



GUIDE JURIDIQUE

OPH  
LA FÉDÉRATION

# Droit de la concurrence dans le secteur du logement social

NOVEMBRE 2020

FRIEHA ASSOCIÉS  
AVOCATS À LA COUR

**Publication de la Fédération des Offices Publics de l'Habitat**



## **REMERCIEMENTS**

**Ont contribué à cette édition :**

Laurent Goyard, Manuel Landes et Jean-Christophe Margelidon.

**Guide rédigé par**

Me Fayrouze Masmi-Dazi du Cabinet FRIEH Associés.

# Éditorial

L'Autorité de la Concurrence et le droit de la concurrence se sont invités dans notre univers à l'occasion de la loi ELAN et du mouvement de regroupement qui transforme en profondeur le tissu des bailleurs sociaux et notamment, celui des OPH. Non pas que l'Autorité de la Concurrence nous ignorait, mais cela demeurait cantonné aux « grands » groupes du type Action logement ou CDC Habitat.

Personne ne les attendait vraiment dans un univers très réglementé et régi par la dimension de l'intérêt général. Force est de constater que cela n'est pas de nature à arrêter l'Autorité de la Concurrence et qu'il va falloir vivre avec. Dans ces conditions, nous avons estimé qu'il fallait s'y préparer pour éviter de subir.

Tel est l'objet de ce guide, rédigé par une avocate spécialiste de la question, qui aborde du point de vue des organismes les problématiques liées, d'une part, à la concentration, d'autre part, aux ententes.

Vous y trouverez les informations indispensables et les points de vigilance à avoir dès lors que vous menez à bien une opération de regroupement. Nous découvrons les modalités de fonctionnement et les raisonnements spécifiques de l'Autorité de la Concurrence. Nous savons désormais que nous ne pouvons nous permettre de les ignorer.

En fonction de la configuration dans laquelle vous vous trouverez, la lecture de ce guide ne manquera pas de susciter de nouvelles interrogations et nous l'espérons une vigilance accrue. Nous sommes à votre écoute pour approfondir ces aspects avec vous et vous permettre d'avancer.



# Sommaire

<b>INTRODUCTION</b>	5
Une entreprise	5
Un marché	5
Des règles d'ordre public	6
Des autorités de concurrence dédiées	6
Pourquoi se conformer au droit de la concurrence ? Concentrations	6
Pourquoi se conformer au droit de la concurrence ? Ententes et abus	7
<b>FICHES PRATIQUES- CONCENTRATIONS</b>	8
Est-ce une concentration ?	9
Si oui, est-elle notifiable ?	10
À quelle autorité de concurrence ?	10
Quel est l'objet du contrôle ?	11
Quels sont les enjeux ?	11
<b>FOCUS SUR DEUX AFFAIRES RÉCENTES – Juillet 2020</b>	12
Quelle peut être l'issue du contrôle ?	15
Combien de temps prend la procédure ?	15
La procédure est-elle suspensive ?	16
Quelle sanction en cas d'absence de notification ?	16
Puis-je notifier uniquement pour obtenir du confort ?	16
Comment intégrer le sujet concurrence dans la création de structures et leur évolution ?	17
Quel risque si je n'ai pas notifié par le passé mais que je souhaite désormais notifier un regroupement ?	17
<b>FICHES PRATIQUES - ENTENTES</b>	18
Si le regroupement n'est pas une concentration, existe-t-il des risques d'infraction ?	19
Précautions	19
Le risque d'entente anticoncurrentielle peut-il porter sur ce que m'impose la loi ou le règlement ?	19
L'intérêt général peut-il justifier des pratiques d'entente ?	20
Peut-il y avoir entente même si l'accord ne porte pas sur les prix ?	20
Le simple échange d'information peut-il être anticoncurrentiel ?	20
Un exemple d'entente dans le logement social ?	21
Comment sont détectées les pratiques ?	21
Quelles précautions prendre ?	21

# Introduction

**Le droit de la concurrence s'applique à toutes les entreprises**, qu'elles soient **publiques ou privées**, quel que soit leur statut et quelle que soit leur taille. Ces règles ont une **logique profondément économique**, ce qui signifie que **le sujet du droit de la concurrence est l'entité économique unique agissant sur un marché** et non la structure juridique qui la porte.

## UNE ENTREPRISE

L'entreprise au sens du droit de la concurrence est une **unité économique autonome, capable de prendre ses décisions stratégiques** (politique commerciale, patrimoniale, investissements, projets d'entreprise...). Une unité économique peut être constituée d'**une entreprise au sens du droit des sociétés ou de plusieurs entreprises** (groupe d'entreprises ou regroupement d'entreprises lorsque la prise de décision stratégique est centralisée). Une **organisation professionnelle ne constitue normalement pas une telle unité économique unique**, mais un forum d'échange entre plusieurs entreprises autonomes.

- **Les organismes de logement social** i.e. (i) les Offices Publics de l'Habitat (OPH) établissements publics, (ii) les sociétés d'HLM (ESH ou sociétés coopératives d'HLM) et (iii) les sociétés d'économie mixte agréées sur le

fondement de l'article L. 481-1 du Code de la Construction et de l'Habitation (SEM agréées) **constituent des entreprises au sens du droit de la concurrence.**

## UN MARCHÉ

Le marché au sens du droit de la concurrence est l'espace au sein duquel des produits ou des services sont offerts à un client qu'il soit particulier ou professionnel sur un territoire donné. L'autorité de la concurrence analyse le secteur des services immobiliers, selon (i) les destinataires des services (particuliers ou entreprises), (ii) le mode de fixation des prix (immobilier résidentiel libre et logements sociaux ou intermédiaires aidés), (iii) le type d'activité exercée dans les locaux (bureaux, locaux commerciaux et autres locaux d'activité), et (iv) la nature des services ou biens offerts.

- **Le secteur du logement social est concurrentiel même s'il est réglementé. La réglementation réduit la capacité des opérateurs à se faire pleinement concurrence tant entre organismes HLM qu'avec d'autres opérateurs tels que ceux actifs dans l'aménagement, mais ne l'annihile pas. Le droit de la concurrence lui est pleinement applicable.**

## DES RÈGLES D'ORDRE PUBLIC

Les racines du droit de la concurrence remontent au 18<sup>e</sup> siècle, mais **c'est à partir de 1986 que se met en place une véritable politique de concurrence**, à la faveur de l'adoption de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. En 2008, la loi de modernisation de l'économie (LME) instaure l'Autorité de la concurrence, qui dispose de compétences élargies et succède au Conseil de la concurrence. **Le droit de la concurrence n'est pas né à la faveur de la loi Élan et les questions que cette dernière pose ne sont donc pas nouvelles comme le montreront les développements suivants.**

Le droit de la concurrence est désormais fixé par le **Code de commerce articles L. 420-1 et suivants, les articles L. 430-1 et suivants, ainsi que par les articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne et le Règlement CE n° 139/2004**. Un autre aspect du droit de la concurrence qui n'est pas l'objet du présent guide est le droit des aides d'État, régi par les articles 107 et suivants du TFUE.

## DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE DÉDIÉES

Le respect du droit de la concurrence est assuré en France par une **autorité administrative indépendante - l'Autorité de la concurrence**. Certaines infractions peuvent être néanmoins portées devant les **juges de droit commun**, tandis que **certaines opérations ou infractions de grande ampleur** peuvent relever de la **Direction générale de la concurrence de la Commission européenne**. L'Autorité intervient à plusieurs niveaux :

### Contrôle des concentrations - avant un rapprochement

- Gardienne de la structure concurrentielle des marchés, l'Autorité de la concurrence examine avant leur réalisation tous les projets d'acquisition, de regroupement et de

fusion dépassant une certaine taille définie en chiffre d'affaires. Elle veille ainsi en amont à ce que ces opérations ne réduisent pas la concurrence et conditionne leur autorisation à la mise en place de solutions adaptées.

### Ententes et abus de position dominante - contentieux et répression

- La prévention et la répression des ententes et abus de position dominante sont une activité phare. L'entente peut être formelle ou informelle, entre concurrents ou opérateurs complémentaires, porter sur les prix ou sur une répartition de marché géographique ou de clientèle, même un échange d'informations confidentielles ou stratégiques (par ex. intention de soumissionner). L'abus est une pratique unilatérale d'un opérateur qui use de sa puissance de marché pour évincer des concurrents ou nouveaux entrants.

### Avis et enquêtes sectorielles - un décryptage très recherché

- L'Autorité de la concurrence peut se saisir d'office ou être consultée par le gouvernement, des commissions parlementaires, des collectivités, des chambres et organisations professionnelles, des syndicats ou des associations de consommateurs pour se prononcer sur un secteur, ses dysfonctionnements et des projets législatifs ou réglementaires.

## POURQUOI SE CONFORMER AU DROIT DE LA CONCURRENCE ? CONCENTRATIONS

Les articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce et le Règlement européen n°139/2004 imposent **que les opérations de concentration qui franchissent des seuils exprimés - à ce stade - en chiffre d'affaires, soient préalablement notifiées et autorisées au titre du contrôle des concentrations avant toute mise en œuvre**. La notion de

concentration est totalement autonome par rapport aux autres domaines du droit.

Il existe **trois principales catégories d'opérations** qualifiables de concentration : les **acquisitions**, les **fusions (de droit ou de fait)** et les **créations d'entreprises communes de plein exercice** (i.e. agissant de manière autonome sur un marché). Si la notion d'acquisition ne fait pas l'objet de débat, la création d'entreprise commune nécessite d'établir un contrôle en commun, l'autonomie de la société commune et une présence durable sur le marché. Dans le cadre **de la mise en œuvre de la loi Élan, c'est la notion de fusion de fait qui suscite de nombreuses et légitimes interrogations**. En effet, certains regroupements constituent des concentrations en tant qu'ils sont considérés comme des fusions de fait. S'ils franchissent les seuils de contrôle, ils doivent être notifiés préalablement à toute mise en œuvre. **En cas d'absence de notification ou de mise en œuvre anticipée, les entreprises encourent des amendes significatives (80 millions d'euros pour Altice/SFR) et restent tenues de notifier.**

Lorsqu'une opération est concentrative et notifiable, alors l'Autorité procède à une analyse concurrentielle de la position des parties pour évaluer les risques pour la concurrence. Dans le secteur des services immobiliers, **l'Autorité examine les parts de marché des organismes par référence notamment au nombre de logements sociaux au niveau infranational – département voire agglomération, voire territoire d'un EPC, communes ou aires urbaines.**

**Trois issues sont possibles** : une **autorisation pure et simple**, une **autorisation sous conditions** (modifications au projet initial pour résoudre les problèmes de concurrence) ou une **interdiction**.

En matière de contrôle des concentrations, depuis 2009, l'Autorité de la concurrence a rendu plus de 2 200 décisions. Dans 96 % des cas, l'Autorité a donné son feu vert sans conditions. À ce jour, l'Autorité a interdit une seule opération au mois d'août 2020 dans le domaine des surfaces commerciales alimentaires. Les projets susceptibles d'encourir une interdiction ont le plus souvent été retirés.

## POURQUOI SE CONFORMER AU DROIT DE LA CONCURRENCE ? ENTENTES ET ABUS

Les règles régissant le droit de la concurrence sont **d'ordre public économique**, ce qui signifie que les opérateurs ne peuvent s'en affranchir par des accords entre eux. En matière de **pratiques anticoncurrentielles** :

- **toute disposition contractuelle contraire est nulle et non avenue,**
- les infractions au droit de la concurrence génèrent des **risques financiers significatifs** (amendes assises sur un pourcentage du chiffre d'affaires total réalisé au niveau du groupe),
- **des risques d'image** (les décisions sont publiques et sont relayées dans la presse),
- **des risques individuels de nature pénale** pour les personnes ayant pris une part active dans la commission des infractions.

**En 2019, l'Autorité a infligé 632 millions d'euros** d'amendes pour sanctionner des ententes ou abus de position dominante (rapport annuel 2019).

# CONCENTRATIONS

## QUAND UN REGROUPEMENT CONSTITUE-T-IL UNE OPÉRATION DE CONCENTRATION NOTIFIABLE ?



## Est-ce une concentration ?

**L'acquisition du contrôle exclusif ou conjoint** de tout ou partie d'une entreprise ou **la création d'une entreprise commune** (joint-venture) agissant de manière autonome et durable sur le marché constitue des concentrations.

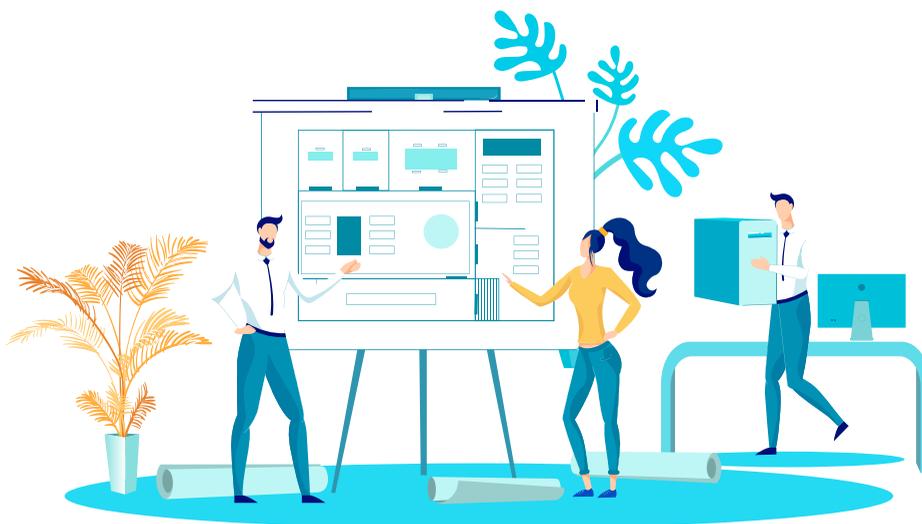
**La fusion de droit** qui consiste à absorber une entité ou créer une entité nouvelle qui fait disparaître les entités initiales est également une concentration.

**La réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique, même si chacune conserve sa personnalité juridique est une fusion dite de fait, et par là une concentration.**

L'analyse du caractère concentratif du regroupement s'effectue sur la base des projets de documentation contractuelle (statuts, pactes, délibérations...) et du **projet d'entreprise**.

L'analyse consiste à déterminer si à l'issue de l'opération, les associés entendent créer un **centre de décision unique sur les décisions stratégiques** avec un véritable plan d'entreprise, des moyens mutualisés renforcés ou au contraire, si l'intention des parties est uniquement de **se conformer à la loi et de se doter d'outils uniquement destinés à faciliter leur action**. Plus l'intégration est forte, plus l'opération sera de nature concentrative.

**Si l'orientation stratégique change au cours de la vie de la société de coordination, elle peut devenir concentrative** (entrée d'un nouvel associé, changement de pacte d'actionnaire par exemple). Il faut donc être vigilant lors de la préparation des documents contractuels statutaires pour la création d'une SC, mais également au cours de la vie de la société (préparation des AG, projets de modification de pacte, entrée de nouveaux associés).



## Si oui, est-elle notifiable ?

Le caractère notifiable d'une opération de concentration dépend du **franchissement de seuils, actuellement définis en chiffre d'affaires** aux niveaux français et européen. Dans le cas d'un organisme appartenant à un groupe, le chiffre d'affaires pris en compte est celui du groupe et non seulement de l'entité directement concernée par l'opération.

À titre d'exemple, au niveau français, pour qu'une concentration soit notifiable il faut que les **critères cumulatifs suivants** soient remplis (sauf outre-mer ou en matière de commerce de détail notamment où les seuils sont plus bas) :

- **seuil combiné** : le chiffre d'affaires total hors taxes de l'ensemble des entreprises parties à l'opération (ou des groupes auxquels elles appartiennent si applicable) est supérieur à 150 millions d'euros ; et
- **seuil individuel** : le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement en France par deux au moins des parties à l'opération (ou des groupes auxquelles elles appartiennent si applicable) est supérieur à 50 millions d'euros ; et
- **exclusion de compétence UE** : l'opération ne rentre pas dans le champ de compétence de la Commission européenne.

Si l'un des seuils n'est pas franchi, l'opération n'est pas notifiable. Les seuils européens sont plus élevés.

Pour les besoins de ce calcul, **l'Autorité prend en compte le chiffre d'affaires réalisé lors du dernier exercice clos (ou plus récent si significativement différent)**. À noter que pour les OPH, l'Autorité de concurrence ne prend en compte que le chiffre d'affaires de l'OPH lui-même et non celui attribuable à la collectivité de rattachement (ce qui a pu être envisagé mais a été écarté).

Concrètement, **l'Autorité s'appuie généralement sur le chiffre d'affaires tel qu'il ressort des comptes de l'organisme de logement social** – ce qui relève des comptes 70-produits des activités qui comprennent le compte 703-récupérations de charges locatives et le compte 704-loyers, mais aussi les produits de ventes accession (701), de prestations de services (706) et des activités annexes (708) **(ou du groupe auquel il appartient si applicable)**. La présentation comptable est celle généralement prise en compte par l'Autorité **mais celle-ci n'est pas liée par cette présentation**. Dans certains cas, elle peut prendre en considération **d'autres éléments chiffrés qui reflètent plus fidèlement la situation économique de l'entité** (ou du groupe auquel elle appartient).

## À quelle autorité de concurrence ?

L'autorité de concurrence compétente dépend du franchissement de seuils en chiffre d'affaires. **Dans le cadre des regroupements Élan du secteur du logement social, l'autorité compétente sera très certainement l'Autorité française de la concurrence et dans quelques cas éventuellement la Commission européenne.**

## Quel est l'objet du contrôle ?

Le contrôle des concentrations s'effectue en amont de la réalisation des opérations de regroupements.

L'objectif est **d'étudier l'impact concurrentiel de l'opération** au niveau le plus pertinent – national voire local dans le logement social (région / département et territoire d'un EPCI), pour prévenir la constitution de positions trop fortes ou la création de monopoles risquant d'impacter les prix et/ou de réduire le niveau de qualité des logements et prestations.

**L'Autorité a précisé par deux fois en juillet 2020 que le cadre réglementaire qui entoure l'activité de logement social ne suffit pas à lui seul à écarter tout risque d'effet anticoncurrentiel, lorsque les parts de marché des parties étaient très élevées** (supérieures à 60 %).

Dans son analyse, **l'Autorité distingue les zones tendues et les zones non tendues**, elle **examine les conditions socio-économiques de la zone** pour déterminer la mesure dans laquelle les **autres bailleurs sociaux** exercent une contrainte suffisante sur la nouvelle entité ou le cas échéant, **si le parc privé exerce une pression concurrentielle suffisante** pour écarter les risques.

*Pour plus de détail sur l'analyse concurrentielle voir le focus dédié à deux décisions récentes (juillet 2020).*

## Quels sont les enjeux ?

Pour les parties à l'opération, **l'enjeu est principalement de temps et de coût – coût d'analyse notamment par un avocat spécialisé, de préparation du formulaire et de la documentation et de suivi de la procédure**. Mais le calendrier peut s'insérer avec celui des autres formalités administratives lorsque les parties s'y prennent suffisamment en amont.

**Jusqu'à présent, même avec des niveaux de parts de marché importants, l'Autorité a autorisé les concentrations dans le secteur du logement social sans conditions. Suite à la loi Élan, l'Autorité s'est repenchée sur l'analyse du secteur de manière approfondie.**

**Deux décisions intervenues en juillet 2020 (Décision n° 20-DCC-84 et décision n° 20-DCC-88) apportent un éclairage utile sur l'approche des problématiques concurrentielles et les critères d'analyse retenus par l'Autorité.** L'Autorité a examiné de manière très approfondie la réglementation applicable, a procédé à des tests de marché en interrogeant les acteurs du secteur dans les zones où des préoccupations de concurrence étaient susceptibles de se poser et elle a tenu compte des échanges intervenus avec le Ministère du logement pour la bonne compréhension de la portée des obligations réglementaires (un cadre de référence pour les loyers plafonds mais l'existence d'une marge de manœuvre pour des prix plus bas dans les zones non tendues par exemple).

**Il faut retenir de ces deux décisions que la réglementation qui encadre l'activité de gestion de logement social n'annihile pas à elle seule tout risque d'effet anticoncurrentiel d'une opération de concentration.**

À noter que l'Autorité analyse également **les effets dits « verticaux » entre l'activité non concurrentielle de financement du logement social de la CDC et la production et la gestion de logement social** dans les décisions concernant CDC Habitat. *Pour plus de détail voir la fiche ci-après.*

## FOCUS SUR DEUX AFFAIRES RÉCENTES – Juillet 2020

### 1 - Rapprochement de 3 OLS Hauts-de-France

<b>Une concentration</b>	Rapprochement de trois organismes de logement social actifs dans la région Hauts-de-France. Double prise de contrôle conjoint.
<b>Notifiable car seuils franchis</b>	Ensemble, les groupes concernés ont réalisé plus de 150 millions d'euros de chiffre d'affaires total mondial consolidé ET chacun des groupes a réalisé plus de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires en France.
<b>Marchés examinés</b>	<p>L'analyse des marchés s'effectue en considération d'un marché de produits ou services, rapportés à un territoire géographique.</p> <p>Marchés de services examinés dans la décision :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ gestion pour compte propre de logements à usage social (part de marché calculée en nombre de logements) ;</li> <li>▪ promotion immobilière de logements à usage social (part de marché calculée en m<sup>2</sup>) ;</li> <li>▪ gestion pour compte propre de biens immobiliers résidentiels (incluant les logements sociaux et libres) (part de marché calculée en nombre de logements) ;</li> <li>▪ gestion pour compte propre de bureaux (part de marché calculée en m<sup>2</sup>) ;</li> <li>▪ gestion pour compte propre de locaux commerciaux (part de marché calculée en m<sup>2</sup>).</li> </ul> <p>Dimension géographique prise en compte :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ région ;</li> <li>▪ département ;</li> <li>▪ territoire d'un EPCI.</li> </ul> <p><b>Conformément à la pratique décisionnelle, les parties ont dû fournir des tableaux de parts de marché sur l'ensemble de ces marchés aux trois niveaux géographiques dans le formulaire de notification.</b></p>

## Analyse concurrentielle

- Aucune préoccupation soulevée pour 5 des 6 marchés de services examinés, car part de marché inférieure à 25 %.
- Risque d'effet anticoncurrentiel sur un marché – gestion pour compte propre de logements à usage social sur un territoire EPCI car part de marché >70 % et seulement deux concurrents restants.
- Échanges avec le Ministère du logement qui a été auditionné.
- Test de marché – questionnaire auprès des concurrents, clients ou partenaires commerciaux des parties.
- Analyse approfondie des travaux parlementaires préparatoires à la loi Élan pour identifier l'objectif des regroupements – nécessité d'une taille critique pour bénéficier d'économies d'échelle.
- Prise en compte du cadre réglementaire pour i) le choix des attributaires, ii) le loyer plafond, iii) la qualité des prestations.

**L'Autorité considère que le cadre réglementaire ne peut à lui seul écarter tout risque d'effet anticoncurrentiel car il peut exister une marge de manœuvre sur le prix (plus bas) et la qualité des prestations.**

L'Autorité analyse la **capacité d'arbitrage du consommateur** et **distingue les zones tendues** (scénario d'arbitrage peu probable) **des zones non tendues** (probable). Elle procède à une analyse des **caractéristiques socio-économiques du territoire**.

Dans ce dossier, la nouvelle entité allait faire face à un seul concurrent significatif, mais également à la pression concurrentielle du parc privé dans le territoire d'une EPCI limitrophe, tant sur les prix que sur la qualité des prestations.

## Issue

**Autorisation en Phase I sans engagements.**

À noter une phase préalable informelle de prénotification longue compte tenu de l'ensemble des investigations menées.



## 2 - CDC HABITAT / SODIAC – LA RÉUNION

<b>Opération</b>	Acquisition par CDC Habitat du contrôle exclusif de Sodiad – un organisme de logement social actif à la Réunion.
<b>Contexte</b>	3 <sup>e</sup> acquisition de CDC Habitat à la Réunion depuis 2017 (SIDOM, puis SEMADER en 2019).
<b>Marchés examinés</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Promotion immobilière de logements résidentiels libres.</li> <li>▪ Promotion immobilière de logements résidentiels à usage social.</li> <li>▪ Promotion immobilière de biens immobiliers non résidentiels.</li> <li>▪ Détention et gestion pour compte propre de logements résidentiels libres.</li> <li>▪ Gestion pour compte propre de bureaux.</li> <li>▪ Gestion pour compte propre de locaux commerciaux.</li> <li>▪ Gestion pour compte propre d'actifs immobiliers à usage d'autres activités notamment de logements à usage social.</li> </ul> <p>À noter que l'Autorité a également rappelé qu'elle considère que <b>l'activité de financement du logement social – mission confiée par l'État à la CDC ne constitue pas un marché. Mais le lien entre cette mission et l'activité de promotion et gestion de logement social a lui été examiné dans l'analyse concurrentielle.</b></p>
<b>Analyse concurrentielle</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mêmes observations que dans la décision Hauts-de-France sur l'analyse approfondie du secteur.</li> <li>- Aucune préoccupation de concurrence identifiée sur 6 des 7 marchés examinés en raison de parts de marché &lt; 25 %.</li> <li>- Risque d'effet anticoncurrentiel sur le marché de la gestion pour compte propre de logement à usage social à la Réunion et dans le territoire de l'EPCI Nord (CINOR), parts de marché supérieures à 49 %, un seul concurrent significatif restant.</li> <li>- Zone tendue ne permettant aucun arbitrage du consommateur. MAIS</li> <li>- Les tarifs sont fixés par rapport aux capacités contributives des candidats pour éviter de la vacance, croissance forte du parc social donc perspective d'augmentation des parts de marché des concurrents.</li> <li>- S'agissant du risque de discrimination dans l'accès au financement du logement social, l'Autorité écarte la préoccupation en considérant que l'attribution des prêts est strictement encadrée et ne laisse pas de marge de manœuvre à CDC.</li> </ul>
<b>Issue</b>	<b>Autorisation en Phase I sans conditions.</b>

Quelle peut être l'issue du contrôle ?

✓ OPTION 1  
AUTORISER SANS CONDITIONS  
(96 % DES CAS)

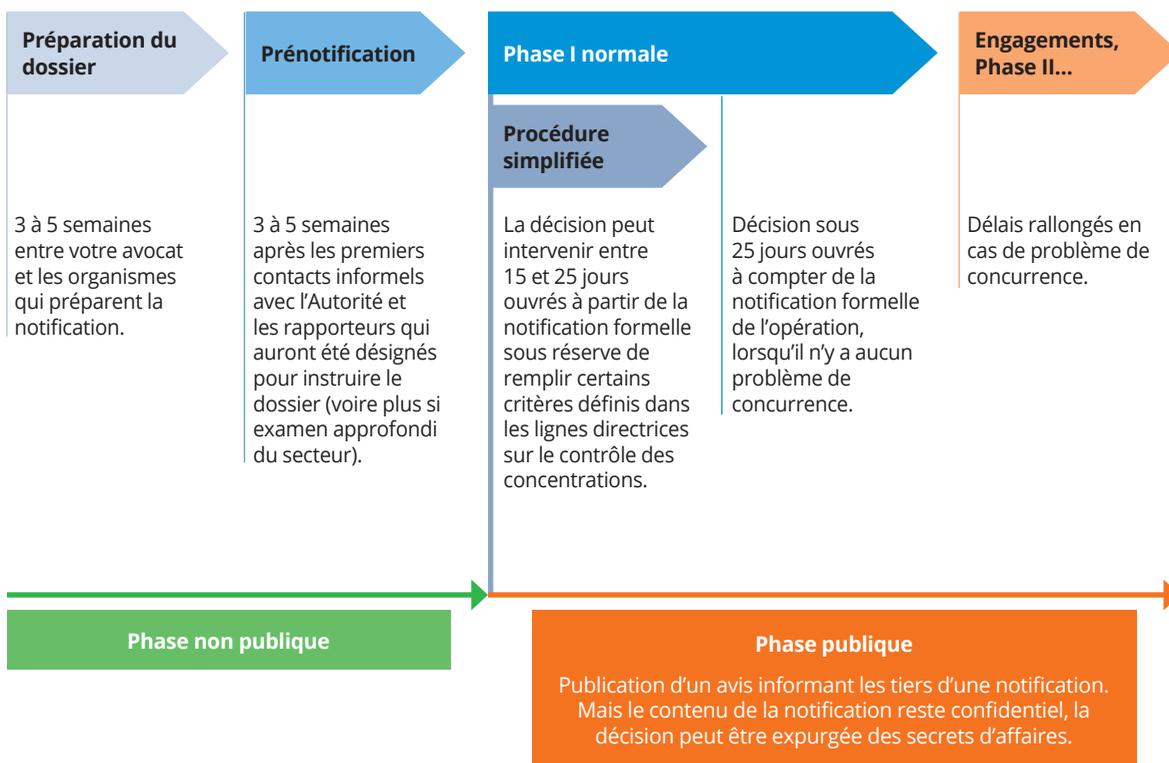
! OPTION 2  
AUTORISER SOUS CONDITIONS  
(ENGAGEMENT OU MESURES IMPOSÉES)

X OPTION 3  
INTERDIRE

Combien de temps prend la procédure ?

Tout dépendra de l'impact concurrentiel de l'opération – compter environ 2 mois de préparation et prénotification, puis 25 jours ouvrés à compter de la notification formelle.

### Notification formelle



### La procédure est-elle suspensive ?

**Oui. Il est donc interdit de mettre en œuvre une opération de concentration notifiable tant qu'une décision l'autorisant n'a pas été rendue.**

Il est **toutefois possible d'avancer en temps masqué** avec l'autorité de concurrence compétente, car la prénotification et la notification peuvent intervenir sur la base de **projets de documentation contractuelle suffisamment aboutis**.

En règle générale, la **prénotification intervient avant la signature de l'accord et la notification lors de la signature**. Les projets de documentation contractuelle incluent généralement une **condition suspensive liée à l'obtention de la décision d'autorisation** de l'autorité de concurrence compétente au titre du contrôle des concentrations s'il est applicable. Cette précaution est recommandée.

La condition suspensive n'absout pas tous les comportements. **L'opération ne doit pas être mise en œuvre par anticipation**, même si et surtout si elle fait l'objet d'une notification. Cela signifie notamment **qu'aucune décision stratégique ne peut être prise**. Parmi ces décisions figurent la désignation des dirigeants, l'approbation du budget annuel, du projet d'entreprise par exemple. Dans certains cas particuliers, il peut être sollicité une dérogation.

### Quelle sanction en cas d'absence de notification ?

Si une opération concentrative et notifiable **n'a pas été notifiée**, ou **a été mise en œuvre par anticipation**, ou si les parties ont fourni des **informations inexactes**, ou **n'ont pas respecté une injonction de l'Autorité**, les parties à l'opération (personnes morales) encourent chacune **une sanction maximale de 5 % du CA réalisé en France**.

### Puis-je notifier uniquement pour obtenir du confort ?

Une **décision autorisant une concentration présente en effet un certain degré de confort** sur l'approche de la coopération envisagée sous l'angle du droit de la concurrence. Néanmoins, **une telle décision ne peut être obtenue que si l'opération est concentrative et notifiable**.

Alternativement, **l'Autorité peut être sollicitée sur des questions précises de qualification concernant un projet particulier**. Dans ce cas, si elle conclut que l'opération ne relève pas de son contrôle (soit parce qu'elle n'est pas concentrative, soit parce que les seuils de notifiabilité ne sont pas franchis), elle adresse une **lettre dite de confort**. Cette lettre ne vaut qu'à périmètre constant au regard des éléments spécifiques fournis à l'Autorité. Si un projet soumis à son analyse devait changer, son analyse pourrait être différente.

**Attention : l'Autorité ne fournit pas de consultations juridiques génériques. Ce type de sujets transverse peut être éventuellement traité dans le cadre de sa compétence consultative** par laquelle elle formule des avis sur le fonctionnement de secteurs. L'Autorité peut par exemple être saisie par une organisation professionnelle pour avis sur le fonctionnement d'un secteur.

**Comment intégrer le sujet concurrence dans la création de structures et leur évolution ?**

**Il est fondamental d'avoir un réflexe concurrence le plus tôt possible dans le cadre d'un projet de regroupement / rapprochement d'entreprises – et ce, même s'il est incité ou imposé par le législateur.**

Plus tôt l'analyse du caractère concentratif et notifiable est effectuée, plus les parties sont susceptibles de se tenir prêtes à des démarches auprès de l'Autorité et d'intégrer cela dans leur calendrier.

**Une telle analyse est relativement rapide pour un avocat spécialisé sous réserve de disposer de la documentation** (projets de documentation contractuelle, projet d'entreprises, projet de délibérations le cas échéant, présentations internes, dossier d'agrément ...).

**Quel risque si je n'ai pas notifié par le passé mais que je souhaite désormais notifier un regroupement ?**

Le formulaire de notification dont la structure est fixée par les articles R.430-2 et suivants du Code de commerce prévoit la présentation des parties ainsi que des groupes auxquels elles appartiennent. Dans ce contexte, l'Autorité peut être amenée à découvrir qu'une opération de concentration notifiable ne l'aurait pas été préalablement à sa mise en œuvre. Elle peut également être directement approchée par des entreprises qui auraient dû notifier une opération.

**Dans de telles circonstances, les parties sur lesquelles l'obligation de notifier pesait risquent de se voir infliger des sanctions financières en raison de ce défaut de notification.**

Une telle configuration s'est matérialisée en 2013 dans l'affaire Réunica / Arpège par exemple, lorsque l'Autorité française de concurrence a sanctionné l'un des deux organismes de protection sociale gérant des complémentaires de retraite ayant fusionné leurs moyens humains, matériels et organes décisionnels le 1<sup>er</sup> janvier 2010 sans que cette opération n'ait été préalablement soumise au contrôle.

Tout en tenant compte du fait que le groupe Réunica l'avait approchée spontanément et lui avait notifié l'opération, l'Autorité lui a infligé une amende de 400 000 €.



# ENTENTES

**QUAND DES ÉCHANGES  
OU UN REGROUPEMENT  
RISQUE-T-IL DE  
CONSTITUER UNE ENTENTE  
ANTICONCURRENTIELLE ?**



### Si le regroupement n'est pas une concentration, existe-t-il des risques d'infraction ?

Les regroupements d'entreprises ne sont pas interdits en soi. Si une telle démarche ne relève pas du contrôle des concentrations, elle **peut présenter des risques au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles** – en particulier les ententes.

Une entente peut être un **accord formel ou informel, une concertation, une collusion, un échange d'information dès lors que cela est susceptible d'influer sur la détermination en toute autonomie de la stratégie de chacun des concurrents**. Le principe est qu'en dehors d'une concentration, le comportement commercial et stratégique de chaque opérateur doit être déterminé de manière autonome.

***Aussi, les regroupements Loi Elan par exemple qui ne seraient pas reconnus comme étant concentratifs pourraient être constitutifs d'une entente anticoncurrentielle si certaines précautions n'étaient pas prises pour éviter de tels risques.***

### Précautions

S'il est parfaitement licite de créer des groupements d'entreprises, **de tels regroupements doivent cependant se justifier par une rationalité économique** autre qu'une volonté de se répartir des marchés ou des clients, ou de se partager des informations commerciales et stratégiques sensibles.

À titre d'exemple, un groupement qui serait formé pour répondre à un appel d'offre public doit pouvoir se justifier par la complémentarité des compétences ou des capacités opérationnelles. En l'absence d'une telle rationalité objective, le regroupement d'entreprises concurrentes est particulièrement risqué.

**La mutualisation de moyens ou de coûts peut être un objectif légitime justifiant le regroupement d'entreprises sous réserve de poursuivre cet objectif et de générer de tels effets au bénéfice ultime de l'utilisateur final.**

### Le risque d'entente anticoncurrentielle peut-il porter sur ce que m'impose la loi ou le règlement ?

L'article L.420-4 du code de commerce prévoit qu'une pratique anticoncurrentielle qui résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application échappe à la prohibition. *On parle de fait justificatif tiré de la loi.*

**Cependant, l'interprétation de ce que la loi ou les règlements impose(nt) est d'interprétation stricte.**

**Tout ce qui relève du comportement et positionnement commercial et stratégique de l'organisme et qui n'est pas strictement imposé par la loi tombe sous le coup de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles (sauf si le regroupement constitue une concentration cf. section précédente).**

<p><b>L'intérêt général peut-il justifier des pratiques d'entente ?</b></p>	<p><b>Certains accords peuvent être exemptés individuellement au cas par cas. Il n'existe en effet aucune exemption générique et absolue pour des accords sectoriels ou de branche.</b></p> <p>L'exemption individuelle de certains accords peut intervenir si l'accord a pour effet d'assurer un progrès économique et réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte sans éliminer totalement la concurrence pour une partie substantielle des produits ou services en cause.</p> <p>Certaines catégories d'accords ou certains accords peuvent être exemptés s'ils permettent d'améliorer la gestion de PME et peuvent être reconnus comme tels par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.</p> <p><b>L'intérêt général ne peut en soi permettre de justifier une pratique anticoncurrentielle. Il peut éventuellement être pris en compte dans l'analyse des gains d'efficacité permettant une exemption parmi d'autres critères.</b></p>
<p><b>Peut-il y avoir entente même si l'accord ne porte pas sur les prix ?</b></p>	<p><b>Le prix n'est pas le seul paramètre sur lequel la concurrence peut s'exercer et être faussée.</b> Dans le secteur du logement social, les prix sont réglementés. Un prix plafond est moins problématique du point de vue du droit de la concurrence qu'un prix plancher qui est susceptible d'être à un niveau supérieur à celui qui pourrait résulter d'une concurrence entre opérateurs.</p> <p>Les <b>marges, les coûts, les intentions de soumissionner ou d'investir, l'intention de se positionner sur un secteur géographique, de proposer de nouvelles offres plus qualitatives.</b> Tous ces éléments, sans qu'ils soient exhaustifs, constituent des paramètres concurrentiels que chaque opérateur doit déterminer de manière autonome.</p>
<p><b>Le simple échange d'information peut-il être anticoncurrentiel ?</b></p>	<p>La concurrence suppose que chaque opérateur puisse déterminer son comportement de manière autonome sans disposer de certitude sur le comportement de ses concurrents. Un échange d'information peut donc devenir illicite s'il augmente le degré de transparence sur le marché.</p> <p>Il est <b>possible d'échanger avec des concurrents des informations publiques dans la mesure où elles sont disponibles.</b> Il est également possible d'échanger sur des données agrégées (statistiques sectorielles) dès lors qu'elles sont anonymisées et ne permettent pas de reconstituer les données d'une entreprise en particulier.</p> <p>À l'inverse, un <b>échange d'informations entre concurrents sur des données stratégiques ou commerciales, non publiques, individuelles, même passées, peut poser problème</b> si elles faussent le jeu de la concurrence.</p>

<p><b>Un exemple d'entente dans le logement social ?</b></p>	<p>Une décision – 16-D-16 du 12 juillet 2016- de l'Autorité de la Concurrence, nous permet d'appréhender des pratiques qui peuvent être énoncés comme relevant d'une entente.</p> <p>IL s'agit d'une plainte d'une société dénonçant une entente entre une commune et un OLS à l'occasion d'une VEFA.</p> <p>Selon la société plaignante, l'OLS aurait profité des échanges préalables au permis de construire avec la commune, pour être désigné comme seul bénéficiaire de la vente de logements sociaux et imposer des prix d'acquisition nettement inférieurs aux prix de revient des logements en cause.</p> <p>Les faits dénoncés étant prescrits, l'Autorité de la concurrence a rejeté la plainte.</p>
<p><b>Comment sont détectées les pratiques ?</b></p>	<p>La détection des pratiques anticoncurrentielles s'effectue généralement par le biais :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ d'une plainte d'un concurrent évincé ou d'une association de consommateurs ;</li> <li>▪ d'un signalement dans le cadre d'appels d'offres publics du fait de la présence d'agents de la DGCCRF dans les commissions ;</li> <li>▪ de programmes dits de « clémence » qui bénéficient à ceux des opérateurs qui sont susceptibles de dénoncer une pratique à laquelle ils ont participé. En échange de la fourniture d'éléments suffisamment probants, les autorités de concurrence au niveau mondial octroient généralement une exonération totale ou partielle d'amende.</li> </ul> <p>Par essence occultes, les cartels sont majoritairement détectés via les programmes dits de clémence.</p> <p>Un concurrent évincé d'un regroupement, une acquisition, sont autant de facteurs de détection possibles. Une enquête par des journalistes sur des dysfonctionnements préjudiciables aux consommateurs finaux peut déclencher une enquête.</p>
<p><b>Quelles précautions prendre ?</b></p>	<p>De nombreuses entreprises ont décidé de <b>concevoir et d'adopter un programme de conformité avec des bonnes pratiques</b> qui permettent à chaque salarié d'être informé et de savoir réagir ou faire remonter de l'information à sa hiérarchie.</p> <p>Il est utile de faire <b>procéder à un audit</b> des pratiques afin, le cas échéant, de <b>détecter les zones d'exposition au risque</b> et d'adapter la stratégie.</p>





## **FÉDÉRATION NATIONALE DES OFFICES PUBLICS DE L'HABITAT**

14, rue Lord Byron - 75384 Paris Cedex 08 • Tél : 01 40 75 78 00 • Télécopie : 01 40 75 68 17 • [www.foph.fr](http://www.foph.fr)  
Association Loi 1901 • Membre de l'Union sociale pour l'habitat

## **CABINET FRIEH ASSOCIÉS**

Avocats à la cour - 9, rue Alfred de Vigny - 75008 Paris - Tél. : +33 (0) 1 84 13 11 28 - [www.frieh.law](http://www.frieh.law)