Négociation et suivi de l'exécution des engagements, Revue Lamy de la Concurrence, avril-juin 2013, n° 2316, p. 162.

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

b) LES CONSEQUENCES DU DEPOT D'ENGAGEMENTS SUR LA PROCEDURE

249. Au cours de la première phase d'examen, la proposition par les parties d'engagements à l'Autorité prolonge automatiquement le délai maximal de quinze jours ouvrés, soit 40 jours au total. 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.
250. Les engagements présentés au cours de la phase 1 ne peuvent être acceptés que lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu. Compte tenu des contraintes de temps inhérentes à la phase 1, il est particulièrement important que les parties présentent en temps utile à l'Autorité les informations nécessaires pour lui permettre d'analyser correctement la teneur et la viabilité des engagements et d'apprécier s'ils sont de nature à maintenir durablement les conditions d'une concurrence effective.
251. Si l'Autorité estime que les engagements proposés lèvent les doutes sérieux suscités par l'opération, elle peut l'autoriser à l'issue de la phase 1. En revanche, si l'Autorité conclut que les engagements présentés par les parties ne lèvent pas les doutes sérieux suscités par l'opération, elle prend alors la décision d'engager la procédure d'examen approfondi.
252. Au cours de la phase d'examen approfondi, les engagements doivent résoudre les problèmes de concurrence réellement identifiés et non plus lever les doutes sérieux suscités par l'opération.
253. Si les parties transmettent des engagements à l'Autorité plus de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'instruction, ce dernier reste inchangé. En revanche, si les parties transmettent des engagements à l'Autorité, ou des modifications apportées à des engagements déjà proposés, moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'instruction, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de leur réception (article LP 310-7 II), dans la limite de 85 jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi³⁶. Par ailleurs, les délais d'examen peuvent être suspendus, sur demande des parties, dans la limite de 20 jours ouvrés en cas de nécessité particulière telle que la finalisation des engagements.
254. Si l'Autorité confirme que les engagements proposés résolvent les problèmes de concurrence soulevés par l'opération, elle peut l'autoriser à l'issue de la phase 2. En revanche, si l'Autorité conclut que les engagements présentés par les parties ne sont pas suffisants, elle prend alors la décision d'interdire l'opération ou, quand cela est possible, d'autoriser l'opération « *en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence effective ou en les obligeant à observer les prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* » (article LP 310-7 III).

c) L'EXAMEN DU CARACTERE SUFFISANT DES ENGAGEMENTS

255. Le service d'instruction évalue la recevabilité des engagements proposés, en fonction des atteintes à la concurrence que l'opération est susceptible de provoquer. Pour cela, les engagements peuvent être testés auprès d'acteurs des marchés concernés (clients, concurrents et, le cas échéant, fournisseurs). Les résultats de ce test de marché sont examinés et pris en considération au regard de leur pertinence, leur fiabilité et des éventuels conflits d'intérêts des parties ayant répondu. Pour permettre l'envoi des questionnaires, les parties doivent transmettre

³⁶ CE, 23 décembre 2013, n° 363702 et 362719, Sté Métropole télévision (M6) et sté Télévision française 1 (TF1).

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.

256. Comme une concentration entraîne une modification permanente de la structure du (ou des) marché(s) concerné(s), les engagements doivent prévenir de manière durable les effets anticoncurrentiels qui pourraient résulter de cette concentration.
257. 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 de remédier pleinement aux atteintes à la concurrence identifiées³⁷ ;
 - leur mise en œuvre ne doit pas soulever de doute, ce qui implique qu'ils soient rédigés de manière claire et précise, sans ambiguïté, et que les modalités opérationnelles pour les réaliser soient suffisamment détaillées ;
 - ils doivent être suffisamment certains et mesurables³⁸ ;
 - 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.

Par ailleurs, l'Autorité veille à ce que les mesures correctives soient neutres, leur objectif étant de protéger la concurrence en tant que telle et non des concurrents spécifiques, et qu'elles 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 contraignantes³⁹. 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 auront a priori la préférence de l'Autorité.

2. LES DIFFERENTS TYPES D'ENGAGEMENTS

258. Le choix du type de mesure corrective le plus adapté est fonction des effets de l'opération.
259. Lorsque l'opération porte atteinte à la concurrence essentiellement en raison du chevauchement horizontal des activités des parties, les remèdes structurels sont les plus efficaces. L'Autorité recherche donc des mesures 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

³⁷ 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.

³⁸ CE, 23 décembre 2013, n° 363702 et 362719, Sté Métropole télévision (M6) et sté Télévision française 1 (TF1).

³⁹ Le Conseil d'Etat 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.

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.

260. 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.
261. Quel que soit le type de mesure corrective retenu, 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.

a) LES ENGAGEMENTS STRUCTURELS

262. Les engagements structurels sont favorisés pour résoudre les problèmes de concurrence résultant de changements dans la structure du marché, eux-mêmes dus à la concentration. Les cessions mieux adaptées et donc plus efficaces permettent en outre une plus grande clarté juridique. En effet, lorsqu'un projet de concentration menace d'entraver l'exercice d'une concurrence effective, le moyen le plus efficace de préserver cette concurrence, en dehors de l'interdiction, est de créer les conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants par le biais d'une cession opérée par les parties à la concentration.
263. 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.
264. Ce périmètre doit être décrit, avec précision et sans ambiguïté, dans la proposition d'engagements des parties. Les parties veillent à détailler les immobilisations corporelles et incorporelles (marques, droits de propriété intellectuelle, savoir-faire et fonds de commerce) 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 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.).
265. 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.

266. Sur les marchés sur lesquels la concurrence s'organise essentiellement autour d'appels d'offres, 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 œuvre.
267. 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.
268. 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.
269. Enfin, les cédants doivent s'engager à ne pas faire l'acquisition des actifs qu'ils ont cédés pendant une période généralement fixée à 10 ans à compter de la décision de l'Autorité afin de garantir l'effet structurel de la mesure. Les engagements peuvent toutefois prévoir une dérogation autorisant l'Autorité à dispenser les parties de cette obligation si elle estime par la suite que la structure du marché a changé dans une mesure telle que l'absence d'influence sur l'activité cédée n'est plus nécessaire.
270. Afin de s'assurer qu'une cession d'activité est efficace, l'Autorité devra vérifier 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.
271. La capacité d'une activité à attirer un acquéreur approprié constitue l'un des principaux éléments dont l'Autorité doit tenir compte pour apprécier le caractère adéquat des engagements proposés. Pour garantir que les entreprises seront cédées à un acquéreur approprié, les engagements doivent comporter des critères de pertinence qui permettront à l'Autorité de déterminer si la cession de l'activité à cet acquéreur est susceptible de résoudre les problèmes de concurrence recensés.
272. 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* »). Le choix est fonction des risques inhérents à l'affaire et, par conséquent, des éléments permettant à l'Autorité de conclure, avec le degré de certitude voulu, que les engagements seront réalisés. Ce choix dépendra de la nature et de la portée de l'activité à céder, des risques de dégradation de l'activité pendant la période transitoire jusqu'à la cession et de toutes les incertitudes liées au transfert et à la mise en œuvre, notamment les risques découlant de la recherche d'un acquéreur approprié.

i. Après l'adoption de la décision et la réalisation de l'opération, dans un délai fixé par les engagements

273. 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. Cependant, 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. 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.

274. Les deux autres 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 au cours de 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.

ii. Après l'adoption de la décision mais avant la réalisation de l'opération (« up-front buyer »)

275. 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 concernés. Cette modalité modifie les incitations des parties et limite le risque qu'elles s'engagent à céder des actifs alors qu'elles ont connaissance de difficultés particulières susceptibles de s'opposer à la cession mais sans que ces difficultés aient été explicitement portées à la connaissance de l'Autorité.

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

276. 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.
277. 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.
278. Cette solution 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.

iv. Les délais de cession

279. 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 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 tient compte des circonstances de l'espèce et de l'intérêt légitime des parties à protéger la valeur de leurs actifs.
280. Ce délai varie selon la complexité de la mise en œuvre de l'opération mais est généralement inférieur à un an.

281. Afin de s'assurer de l'exécution de l'engagement de cession, il convient de prévoir la nomination d'un mandataire chargé de la cession et du maintien de la viabilité des actifs, dont le rôle sera étudié ci-après.
282. 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 en annexe.
283. 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.
284. 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.

b) LES ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX

285. 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.
286. Les engagements comportementaux consistent en obligations organisationnelles (par exemple, le maintien séparé d'équipes commerciales) ou en obligations contractuelles (insertion de clauses spécifiques dans des contrats, interdiction de ventes couplées...).
287. 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.
288. Cette liste et les exemples qui suivent ne sont pas limitatifs, des mesures correctives spécifiques pouvant être adaptées à chaque cas.
289. En tout état de cause, les engagements doivent être rédigés de la manière la plus claire et précise possible. L'Autorité vérifiera si le sens des termes spécifiques ne peut faire l'objet de débats afin d'éviter des discussions ultérieures. Les entreprises ne doivent pas essayer de profiter de l'asymétrie d'informations existant avec l'Autorité qui pourrait soit la conduire à refuser de tels engagements soit compliquer leur mise en œuvre.

290. 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.
291. En ce qui concerne l'accès à la clientèle, par exemple, les engagements pris par le groupe Grey à l'occasion de sa prise de contrôle du groupe Tahiti Nui Travel (TNT) concernaient le renouvellement annuel des contrats conclus entre les agences de l'actuel groupe TNT et leurs fournisseurs d'une part, entre les agences de l'actuel groupe TNT et leurs clients d'autre part, à des conditions commerciales objectives, transparentes, non discriminatoires et qui ne seraient pas moins favorables que celles existants auparavant⁴⁰.
292. 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 Grey/TNT, l'engagement pris que l'information stratégique concernant les hôtels concurrents de ceux du pôle hôtelier du groupe Grey, portant notamment sur les prix pratiqués, obtenue dans le cadre de l'activité du pôle « DMC » ne soit pas communiquée aux établissements et aux organes dirigeants du pôle hôtelier du groupe⁴¹.
293. Lorsque des problèmes de concurrence résultent d'accords avec des entreprises fournissant des produits ou des services identiques, une mesure corrective appropriée peut consister à mettre fin aux accords en question, par exemple aux accords de distribution avec des concurrents ou aux accords entraînant la coordination de certains comportements commerciaux.
294. 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.
295. Les mesures comportementales peuvent être envisagées en complément de mesures structurelles. 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.
296. Les engagements relatifs au comportement futur de l'entité issue de la concentration ne peuvent être recevables qu'exceptionnellement, dans des conditions très spécifiques. En particulier, les engagements consistant pour les entreprises, à ne pas relever leurs prix, à ne pas limiter leur gamme de produits ou à ne pas retirer certaines marques du marché..., ne feront généralement pas disparaître les problèmes de concurrence résultant de chevauchements horizontaux.

v. La durée des mesures comportementales

297. 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 marchés d'une opération de concentration. A titre d'exemple, dans l'affaire Grey/TNT, les engagements ont été pris pour une durée de 10 ans⁴².

⁴⁰ Décision APC n° 2016-CC-04 du 5 décembre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tahiti Nui Travel par le groupe Grey.

⁴¹ Décision APC n° 2016-CC-04 du 5 décembre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tahiti Nui Travel par le groupe Grey.

⁴² Décision APC n° 2016-CC-04 du 5 décembre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tahiti Nui Travel par le groupe Grey.

3. LA MISE EN ŒUVRE ET LE SUIVI DU RESPECT DES ENGAGEMENTS - LE ROLE DU MANDATAIRE

298. Pour garantir l'efficacité du contrôle des concentrations, l'Autorité assure un suivi rigoureux de la mise en œuvre des engagements figurant dans ses décisions.
299. Pour cela, les parties doivent rendre compte régulièrement de la bonne exécution des remèdes.
300. Afin de vérifier le respect de l'exécution des engagements, l'Autorité peut également adresser des demandes d'informations aux parties comme aux tiers, et s'appuyer sur toute information spontanément fournie par les tiers. L'intervention des tiers est facilitée par la publicité donnée aux engagements. Celle-ci diffère selon leur type : certains engagements structurels sont soumis au secret (par exemple, identification des actifs de substitution et calendrier des cessions), alors que les engagements comportementaux sont rendus publics dans leur intégralité, ce qui contribue à la surveillance de leur respect par les autres acteurs du marché.
301. Etant donné que l'Autorité ne saurait, quotidiennement, participer directement au contrôle de la mise en œuvre des engagements, les parties sont tenues de proposer, dans leur lettre d'engagement, la désignation d'un mandataire chargé de vérifier qu'elles respectent leurs engagements, en particulier les obligations qui leur incombent au cours de la période transitoire et du processus de cession ou sur leur comportement. En annexe, 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 de révocation du mandataire sont toutefois largement communes aux deux types d'engagements.

a) S'AGISSANT DES ENGAGEMENTS STRUCTURELS

302. 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.
303. 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.
304. 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.
305. 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.

306. Dans les cas où la cession est directement confiée à un mandataire, ou lorsque la partie notificante n'a pas réussi à céder les actifs concernés au cours d'une première période, le 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'APC.
307. D'une façon générale, le mandataire signale à l'Autorité toute difficulté rencontrée dans la mise en œuvre des engagements.
308. En fonction de l'engagement, le mandataire chargé du contrôle et le mandataire chargé de la cession peuvent ou non être la même personne ou institution. Toutefois, l'APC recommande que les fonctions de mandataire chargé du contrôle et de mandataire chargé de la cession soient exercées par une seule personne.

b) S'AGISSANT DES ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX

309. Un mandataire est, sauf circonstances exceptionnelles, désigné pour surveiller la réalisation de ces engagements et en rendre compte à l'Autorité. Sa mission est précisée dans un contrat de mandat. Ses 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, rapporte 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.
310. Lorsque les engagements comportementaux portent sur des obligations contractuelles, le contrôle du mandataire peut s'exercer « *soit directement sur les objets sur lesquels portent les obligations par la validation systématique des contrats soit sur les processus mis en place par l'entreprise pour assurer la conformité : le mandataire approuve alors l'organisation des processus internes et procède à des contrôles par sondages* »⁴³.
311. Le contrôle 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, commandées par le secret d'affaires, limitées au strict nécessaire.
312. Le mandataire rapporte à l'Autorité. Cependant, son avis ne la lie pas.

c) APPROBATION DU MANDATAIRE ET DE SON MANDAT

313. Les parties proposent à l'Autorité un ou plusieurs mandataires ainsi que le texte intégral du mandat et une ébauche de plan de travail. Il est essentiel que le mandataire chargé du contrôle soit en place immédiatement après la décision. Aussi les parties doivent-elles proposer un mandataire remplissant les conditions pour être agréé et les engagements doivent normalement prévoir que la concentration notifiée ne pourra être exécutée qu'à l'issue de la désignation du mandataire chargé du contrôle, après avoir été autorisée par l'Autorité.
314. La situation est différente en ce qui concerne le mandataire chargé de la cession qui doit être désigné bien avant la fin de la première période de cession, afin que son mandat puisse prendre effet au début de la phase au cours de laquelle il intervient.

⁴³ P. de Bonnières, La mise en œuvre des engagements : le point de vue du mandataire, Revue Lamy de la Concurrence, avril-juin 2013, n°2314, p. 158.

315. Pour les engagements comportementaux, le mandataire doit comprendre le fonctionnement de l'activité des parties à l'opération de concentration sur les marchés concernés. Avant sa nomination, le mandataire doit préparer un plan de travail où il expose comment il entend exercer sa mission. Pour obtenir son agrément, il doit adresser ce plan à l'Autorité. L'examen du plan de travail fait partie des critères pris en compte par l'Autorité pour adopter sa décision d'agrément.
316. Lors de sa mission, le mandataire est tenu de rédiger régulièrement un rapport transmis à l'Autorité, qui est ainsi tenue informée de l'application des engagements et, le cas échéant, des difficultés qu'il rencontre pour l'exercice de sa mission et/ou d'une éventuelle violation des engagements.
317. Les deux catégories de mandataires sont désignées par les parties sur la base d'un mandat conclu entre elles et le mandataire concerné. La désignation du mandataire et son mandat sont approuvés par l'Autorité qui dispose d'un pouvoir d'appréciation pour le choix du mandataire et évalue si le candidat proposé convient pour les tâches prévues dans le cas spécifique. Ce mandataire doit être indépendant des parties, posséder les qualifications nécessaires à l'exécution de son mandat et ne pas faire ou devenir l'objet d'un conflit d'intérêts.
318. L'indépendance du mandataire et de son équipe est essentielle pour lui permettre de s'acquitter correctement de son rôle de contrôle, pour le compte de l'Autorité, du respect des engagements souscrits par les parties, et garantir sa crédibilité vis-à-vis des tiers. L'Autorité, en particulier, n'accepte pas comme mandataires des personnes ou des sociétés qui sont en même temps les auditeurs des parties ou leurs conseillers en matière d'investissement pour la cession. Il n'y a pas, toutefois, de conflit d'intérêt, dès lors que les relations du mandataire avec les parties ne l'empêchent pas d'exécuter ses tâches avec objectivité et indépendance. Il incombe aux parties de fournir à l'Autorité toutes les informations lui permettant de vérifier si le mandataire remplit ces conditions. La désignation du mandataire après son approbation par les parties est irrévocable, à moins que celui-ci ne soit remplacé avec l'agrément de l'Autorité ou à sa demande.
319. Le mandat confié au mandataire précise les tâches énoncées dans les engagements et comprend toutes les dispositions utiles pour permettre au mandataire de s'en acquitter. Les parties sont chargées de la rémunération du mandataire dans le cadre du mandat qui lui est confié, et le système de la rémunération doit être tel qu'il n'entrave pas l'indépendance et l'efficacité du mandataire dans l'exercice de son mandat.

4. LE REEXAMEN DES ENGAGEMENTS

320. Quel que soit le type de mesure corrective, les engagements sont généralement accompagnés d'une clause de réexamen. Cela peut permettre à l'Autorité, sur demande dûment motivée des parties, d'accorder une prolongation des délais ou de lever, modifier ou remplacer les engagements, dans des cas exceptionnels.
321. 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.
322. 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/ou de proposer des mesures alternatives ou leur suppression, le cas échéant.

323. Les décisions de révision des engagements seront *a priori* publiées sur le site internet 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 A 310-4 du code de la concurrence.

5. LA PROCEDURE DE SANCTION EN CAS DE NON-RESPECT DES ENGAGEMENTS

324. *« A la différence d'injonctions imposées par l'Autorité, les engagements sont proposés par les parties à l'opération de concentration elles-mêmes. Celles-ci sont tenues de proposer des engagements suffisants pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés et qui peuvent effectivement être exécutés. Dans ces conditions, les parties ne sauraient invoquer, au stade du contrôle de leur exécution, l'impossibilité ou la difficulté de se conformer aux engagements »*⁴⁴.
325. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser la portée du principe de l'interprétation stricte des engagements en relevant que l'Autorité de la concurrence⁴⁵ *« 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 »*.
326. En vertu des derniers alinéas de l'article LP 310-8-IV, la mise en œuvre de ce dispositif de sanction fait l'objet d'une procédure contradictoire conforme aux articles LP 630-2 à LP 630-6 du code de la concurrence. Le rapporteur général propose à l'Autorité de se saisir d'office de la situation de l'entreprise concernée au regard de l'article LP 310-8 du code de la concurrence. Une notification des griefs est communiquée aux entreprises concernées et au commissaire du gouvernement auxquels un délai de deux mois est laissé pour présenter leurs observations en réponse. Un rapport est ensuite notifié aux entreprises concernées et au commissaire du gouvernement auxquels un délai d'un mois est laissé pour présenter un mémoire 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 internet de l'Autorité ainsi qu'au *JOPF*.
327. Au terme de cette procédure, l'Autorité prend une décision en vertu de l'article LP 310-8-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, l'Autorité polynésienne 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 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 au I du présent article ;
2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au IV de l'article LP 641-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les

⁴⁴ G. Nouët, Négociation et suivi de l'exécution des engagements, *Revue Lamy de la Concurrence*, avril-juin 2013, n° 2317, p. 166.

⁴⁵ Dans le cas d'espèce, il s'agit de l'Autorité de la concurrence métropolitaine.

injonctions, prescriptions ou engagements.

3° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article LP 641-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée.

En outre, l'Autorité polynésienne 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 du présent article ».

328. La sanction pécuniaire s'élève au maximum, pour les personnes morales, à 1 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Polynésie française lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en Polynésie française durant la même période la partie acquise.
329. Le montant des astreintes qui peuvent être infligées ne peut dépasser la limite de 1 % du chiffre d'affaires hors taxes journalier moyen réalisé en Polynésie française, par jour de retard à compter de la date fixée par l'Autorité.
330. La conformité de dispositions législatives métropolitaines similaires 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 concentration⁴⁶.
331. Le Conseil d'Etat⁴⁷ a affirmé 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.

E. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE LP 310-9

332. L'article LP 310-9 du code de la concurrence dispose que : *« l'Autorité polynésienne de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante, 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 ».*
333. 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'APC.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Décision du Conseil d'Etat du 21 décembre 2012, société Groupe Canal Plus, société Vivendi Universal, n°353856.