



HAL
open science

Les groupes et le contrôle européen des concentrations d'entreprises. Essai sur la cohérence substantielle du contrôle européen des concentrations d'entreprises.

Adrienne Bonnet

► **To cite this version:**

Adrienne Bonnet. Les groupes et le contrôle européen des concentrations d'entreprises. Essai sur la cohérence substantielle du contrôle européen des concentrations d'entreprises.. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2020. Français. NNT : 2020PAUU2080 . tel-04321542

HAL Id: tel-04321542

<https://theses.hal.science/tel-04321542>

Submitted on 4 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale des Sciences Sociales et Humanités (ED n°481)

Présentée et soutenue le 12 Décembre 2020

par **Adrienne BONNET**

pour obtenir le grade de docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Spécialité : Droit privé

LES GROUPES ET LE CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES

*Essai sur la cohérence substantielle
du contrôle européen des concentrations d'entreprises*

- **Marie MALAURIE-VIGNAL**
Professeur de droit privé, Université Paris-Saclay (Rapporteure)
- **Loïc GRARD**
Professeur de droit public, Université de Bordeaux ; Président de l'Association Française des Étude Européennes (Rapporteur)
- **Monique LUBY-GAUCHER**
Professeur de droit privé, Université de Pau et des Pays de l'Adour
- **Henri PIFFAUT**
Vice-Président de l'Autorité de la concurrence
- **Fabrice RIEM**
Maître de conférences HDR en droit privé,
Université de Pau et des Pays de l'Adour (Directeur de la recherche)

THÈSE

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale des Sciences Sociales et Humanités (ED n°481)

Présentée et soutenue le 12 Décembre 2020

par **Adrienne BONNET**

pour obtenir le grade de docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Spécialité : Droit privé

LES GROUPES ET LE CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES

*Essai sur la cohérence substantielle
du contrôle européen des concentrations d'entreprises*

- **Marie MALAURIE-VIGNAL**
Professeur de droit privé, Université Paris-Saclay (Rapporteure)
- **Loïc GRARD**
Professeur de droit public, Université de Bordeaux ; Président de l'Association Française des Étude Européennes (Rapporteur)
- **Monique LUBY-GAUCHER**
Professeur de droit privé, Université de Pau et des Pays de l'Adour
- **Henri PIFFAUT**
Vice-Président de l'Autorité de la concurrence
- **Fabrice RIEM**
Maître de conférences HDR en droit privé,
Université de Pau et des Pays de l'Adour (Directeur de la recherche)

L'Université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

*Mes remerciements vont au monde de ces dernières années,
Celui qui m'a épaulée, écoutée et tant appris,
Celui qui m'a accompagnée, faite rire et progresser,
Celui de Bordeaux, Bayonne, Pau, Paris, Parthenay, Ajaccio et la côte Atlantique.*

*Je dédie ce travail à ma Mère,
Combattante de haute volée des causes perdues,
Amoureuse inconditionnelle des animaux, de George Sand et de la liberté.*

*Mes pensées vont aussi à celles et ceux qui ont tiré leur révérence,
Et à cette Danseuse, au loin.*

TABLE DES ABRÉVIATIONS

aff.	Affaire
<i>AJ contrat</i>	Actualité juridique Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
AMF	Autorité des marchés financiers (anciennement, COB)
art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOCCRF	Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation, de la Répression des Fraudes
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOSP	Bulletin officiel des services des prix, concurrence et consommation (anciennement, BOCCRF)
<i>Bull.</i>	Bulletin de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin civil de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin criminel de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly / Joly</i>	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C.E.	Conseil d'État
C. trav.	Code du travail
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass., ch. mixte	Cour de cassation, Chambre mixte
Cass., 1 ^{ère} civ.	Cour de cassation, première Chambre civile (2 ^{ème} civ. pour deuxième Chambre civile, etc.)
Cass., com.	Cour de cassation, Chambre commerciale et financière
Cass., crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
Cass., soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
CCC	Revue Contrats Concurrence Consommation
CCRS	Comité de Coordination du Registre du Commerce et des Sociétés

CGE	Conseil Général de l'Économie, de l'Industrie, de l'Énergie et des Technologies
CGI	Code général des impôts
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (à partir du 1 ^{er} décembre 2009)
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce Et le Développement
coll.	Collection
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
D.	Dalloz
DoJ	Department of Justice
<i>Dr. soc.</i>	Droit des sociétés
éd.	Édition ou nom de l'éditeur
et s.	et suivants
<i>Fasc.</i>	Fascicule de Jurisclasseur
FTC	Federal Trade Commission
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
ICN	International Competition Network
IGF	Inspection Générale des Finances
IHH	Indice Hirschman-Herfindahl
<i>JCI</i>	Jurisclasseur
<i>JCP E</i>	La Semaine Juridique édition Entreprise et affaires
<i>JCP G</i>	La Semaine Juridique Édition générale
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne (à partir du 1 ^{er} février 2003)
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
not.	notamment
obs.	Observation, note, commentaire sous une décision de justice
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économique
OFT	Office of Fair Trading
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>

ord.	ordonnance
<i>préc.</i>	précité
pt	Point numéroté dans un texte, une décision de justice, etc.
REC	Réseau Européen de Concurrence (en anglais, ECN)
<i>Rec.</i>	Recueil de jurisprudence
Rép. civ.	Répertoire de droit civil
Rép. com.	Répertoire de droit commercial
Rép. eur.	Répertoire de droit européen
Rép. internat.	Répertoire de droit international
Rép. sociétés	Répertoire des sociétés
<i>Rev. conc. consom.</i>	Revue de la Concurrence et de la Consommation
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RIDE	Revue internationale de droit économique
RTD <i>civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
RTD <i>com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD <i>eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
Sect.	Section du Conseil d'État
SPRL	Société privée à responsabilité limitée
t.	texte
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne (à partir du 1 ^{er} décembre 2009)
UE	Union européenne
US ou U.S.	United States (Etats-Unis)
V.	Voir, dans le sens « à consulter »

SOMMAIRE

Chapitre préliminaire : Les objectifs croisés du contrôle européen des concentrations d'entreprises

1^{ère} Partie : Les groupes face au contrôle européen des concentrations d'entreprises

Titre 1 : La forme de l'opération à l'épreuve du contrôle européen des concentrations et essai de typologie des mécanismes de concentration

Chapitre 1 : Le support défaillant du droit européen des sociétés pour les fusions *de jure* et scissions de sociétés de capitaux

Chapitre 2 : Le support inexistant du droit européen des sociétés pour les autres mécanismes de concentration

Titre 2 : Le contrat à l'épreuve du contrôle européen des concentrations

Chapitre 1 : L'influence certaine du contrat sur le contrôle européen des concentrations

Chapitre 2 : L'influence relative du contrôle européen des concentrations sur le contrat

2^{ème} Partie : Le contrôle européen des concentrations d'entreprises face aux groupes

Titre 1 : Les définitions du « contrôle matériel » de la cible, obstacles à un contrôle européen des concentrations cohérent

Chapitre 1 : La rigidité des définitions des « entreprises concernées » par l'opération

Chapitre 2 : La maladresse du critère du « changement durable du contrôle » de la cible

Titre 2 : Le renforcement du « contrôle institutionnel » en droit européen des concentrations, un moyen au service d'un contrôle cohérent

Chapitre 1 : L'après *Siemens/Alstom* ou les dangers d'une nouvelle « politisation » du contrôle

Chapitre 2 : Propositions de mesures en faveur d'une extension du contrôle institutionnel en droit européen des concentrations

*« Depuis la base des trembles, [les phrases] l'accusent, non pas avec la violence du blâme
mais avec l'évidence de l'exemple. »*

Nathalie Azoulay, *Titus n'aimait pas Bérénice*, P.O.L, Paris, 2015, 316 p.,
et spécialement, p. 278.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Les groupes et les autorités chargées du contrôle des concentrations au sein de l'Union européenne se livrent à un jeu en apparence classique en droit : tandis que les autorités, et en particulier la Commission, s'efforcent de saisir la réalité des opérations conclues par les groupes, ceux-ci cherchent à leur échapper. Parce que les concentrations sont perçues comme des instruments au service de la compétitivité des États et de l'Union, le contrôle dont elles font ou non l'objet provoque néanmoins des réactions particulièrement vives depuis sa création.

2. L'actualité récente en témoigne particulièrement. La Commission a par exemple suscité les foudres des Ministres de l'économie Français et Allemand¹ après avoir interdit l'opération *Siemens/Alstom*² dans le secteur ferroviaire. De même, la Commission a déclaré avec d'autres, quelques mois plus tard, qu'elle entendait faire preuve d'une vigilance renouvelée en présence de concentrations conclues par des acteurs dominants sur le marché du numérique³. Ce vœu se justifiait : Facebook était en particulier parvenue à acquérir Instagram et WhatsApp⁴ peu de temps auparavant en échappant à la saisine de plein droit de l'institution européenne.

¹ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* et *Ministre de l'économie et des finances*, *Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXI^e siècle*, Paris, 19 février 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/manifeste-franco-allemand-pour-une>.

² Commission, 6 février 2019, *Siemens/Alstom*, aff. M.8677, JOUE C300, 5 septembre 2019, p. 14, obs. not. D. Bosco et C. Prieto, « Chronique de droit des concentrations », CCC, août 2019, n°8-9, chron. 4 et D. Bosco, « La "faute politique" serait de politiser le contrôle des concentrations », CCC, mai 2019, n°5, repère 5 ; v. aussi, L. Idot, « Chronique Droit du contentieux de l'UE - La fin du premier mandat de la Commissaire Vestager marquée par un grand débat sur le rôle de la politique de concurrence », *RTD eur.*, 2019, p. 883.

³ *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *Autorité de la Concurrence*, *Bundeskartellamt*, *Competition Bureau*, *Competition and Markets Authority*, *Department of Justice*, *Direction générale pour la concurrence (Commission européenne)*, *Federal Trade Commission*, *Japan Fair Trade Commission*, « *Accord sur une vision commune des autorités de concurrence du G7 sur "Concurrence et économie numérique"* », 5 juin 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-12/g7_common_understanding_fr.pdf.

⁴ Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, JOUE C417, 21 novembre 2014, p. 4, obs. not. O. Billard et G. Fabre, *Chron. sous Commission*, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, *Concurrences*, 2015, n°2, p. 126 et E. Ocello, C. Sjödin et A. Subočs, « *What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case* », *Competition merger brief*, 2015, n°1, p. 1 ; Commission, 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.8228, JOUE C286, 30 août 2017, p. 6 ; sur ces question, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2.

3. Les débats que le droit européen des concentrations a soulevés ces dernières années ne manquent pas : le Professeur David Bosco relevait ainsi, non sans une certaine emphase, qu'« ils sont nombreux à vouloir renverser la table. Nos règles de concurrence seraient obsolètes, leurs objectifs périmés, leurs méthodes de courte vue, il serait urgent de réviser de fond en comble ces règles du XX^e siècle incapables de comprendre le XXI^e ! »⁵.

4. Si la nécessité d'une réforme peut parfois se faire sentir, parvenir à un juste équilibre entre le besoin de contrôle, d'un côté et les mérites⁶ reconnus aux groupes, de l'autre, présente toutefois une certaine complexité.

⁵ D. Bosco, « La "faute politique" serait de politiser le contrôle des concentrations », *art. préc.*

⁶ La question de la « concurrence par les mérites » n'est pas nouvelle en droit : cette notion a particulièrement retenu l'attention des juges dans le cadre des abus de position dominante. Il s'agit ainsi d'admettre qu'une entreprise, y compris lorsqu'elle est en position dominante, peut obtenir des parts de marché supplémentaires en mobilisant les moyens légaux offerts par une « concurrence par les mérites ». Utilisés à l'excès, ces moyens sont néanmoins susceptibles de « compromettre irrémédiablement les chances des concurrents de réussir sur le marché » (B. Vesterdorf, « Considérations sur la notion de "concurrence par les mérites" » in Cour de cassation (dir.), *Droit et économie de la concurrence. La concurrence par les mérites*, Cycle Droit et économie de la concurrence, 2005, Paris ; en ce sens, v. aussi, not., F. Riem, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, Avril 2008, 2008/1, p. 67). Est prohibé en ce sens « le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques » (CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission* (« Vitamines »), aff. 85/76, *Rec.* 1979, p. 461, et spécialement, pt 91 ; pour une mention explicite de la « concurrence par les mérites », v. aussi, not., CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie c/ Commission*, aff. C-62/86, *Rec.* 1991, I, p. 3359, et spécialement, pt 70 ; TPICE, 1^{er} avril 1993, *BPB Industries Plc et British Gypsum Ltd c/ Commission*, aff. T-65/89, *Rec.* 1993, II, p. 389, et spécialement, pt 94 ; TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak International SA c/ Commission*, aff. T-83/91, *Rec.* 1994, II, p. 755, et spécialement, pt 147 ; TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn AG c/ Commission*, aff. T-229/94, *Rec.* 1997, II, p. 1689, et spécialement, pt 78 ; TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c/ Commission*, aff. T-228/97, *Rec.* 1999, II, p. 2969, et spécialement, pt 111 ; TPICE, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd c/ Commission*, aff. T-65/98, *Rec.* 2003, II, p. 4653, et spécialement, pt 157 ; TPICE, 30 septembre 2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Commission*, aff. T-203/01, *Rec.* 2003, II, p. 4071, et spécialement, pt 97 ; CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. C-202/07 P, *Rec.* 2009, I, p. 2369, et spécialement, pt 106 ; CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom AG c/ Commission*, aff. C-280/08 P, *Rec.* 2010, I, p. 9555, et spécialement, pt 177 ; CJUE, 17 février 2011, *Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, *Rec.* 2011, I, p. 527, et spécialement, pts 24, 43 et 88 ; CJUE, 19 avril 2012, *Tomra Systems ASA e.a. c/ Commission*, aff. C-549/10 P, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pts 22 et 42). Il a plus précisément été admis que « la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation » (CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S c/ Konkurrenserådet*, aff. C-209/10, *Rec.*, et spécialement, pt 22 ; CJUE, 6 septembre 2017, *Intel Corp. Inc. c/ Commission*, aff. C-413/14, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pt 134). La Cour a récemment retenu cette notion à propos de la qualification d'une « restriction par objet » dans le cadre des ententes (CJUE, 30 janvier 2020, *Generics (UK) Ltd e.a. c/ Competition and Markets Authority*, aff. C-307/18, *Rec.*, et spécialement, pts 87, 94 et 111, obs. L. Idot, « Accords de report d'entrée », *Europe*, mars 2020, n°3, comm. 104, D. Bosco, « La Cour de

5. L'objet du droit européen des concentrations a toujours conduit à interdire avec prudence les seules opérations de concentration néfastes à la concurrence sur le marché. Le règlement (CEE) n°4064/89⁷, premier règlement autonome dédié à la matière, s'appuyait à cette fin sur le test de la dominance : les opérations étaient déclarées compatibles avec le marché commun dès lors qu'elles ne créaient pas ni ne renforçaient « une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci »⁸. Jugée par trop juridique, il a cependant été reproché à cette approche de ne pas refléter à suffisance la réalité économique de l'opération. Le contrôle a ainsi peu à peu évolué : alors que les seuls cas de position dominante simple avaient initialement vocation à intégrer son champ, la Commission l'a ensuite étendu aux hypothèses de position dominante collective à compter de 1991⁹, avant d'agir de même s'agissant d'une position dominante oligopolistique¹⁰. Par suite de l'arrêt *Airtours*¹¹ et au vu de la similarité certaine entre la notion de position dominante collective et celle d'effets coordonnés¹², des voix se

justice précise le régime des accords de règlement amiable et la notion de restriction par l'objet dans un arrêt important », CCC, avril 2020, comm. 71).

⁷ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE L257, 1990, p. 13.

⁸ *Ibid.*, art. 2.2 et 2.3.

⁹ Commission, 31 juillet 1991, *Varta/Bösch*, aff. M.12, JOCE L320, 22 novembre 91, p. 26 ; Commission, 18 décembre 1991, *Alcatel/AEG Kabel*, aff. M.165, JOCE C6, 10 janvier 1992, p. 23 ; Commission, 22 juillet 1992, *Nestlé/Perrier*, aff. M.190, JOCE L356, 5 décembre 1992, p. 1.

¹⁰ Commission, 14 décembre 1993, *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, aff. n°M.308, JOCE L186, 21 juillet 1994, p. 38. Un oligopole désigne une structure de marché où un faible nombre d'offreurs se partagent la demande. Cette situation les conduit à être interdépendants, en ce sens que chacun d'eux sait que ses décisions stratégiques sont à même d'affecter les autres (Commission, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne. Antitrust et contrôle des opérations de concentrations.*, juillet 2002).

¹¹ Commission, 22 septembre 1999, *Airtours/First Choice*, aff. M.1524, JOCE L93, 13 avril 2000, p. 1 ; TPICE, 6 juin 2002, *Airtours plc c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002, II, p. 2585. Dans cette décision, le Tribunal a défini les conditions permettant de caractériser l'existence d'une politique commune entre les membres d'un oligopole, un tel critère conduisant à déterminer si l'opération conduit à créer ou renforcer une position dominante collective de nature à entraver significativement la concurrence.

¹² Par « effets coordonnés », il s'agit de désigner le fait que l'opération puisse faciliter un risque de coordination entre l'entité issue de l'opération et les autres acteurs sur le marché. Les lignes directrices sur les concentrations horizontales (lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C 31/03, JOUE 5 février 2004, n° C 31, p. 5, et spécialement, pts 41 et s.) dénombrent quatre types de facteurs cumulatifs qui permettent de détecter des effets coordonnés anticoncurrentiels engendrés par les opérations de concentration. Il s'agit du facteur de la compréhension mutuelle (grâce à la transparence du marché, les acteurs comprennent mutuellement leurs positionnements et stratégies, ce qui permet une coordination implicite), de la surveillance (les entreprises surveillent les comportements déviants de leurs concurrents par divers moyens tels

sont élevées pour réclamer une révision du droit européen des concentrations en faveur d'une orientation plus proche du modèle nord-américain¹³.

6. Le règlement (CE) n°139/2004 (ci-après le « règlement "concentrations" »)¹⁴ adopté par la suite a par conséquent subordonné la compatibilité de l'opération avec le marché au fait que celle-ci ne puisse « entrave[r] de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante »¹⁵. Si le droit européen des concentrations ne s'est pas pour autant désintéressé de la possibilité que l'opération conduise à la création ou au renforcement d'une position dominante, l'introduction de la notion d'entrave significative à la concurrence a conduit à s'éloigner timidement du test de la dominance et à recourir davantage à l'indice SIEC (« *significant impediment to effective competition* »)¹⁶. Tandis que les gains d'efficacité induits par l'opération ont également intégré l'appréciation de la Commission par l'effet de ce règlement, la probabilité d'effets anticoncurrentiels extérieurs à la seule question de la domination, à l'image des effets unilatéraux¹⁷, a aussi été plus envisagée.

que des clauses ou échanges d'informations au sein d'associations professionnelles), de la dissuasion (les entreprises mettent en œuvre des mécanismes de dissuasion destinés à éviter tous comportements déviants entre elles, comme une guerre des prix ou une augmentation des quantités produites) et de la contestabilité (les réactions des entreprises et clients qui ne participent pas à la coordination, comme celles des concurrents actuels ou futurs, ne remettent pas en cause le résultat de la coordination). Il est précisé que ces lignes directrices sont directement applicables aux autres formes de concentration (lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2008/C 265/07, JOUE C 265, 18 octobre 2008, p. 6 et spécialement, pt 6).

¹³ Le Clayton act s'appuie, dans le cadre des concentrations, sur le test SLC (« *substantial lessening of competition* »), soit sur le critère de la diminution substantielle de concurrence. Cet indicateur permet de se préoccuper plus de la préservation de la concurrence que de l'existence ou du renforcement d'une position dominante. Le droit européen des concentrations sous l'empire du règlement (CE) n°4064/89 avait fait par ailleurs l'objet de vastes critiques au vu des tensions occasionnées des deux côtés de l'Atlantique par des affaires telles que *Boeing Company/McDonnell Douglas* ou *General Electric/Honeywell* (v. *Infra*, cette Introduction générale).

¹⁴ Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, JOUE L24, 29 janvier 2004, p. 1.

¹⁵ *Ibid.*, art. 2.2. et 2.3.

¹⁶ Ce test est l'équivalent du test SLC précité (D. Encaoua et R. Guesnerie, *Politiques de la concurrence*, La Documentation française, Paris, 2006, 304 p., et spécialement, p. 101).

¹⁷ L'opération provoque des « effets unilatéraux », qualifiés également de « non-coordonnés », lorsqu'elle entraîne la suppression de toute pression concurrentielle sur l'entité issue de l'opération en l'absence de coordination (lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pts 24 et s.).

7. Néanmoins, l'adoption de ce règlement ne semble pas avoir conduit à durcir le contrôle précédent. Au contraire, la mise en œuvre du règlement (CE) n°139/2004 a divisé de moitié le nombre de décisions concluant à l'incompatibilité de l'opération¹⁸ et ce, alors qu'il était déjà faible au sein de l'Union et que la Commission a interdit par trois fois des opérations en 2019¹⁹. En d'autres termes, le règlement « concentrations » n'a pas sensiblement entravé le développement des groupes sur le marché « commun »²⁰, devenu « marché intérieur »²¹, si ce n'est « unique »²², en raison de l'*a priori* positif qu'il réserve à leurs opérations de concentration.

¹⁸ L'examen des statistiques fournies par la Commission montre que ce nombre a été divisé de moitié : du 21 septembre 1990 au 31 décembre 2003, elle a rendu dix-huit décisions tendant à déclarer l'opération incompatible avec le marché intérieur (la première a été rendue en 1991 dans l'affaire *Aérospatiale/Alenia/De Havilland* [Commission, 2 octobre 1991, *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*, aff. M.53, JOCE L334, 2 octobre 1991, p. 42], puis il y en a eu une en 1994, deux en 1995, trois en 1996, une en 1997, deux en 1998, une en 1999, deux en 2000 et, à titre de record, cinq en 2001). Sur une période d'une durée quasi-égale, entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 décembre 2017, seules neuf décisions sont recensées (une en 2004, une en 2007, une en 2011, une en 2012, deux en 2013, une en 2016 et deux en 2017 ; v. Statistiques de la Commission européenne relative au contrôle des concentrations, disponible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>). Cette comparaison montre ainsi que le nombre de décisions d'interdiction a été divisé par deux. Les modifications introduites par le règlement « concentrations » et l'adoption du test SIEC sont, à cet égard, déterminantes (F. Maier-Rigaud et K. Parplies, « EU Merger Control Five Years After The Introduction Of The SIEC Test : What Explains the Drop in Enforcement Activity ? », *ECLR*, 11-2009, p. 565).

¹⁹ Ce chiffre n'avait jamais été atteint sous l'empire du règlement « concentrations » (Commission, 5 février 2019, *Wieland/Aurubis Rolled Products/Schwermetall*, aff. M.8900 ; Commission, 6 février 2019, *Siemens/Alstom*, préc. ; Commission, 11 juin 2019, *Tata Steel/Thyssenkrupp/JV*, aff. M.8713).

²⁰ À propos de l'évolution de ce « marché », v. C. Blumann (dir.), B. Bertrand, L. Grard, F. Peraldi-Leneuf, Y. Petit, C. Soulard, *Introduction au marché intérieur : Libre circulation des marchandises*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2015, 542 p., et spécialement, n°10 et s. Cette terminologie est retenue non seulement par le règlement « concentrations » mais aussi par certains Traités européens, à savoir le Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) signé le 18 avril 1951 à Paris, entré en vigueur le 23 juillet 1952 et expiré le 23 juillet 2002 (dit « Traité de Paris »), le Traité instituant la Communauté Économique Européenne (CEE) signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958 (dit « Traité CEE » ou « Traité de Rome »), le Traité instituant la Communauté Européenne de l'Énergie Atomique (CEEA ou Euratom) signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958 (dit « Traité de Rome »), l'Acte unique européen signé le 17 février 1986 à Luxembourg, le 28 février 1986 à La Haye et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987 (JOCE L169 du 29 juin 1987 ; dit l'« AUE »), le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 à Maastricht et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993 (JOCE C191 du 29 juillet 1992, p. 1 ; dit « Traité de Maastricht »), le Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

²¹ Selon la terminologie figurant non seulement dans le règlement « concentrations » mais aussi dans certains Traités, à savoir : l'AUE qui l'a consacrée, le Traité de Maastricht, le Traité d'Amsterdam et le Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 (JOUE C306, 17 décembre 2007, p. 1 ; dit « Traité de Lisbonne »).

²² Si cette expression ne figure ni dans un Traité ni dans le règlement « concentrations », elle se retrouve régulièrement en droit dérivé et dans la jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne et de la Cour de Justice de l'Union européenne.

8. Cette certaine indulgence s'explique par le lien qui unit le contrôle européen de ces opérations aux groupes. Il repose en effet sur la contradiction suivante : l'Union contrôle, au risque de les interdire, ces concentrations en raison des effets qu'elles pourraient avoir sur la concurrence et elle encourage aussi leur conclusion en raison des effets qu'elles pourraient entraîner sur le marché.

9. Ce paradoxe soulève plus précisément deux séries de difficultés. En effet, l'efficacité du contrôle des concentrations dépend d'abord étroitement des finalités poursuivies par la politique de concurrence dans laquelle il a vocation à s'inscrire. Elle nécessite de déterminer le degré qu'il convient de conférer à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre dans un domaine marqué par l'ordre public économique. La pluralité d'objectifs que le règlement poursuit impose ensuite de saisir les opérations contrôlables et d'écarter celles qui n'ont pas vocation à répondre à son objet.

10. En premier lieu, le contrôle européen des concentrations s'apparente à un « funambule »²³ : il relève de la politique européenne de concurrence tout en cherchant à préserver le maintien de la compétitivité de l'industrie européenne.

11. Certes, la place qu'il occupe au sein des politiques publiques européennes présente une certaine simplicité de prime abord. Parce qu'il s'inscrit dans le cadre de la politique de concurrence, il sert en effet une politique au service de l'intérêt général et au titre de laquelle les États et l'Union interviennent en encourageant ou en réprimant les pratiques susceptibles d'affecter la concurrence sur le marché²⁴. Lors de la troisième réunion du Forum Mondial sur la Concurrence, les États s'étaient d'ailleurs entendus pour admettre que leurs politiques de concurrence poursuivaient des finalités « de deux ordres »²⁵ : garantir le maintien d'une dose de concurrence²⁶ et empêcher une « concentration excessive du pouvoir économique ». Dans la mesure où la politique de concurrence de l'Union mêle ces deux objectifs, le contrôle des concentrations en est l'un des instruments. Il s'inscrit en particulier dans le cadre de

²³ G. Vallindas, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, thèse, Bruylant, Travaux du CERIC, 2009, 561 p., et spécialement, p. 486.

²⁴ E. Combe, *La politique de la concurrence*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 2002, 128 p. et spécialement, p. 12 ; P. Laurent, *La politique communautaire de concurrence*, D., Sirey, Paris, 1993, 206 p.

²⁵ Si l'OCDE identifie spécifiquement ces deux objectifs, l'un ne semble cependant pas aller sans l'autre (OCDE, « *Les objectifs du droit et de la politique de la concurrence* », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2003/1, vol. 5, et spécialement, p. 10).

²⁶ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission* (« *Metro-Saba I* »), aff. 26/76, *Rec.* 1977 p. 1877, et spécialement, pt. 20.

cette politique en ce qu'il cherche à protéger le bien-être des consommateurs et l'innovation²⁷. L'affaire *Perrier* a toutefois montré qu'il ne saurait partager²⁸ le souci de celle-ci²⁹ pour la question du redressement et du maintien de l'emploi.

12. Pourtant et dans la mesure où le contrôle tend aussi à favoriser la création et le développement du marché intérieur, le rôle précis qui lui est assigné se caractérise par une certaine complexité.

13. Cette difficulté est d'autant plus nette que la politique européenne de concurrence elle-même a évolué au gré des époques et des conjonctures politiques et économiques³⁰. La place de celle-ci dépend aussi, comme toute politique de concurrence, de celle qui est accordée au développement industriel. Or, l'existence d'une politique industrielle européenne ne semble pas pleinement acquise à ce jour. La question se pose d'autant plus que la définition même d'une politique industrielle

²⁷ G. Vallindas, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, juin 2017, 509 p.

²⁸ Dans cette affaire, la Commission s'est reconnue compétente pour contrôler une opération de concentration susceptible d'occasionner un abus de position dominante collective et non seulement simple (Commission, 22 juillet 1992, *Nestlé/Perrier*, *préc.*). Elle a par ailleurs conduit le juge à poser le principe selon lequel le maintien de l'emploi ne peut être envisagé que de manière limitative en droit européen des concentrations. Le Tribunal a ainsi certes admis que « La Commission peut ainsi être conduite à vérifier si l'opération de concentration est susceptible d'avoir des répercussions, même indirectes, sur la situation des salariés dans les entreprises concernées, de nature à affecter le niveau ou les conditions d'emploi dans la Communauté ou une partie substantielle de celle-ci » (TPICE, 27 avril 1995, *Comité Central d'Entreprise de la Société Anonyme Vittel and Comité d'Établissement de Pierval and Fédération Générale Agroalimentaire c/ Commission*, aff. T-12/93, *Rec.* 1995, II, p. 1247, et spécialement, pt 38 ; TPICE, 27 avril 1995, *Comité Central d'Entreprise de la Société Générale des Grandes Sources et autres c/ Commission*, aff. T-96/92, *Rec.* 1995, II, p. 1213, et spécialement, pt 28 ; obs. F. Brunet, « Chronique de droit communautaire de la concurrence : le contrôle des opérations de concentrations », *Revue de droit des affaires internationales*, n°1-1995, p. 107). Il a toutefois rejeté le recours introduit par les instances représentatives du personnel de Perrier qui tentaient de faire valoir que l'opération avait provoqué la suppression d'emplois. En dépit du caractère recevable d'une telle action, le juge a en effet souligné que, pour être annulée, la décision doit porter directement et individuellement atteinte aux droits des requérants (le juge a fait application d'une jurisprudence constante : CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c/ Commission*, aff. 25/62, *Rec.* 1963 p. 199 ; CJCE, 10 décembre 1969, *Società "Eridania" Zuccherifici Nazionali et autres c/ Commission*, aff. jtes 10/68 et 18/68 *Rec.* 1969 p. 459, et spécialement pt 7 : TPICE, 28 octobre 1993, *Zunis Holding SA et Finan Srl et Massinvest SA c/ Commission*, aff. T-83/92, *Rec.* 1993, II, p.1169, et spécialement pts 34 et 36), c'est-à-dire à leur statut d'organisme représentatif ou à l'exercice de leurs prérogatives, ce qui ne saurait être le cas d'une décision en matière de concentrations. Il a néanmoins rappelé qu'en application de la directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 (abrogée et remplacée par directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001), une telle opération ne saurait en soi constituer un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire.

²⁹ Commission, « *Vingt-troisième rapport sur la politique de la concurrence. 1993.* », 1994, et spécialement, n°17 et s.

³⁰ Ce qui justifie de retracer l'histoire du droit européen des concentrations dans un Chapitre préliminaire (v. *Infra*).

appelle une pluralité d'approches. Si elle a longtemps été perçue comme une intervention de l'État susceptible de nuire à l'allocation optimale des ressources, elle a par ailleurs été considérée tantôt comme un pan de la politique de concurrence³¹, tantôt comme son enveloppe³², tantôt encore comme son antonyme³³. Parmi les travaux qui se sont essayés à en analyser les traits, Elie Cohen et Jean-Hervé Lorenzi ont identifié trois types d'objectifs qui lui sont attribués par les États : le soutien aux secteurs en difficulté face à la concurrence internationale, la faveur accordée aux opérations de concentration en raison de la rationalisation industrielle qu'elles faciliteraient et l'aide de certains secteurs spécifiques³⁴. De ce point de vue, il pourrait être admis qu'une certaine politique industrielle existe à l'échelle européenne et ce, particulièrement dans la mesure où les États en ont admis la nécessité à compter des années 1970. Après le premier choc pétrolier, la Communauté européenne s'est ainsi démarquée par son dirigisme lorsqu'elle apportait son aide à certaines industries. Des moyens ont également été mis en commun au niveau européen pour soutenir les secteurs de pointe³⁵. L'existence d'une politique industrielle européenne reste cependant discutée, les Traités entretenant un certain flou à ce sujet³⁶ et les réticences de la Commission vis-à-vis d'un quelconque interventionnisme étant régulièrement soulignées. Pourtant et bien que la politique de concurrence soit le « bras armé »³⁷ de la Commission, elle ne va en rien à l'encontre de la nécessité de maintenir la compétitivité au sein de l'Union. Cette institution a au contraire souligné la complémentarité de la politique industrielle et de la politique de concurrence³⁸ dans son *Rapport sur la politique de concurrence* de 1993 : « loin d'être antinomique avec une politique industrielle, la Commission considère que la politique de concurrence en

³¹ J. de Bandt, « Politiques industrielles et de la concurrence : quelles priorités, quelles combinaisons ? », *Revue d'économie industrielle*, 1993, n°63, p. 207.

³² L. Brittan, « *La politique industrielle européenne doit être fondée sur une réglementation stricte de la concurrence* », allocution de Sir Leon Brittan devant la Chambre franco-britannique, Paris, 8 janvier 1991, IP/91/13.

³³ F. Denord, « Néo-libéralisme et "économie sociale de marché" : les origines intellectuelles de la politique européenne de concurrence (1930-1950) », *Histoire Économie & Société*, 2008/1, p. 23 ; L. Warloutet, « Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire – La naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960 », *Histoire Économie & Société*, 2008/1, p. 47.

³⁴ E. Cohen et J.-H. Lorenzi, « *Rapport. Politiques industrielles pour l'Europe* », La Documentation française, Paris, 2000.

³⁵ E. Combe, J. Fayolle et F. Milewski, « La politique industrielle communautaire », *Revue de l'OFCE*, 1993, n°43, p. 399.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ C. Prieto, « Conclusion de la première journée » in C. Prieto (dir.), *Journée européenne de la concurrence – Actes de la conférence – Paris, Concurrences*, 18 et 19 novembre 2008, p. 55.

³⁸ C'est aussi ce que souligne l'OCDE dans l'un de ses rapports (OCDE, « *Les objectifs du droit et de la politique de la concurrence* », *préc.*).

est un instrument indispensable et qu'il existe donc une complémentarité certaine entre ces deux politiques »³⁹. Cette affirmation semble d'autant plus devoir s'imposer que le règlement « concentrations » lui-même l'amène à envisager ces opérations avec un *a priori* positif. En ce sens, et en dépit des critiques dont elle fait l'objet, la Commission mènerait une « politique industrielle “sous le manteau” »⁴⁰ bien que son intervention ne puisse résider dans la rationalisation de la production européenne en lieu et place du seul maintien de la concurrence sur le marché. Lui assigner ce rôle pourrait en particulier causer des dérives de patriotisme économique⁴¹ en l'invitant à faire preuve d'indulgence à l'égard des champions européens et à délaisser l'examen des effets néfastes que l'opération pourrait causer aussi bien au sein du marché unique que sur le territoire éventuel de pays tiers⁴². Dans ces conditions, l'existence d'une politique industrielle européenne, parfois entendue comme un ensemble de mesures en faveur de l'émergence de *leaders* européens, et plus encore son adéquation avec le droit européen des concentrations sont régulièrement contestées en particulier par les États membres⁴³.

14. Dès lors, le degré d'appréciation laissé à la Commission pour autoriser, et plus encore pour interdire, ces opérations sur le marché a été discuté dès ses débuts et l'a encore été récemment, en particulier après l'affaire *Siemens/Alstom* précitée. En présence d'une pratique susceptible d'affecter le marché, il est certes admis qu'une instance de régulation doit intervenir pour l'apprécier et assumer en cela le rôle traditionnel⁴⁴ d'un tiers extérieur au litige, impartial et capable de rétablir l'ordre entre plusieurs individus. Comme le régulateur d'une horloge divise le temps en

³⁹ Commission, « *Vingt-troisième rapport sur la politique de la concurrence. 1993.* », *préc.*, et spécialement, n°157.

⁴⁰ D. Geradin et N. Petit, « La politique industrielle sous les tirs croisés de la mondialisation et du droit communautaire de la concurrence », p. 4, et spécialement, p. 35 in A. Mourre (dir.), *Mondialisation, politique industrielle et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Forum européen de la communication, Bruxelles, 2006, 114 p.

⁴¹ À ce propos, v. J.-P. Kovar, « Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire », *Journal de droit européen (anciennement JTDE)*, novembre 2009, n°163, p. 265.

⁴² L. Idot, « Le contrôle des concentrations » in « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence », *RIDE*, 2002, 2002/2, t. XVI, p. 175.

⁴³ Par exemple, en France, un rapport du Sénat a dénoncé la primauté de la politique européenne de concurrence sur les autres politiques en relevant qu'elle « est apparue comme la pierre angulaire du processus d'édification du marché intérieur, à laquelle toute autre préoccupation devait être sacrifiée » (Sénat, F. Grignon, « *Rapport d'information n°374 sur la délocalisation des industries de main-d'œuvre* », annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 2004). Nous reviendrons sur les critiques récentes émises à ce propos dans la Seconde Partie de l'étude (v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre I).

⁴⁴ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2^{ème} éd., Paris, 2004, 415 p.

heures, minutes et secondes⁴⁵, le rôle de la Commission⁴⁶ comme des autorités nationales de concurrence, en tant qu'organes régulateurs de concurrence, est essentiel en ce qu'elles maintiennent l'équilibre sur le marché et évitent que des effets ne viennent en perturber le fonctionnement. La légitimité de leurs prérogatives est cependant régulièrement remise en cause, que ce soit, nous l'avons évoqué, en raison de l'interventionnisme dont elles feraient preuve ou de leur refus allégué de servir justement la compétitivité mais aussi plus largement, de l'éventuelle capacité d'autorégulation du marché⁴⁷.

15. Les propos de Dominique Brault nous semblent toutefois plus convaincants : « une politique qui se bornerait à libérer une concurrence effective sans contrôler la puissance économique ressemblerait à une centrale nucléaire conçue pour provoquer des phénomènes de fission sans que l'on prît soin de capter la chaleur dégagée »⁴⁸ et paraissent devoir être rappelés dans un contexte où, dans le cadre de la Stratégie industrielle 2020, la Commission a annoncé vouloir revoir ses règles de concurrence, notamment dans le domaine des concentrations⁴⁹.

16. Quelle que soit la position retenue néanmoins, les concentrations reflètent plus précisément un certain « paradoxe du marché »⁵⁰ en l'état actuel du droit : la liberté

⁴⁵ M. Miaille, « La régulation : enjeux d'un choix », p. 11 in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 1 et 2 octobre 1992, 272 p.

⁴⁶ Elle cumule plus précisément les fonctions d'instruction et de décision sans enfreindre l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme puisqu'elle n'est pas une juridiction (TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-25/95 à T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95 à T-88/95 et T-103/95 à T-104/95, *Rec.* 2000, II, p. 491).

⁴⁷ Par exemple, si Friedrich von Hayek n'était pas opposé à toute forme d'intervention du droit sur le marché, il considérerait néanmoins que le marché gagnerait à reposer sur un « ordre spontané » (F. von Hayek, *Droit législation et liberté. Volume 1 : Règles et ordre*, PUF, coll. Libre échange, 1980, 208 p., et spécialement p. 142 ; sur cette question, v. aussi *Infra*, Chapitre préliminaire).

⁴⁸ D. Brault, *L'État et l'esprit de concurrence*, Economica, Paris, 1987, 234 p., et spécialement, p. 10.

⁴⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe », 10 mars 2020, COM(2020) 102 final, et spécialement, p. 6 ; Commission, « Préparer les entreprises européennes pour l'avenir : une nouvelle stratégie industrielle pour une Europe verte et numérique, compétitive à l'échelle mondiale », 10 mars 2020, communiqué de presse, IP/20/416. Six mois plus tard, la Présidente de la Commission Ursula von der Leyen annonçait encore vouloir « actualise[r] [la] stratégie industrielle » de l'Union et « adapte[r] [le] cadre de concurrence » (U. von der Leyen, « État de l'Union en 2020. Discours sur l'état de l'Union 2020 », 16 septembre 2020, et spécialement, p. 9). Parmi les « initiatives nouvelles pour 2021 » listées dans sa lettre d'intention, elle évoquait aussi un « réexamen de la politique de concurrence » (U. von der Leyen, « État de l'Union en 2020. Lettre d'intention adressée au Président David Maria Sassoli et à la Chancelière Angela Merkel », 16 septembre 2020, et spécialement, p. 4).

⁵⁰ F. Riem, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2002, 502 p.

contractuelle et la liberté d'entreprendre qui les fondent dynamisent le marché mais leur déploiement sans filet peut en compromettre le bon fonctionnement. Pour cette raison, l'intérêt des groupes pour ces opérations se heurte autant aux missions dévolues aux autorités de contrôle qu'il sert l'intégration du marché intérieur.

17. D'une part en effet, l'intérêt des groupes concernés par une opération de concentration entre en contradiction avec les objectifs poursuivis par le contrôle. Comme le relevait Jacques Houssiaux, l'un des premiers économistes industriels Français⁵¹ et auteur d'un ouvrage sur *Le pouvoir de monopole*⁵², « il est difficile d'énumérer les facteurs qui favorisent les mouvements de fusion, et davantage encore de rechercher les intentions des promoteurs de ces fusions »⁵³. Les motivations qui animent les parties à une opération sont effectivement des plus diverses : il peut s'agir pour elles d'espérer une maximisation de leurs profits⁵⁴, plus rapide que celle qui pourrait résulter des fruits de leurs investissements⁵⁵, une augmentation de leurs parts de marché, l'obtention d'économies d'échelle⁵⁶, de gamme⁵⁷, de capacités d'innovation⁵⁸, de rationaliser les activités exercées par les membres du groupe comme leurs intérêts individuels⁵⁹ ou encore des avantages induits par « l'effet d'apprentissage »⁶⁰. Elle leur permet encore de « s'affranchir des

⁵¹ B. Baudry, « Quasi-intégration et relation de sous-traitance industrielle : une évaluation des travaux de Jacques Houssiaux », *Revue d'économie industrielle*, 2013, 142, p. 11.

⁵² J. Houssiaux, *Le pouvoir de monopole. Essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain.*, Sirey, Paris, 1958, 416 p.

⁵³ *Ibid.*, et spécialement, p. 312.

⁵⁴ G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 (1^{ère} éd. 1971), 783 p., et spécialement, p. 144.

⁵⁵ G. Stigler, *Capital and Rates of Return in Manufacturing Industries*, Princeton University Press, 1963, 228 p., et spécialement pp. 70-71 ; A. Jacquemin, « Concentration industrielle et politique de concurrence européenne », p. 383 in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud.*, Dalloz, Paris, 1998, 580 p.

⁵⁶ Lesquelles résulteraient d'une division accrue du travail, d'une meilleure répartition des coûts fixes, etc. (A. Jacquemin, « Concentration industrielle et politique de concurrence européenne », *art. préc.*).

⁵⁷ Dites également « *scope economies* » : en regroupant des capacités de production, les coûts engendrés par la production de deux produits grâce à une unité de production seraient mécaniquement plus faibles que lorsque deux productions distinctes produisent chacune un produit. En augmentant son portefeuille de produits, l'entreprise issue de l'opération serait ainsi en mesure de mieux répondre à la demande et, éventuellement, de baisser les prix (*ibid.*).

⁵⁸ Sur la diminution des coûts et l'augmentation de la capacité d'innovation des parties à l'opération, v. not., A. Beckenstein, E. Kaufer, R. Dennis Murphy et F. M. Scherrer, *The Economics of Multi-Plant Operation : An International Comparisons Study*, Harvard University Press, 453 p. et spécialement, pp. 181 et s. et p. 321.

⁵⁹ J. Paillusseau, « La cession de contrôle », *JCP E*, 14 novembre 1985, n°46, 14587.

⁶⁰ Lequel permettrait à l'entité issue de l'opération de produire à moindre coûts grâce à l'expérience issue des productions antérieures (A. Jacquemin, « Concentration industrielle et politique de concurrence européenne », *art. préc.*).

incertitudes du marché »⁶¹, quand il ne s'agit pas d'« échappe[r] aux vicissitudes des marchés nationaux et aux souverainetés nationales »⁶². En ce sens et bien qu'elles soient aussi susceptibles de présenter divers inconvénients pour leurs auteurs⁶³, ces opérations de croissance externe ont pour objectif de conquérir le marché en renforçant le pouvoir de marché des groupes concernés. Or, le contrôle européen des concentrations a pour but d'éviter que l'entité issue de l'opération n'abuse de ce même pouvoir de marché, lequel s'érige en véritable « raison d'être »⁶⁴ de ce corps de règles. Le contrôle vise ainsi à appréhender « la capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence »⁶⁵. Par cette approche, le règlement « concentrations » cherche à préserver la concurrence au sein de l'Union dans le but de protéger le bien-être des consommateurs et d'empêcher la conclusion d'opérations qui l'entraveraient significativement, en particulier par la création ou le renforcement d'une position dominante. Les autorités en charge du contrôle redoutent en effet que le groupe parvienne à se défaire du jeu normal de la concurrence par l'effet de l'opération qui l'a renforcé. Elles craignent par exemple qu'il soit en mesure de pratiquer des prix élevés en l'absence de concurrents réels ou

⁶¹ G. Farjat, *Droit économique, op. cit.*, et spécialement, p. 145.

⁶² *Ibid.*, et spécialement, p.143 ; v. aussi en ce sens, G. Farjat, « Les pouvoirs privés économiques », p. 613 et s. in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. À propos de 30 ans de recherches du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, LGDJ, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Paris, 2000, vol. 20, 728 p.

⁶³ Plusieurs inconvénients peuvent se présenter à l'issue de l'opération, que ceux-ci résultent d'une transmission imparfaite des informations au sein du groupe, des inefficacités internes qui en découlent, de la multiplication des tâches et de l'augmentation des coûts y afférant, d'une perte de flexibilité, d'un défaut de coordination, etc. (A. Jacquemin, « Concentration industrielle et politique de concurrence européenne », *art. préc.*). Alors que le contrôle des concentrations n'en était qu'à ses débuts, une étude a par ailleurs montré que si la moitié des opérations de concentration horizontale est couronnée de succès, moins du tiers des opérations généralement conclues sur le marché apporte les bénéfices escomptés (B. Buigues, F. Ilzkovitz et A. Jacquemin, « Horizontal mergers and competition policy in the European Community », *European Economy*, mai 1989, n°40, et spécialement, p. 21).

⁶⁴ C. Prieto, *Fascicule 1390 : Politique européenne de concurrence*, JCI Europe Traité, 1^{er} février 2014, et spécialement, n°21 et n°31 et s.

⁶⁵ Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pt 8 ; précisons que les lignes directrices applicables aux concentrations horizontales prennent soin de distinguer cette notion de celle de puissance d'achat par souci de sémantique. Cette définition reste quoi qu'il en soit classique en droit européen de la concurrence (v. not., lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, pt 25, puis lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, pt 39; lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, 2000, pt 119 puis lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, 2010, pt 97).

potentiels sur une période de longue durée ou à l'inverse, des prix prédateurs, donc d'un montant si faible qu'aucun compétiteur ne serait en mesure de proposer une alternative suffisante⁶⁶. Le risque de coordination soulevé par l'opération peut notamment prendre tout son sens dans ce cas, les acteurs sur le marché étant alors naturellement incités à s'entendre avec l'entité en situation de position dominante.

18. D'autre part et bien que les opérations de concentration s'apparentent à des instruments de désintégration de l'équilibre du marché, elles peuvent aussi servir l'intégration du marché intérieur. En cela, les missions dévolues aux autorités de contrôle comme l'intérêt des groupes pour ces opérations ne sauraient être pleinement divergents. En effet, si elles peuvent parfois nuire à la concurrence, les opérations de concentration sont le plus souvent encouragées en raison des effets pro-concurrentiels qu'elles induisent, que ce soit parce qu'elles servent le bien-être des consommateurs⁶⁷, permettent des économies d'échelle, facilitent la compétition internationale, voire favorisent la restructuration de certains organes dirigeants⁶⁸. L'ancien Commissaire européen à la concurrence, Mario Monti, qui avait participé à la refonte du règlement en 2004, a ainsi souligné les bienfaits du contrôle pour l'industrie européenne : il est « un outil conçu pour garantir que l'économie européenne bénéficie le plus possible des fusions et acquisitions. Les entreprises européennes ont besoin de se restructurer pour s'adapter aux défis du Marché unique et de l'Union économique et monétaire. L'économie européenne bénéficie des gains d'efficacité engendrés par ce processus. Et le règlement concentrations doit nous aider à distinguer *rapidement* la majorité de ces opérations, qui sont bénéfiques, et devraient être autorisées à aller de l'avant sans attendre et *sans encombres*, et les quelques-unes qui sont préjudiciables pour les consommateurs »⁶⁹. Quelques années plus tard et peu avant le lancement d'une consultation publique portant sur les

⁶⁶ V. en ce sens, not. M. Albouy, « À qui profitent les fusions-acquisitions ? », *Revue française de gestion*, 2000, n°131, p. 70.

⁶⁷ V. en ce sens, not. H. Demsetz, « Economics as a Guide to Antitrust Regulation », *The Journal of Law & Economics*, Vol. 19, n° 2, 1976, p. 371.

⁶⁸ V. en sens, not., F. Souty, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne.*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2013, 4^{ème} éd., 160 p.

⁶⁹ M. Monti, « *The main challenges for a new decade of EC merger control* », conférence sur « Le 10^{ème} anniversaire du contrôle communautaire des concentrations », 14 et 15 septembre 2000, Bruxelles, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/00/311|0|RAPID&lg=EN – traduit par le rapporteur et souligné par Fabien Zivy dans un rapport au Ministre de l'économie en France (Autorité de la concurrence, « *Rapport au Ministre de l'Économie et des Finances (rapporteur F. ZIVY). Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe - Une réforme "gagnant-gagnant" au service de la compétitivité* – », La documentation Française, 16 décembre 2013, et spécialement, p. 17).

aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle des concentrations⁷⁰, la nouvelle Commissaire européenne à la concurrence, Margrethe Vestager, relevait quant à elle que « peu d'opérations ont réellement le pouvoir de nuire aux consommateurs » avant d'en déduire que le contrôle devait demeurer « sélectif »⁷¹. Dès son préambule, le règlement « concentrations » prévoit ainsi que « de *telles restructurations 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 de l'industrie européenne*, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté »⁷². Leur contrôle reste toutefois nécessaire puisqu'il convient aussi « de s'assurer que le processus de restructuration n'entraîne pas de préjudice durable pour la concurrence »⁷³. Aussi le droit européen des concentrations cherche-t-il à préserver les structures du marché en contrôlant en amont de la réalisation des opérations leurs effets sur celui-ci, et non, contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles, à sanctionner des comportements néfastes à la concurrence en aval de leur exécution.

19. Outre *l'a priori* positif du droit européen vis-à-vis de ces opérations, les groupes et les autorités en charge du contrôle au sein de l'Union, et en particulier la Commission, ont ceci de commun qu'ils sont tous deux soucieux, certes à des degrés divers, de sécurité juridique, de transparence et de prévisibilité de la norme. Comme tout sujet de droit, il est en effet nécessaire pour les groupes de connaître les textes qui vont leur être appliqués : la prévisibilité de la norme est un rempart essentiel destiné à se prémunir contre l'arbitraire⁷⁴. L'intervention des autorités puise pour sa part sa légitimité dans le souci que toutes les règles de droit partagent : garantir la prévisibilité et la transparence du contrôle, tout en veillant à la protection de l'intérêt général. Transposé dans le cadre d'une action économique, le principe de sécurité juridique en droit européen ne saurait cependant avoir une portée absolue, bien qu'il

⁷⁰ Commission, « *Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of merger control* », 7 octobre 2016, HT. 3053.

⁷¹ Traduction libre de « only a few transactions actually have the potential to harm customers [...] a successful merger control system has to be selective » (M. Vestager, « *Refining the EU merger control system* », discours, 10 mars 2016, disponible à l'adresse suivante : https://wayback.archive-it.org/12090/20191129204644/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en).

⁷² Nous soulignons ; règlement « concentrations », (4).

⁷³ *Ibid.*, (5).

⁷⁴ M. Delmas-Marty, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des gardes-fous ? », p. 209, et spécialement, p. 218, in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris, 1998, 454 p.

soit un principe général du droit de l'Union⁷⁵. Il est par conséquent nécessaire dans une telle hypothèse que le mécanisme considéré soit globalement subordonné au principe de sécurité juridique, à condition que le respect de celui-ci ne fasse pas échec à sa fonction⁷⁶. Le caractère économique du contrôle des concentrations ne soulevant aucune incertitude, c'est bien cette méthode d'interprétation qu'il convient de retenir. Elle montre l'équilibre subtil sur lequel cette branche du droit repose : bien qu'il doive s'agir d'une norme prévisible, transparente et présentant des gages de sécurité juridique, elle ne saurait cependant être par trop figée, sauf à compromettre sa fonctionnalité même.

20. L'étude interroge en particulier cette question. Elle montre par exemple que les définitions retenues par le règlement « concentrations » se risquent à une rigidité préjudiciable à la cohérence du contrôle s'agissant non seulement de l'identification des groupes concernés par l'opération mais aussi de la qualification même de l'opération de concentration. Elle relève aussi que le droit européen des concentrations menace en parallèle la sécurité juridique des parties à l'opération par certaines de ses dispositions, tout en soulignant que le caractère « mou » de certains aspects de la procédure peuvent aussi être de nature à servir les intérêts des groupes.

21. En tout état de cause, l'équilibre sur lequel le droit européen des concentrations repose implique de l'envisager avec prudence, en particulier s'agissant de son champ d'application.

22. Ce mouvement de balancier se traduit en effet avec force, en second lieu, au vu de la définition que le règlement « concentrations » confère aux opérations contrôlables. Ce texte édicte un contrôle *ex ante* des opérations de dimension communautaire conclues entre des parties antérieurement indépendantes, dans le but d'évaluer l'entrave significative à la concurrence qu'elles sont susceptibles d'occasionner au sein de l'Union ou d'une partie substantielle de celle-ci. À cette fin, il oblige les parties à une concentration à notifier leur opération de dimension communautaire à la Commission⁷⁷ dès lors que les entreprises concernées atteignent

⁷⁵ CJCE, 9 juillet 1969, *S.A. Portelange contre S.A. Smith Corona Marchant International et a.*, aff. 10/69, Rec. 1969, p. 309 et spécialement, pt 15.

⁷⁶ J. Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », p. 53, et spécialement, pp. 55-56, in F. Capotorti, C.-DD. Ehlermann, J. Frowein, F. Jacobs, R. Joliet, T. Koopmans et R. Kovar (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, 896 p.

⁷⁷ Règlement « concentrations », art. 21, 2. ; il est cependant nécessaire de préciser que la Commission peut être amenée à coopérer avec l'Association européenne de libre-échange (AELE) lorsque l'opération affecte le territoire de l'EEE dans les conditions de l'article 57, des protocoles 21 et 24 et de

certaines seuils de chiffre d'affaires et il confie aux autorités nationales de concurrence le soin d'apprécier les opérations de dimension nationale dans les conditions prévues par les législations dont elles relèvent⁷⁸.

23. En d'autres termes, ce texte soumet la contrôlabilité de l'opération à deux appréciations : d'une part, celle de la dimension de l'opération qui est déterminée par le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées généralement organisées en groupes et d'autre part, celle du changement de contrôle d'une ou de plusieurs cibles⁷⁹ qui résulte de l'opération. Le contrôle cherche quant à lui à apprécier le pouvoir de marché du groupe à naître.

24. Aussi interroge-t-il en particulier le sens qu'il convient de donner à la notion de groupe et à celle de concentration.

25. À cet égard, désigner spécifiquement les « groupes » pourrait surprendre dans la mesure où le règlement « concentrations » vise les « entreprises concernées »⁸⁰. La question se pose d'autant plus que « le droit de la concurrence de l'Union vise les activités des entreprises, qui sont les destinataires des règles de concurrence »⁸¹. Il reste que ce sont bien les groupes qui constituent l'*alpha* et l'*omega* du contrôle des concentrations : d'une part, le contrôle est déclenché par la dimension des groupes concernés par l'opération et d'autre part, il dessine les contours du groupe à naître. Aussi l'étude s'attache-t-elle spécifiquement aux groupes, sans ignorer toutefois les « entreprises » qui les composent.

26. Encore convient-il cependant de définir la notion d'« entreprise » et ce, particulièrement dans la mesure où la pluralité de conceptions dont elle a fait l'objet au sein de l'Union européenne en a rendu l'appréhension délicate par le droit. À compter de l'arrêt *Mannesmann*⁸² en effet, les autorités de concurrence comme les

l'annexe XIV de l'Accord sur l'EEE. Pour un exemple d'une décision rendue en ce sens, v. not., Commission, 13 juillet 2005, *Siemens/Va Tech*, aff. M.3653, JOUE L353, 13 décembre 2006, p. 19, et spécialement, pt (11).

⁷⁸ Règlement « concentrations », art. 21, 3.

⁷⁹ Le règlement « concentrations » vise le cas où l'opération porte sur la cible dans son intégralité, une partie de celle-ci et plusieurs parties de plusieurs cibles (*Ibid.*, art. 3, 1.). Cette différenciation étant le plus souvent indifférente pour les développements ultérieurs, l'étude peut se référer en termes génériques à « la cible » et n'en spécifier le caractère plural que lorsque l'analyse le nécessite.

⁸⁰ Règlement « concentrations », art. 1, 3 et 5.

⁸¹ Conclusions de l'Avocat Général P. Mengozzi présentées le 19 septembre 2013 sous l'affaire *Commission c/ Siemens AG Österreich e.a. et Siemens Transmission & Distribution Ltd; Siemens Transmission & Distribution SA et Nuova Magrini Galileo SpA c/ Commission*, aff. C-231/11 P, C-232/11 P et C-233/11 P *Rec.*, et spécialement, pt 57.

⁸² CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesmann AG c/ Haute Autorité*, aff. 19/61, *Rec.* 1962, p. 675.

juridictions mettaient tantôt l'accent sur l'objet de l'entreprise, c'est-à-dire l'exercice d'une activité économique, et tantôt sur sa structure, l'entreprise étant alors envisagée comme une unité dotée d'une autonomie décisionnelle. En écartant la forme juridique de l'entreprise, l'arrêt *Höfner*⁸³ a retenu le critère de l'exercice d'une activité économique défendu par l'approche fonctionnelle. Aussi, le contrôle est susceptible de s'appliquer à l'encontre de toute entité exerçant sur le marché intérieur une activité économique de production, de distribution de produits ou de prestations de service⁸⁴.

27. La qualification de « société »⁸⁵, et plus largement la détention de la personnalité juridique, n'est par conséquent pas requise aux fins de mise en œuvre du contrôle, ni même plus généralement du droit européen de la concurrence⁸⁶. La « société » en tant que telle ne saurait toutefois être écartée de l'étude : bien que le droit européen de la concurrence rejette l'écran de la personne morale offert par la forme sociétaire, l'entreprise n'en est pas le sujet de droit en toutes hypothèses. La résurgence de la personne morale reste en effet nécessaire dans certains cas, en

⁸³ CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, aff. C-41/90, *Rec.* 1991, I, p. 1979, et spécialement pt. 21 ; v. aussi CJCE, 17 février 1993, *Christian Poucet c/ Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon* (« Poucet et Pistre »), aff. jtes C-159/91 et C-160/91, *Rec.* 1993, I, p. 637, et spécialement pt. 17 ; à propos de la nécessité d'un « but lucratif », v. Conclusions de l'Avocat Général G. Tesouro présentées le 10 novembre 1993 sous l'affaire *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* 1994, I, p. 43 et spécialement, pt 9.

⁸⁴ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, 2014, 6^{ème} éd., 366 p. ; la jurisprudence a défini l'activité économique comme celle « consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, *Rec.* 1998, I, p. 3851 et spécialement, pt 36 ; v. aussi TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, *Rec.* 2000, II, p. 3929 et spécialement, pt 107, obs. L. Idot, *Chron. sous TPICE*, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, *Rec.* 2000, II, p. 3929, *Europe*, février 2001, n°2, comm. 62 et CJCE, gde ch., 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria c/ Commission* (« FENIN »), aff. C-205/03 P, *Rec.* 2006, I, p. 6295).

⁸⁵ Entendue comme une « une technique d'organisation de l'entreprise » (M. Cozian, F. Deboissy et A. Viandier, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29^e éd., Paris, 2016, 867 p. et spécialement p. 10). L'entreprise, cette « réalité économique et sociale », ne devient société que lorsqu'elle « tend vers une réalité juridique », c'est-à-dire « à partir du moment où sa double réalité économique et sociale s'affirme sur le plan juridique » (J. Paillusseau, *La Société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, t. 18, 1967, Paris, 294 p. et spécialement, p. 101).

⁸⁶ V. not. CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85, *Rec.* 1987, p. 2599 ; les personnes morales, physiques et entités dépourvues de personnalité juridique sont des entreprises au sens du droit de la concurrence si elles réunissent les conditions nécessaires (v. aussi, CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, *préc.* ; CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH et autres, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH et ABB Asea Brown Boveri Ltd* [« Dansk Rørindustri e.a. »] c/ *Commission*, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.* 2005, I, p. 5425).

particulier lorsqu'il s'agit d'attacher un patrimoine à la personne juridique qu'elle doit être⁸⁷. Ce sont par exemple des sociétés qui sont les destinataires du contrôle portant sur une opération de fusion régie par la directive (UE) n°2017/1132⁸⁸. Les efforts du législateur de l'Union à l'égard des fusions et scissions transfrontalières ne semblent d'ailleurs pas pouvoir être passés sous silence, non seulement parce que cette directive a entraîné la codification horizontale⁸⁹ des précédentes directives sociétaires⁹⁰ mais aussi parce qu'elle a été modifiée à cet égard par la directive (UE) n°2019/2121⁹¹, par suite de l'adoption du « paquet "droit des

⁸⁷ E. Claudel, « Autonomie du droit de la concurrence – Autonomie et notion d'entreprise », CCC, juin 2020, n°6, dossier 7, et spécialement, n°3.

⁸⁸ Directive (UE) n°2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *JOUE* L169, 30 juin 2017, p. 46, entrée en vigueur le 19 juillet 2017.

⁸⁹ L. Cimaglia, « La codification du droit de l'UE », p.33 in M. Guyomar (dir.), *Les 25 ans de la relance de la codification*, Lextenso, Paris, 2017, 116 p. ; B. Lecourt, « La codification du droit des sociétés », *Rev. soc.*, 2017, p. 659 ; M. Roussille, « Adoption du premier petit code européen des sociétés », *JCP E*, 27 juillet 2017, n°30-34, p. 9 ; J. Heinich, « Codification du droit européen des sociétés : de six directives à une », *Dr. soc.*, octobre 2017, n°10, comm. 167 ; B. Lecourt, « Pour un code européen des sociétés », *Recueil D.*, 2018, p. 805 ; E. Schlumberger, « Chronique de droit européen des sociétés (juin 2017- mars 2018) », *Dr. soc.*, juin 2017, n°6, chron. 1 ; B. Saintourens, « directive relative à certains aspects du droit des sociétés », *Joly*, juillet 2017, n°116r6, p. 435.

⁹⁰ La directive (UE) n°2017/1132 a codifié les trois précédentes directives relatives aux opérations de fusion et scission et listées ci-après : directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (*JOUE* L310, 25 novembre 2005, p. 1 ; dite directive "fusions") telle que modifiée par trois directives (liste figurant à l'Annexe III, partie A de la directive [UE] 2017/1132) ; directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes (*JOUE* L110, 29 avril 2011, p. 1) qui avait codifié la Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes (*JOCE*, 20 octobre 1978, p. 36) telle que modifiée successivement par des actes d'adhésion et trois directives (liste figurant à l'Annexe I, partie A de la directive 2011/35/UE) ; sixième directive 82/891/CEE du Conseil, du 17 décembre 1982, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes (*JOCE* L378, 31 décembre 1982, p. 47). Quatre autres directives sociétaires ont par ailleurs fait l'objet de cette codification. Il s'agit des suivantes : directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 (*JOUE* L258, 1^{er} octobre 2009, p. 11), telle que modifiée par la directive 2012/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 (*JOUE* L156, 16 juin 2012, p. 1), étant précisé que la directive 2009/101/CE avait codifié la Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968 (*JOCE* L65, 14 mars 1968, p. 8) telle que modifiée successivement par des actes d'adhésion et deux directives (liste figurant à l'Annexe I, partie A de la directive 2009/101/CE) ; directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 (*JOUE* L315, 14 novembre 2012, p. 74) qui avait codifié la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976 (*JOCE* L26, 31 janvier 1977, p. 1) telle que modifiée successivement par des actes d'adhésion et trois directives (liste figurant à l'Annexe I, partie A de la directive 2012/30/UE) ; onzième directive 89/666/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 (*JOCE* L395, 30 décembre 1989, p. 36) ; directive 2012/17/UE (*préc.*).

⁹¹ Directive (UE) n°2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *JOUE* L321, 12 décembre 2019, p. 1.

sociétés” »⁹². Surtout, ces mécanismes, véritables outils au service de la mobilité au niveau européen⁹³, sont les seules opérations de concentration que le législateur de l’Union régit à ce jour au niveau sociétaire, en dépit des menaces que cet état du droit pourrait faire peser sur la cohérence du contrôle des concentrations et dont ce travail de recherche propose par ailleurs une analyse⁹⁴.

28. En tout état de cause, si l’évocation du « groupe » en droit européen des concentrations ne saurait supplanter celle de l’« entreprise » et de la « société », le groupe ne peut être assimilé à une unité économique⁹⁵. Tandis que cette notion est

⁹² La dénomination de ce « paquet » en anglais est la suivante : « *Company law package* », ce qui pourrait permettre de le traduire en français comme le « paquet en droit des sociétés » (L. Idot, « À propos du récent “paquet en droit des sociétés”, *art. préc.*). En dépit de sa forme grammaticale plus aléatoire, il nous semble cependant que l’expression « paquet “droit des sociétés” » est préférable, eu égard à la formule figurant dans la Communication de la Commission du 23 octobre 2018 (Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « *Programme de travail de la Commission pour 2019. Tenir nos engagements et préparer l’avenir* », 23 octobre 2018, COM(2018)800 final, et spécialement, Annexe III, pt 42). L’une des propositions de ce « paquet » portait spécifiquement sur les transformations, fusions et scissions de sociétés. Elle est à l’origine de la directive (UE) n°2019/2121 (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, 25 avril 2018, COM(2018) 241 final ; à propos de la publication de cette proposition, v. not. B. Lecourt, « Publication prochaine de deux propositions de directive sur la mobilité des sociétés et la digitalisation », *Rev. soc.*, 2018, p. 337 ; M. Menjucq (dir.), « Proposition modificative de la directive (UE) n°2017/1132 : le droit des sociétés européen à l’heure de la mobilité transfrontalière et du numérique », *Bull. Joly*, 1^{er} juillet 2018, p. 449 ; L. Idot, « À propos du récent “paquet en droit des sociétés” », *Europe*, juin 2018, n°6, alerte 39). À ce propos, v. aussi, *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I.

⁹³ M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l’espace européen*, thèse, Bordeaux, 1995, 588 p. et spécialement, n°8 et 453 et s.

⁹⁴ V. *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre I.

⁹⁵ Nous nous référons ici à la qualification retenue en droit européen de la concurrence, par opposition à d’autres expressions qui présentent une similarité terminologique, dont celle relative aux « unités économiques et sociales » en droit français qui peuvent composer un groupe (sur cette question, v. not., Cass., soc., 21 novembre 2018, n°16-27690, *Bull.*, obs. H. Nasom-Tissandier, « UES et “personnalités juridiquement distinctes” : un assouplissement de la jurisprudence dans les groupes de sociétés », *Revue de droit du travail*, 2019, p. 51). Aussi convient-il ici de désigner une « organisation unitaire d’éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé – même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales » (Trib. UE, 17 mai 2013, *Parker ITR Srl et Parker-Hannifin Corp. c/ Commission*, aff. T-146/09, *Rec.* 2013 ; v. aussi, TPICE, 11 décembre 2003, *Minoan Lines SA c/ Commission*, aff. T-66/99, *Rec.* 2003, II, p. 5515 et spécialement, pt 122 sur la possibilité que plusieurs personnes juridiques composent une telle organisation, v. aussi, CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c/ Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, aff. 170/83, *Rec.* 1984, p. 2999, et spécialement pt. 11). Elle a été admise pour la première fois en matière d’entente par l’arrêt *ICI* (CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, aff. 48-69, *Rec.* 1972, p. 619) et d’abus de position dominante par les décisions *Continental Can* et *Zoja* (CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission* [« *Continental Can* »], 6/72, *Rec.* 1973 p. 215 et CJCE, 6

retenue en droit des pratiques anticoncurrentielles en particulier aux fins d'imputabilité de la responsabilité induite par l'infraction en cause, le règlement « concentrations » subordonne le déclenchement du contrôle à l'identification des « entreprises concernées » par l'opération de concentration. La frontière qui sépare les pratiques anticoncurrentielles des opérations de concentration reste toutefois ténue, tant il peut s'agir dans les deux cas d'apprécier un mécanisme par lequel une ou plusieurs entreprises tombent sous l'emprise de groupes plus importants⁹⁶.

29. Néanmoins, la question demeure : qu'entendre par « groupe » dans le cadre du contrôle européen des concentrations ? En proposer une définition n'est pas chose aisée : le droit européen n'édicte aucune disposition à cet égard. Dans les années 1970, la Commission avait certes tenté à deux reprises de s'emparer de la question, d'abord en publiant un avant-projet de neuvième directive⁹⁷ inspiré par la législation allemande, puis en insérant des dispositions propres aux groupes de sociétés dans son avant-projet de règlement sur la société anonyme européenne⁹⁸.

30. Ces tentatives ayant échoué, le droit des États membres n'a ainsi eu d'autre choix que de se satisfaire d'un phénomène économique né une vingtaine d'années auparavant⁹⁹ : il s'agissait d'admettre que la composition du marché avait peu à peu glissé d'une multiplicité d'acteurs vers l'émergence de plusieurs réseaux organisés.

31. Le modèle de loi européenne en droit des sociétés a au mieux proposé de classer en quatre catégories les législations internes¹⁰⁰ : certaines tendent à une

mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents c/ Commission* [« Zoja »] aff. jtes 6/73 et 7/73, Rec. 1974, p. 223).

⁹⁶ V. en ce sens s'agissant des pratiques anticoncurrentielles, C. Champaud, *Le pouvoir de concentration des sociétés par actions*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, Paris, 1962, 349 p.

⁹⁷ Avant-projet de neuvième directive du Conseil du 30 juin 1970 prise en application de l'article 54(3)(g) du Traité CEE relative aux liens entre entreprises et en particulier aux groupes. La proposition de directive, dotée notamment d'un important volet social, a finalement été abandonnée dans les années 1980, en raison notamment de la forte opposition manifestée par le Royaume-Uni (W. Kolvembach, « EEC Company law harmonization and worker participation », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 1990, p. 709 et spécialement, pp. 735 et s.).

⁹⁸ Proposition de règlement du Conseil portant établissement d'un statut de société anonyme européenne (COM(70) 600 final).

⁹⁹ B. Petit, « Les sociétés : des sociétés de commerçants aux groupes de sociétés », p. 123 in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, D., 2007, Paris, 196 p.

¹⁰⁰ P. Krüger Andersen et al., *European Model Companies Act*, 2017, 1st ed., et spécialement, p. 371.

régulation globale des groupes ¹⁰¹, d'autres édictent des réglementations spécifiques ¹⁰², d'autres encore en laissent partiellement l'appréciation au juge interne¹⁰³, quand d'autres enfin lui confient intégralement cette tâche¹⁰⁴. Dans les années 1990, la proposition de directive européenne du Forum composé d'Universitaires n'a pas davantage convaincu alors qu'il s'agissait d'établir un droit des groupes en prenant appui sur les approches allemande et française¹⁰⁵. Si les institutions européennes n'ont pas donné de suite à ce Forum, celui-ci a toutefois conduit à évoquer le lien qui unissait les groupes et le contrôle des concentrations d'entreprises : après avoir relevé que le marché intérieur facilitait la constitution de groupes par suite de la liberté d'établissement que le Traité garantit aux entreprises, le Forum a rappelé utilement que le contrôle des concentrations puisait sa source et sa justification dans la création et le développement de ces groupes ¹⁰⁶. Les problématiques qu'ils ont soulevées ont néanmoins incité un groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés à soumettre en 2011¹⁰⁷ plusieurs propositions, dont certaines ont été reprises par la Commission dans son plan d'action de 2012. Toutefois, dans ledit plan d'action, la Commission n'a pas été favorable à l'adoption d'un corps de règles harmonisé destiné à régir les groupes¹⁰⁸. Depuis lors, d'autres groupes de travail¹⁰⁹ se sont réunis dans le but de promouvoir l'émergence d'un droit

¹⁰¹ Allemagne, Croatie Hongrie, Portugal, République Tchèque, Slovaquie, et en dehors de l'Union européenne, l'Albanie, le Brésil et notamment la Turquie.

¹⁰² Italie.

¹⁰³ France, Belgique, Espagne, Estonie, Luxembourg, Pays-Bas, et les États du Nord de l'Union.

¹⁰⁴ Royaume-Uni.

¹⁰⁵ Forum Europeum sur le droit des groupes de sociétés, « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », *Rev. soc.*, 1999, p. 43.

¹⁰⁶ *Ibid.* et spécialement, §1.

¹⁰⁷ B. Lecourt, « Avenir du droit européen des sociétés : publication de la synthèse des réponses apportées dans le cadre de la consultation publique », *Rev. soc.*, 2012, p. 658.

¹⁰⁸ À partir de ce rapport du groupe de réflexion, la Commission a en effet retenu « deux points importants : une simplification de la communication de la structure des groupes à l'adresse des investisseurs et une initiative à l'échelon de l'UE pour la reconnaissance de la notion d'"intérêt de groupe" seraient jugées bienvenues par les milieux intéressés. En revanche, l'idée d'un cadre légal complet de l'UE pour les groupes de sociétés a été accueillie avec circonspection. » (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Plan d'action : droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise – un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises, COM(2012) 740 final).

¹⁰⁹ À l'image des groupes à l'origine du *European Model Company Act*, de la tenue d'autres forums, tel celui de 2015 (Forum Europeum on Company Groups, « Proposition d'un cadre juridique destiné à faciliter la gestion transfrontalière des groupes de sociétés en Europe », *Rev. soc.*, 2015, p. 495), de la publication d'un rapport par le Club des juristes (Le Club des juristes, « Rapport – Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'Union européenne ? », juin 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.leclubdesjuristes.com/wp->

européen des groupes, tout en relevant les difficultés que l'adoption de tels textes pourrait susciter.

32. Aussi semble-il pertinent de se référer à la définition proposée par les Professeurs Bruno Oppetit et René Rodière pour qui le groupe serait « l'ensemble formé par plusieurs sociétés qui conservent leur indépendance juridique mais se trouvent unies les unes aux autres par des liens financiers, selon des modalités d'ailleurs très variables, de telle sorte que l'une d'entre elles, qualifiée de société mère, se trouve en mesure d'exercer une autorité sur les autres sociétés et de faire prévaloir au sein de cet ensemble une unité de décision »¹¹⁰. Toutefois, cette présentation ne semble pas à même de couvrir les groupes concernés en droit européen des concentrations. Parce que le marché est imprévisible, le contrôle européen des concentrations cherche en effet à appréhender la réalité¹¹¹ des

content/uploads/2015/06/CDJ_Rapports_Int%C3%A9r%C3%AAt-de-groupe_FR_Juin-2015_web-1.pdf), de la diffusion d'un rapport par l'ECLC dans lequel la Commission est invitée à prendre en considération l'intérêt du groupe (European Company Law Experts, « A proposal for reforming group law in the European Union – Comparative observations on the way forward », octobre 2016, disponible à l'adresse suivante : <https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/reforming-group-law-in-the-eu/>) ou encore de la rédaction, le même mois que celle du rapport précité de l'ECLC, d'un rapport sur la reconnaissance de l'intérêt de groupe dressé par l'ICLEG, à la demande de la Commission et sous la direction des Professeurs Pierre-Henri Conac et John Armour (Informal Group of Company Law Experts, « Report on the Recognition of the Interest of the Group », 30 octobre 2016, disponible à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2888863).

¹¹⁰ B. Oppetit et R. Rodière, *Droit commercial, groupements commerciaux*, Dalloz, Paris, 1980, 484 p. et spécialement, n°350.

¹¹¹ En cela, cette démarche semble pouvoir être rapprochée des travaux proposés par la doctrine « réaliste » et « critique ». Cette doctrine a été impulsée par Demogue (R. Demogue, *Notions fondamentales de droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, A. Rousseau, Paris, 1911, 681 p. et spécialement, p. 194.), lequel était le comparse d'Henri Capitant, a été influencé par les travaux de Planiol (M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, Paris, 1928-1932, T. I, 1140 p.), ce disciple de Ripert, lui-même « enfant terrible » de Gény (C. Jamin, « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », p. 125 et spécialement, p. 127 in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-classeur, Paris, 1999, 868 p.) avant d'être qualifié de « nihiliste » par Gény (C. Jamin, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique, *RIEJ*, 2006, p. 56 ; C. Jamin et P. Jestaz, *La doctrine*, D., coll. Méthodes du droit, Paris, 2004, 314 p. et spécialement, p.148). Ses travaux ont en particulier inspiré le mouvement nord-américain des Critical Legal Studies (« CLS » ou « Crits »), incarné notamment par Duncan Kennedy (A.-J. Arnaud [dir.], *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, 2^{ème} éd., et spécialement pp. 131 et s. ; M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Harvard, 1987, 360 p.) qui, en dehors de ses critiques du libéralisme, a montré les contradictions inhérentes au droit et en a proposé un enseignement renouvelé. Des travaux similaires ont notamment pu être proposés en France afin de défendre une approche du droit, si ce n'est transdisciplinaire (M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, François Maspero éd., 1976, 388 p. et spécialement, p. 66), du moins pluridisciplinaire (v. not. C. Jamin, « L'enseignement du droit à Sciences Po : autour de la polémique suscitée par l'arrêté du 21 mars 2007 », *Jurisprudence – Revue*

opérations qui y sont conclues. Dans ce cadre, il promet d'identifier les « entreprises concernées » par ces concentrations. Le règlement « concentrations » s'intéresse en apparence à toutes les entités concernées par l'opération, qu'il s'agisse des parties à l'opération à même d'exercer une influence déterminante sur la ou les cibles, la ou les entreprises cibles et les entreprises des groupes auxquels elles appartiennent et qui leur sont liées¹¹². En ce sens, le contrôle européen des concentrations vise, en dehors des opérations impliquant des personnes physiques¹¹³ qui ne font pas l'objet de cette étude, les « groupes concernés » par l'opération. Par sa généralité, il cherche ainsi à contrer le phénomène, récurrent en droit de la concurrence, d'une entreprise « boîte noire »¹¹⁴, c'est-à-dire opaque tant dans son organisation interne que dans son tissu capitalistique. Pourtant, les critères qu'il édicte semblent impropres à rendre parfaitement compte de l'ensemble des dynamiques de pouvoir, techniques de *management*, mécanismes de gouvernance¹¹⁵ et contrôles en vigueur au sein d'un groupe, notamment lorsqu'elles résultent de contrats ou mécanismes *corporate*.

33. L'impossibilité, pour le législateur, de s'insérer dans les groupes pour identifier les intérêts qui s'y affrontent est depuis longtemps décriée par la doctrine. Tout en rappelant que « la personne morale n'a pas de famille », le Doyen Ripert

critique, 2010, p. 125). L'analyse réaliste s'appuie ainsi sur la fonction structurante du droit dans la mesure où la méthode structuraliste admet que la règle de droit soit extérieure à la situation qu'elle régit et à laquelle celle-ci doit se conformer. Elle s'en dégage dans la mesure où elle considère que le droit s'établit à partir de données économiques, sociales, politiques et a vocation à leur donner une structure appropriée en conséquence (sur ces questions, v. également G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1946, 348 p. qui a notamment relevé que « Les règles juridiques ne sont pas dictées uniquement par le désir d'assurer le bon fonctionnement de l'économie. (...) Elles sont le résultat des forces diverses qui agissent sur le pouvoir législatif » (p. 8) ; A. Tunc, « Sortir du néolithique », *Rec. D.*, 1957, p. 71 ; C. Champaud, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », p. 69 in *Philosophie du droit et droit économique. Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, 587 p. ; M.-A. Frison-Roche, « Droit économique, concentration capitalistique et marché », p. 397 in *Philosophie du droit et droit économique. Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, op. cit.* ; C. Champaud, *L'entreprise dans la société du 21^e siècle*, Larcier, Bruxelles, 2013, 254 p. ; C. Jamin, « Remise d'un doctorat honoris causa à Duncan Kennedy. Éloge de Duncan Kennedy », *LPA*, 27 décembre 2011, n°257 ; D. Kennedy, « Remise d'un doctorat honoris causa à Duncan Kennedy. Réponse de Duncan Kennedy », *LPA*, 27 décembre 2011, n°257, p. 11). En sens contraire, v. néanmoins not., C. Atias, « Critique des réalistes », p. 150 in *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis – Droit privé, 2002, 1^{ère} éd., 230 p.

¹¹² Règlement « concentrations », art. 1, 3 et 5 ; l'étude analyse en détail cette question dans la Seconde Partie (v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I).

¹¹³ Dont la qualité peut parfois être remise en cause lorsqu'il leur est imposé d'exercer une activité économique aux fins d'application du règlement (en ce sens, v. D. Berlin et H. Calvet, « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD eur.*, 1996, p. 333, et spécialement, n°90 et s.).

¹¹⁴ A.-M. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *Arch. phil. droit* 40, 1995, p.286 et spécialement p. 302.

¹¹⁵ J.-P. Roulet, « Du gouvernement d'entreprise de sociétés cotées à la gouvernance de groupe », *Cah. dr. entr.*, mars-avril 2016, n°2, p. 46.

analysait déjà les liens, autres que financiers ou de direction, unissant une mère à ses filiales en regrettant l'absence de disposition en la matière et en relevant que les membres des groupes « demandent impérieusement le secret. Ils ne tiennent pas à la révélation d'une filiation qui pourrait gêner dans certains cas l'activité commerciale »¹¹⁶. Il relevait encore la défiance de l'opinion publique à l'égard des ancêtres des concentrations d'entreprises¹¹⁷ en usant de métaphore : « il n'y a pas d'état civil constatant ces alliances et ces filiations. Le public en devine l'existence. Il murmure contre la puissance des *trusts* »¹¹⁸. Démêler les relations nouées par les entités au sein d'un groupe paraît pourtant nécessaire dans la mesure où le groupe, plus qu'éventuelle partie et possible « instrument »¹¹⁹ de l'opération de concentration, en constitue sa conséquence majeure.

34. Dans ces conditions, le règlement « concentrations » ne parvient pas à appréhender l'ensemble des membres des groupes concernés par l'opération. En effet, la rigidité des définitions contenues dans ce texte comme les pratiques des groupes l'empêchent de percer à suffisance l'enveloppe qui entoure ces entreprises. Sur le marché, le groupe ne se limite pas au regroupement des entreprises que le règlement « concentrations » identifie spécifiquement : il semble davantage désigner un ensemble dépourvu de personnalité juridique et regroupant des entités exerçant une activité d'investissement, de production ou de distribution de produits ou services, qui sont liées entre elles par des liens capitalistiques directs ou indirects ou d'autres formes d'influence et qui déploient leurs stratégies financières ou commerciales en étant guidées par un intérêt de groupe, en plus de leur intérêt individuel éventuel.

35. La notion de « concentration » est pour sa part définie par l'article 3 du règlement « concentrations » : l'article vise l'opération entraînant le changement durable du contrôle de tout ou partie d'une ou de plusieurs entreprises cibles, au profit d'une ou de plusieurs autres entreprises. Ce changement de « contrôle » est en particulier réputé acquis lorsque la ou les entreprises bénéficiaires sont en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise ou les entreprises cibles. Qui plus est, l'article 3 recourt à de larges qualifications au plan sociétaire et contractuel

¹¹⁶ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., et spécialement, p. 81. Relevons que Jean Paillusseau proposait une analyse semblable (J. Paillusseau, *La Société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., et spécialement, p. 72).

¹¹⁷ À propos des *trusts*, v. *Infra*, Chapitre préliminaire.

¹¹⁸ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., et spécialement, p. 82.

¹¹⁹ G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 (1^{ère} éd. 1971), 783 p., et spécialement, p. 183

dans le but d’embrasser l’ensemble des formes juridiques que l’opération est amenée à prendre.

36. Ces définitions ne paraissent cependant pas plus convaincantes que celles que le règlement réserve aux « entreprises concernées ». Le texte laisse en effet aux groupes le soin de choisir la forme juridique de l’opération comme le contenu du contrat de concentration en dépit des difficultés que l’exercice de telles libertés peut susciter dans le cadre du contrôle. Également, le critère du « changement durable de contrôle » édicté par cet article implique d’exclure du champ d’application du contrôle certaines opérations qui sont pourtant susceptibles d’avoir des effets sur la concurrence au sein du marché unique.

37. Plus généralement, les deux séries de difficultés que le sujet « des groupes et du contrôle européen des concentrations » soulève, à savoir celles tenant à l’atteinte des finalités assignées à cette branche du droit et celles résultant de la subtilité des définitions qu’il prévoit, conduisent à l’interrogation suivante : le règlement « concentrations » permet-il de contrôler l’ensemble des pratiques des groupes dans le cadre de la conclusion d’une opération de concentration qui auraient vocation à entrer dans son champ ? L’étude interroge ainsi la cohérence substantielle du droit européen des concentrations au vu du dispositif de contrôle qu’il édicte. En dépit de son efficacité, certaines opérations de concentration semblent en effet lui échapper en tout ou partie alors que l’atteinte de ses finalités devrait commander de les apprécier. Aussi et sans prétendre à l’exhaustivité, l’étude propose d’analyser les causes de ces éventuelles lacunes comme leur contenu. En faisant l’hypothèse que certaines d’entre elles résultent du règlement « concentrations » lui-même, elle propose en particulier une refonte partielle des recommandations qui ont été émises après la très décriée décision d’interdiction *Siemens/Alstom*.

38. Ces orientations nécessitent de ne pas traiter certaines questions que le contrôle pourrait soulever par ailleurs. Deux d’entre elles semblent mériter un examen attentif.

39. En premier lieu, la création d’un droit international des concentrations pourrait être envisagée en prenant appui sur de précédents travaux qui en ont posé les jalons¹²⁰. De nombreux États tiers à l’Union se sont en effet dotés de dispositifs de contrôle des concentrations et la dimension que ces opérations peut parfois atteindre

¹²⁰ A. Cenk Keskin, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, thèse, L’Harmattan, Paris, coll. Logiques Juridiques, janvier 2011, 626 p. ; P. Burnier da Silveira, *Le contrôle des concentrations transnationales*, thèse, L’Harmattan, Paris, 2013, 403 p.

dans un contexte mondialisé implique une coopération soutenue entre les autorités pour en apprécier les effets¹²¹. Ces dernières années, leur collaboration semble avoir particulièrement progressé par rapport à l'époque où elles se prononçaient régulièrement en sens contraire à l'égard d'une même opération. Par exemple, l'opération *ChemChina/Syngenta AG* a non seulement nécessité de nombreux échanges entre les autorités australiennes, américaines, canadiennes, européennes, indiennes et mexicaines mais elle a aussi fait l'objet de décisions similaires au sein de l'Union et aux États-Unis. La Commission a ainsi déclaré la prise de contrôle exclusif de l'entreprise suisse Syngenta par l'entreprise chinoise ChemChina compatible avec le marché unique sous réserve de la cession d'autorisations de mise sur le marché et de droits de propriété intellectuelle afférant à certains produits phytosanitaires¹²². De son côté, la Federal Trade Commission (ci-après « FTC ») a également soumis la validité de l'opération à la cession, par une filiale américaine de ChemChina, de certains de ses droits au profit d'un concurrent implanté en Californie¹²³. Les formes de la coopération entre les autorités pourraient également être analysées, puisqu'elle peut se résumer à un simple échange d'informations comme se traduire par des travaux conjoints plus poussés. Ainsi, dans le cadre de l'affaire *United Technologies*

¹²¹ Les affaires *Boeing Company/McDonnell Douglas* (FTC, 1^{er} juillet 1997, *Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation*, n°971-0051 ; Commission, 30 juillet 1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, aff. M.877, JOCE L336, 8 décembre 1997, p. 16 ; à propos des tensions occasionnées à la suite de cette affaire en raison des subventions dont ont bénéficié ultérieurement Airbus et Boeing, v. not., L. Grard, « Subventions illégales aux constructeurs aéronautiques. Match presque nul à l'OMC entre l'Union européenne et les États-Unis », p. 113 in L. Grard (dir.), *L'Europe face au monde*, éd. A. Pedone, Paris, 2013, 230 p.), *General Electric/Honeywell* (D. Majoras Platt, « GE-Honeywell : The U.S. decision », 29 novembre 2001, disponible à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/atr/speech/ge-honeywell-us-decision> ; Commission, 3 juillet 2001, *General Electric/Honeywell*, aff. M.2220, JOUE L48, 18 février 2004, p. 1 ; confirmé par TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-210/01, Rec. 2005, II, p. 5575), *Air Liquide/BOC* (Commission, 18 janvier 2000, *Air Liquide/BOC*, aff. M.1630, JOUE L92, 30 mars 2004, p. 1) ou bien encore *Gencor/Lonrho* (Commission, 24 avril 1996, *Gencor/Lonrho*, aff. M.619, JOCE L11, 14 janvier 1997, p. 30 ; confirmé par TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec. 1999, II, p. 753) en ont montré toute la complexité. Ces décisions servent néanmoins de support de comparaison à l'étude ultérieurement, s'agissant du traitement des opérations multi-juridictionnelles au sein de l'Union européenne (v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B.). V. aussi en ce sens, not. L. Boy, « Mondialisation et contrôle des opérations de concentration », p. 409 in W. Abdelgawad (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration. Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007*, Lexis Nexis - Litec, coll. Juris-Classeur, Paris, 2008, vol. 30, 533 p. ; E. Claudel, « Vers un droit international de la concurrence ? », p. 405 in P. Daillier, G. de La Pradelle, H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, éd. Pedone, Paris, 2004, 1119 p.

¹²² Commission, 5 avril 2017, *ChemChina/Syngenta*, aff. M.7962, JOUE C186, 10 juin 2017, p. 8.

¹²³ FTC, 16 juin 2017, *China National Chemical Corporation et al.*, aff. 1610093.

Corporation/Goodrich Corporation, les autorités européennes ¹²⁴, américaines ¹²⁵ et canadiennes ¹²⁶ ont mené conjointement de nombreux entretiens dans le but d'apprécier les effets de l'opération sur le marché et ont communiqué dans le but d'identifier les actifs qu'il convenait de céder pour éviter de nuire à la concurrence. Encore, le Department of Justice étatsunien (ci-après « DoJ ») a conclu que l'opération *Cisco/Tandberg*¹²⁷ n'entraînait pas d'effets anticoncurrentiels non seulement au vu de la nature évolutive du marché concerné mais aussi des engagements que Cisco avait souscrits devant la Commission. De même et en dépit des échecs passés, ce sont des accords internationaux qui sont régulièrement conclus dans le domaine des concentrations. Ainsi, à l'occasion du vingtième anniversaire du traité transatlantique de 1991, la Commission, le DoJ et la FTC ont publié une nouvelle version de leur Code de bonnes pratiques créé en 2002 dans le but de réduire toujours davantage le risque d'appréciations divergentes des deux côtés de l'Atlantique¹²⁸. Il reste que les critères de mise en œuvre des divers contrôles régionaux et nationaux, comme la diversité des politiques publiques dans lesquelles ils s'inscrivent¹²⁹, compromettent pour l'heure l'émergence d'un droit international des concentrations. De leur côté, les groupes savent pourtant depuis longtemps s'affranchir dans une certaine mesure des contingences induites par leurs États de rattachement pour parfaire leur expansion.

40. En second lieu, précisons que l'office du juge ne saurait bien sûr être ignoré de l'étude tant celui-ci a nourri la construction du droit européen des concentrations et se présente comme le reflet de droits fondamentaux garantis au sein de l'Union comme des États membres. D'autres travaux ont cependant déjà proposé d'en analyser certains traits, que ce soit, plus généralement, au vu des rapports du juge et

¹²⁴ Commission, 26 juillet 2012, *UTC/Goodrich*, aff. M.6410, *JOUE* C388, 21 novembre 2015, p. 7.

¹²⁵ *U.S. DoJ*, 26 juillet 2012, « Justice Department Requires Divestitures in Order for United Technologies Corporation to Proceed with Its Acquisition of Goodrich Corporation », communiqué de presse.

¹²⁶ *Competition Bureau*, 26 juillet 2012, « Competition Bureau statement regarding United Technology's Corporation's acquisition of Goodrich Corporation », communiqué de presse.

¹²⁷ Les autorités sont également parvenues à publier leurs communiqués de presse (Commission, 29 mars 2010, « Mergers: Commission clears Cisco's proposed acquisition of Tandberg subject to conditions », communiqué de presse, IP/10/377 ; *U.S. DoJ*, 29 mars 2010, « Justice Department Will Not Challenge Cisco's Acquisition of Tandberg », communiqué de presse ; Commission, 29 mars 2010, *Cisco/Tandberg*, aff. M.5669 ; *FTC*, 29 mars 2010, *Cisco Systems, Inc./Tandberg ASA*, aff. 20200070).

¹²⁸ *US-EU Merger Working Group*, *Best practices on cooperation in merger investigations*, 14 octobre 2011.

¹²⁹ La construction du droit européen des concentrations témoigne elle-même du délicat compromis entre les États membres dont elle a fait l'objet (v. *Infra*, Chapitre préliminaire).

de l'économie¹³⁰, de sa méthode d'appréciation en droit de la concurrence¹³¹ ou plus spécifiquement, en droit européen des concentrations¹³², y compris dans un démarche comparative¹³³. L'adoption, en droit des pratiques anticoncurrentielles, de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014¹³⁴ après les décisions *Courage*¹³⁵ et *Manfredi*¹³⁶ pourrait néanmoins justifier que le droit à réparation ouvert aux tiers soit analysé dans le domaine spécifique des concentrations. En effet, alors que cette directive a consacré la recevabilité des actions en dommages et intérêts que les victimes d'ententes et d'abus de position dominante peuvent intenter devant les juridictions internes, le droit européen des concentrations reste timide s'agissant des recours ouverts aux tiers. L'article 263 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») soumet la recevabilité du recours à la condition que les requérants soient directement et individuellement concernés, condition qui s'impose nécessairement avec moins de force pour les tiers à l'opération. Leur droit de recours est certes parfois admis : tel est ainsi le cas pour les concurrents des parties notifiantes directement et individuellement concernés par la décision¹³⁷. Ils

¹³⁰ A. Lecourt, *Le juge et l'économie*, thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004, 961 p.

¹³¹ A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, thèse, LGDJ, Paris, 2008.

¹³² G. Vallindas, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, thèse, Bruylant, Travaux du CERIC, 2009, 561 p.

¹³³ G. Araujo, *Le contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil. Une analyse à la lumière des droits de l'Union européenne et de la France*, thèse, Paris, 2019.

¹³⁴ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *JOUE* L349, 5 décembre 2014, p. 1.

¹³⁵ Par cette décision, le juge a admis qu'une partie à un contrat susceptible de nuire à la concurrence peut demander l'allocation de dommages et intérêts à l'autre partie en raison du caractère illicite de l'objet de l'accord, sauf si elle porte une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence qui a été causée (CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd. c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres* [« *Courage* »], aff. C-453/99, *Rec.* 2001, I, p. 6297 ; obs. L. Idot, « Concurrence », *Europe*, novembre 2001, n°11, comm. 330 ; P. Arhel, « Activité des juridictions communautaires dans le domaine de la concurrence (troisième trimestre 2001) », *LPA*, 24 octobre 2001, n°212, p. 4 ; S. Poillot-Peruzzetto, « Peut-il y avoir autonomie procédurale des États membres et application uniforme du droit matériel de la concurrence dans l'Union européenne ? » *CCC*, janvier 2002, n°1, 14.).

¹³⁶ Il a été admis que la victime est en droit de demander réparation non seulement des pertes subies mais aussi du manque à gagner, sans pouvoir toutefois s'enrichir et après avoir pris en compte le fait que la victime a reporté le coût induit par l'entente sur ses propres clients (CJCE, 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c/Fondiarìa Sai SpA et Nicolò Tricarico et Pasqualina Murgolo c/Assitalia SpA* [« *Manfredi* »], aff. jtes C295-04 à C-298/04, *Rec.* 2006, I, p. 6619 ; obs. J.-B. Blaise et L. Idot, « Chronique de droit communautaire de la concurrence. Articles 81 et 82 CE. 1^{er} juillet 2006 - 31 décembre 2007 », *RTD eur.*, 2008, p. 313).

¹³⁷ V. not. en ce sens, TPICE, 24 mars 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission* (« *Dan Air* »), aff. T-3/93, et spécialement, pts 79 et s. ; TPICE, 19 mai 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission*, aff. T-2/93, *Rec.*

sont en effet « directement concernés » car en permettant « la réalisation immédiate de l'opération de concentration projetée, la décision attaquée est de nature à induire une modification immédiate de la situation des marchés concernés, qui dépend alors de la seule volonté des parties »¹³⁸. Ils sont en outre « individuellement concernés » lorsque la « décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire de cette décision le serait »¹³⁹. En droit des concentrations, il est plus précisément nécessaire¹⁴⁰ que les concurrents aient participé activement à la procédure d'examen¹⁴¹ et que d'autres circonstances spécifiques aient été réunies, dont le fait que leur position sur le marché en ait été affectée¹⁴² ou que la Commission les ait identifiés dans sa décision lors de son analyse des effets de l'opération¹⁴³. Il est également admis que ce droit de recours, lorsqu'il est constitué, peut être étendu aux autres membres du groupe de la requérante¹⁴⁴. Pour les tiers qui ne seraient pas

1994, II, p. 323, et spécialement, pts 40 et s. ; CJCE, 31 mars 1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et Entreprise minière et chimique (EMC) c/ Commission* (« Kali und Salz »), aff. C-68/94, *Rec.* 1998, I, p. 1375, et spécialement, pts 48 et s. ; TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177/04, *Rec.* 2006, II, p. 1931, et spécialement, pts 30 et s.

¹³⁸ TPICE, 24 mars 1994, *Dan Air, préc.*, et spécialement, pt 80 ; TPICE, 3 avril 2003, *BaByliss SA c/ Commission*, aff. T-114/02, *Rec.* 2003, II, p. 1279, et spécialement, pt 89 ; TPICE, 30 septembre 2003, *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland* (« ARD ») *c/ Commission*, aff. T-158/00, *Rec.* 2003, II, p. 3825, et spécialement, pt 60 ; TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet Airline Co. Ltd c/ Commission, préc.*, et spécialement, pt 32.

¹³⁹ En droit des concentrations (v. arrêts précités), le juge s'appuie à cet égard sur une jurisprudence classique en droit de la concurrence : CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c/ Commission*, aff. 25/62, *Rec.* 1963, II, p. 199 et spécialement, p. 223 ; TPICE, 27 avril 1995, *Association of Sorbitol Producers within the EC (ASPEC), Cerestar Holding BV, Roquette Frères SA et Merck oHG c/ Commission*, aff. T-435/93, *Rec.* 1995, II, p. 1281 et spécialement, pt 62 ; CJCE, 23 mai 2000, *Comité d'entreprise de la Société française de production, Syndicat national de radiodiffusion et de télévision CGT (SNRT-CGT), Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT (SURT-CFDT), Syndicat national Force ouvrière de radiodiffusion et de télévision et Syndicat national de l'encadrement audiovisuel CFE-CGC (SNEA-CFE-CGC) c/ Commission*, aff. C-106/98 P, *Rec.* 2000, I, p. 3659, et spécialement, pt 39.

¹⁴⁰ Pour un tempérament, v. not., TPICE, 27 avril 1995, *Comité Central d'Entreprise de la Société Anonyme Vittel and Comité d'Établissement de Pierval and Fédération Générale Agroalimentaire c/ Commission, préc.*, et spécialement, pt 47.

¹⁴¹ V. not. en ce sens, TPICE, 19 mai 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission, préc.*, et spécialement, pts 44 et s. ; TPICE, 30 septembre 2003, *ARD, préc.*, et spécialement, pts 63 et s.

¹⁴² V. not., TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet Airline Co. Ltd c/ Commission, préc.*, et spécialement, pt 35.

¹⁴³ V. not. en ce sens, TPICE, 24 mars 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission* (« Dan Air »), *préc.*, et spécialement, pt 82 ; TPICE, 3 avril 2003, *BaByliss SA c/ Commission, préc.*, et spécialement, pts 63 et s. et 95 ; TPICE, 30 septembre 2003, *ARD, préc.*, et spécialement, pt 67.

¹⁴⁴ TPICE, 9 juillet 2007, *Sun Chemical Group BV, Siegwark Druckfarben AG et Flint Group Germany GmbH c/ Commission*, aff. T-282/06, *Rec.* 2007, II, p. 2149 et spécialement, pt 50 ; en ce sens, v. aussi not., CJCE,

directement et individuellement affectés par la décision dans les conditions précitées, leur droit de recours est en revanche plus limité¹⁴⁵. Par trois décisions rendues le 9 octobre 2018¹⁴⁶, le Tribunal de l'Union a en particulier souligné que seul le législateur et non le juge pourrait combler cette « lacune »¹⁴⁷ éventuelle. Il a également rappelé qu'il revenait aux juridictions nationales compétentes d'assurer le respect des engagements souscrits, sans préjudice des compétences dévolues à la Commission. Les limites qui encadrent les recours ouverts aux tiers au sein des États membres pourraient néanmoins appeler une analyse complémentaire¹⁴⁸.

41. Les problématiques soulevées par la création d'un droit international des concentrations, d'un côté et le droit de recours ouvert aux tiers à une opération de concentration, de l'autre présentent ainsi un intérêt certain. Cependant, elles semblent peu nourrir le cœur de notre démonstration et pourraient justifier une étude dédiée. Cette thèse cherche à montrer que certaines pratiques des groupes lors de la conclusion d'une concentration échappent au contrôle, malgré la menace que cette situation fait peser sur la cohérence substantielle du règlement

24 mars 1993, *Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques et autres c/ Commission*, aff. C-313/90, *Rec.* 1993, I, p. 125, et spécialement, pt 31 ; TPICE, 6 juillet 1995, *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento et British Cement Association et Blue Circle Industries plc et Castle Cement Ltd et The Rugby Group plc et Titan Cement Company SA c/ Commission*, aff. jtes T-447/93, T-448/93 et T-449/93, *Rec.* 1995, II, p. 1971, et spécialement, pt 82 ; TPICE, 8 juillet 2003, *Verband der freien Rohrwerke eV, Eisen- und Metallwerke Ferndorf GmbH et Rudolf Flender GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. T-374/00, *Rec.* 2003, II, p. 2275, et spécialement, pt 57.

¹⁴⁵ Ce qui inclut les travailleurs dans les conditions posées par la jurisprudence *Perrier* précitée.

¹⁴⁶ Trib. UE, 9 octobre 2018, *1&1 Telecom GmbH c/ Commission*, aff. T- 43/16, *Rec.* ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Multiconnect GmbH C/ Commission*, aff. T- 884/16, *Rec.* ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Mass Response Service GmbH*, aff. T-885/16, *Rec.* ; obs. G. Decoq, « Irrecevabilité des recours formés par des tiers contre des lettres de la Commission interprétant des engagements », CCC, janvier 2019, n°1, comm. 12. Il est précisé que les lettres de la Commission ne sont pas, dans toutes les hypothèses, des actes insusceptibles de recours ; elles le sont au contraire par exemple lorsque les entreprises concernées par une opération de concentration se prévalent d'une lettre dans laquelle la Commission répond à une demande de modification ou de retrait d'un acte attaquant (TPICE, 28 octobre 1993, *Zunis Holding SA et Finan Srl et Massinvest SA c/ Commission*, aff. T-83/92, *Rec.* 1993, II, p. 1169). À titre illustratif, il en va de même des lettres émises par le Commissaire en charge de la concurrence par lesquelles il reconnaît le défaut de compétence de la Commission au motif que l'opération en cause n'est pas de dimension communautaire (TPICE, 24 mars 1994, *Dan Air, préc.*, et spécialement, pt 50).

¹⁴⁷ Trib. UE, 9 octobre 2018, *1&1 Telecom GmbH c/ Commission, préc.*, et spécialement, pts 47 et s. ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Multiconnect GmbH C/ Commission*, et spécialement, pts 38 et s. ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Mass Response Service GmbH, préc.*, et spécialement, pt 42.

¹⁴⁸ Tel semble être notamment le cas en droit français : si le tiers qui subit un préjudice en raison du non-respect des engagements souscrits lors du contrôle des concentrations peut engager la responsabilité civile de son auteur (Cass., com., 31 janvier 2018, *Groupe Canal Plus et a. c/ Parabole Réunion*, n°16-21173), il ne saurait cependant obtenir réparation du préjudice résultant d'une décision de l'Autorité de la concurrence qui soumet la compatibilité de l'opération à l'exécution de mesures correctives (C.E., 4 avril 2018, *Société Beaugrenelle Patrimoine*, n°405343, *Rec. tables.*).

« concentrations ». En ce sens, seuls les rapports qu'entretiennent les groupes d'entreprises et les autorités de concurrence visées par le règlement « concentrations » intéressent cette étude dans la mesure où il s'agit d'évaluer la capacité des premiers à s'extraire du contrôle et celle des secondes à les appréhender.

42. Par conséquent, l'étude interroge l'efficacité du règlement « concentrations », c'est-à-dire « la propriété [dont ce texte dispose] de produire les effets que l'on attendait »¹⁴⁹. D'un point de vue quantitatif, l'efficacité du contrôle européen des concentrations, comme l'attrait des groupes pour ces opérations, ne semblent pas pouvoir être démentis. Depuis 2014, le montant total des opérations de concentration à l'échelle mondiale excède le seuil de trois trillions de dollars¹⁵⁰. Alors que moins de soixante opérations étaient notifiées à la Commission en 1993, ce nombre s'élève à plus de trois cents par an depuis 2000 et avoisine celui de quatre cents depuis 2017¹⁵¹. Certaines autorités nationales de concurrence connaissent aussi une tendance similaire. Par exemple, en France, si le Conseil de la concurrence n'émettait que trois avis en 1992 touchant au contrôle des concentrations¹⁵², son héritière¹⁵³, l'Autorité de la concurrence, comptabilisait deux cent quatre-vingts notifications au 31 décembre 2019¹⁵⁴.

43. Il n'en reste pas moins cependant que la cohérence substantielle du contrôle européen des concentrations paraît menacée tant il peine à appréhender avec justesse la matérialité des opérations conclues sur le marché.

44. À cette fin, il semble nécessaire de prendre un certain recul non sur le « droit lui-même en tant que règle, mais (...) [sur] l'application de la règle au cas présent »¹⁵⁵. Il s'agit de prendre acte du fait que le contrôle européen des concentrations, comme toute règle de droit, est une « production sociale » susceptible d'évoluer au fil des

¹⁴⁹ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile jacob, 1997, 302 p. et spécialement, p. 87.

¹⁵⁰ Les statistiques pour l'année 2020 restent toutefois partielles au jour de ces lignes (Thomson Reuters, « *Mergers & acquisitions review – full year 2017* », 2017, disponible à l'adresse suivante : http://dmi.thomsonreuters.com/Content/Files/Global%20MNA_Financial_Advisors%202017.pdf ; Refinitiv, « *Global mergers & Acquisitions review. First half 2019* », 2019 ; Institute for Mergers, Acquisitions and Alliances, « *M&A statistics* », 2020).

¹⁵¹ Comme précisé précédemment, les statistiques pour l'année 2020 restent cependant partielles au jour de ces lignes. Par ailleurs, l'année 2007 fait figure d'exception en atteignant le nombre de quatre cent deux opérations notifiées (Commission, Statistiques relatives contrôle des concentrations, disponibles à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>).

¹⁵² Conseil de la concurrence, « Bilan d'ensemble des travaux du Conseil », in « *Rapport annuel. 1997* », 1998.

¹⁵³ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n°0181, 5 août 2008, p. 12471.

¹⁵⁴ Autorité de la concurrence, « *Rapport d'activité. 2019* », 2020 et spécialement, p. 17.

¹⁵⁵ J. Carbonnier, *Sociologie juridique, op. cit.*, et spécialement, p. 320.

pratiques que la société rencontre¹⁵⁶. En d'autres termes, l'étude tente « [d']analyser, [de] qualifier, ou [de] critiquer, des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit »¹⁵⁷. Il s'agit ainsi d'interroger la pertinence de la qualification portée aux opérations de concentration conclues par les groupes, ceci dans le but non de provoquer « nécessairement une modification du système juridique classique mais [de] permettre au contraire son maintien [...], [d']élargi[r] les possibilités de qualification et d'action du juriste, sa palette ou sa gamme »¹⁵⁸. Tout en admettant la complexité inhérente au travail d'interprétation que soulève l'analyse de toute règle de droit¹⁵⁹, l'étude cherche encore à révéler d'éventuelles « ruptures [de cohérence], que celles-ci se manifestent entre les catégories juridiques formelles et les réalités qu'elles prétendent traduire ou au sein même de ces catégories »¹⁶⁰. Elle tente ainsi d'analyser la manière dont le droit des concentrations parvient ou non à saisir la « substance » des opérations de concentration qui reposent sur des techniques particulièrement variées et qui présentent des risques d'altération de la concurrence.

45. Cette étude mobilise en particulier trois outils dans cette perspective.

46. En premier lieu, elle se concentre à l'évidence sur le contrôle européen des concentrations de dimension communautaire exercé par la Commission. Dans la mesure où l'Union jouit d'une compétence exclusive pour l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché unique¹⁶¹, la Commission européenne est en charge de la mise en œuvre et de l'orientation de la politique européenne de concurrence¹⁶² et particulièrement, dans le cadre des concentrations. L'étude ne saurait néanmoins écarter de son champ l'examen des législations nationales des États membres dans la mesure où conformément au principe de subsidiarité¹⁶³, ce même règlement donne aussi en creux compétence aux autorités nationales de concurrence pour apprécier les opérations de dimension nationale¹⁶⁴. L'analyse de leurs pratiques et en particulier des conditions de déclenchement de ces

¹⁵⁶ J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? », p. 21 in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris, 1998, 454 p.

¹⁵⁷ G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, n°0, p. 9.

¹⁵⁸ *Ibid.*, et spécialement, p. 30.

¹⁵⁹ F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, coll. Penser le droit, Bruxelles, 2012, 224 p.

¹⁶⁰ F. Riem, « L'analyse substantielle » in J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au 21^{ème} siècle. Notions et enjeux*, LGDJ, Extensio-éditions, collection *Droit & Économie*, 2020.

¹⁶¹ TFUE, art. 3.

¹⁶² TFUE, art. 105.

¹⁶³ TFUE, art. 5.

¹⁶⁴ Règlement « concentrations », art. 21, 3.

contrôles nationaux est utile, tant les systèmes de seuils au sein de l'Union paraissent particulièrement divers et menacer la cohérence de l'ensemble. Encore, certaines de ces autorités ont contribué aux débats que le contrôle des concentrations a suscités ces dernières années au sein du marché unique, ce qui explique que leurs travaux servent parfois de supports aux propositions émises dans ce travail de recherche. De même, l'étude analyse également le droit applicable au Royaume-Uni, en dépit de son retrait de l'Union européenne en date du 31 janvier 2020. Dans la mesure où il comptait parmi les États membres de l'Union jusqu'au Brexit, son apport ne semble pas pouvoir être écarté et ce, d'autant qu'en vertu de l'accord conclu avec l'Union, le droit européen a vocation à être appliqué à cet État jusqu'au terme de la période de transition¹⁶⁵.

47. En second lieu, le contrôle européen des concentrations s'est peu à peu construit à la faveur non seulement d'impératifs politiques et juridiques mais aussi économiques. Par conséquent, l'étude recourt également à la littérature économique, y compris lorsque celle-ci est d'origine anglo-saxonne. Plus précisément et dans le but d'éviter les écueils soulignés notamment par les Professeurs Antoine Pirovano et François Souty¹⁶⁶, cette thèse est précédée d'un Chapitre préliminaire dont l'objet consiste à analyser l'histoire du droit européen des concentrations afin de montrer combien celui-ci repose sur un équilibre subtil depuis son introduction au sein de l'Union. La construction du contrôle européen des concentrations explique en effet l'une des difficultés centrales qu'il rencontre, celle d'avoir à composer avec de nombreux objectifs.

48. Enfin, proposer une vision « substantielle » des rapports qui unissent les groupes et le contrôle européen des concentrations ne semble pas pouvoir se passer de références à la réalité des pratiques. Pour cette raison, les développements s'appuient pour partie sur des analyses de terrain menées auprès de deux des protagonistes de cette étude. Une partie de ces enquêtes a ainsi été réalisée auprès de diverses entreprises organisées en groupe au sein de l'Union européenne. Ce sont ainsi des centaines de contrats qui ont pu être analysées dans toute leur diversité. Ce sont également les rapports de domination qui existent au sein même des groupes et

¹⁶⁵ Soit, jusqu'au 31 décembre 2020 (Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, *JOUE* C384, 12 novembre 2019, p. 1).

¹⁶⁶ En ce sens, v. not., A. Pirovano, « Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence) », *Recueil D. Sirey*, 1980, chron. XXII, p. 145 et F. Souty, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2013, 4^{ème} éd., 160 p., et spécialement, p. 153.

entre eux sur le marché qui ont pu être observés. Il s'agit encore de l'intérêt pratique que les diverses formes de concentration présentent, comme leur technicité, que l'étude propose de restituer ici. L'étude de ces formes, contrats et rapports de domination a été mise en perspective avec les règles de droit applicables, la pratique décisionnelle, la jurisprudence et la doctrine. Les développements proposés dans cette thèse cherchent à présenter une vision globale de ces résultats, dans le respect de la confidentialité qui a été la condition de l'accès à ces informations : il s'agit d'en retracer les principaux aspects et de proposer une analyse générale de l'articulation des pratiques des groupes avec les règles de droit. Elles font notamment partie intégrante, sans être explicitement identifiées, d'une typologie de formes juridiques que les opérations de concentration peuvent revêtir et d'une analyse des clauses que les contrats de concentration peuvent contenir dans le but de contribuer à la démonstration de l'objet de l'étude. Une autre partie de ces investigations a par ailleurs été conduite auprès de représentants de la division en charge du contrôle des concentrations au sein de la Commission européenne. L'étude s'inspire, sans les citer davantage, de discussions qui ont retracé les succès de l'institution en la matière comme les difficultés qu'elle a pu rencontrer. Ce sont encore certaines hypothèses avancées par cette thèse qui ont pu alimenter ces échanges dans le but d'en vérifier la probabilité.

49. Ces diverses considérations invitent dès lors à analyser l'hypothèse suivante : la cohérence substantielle du contrôle européen des concentrations paraît menacée, tant le règlement « concentrations » ne parvient pas à édicter un contrôle à même d'appréhender l'ensemble des pratiques qui mériteraient pourtant d'intégrer son champ. Ces difficultés, qui suivent l'opération au fil de la procédure dont elle fait l'objet, résultent de l'équilibre parfois précaire sur lequel il repose et qui oppose des objectifs partiellement contradictoires.

50. Le bien-fondé même de l'exercice d'un contrôle sur une opération de concentration a en effet appelé des interprétations divergentes, permettant ainsi l'édition d'un contrôle qui se soucie tant de la préservation de la concurrence sur le marché que du maintien de la compétitivité de l'industrie européenne. La pluralité des objectifs dont l'étude propose une analyse confie ainsi au contrôle un rôle d'équilibriste qu'il peine à assumer (**Chapitre préliminaire**).

51. D'une part, la nécessité de maintenir la compétitivité de l'industrie européenne et de respecter les libertés fondamentales reconnues aux groupes empêche le droit de pénétrer le contrat et d'empiéter sur leurs regroupements par-

delà les frontières des États membres. Les groupes font en ce sens face au contrôle des concentrations au stade de la préparation et de la conclusion de l'opération (**Première Partie**)

52. D'autre part, le besoin de préserver la concurrence sur le marché impose de contrôler la concentration dans les conditions prévues par le règlement. Pourtant et bien que son application cohérente devrait commander d'appréhender les opérations conclues par les groupes à l'appui de nouveaux outils, les dispositions que ce texte édicte semblent aussi peiner en elles-mêmes à couvrir les opérations qui relèvent de son objet. C'est seulement dans ces conditions que le contrôle des concentrations fait face aux groupes lorsqu'il s'agit d'analyser l'opération notifiée (**Seconde Partie**).

Chapitre préliminaire :

Les objectifs croisés du contrôle européen des concentrations d'entreprises

Première Partie :

Les groupes face au contrôle européen des concentrations d'entreprises

Seconde Partie :

Le contrôle européen des concentrations d'entreprises face aux groupes

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE :

LES OBJECTIFS CROISÉS DU CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES

53. Selon Frédéric Gabriel, « la mémoire que le droit invoque de lui-même, par-delà les personnes et les “autorités” auxquelles elles donnent lieu, plus qu’une simple légitimité, détermine sans doute un de ses rouages essentiels »¹⁶⁷. Comme pour l’analyse de toute règle de droit, la détermination des objectifs actuels du contrôle européen des concentrations dépend étroitement de son histoire.

54. L’exercice n’est cependant pas aisé dans la mesure où depuis l’Antiquité, les concentrations d’entreprises suscitent tantôt la méfiance, tantôt l’indulgence du législateur, du juge, de la doctrine juridique, économique ou encore de l’opinion publique. Les questions qu’elles soulèvent permettent de déduire les principes d’efficacité qui sous-tendent le contrôle qui leur est opposé. S’agit-il d’admettre qu’elles permettent aux groupes de gagner en compétitivité et en cela, de contribuer à l’intérêt général selon les idées d’Adam Smith ou, au contraire, qu’elles sont susceptibles d’enrayer la dynamique du marché en offrant à l’entité issue de l’opération la possibilité de nuire à la concurrence sur le marché ?

55. Il est parfois souligné que le contrôle européen des concentrations dépendrait exclusivement, et à regret, de la défiance du modèle européen vis-à-vis des entreprises dominantes et du standard du bien-être des consommateurs¹⁶⁸. Au

¹⁶⁷ F. Gabriel, « Le droit en son histoire : jus commune, théologie de la tradition et localité dans la France classique », *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2008, p. 279, et spécialement, p. 279.

¹⁶⁸ Une prise en compte accrue du bien-être général serait dès lors bienvenue. Le prisme du bien-être du consommateur, et non du bien-être total, aboutirait non seulement à des résultats semblables à ceux de l’analyse structuraliste mais il empêcherait également une correcte prise en compte de la concurrence potentielle, des efficacités productives et dynamiques résultant de l’opération de concentration. En ce sens et parce qu’il privilégierait la réalisation d’un bilan économique et non strictement concurrentiel, le droit européen des concentrations serait source d’une certaine imprévisibilité néfaste au développement de la stratégie industrielle européenne et dans l’hypothèse où il permettrait une intensification de la concurrence, seule pourrait en résulter une flexibilité des prix, aussi bien à la hausse qu’à la baisse. À l’inverse, prendre en considération le bien-être total, soit celui des producteurs également, contribuerait au bien-être de la société dans son ensemble (G. Vallindas, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations* thèse, Bruylant, Travaux du CERIC, 2009, 561 p., et G. Vallindas, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, juin 2017, 509 p., et spécialement, pp. 82-84 et pp. 152-191; en ce sens, v. aussi not., v. J. E. Harrington Jr., W. Kip Viscusi et D. E. M. Sappington, *Economics of Regulation and*

contraire du droit nord-américain, l'approche structuraliste européenne reposant sur un idéal de concurrence pure et parfaite expliquerait que l'opération soit appréciée à l'aune d'un bilan concurrentiel et non économique, laissant ainsi à l'écart une prise en compte suffisante des bienfaits de l'opération pour l'économie. En somme, dans sa quête de préservation des structures du marché, le contrôle européen des concentrations chercherait avant tout à protéger le seul surplus des consommateurs : il serait guidé par le souci de permettre aux consommateurs de bénéficier des prix les plus adaptés et d'une large gamme de produits. Il refuserait dès lors de prendre en compte le bien-être total, entendu comme la somme du surplus des consommateurs et de celui des producteurs¹⁶⁹.

56. Ces affirmations nous semblent pour partie exactes. Le contrôle européen des concentrations a pour objectif de préserver les structures du marché. Le standard du bien-être des consommateurs est régulièrement avancé pour justifier l'application des règles de concurrence au sein de l'Union. La prise en compte effective de ce bien-être comme son caractère exhaustif en droit européen des concentrations n'en paraissent pas moins discutables. L'influence de certaines doctrines économiques, le contexte politique de l'adoption d'un contrôle européen des concentrations, les objectifs édictés par les textes, la pratique de la Commission et la jurisprudence du juge européen tendent à montrer que le règlement « concentrations » cherche à ce jour à préserver la concurrence sur le marché tout en garantissant le maintien d'une certaine compétitivité européenne. Il navigue en ce sens au gré d'objectifs croisés, ce qui explique la subtilité des outils que sa mise en œuvre nécessite et la place qu'il concède aux groupes dans l'élaboration de l'opération. Ces finalités nécessitent

Antitrust, The MIT Press, Cambridge, 2018, 5^{ème} éd., 966 p. ; F. Jenny, « Droit européen de la concurrence et efficacité économique », *Revue d'économie industrielle*, 1993, n°63, p. 193).

¹⁶⁹ Ces théories ont notamment été défendues par Williamson (O. E. Williamson, « Economies as an antitrust defense : the welfare tradeoffs », *The American Economic Review*, 1968, vol. 58, no. 1, p. 18, et O. E. Williamson, « Economies as an antitrust defense revisited », *University of Pennsylvania Law Review*, avril 1977, vol. 125, n°4). Ces théories ont été développées ultérieurement. Pour Kenneth Heyer, Directeur économique de la Division antitrust du DoJ par exemple, les efficacités « dynamiques », résidant en la réduction de coûts de production ou d'amélioration des produits, ou encore en l'innovation, accroîtraient le bien-être total et seraient un meilleur indicateur permettant aux autorités d'apprécier une opération de concentration (K. Heyer, « Welfare Standards and Merger Analysis: Why not the Best? », *Competition Policy International*, mars 2006, EAG 06-8 ; K. Heyer, « Welfare Standards and Merger Analysis revisited », *Competition Policy International*, Printemps 2012, vol. 8, no. 1, p. 143). Au contraire, Steven C. Salop a notamment revendiqué la nécessité, pour le droit antitrust, de se référer au « véritable » bien-être du consommateur (« "true" consumer welfare » selon Steven C. Salop) afin qu'une opération qui réduirait le bien-être des acheteurs, quel que soit l'impact sur les vendeurs, soit interdite (S. C. Salop, « Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard », *Loyola Consumer Law Review*, 2010, vol. 22, no. 3, p. 336).

autant de s'assurer que les opérations de concentration susceptibles de nuire à la concurrence fassent l'objet d'un contrôle au sein de l'Union, que d'en proposer une appréciation prudente, permettant ainsi que certaines opérations s'échappent de ses filets.

57. Aussi convient-il de proposer une analyse de l'objectif de préservation des structures du marché et du bien-être des consommateurs que le contrôle poursuit (**Section 1**) avant d'envisager les raisons pour lesquelles celui-ci paraît aussi se soucier de la compétitivité des groupes au sein du marché unique (**Section 2**).

Section 1 : **L'objectif de préservation des structures du marché** **et du bien-être des consommateurs**

58. Bien que « le droit de la consommation et le droit de la concurrence [aient] vocation à se compléter » par ailleurs¹⁷⁰, chacune de ces branches réserve au consommateur sa propre définition. Le consommateur, qui s'est longtemps apparenté à un « ectoplasme »¹⁷¹ faute de définition légale et précise¹⁷², désigne ainsi

¹⁷⁰ S'agissant, par exemple, de la transparence de l'information dévolue au consommateur (v. en ce sens, M. Malaurie-Vignal, « Le journaliste, le commerçant et le procès », p. 247, et spécialement, p. 254, in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, D., Paris, 2006, 487 p.

¹⁷¹ L. Boy, « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? Introduction », *RIDE*, octobre 2011, 2011/3, p. 263 et spécialement, p. 278 ; un tel qualificatif s'est particulièrement vérifié en droit français de la consommation puisque le « consommateur » ne faisait l'objet d'aucune définition en droit interne jusqu'à la loi Hamon du 17 mars 2014 (loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation [dite « loi Hamon »], *JORF* n°0065 du 18 mars 2014, p. 5400). Depuis lors, le législateur français a rectifié la situation : désormais, l'article liminaire du Code de la consommation le définit comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, *JORF* n°0064 du 16 mars 2016 ratifiée par la loi n°2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, *JORF* n°0045 du 22 février 2017). Il définit même la notion de « non-professionnel », si ce n'est crée une certaine confusion en évoquant, dans le cadre des contrats hors établissement, une éventuelle et obscure quatrième catégorie, à côté du professionnel, consommateur et non-professionnel (le nouvel article L. 221-3 du Code de la consommation issu de l'ordonnance n°2016-301 édicte que les dispositions applicables à ce type de contrat s'appliquent non seulement aux relations entre consommateurs et professionnels mais aussi entre deux professionnels « dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq »).

en droit européen de la consommation une « personne physique qui (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »¹⁷³. À l'inverse, le droit de la concurrence l'envisage non comme un profane mais comme un « être supposé rationnel et autonome, donc capable de contracter en toute liberté »¹⁷⁴. Les lignes directrices applicables au contrôle des concentrations horizontales admettent plus précisément qu'il puisse tant désigner l'utilisateur final, personne physique, d'un produit ou service qu'un intermédiaire dans une chaîne de contrats, tel qu'une personne morale¹⁷⁵. Cette définition, outre de ne figurer qu'en note de bas de page, n'a pas intégré le règlement « concentrations » alors que celui-ci, contrairement aux lignes directrices, est obligatoire, applicable *erga omnes* et d'effet direct complet au sens de l'article 288 du TFUE¹⁷⁶.

59. Une telle souplesse paraît cependant délibérée et utile à la Commission qui, lorsque la spécificité du marché le nécessite, distingue l'utilisateur final du client des

¹⁷² Avant la directive 93/13/CE, le consommateur n'était cependant pas pleinement ignoré en droit européen. Au contraire, l'article 13, 1. de la Convention de Bruxelles de 1968 y voyait une personne qui agit « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle » (en ce sens, v. not., CJCE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa c/ Dentalkit Srl*, aff. C-269/95, *Rec.* 1997, I, p. 3767, obs. M. Luby-Gaucher, « Consommateurs. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Consommateur, Notion », *RTD com.*, 1998, p. 736).

¹⁷³ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* L304, 22 novembre 2011, p. 64, art. 2), 1 ; la jurisprudence propre à la qualification du « consommateur » est abondante, en témoignent notamment les évolutions récemment apportées par la Cour (CJUE, 14 février 2019, *Anica Milivojević contre Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, aff. C-630/17, *Rec.* ; obs. F. Mélin, « Compétence dans l'Union : notions de consommateur et de droit réel », *D. actualité*, 8 mars 2019). Les modifications introduites par la directive (UE) n°2019/2961 ne semblent pas affecter la définition issue de ladite directive 2011/83/UE (directive (UE) n°2019/2161 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs [« directive omnibus »], *JOUE* L328, 18 décembre 2019, p. 7, obs. S. Bernheim-Desvaux, « Nouvelle donne pour les consommateurs : la directive omnibus est publiée ! », *CCC*, février 2020, n°2, comm. 33.).

¹⁷⁴ L. Boy, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RIDE*, 2005, n°1, p. 27 ; A. Bienayme, « L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence : un point de vue d'économiste », *RIDE*, 1995, n°3, p. 361.

¹⁷⁵ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, note n°(105).

¹⁷⁶ CJCE, 14 décembre 1971, *Politi S.A.S. c/ Ministère des finances de la République italienne*, aff. 43-71, *Rec.* 1971, p. 1039. L'étude analyse plus tard la place de la *soft law* en droit des concentrations (v. *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, §2, A., 1)).

groupes parties à l'opération¹⁷⁷. Il contribue en ce sens à la vision empirique du marché. La Commission, comme les autorités nationales de concurrence, sont ainsi en mesure d'apprécier en amont¹⁷⁸ de la réalisation de l'opération si celle-ci pourra contribuer au bien-être des consommateurs présents sur un marché précis, celui-ci étant délimité d'un point de vue géographique et au vu des produits ou services en cause. Les prix comme la diversité de l'offre comptent parmi les indicateurs pouvant être envisagés.

60. Dès lors, la compatibilité des opérations de concentration avec le marché est admise au vu de sa correcte insertion dans les structures du marché géographique et de produits ou services concerné. Cette conception, qui a effectivement cours en droit européen des concentrations, puise sa justification dans les courants économiques et les précédents politiques et juridiques qui l'ont vu naître, que ce soit aux États-Unis ou au sein de l'Union (§1). Depuis l'adoption d'un règlement autonome en la matière, elle exerce ainsi une influence certaine sur le contrôle européen des concentrations (§2).

Paragraphe 1 : Les racines historiques du structuralisme et du standard du bien-être des consommateurs jusqu'à l'adoption de règles autonomes propres au contrôle européen des concentrations

61. Les opérations de concentration ont rapidement été envisagées sous l'angle du dommage qu'elles étaient éventuellement susceptibles de causer au bien-être économique des consommateurs. À côté des quelques travaux au sein de l'Union qui commençaient à en dessiner les contours, cette problématique a particulièrement été soulevée aux États-Unis. La protection des petites et moyennes entreprises a légitimé l'intervention des pouvoirs publics sur le marché et leur lutte contre les *trusts*, ces ancêtres des concentrations. Avant de faire l'objet de vives critiques, ce sont les travaux structuralistes de l'époque qui ont encore encouragé cette véritable « chasse aux *trusts* ». L'expérience américaine a peu à peu été transposée au sein du marché commun, à mesure que celui-ci évoluait au fil de son propre contexte politique et de la publication d'autres travaux. En dépit des tensions politiques que l'adoption d'un éventuel contrôle de ces opérations a suscitées, le standard du bien-être économique

¹⁷⁷ Commission, 14 décembre 1993, *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, aff. M.308, JOCE L186, 21 juillet 1994, p. 38 ; obs. D. Berlin, H. Calvet et E. Coulon, « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD eur.*, 1996, p. 535.

¹⁷⁸ Si ce n'est en aval également lorsque la législation de l'État membre concerné prévoit un contrôle hybride des concentrations (v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2 et Annexe n°2 « Panorama des seuils de contrôlabilité édictés par les législations nationales »).

des consommateurs comme la nécessité de protéger les structures du marché s'étaient donc déjà imposés avant même qu'un premier règlement ne soit adopté en la matière.

62. Aussi convient-il de s'intéresser aux origines du structuralisme et du standard du bien-être des consommateurs (A.) avant de proposer une analyse de leur réception vis-à-vis des opérations de concentration à l'aube de l'adoption du règlement (CE) n°4064/89 (B.).

A. Les origines des théories structuralistes et du bien-être des consommateurs

63. Avant que les États-Unis ne se livrent à leur chasse aux *trusts* et que le droit européen n'en soit directement influencé (2)), le standard du bien-être des consommateurs a rarement été associé aux concentrations en Europe. Les travaux des économistes néoclassiques du XIX^{ème} siècle ont quant à eux posé les bases du modèle de concurrence pure et parfaite mais la prise en compte effective de la nocivité de ces opérations n'en est pas moins restée tardive (1)).

1) De quelques origines timides en Europe

64. Pendant l'Antiquité, les questions économiques et commerciales étaient globalement reléguées au second plan, derrière les guerres qui intéressaient davantage les États européens¹⁷⁹. À compter du XV^{ème} siècle, les courants de pensée économique ont certes exercé une certaine influence sur les politiques publiques.

65. Néanmoins, ce sera deux siècles plus tard que le juriste français Jean Domat envisagera l'existence d'un lien unissant les opérations de concentration au bien-être des consommateurs. Parmi les causes de la « cherté », soit l'« augmentation considérable du prix de chaque chose, [...] et qui va à un tel excès, que *le commun du peuple* ne peut en avoir ce qu'il lui en faut »¹⁸⁰, Domat avait en particulier identifié les monopoles, soit la situation où des « maîtres de grains » en ont « achet[é] une grande

¹⁷⁹ Au IV^{ème} siècle avant Jésus-Christ, Aristote condamnait certes les monopoles et au V^{ème} siècle de notre ère, l'Empereur romain Zénon et le Codex Iustinianus (c4, 59, 2) interdisaient aux hommes de fixer des prix et de monopoliser les habits et poissons, sauf à subir une peine d'exil dans les îles britanniques. L'importance de ces interdictions est toutefois restée résiduelle (v. not., A. Souchon, *Les théories économiques dans la Grèce antique*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1898, 205 p. ; S. Vergnieres, *Éthique et politique chez Aristote : fýsis, ïthos, nómos*, PUF, Paris, 1995, 308 p. ; M. Lutfalla, *Aux origines de la pensée économique*, Economica, Paris, 1981, 168 p.).

¹⁸⁰ Nous soulignons ; J. Domat, *Les quatre livres du droit public*. 1697, Centre de philosophie politique et juridique Université de Caen, Caen, 1989, 587 p. et spécialement, p. 145.

quantité pour les vendre seuls et les renchérir ». Il préconisait ainsi que la loi impose « de grandes peines contre ceux qui commettent ce crime »¹⁸¹, cette pratique devant être qualifiée comme telle tant elle affectait l'intérêt général et l'« autorité du prince »¹⁸². Il estimait plus précisément qu'une augmentation des prix pouvait causer un dommage aux consommateurs en nuisant à leur bien-être et que pour cette raison, le droit devait s'emparer du phénomène de concentration économique, y compris d'origine privée.

66. Les travaux de Domat n'ont cependant pas obtenu l'effet escompté. En dépit de l'influence qu'il exerçait sur le magistrat de Boisguilbert, ses théories proches de celle de l'équilibre général des prix ont davantage emporté la conviction, alors qu'elles impliquaient de retenir un modèle de concurrence libre de toute entrave, y compris lorsqu'il menait à la constitution de monopoles¹⁸³. Plus encore, le corporatisme sous l'autorité de Colbert a pérennisé les monopoles jusqu'à la Révolution française de 1789¹⁸⁴. Bien que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁸⁵, le décret d'Allarde¹⁸⁶ et la loi Le Chapelier¹⁸⁷ aient fini par prohiber ces corporations, la liberté publique de concurrencer n'a néanmoins pas été explicitement proclamée en France à cette époque¹⁸⁸.

67. Le besoin de protéger la population contre les effets délétères de ces opérations peut certes se déduire quelque peu de l'expérience britannique : le Statute

¹⁸¹ *Ibid.*, et spécialement, p. 147.

¹⁸² *Ibid.*, et spécialement, p. 549.

¹⁸³ C. Jessua, *Histoire de la théorie économique*, PUF, coll. Économie, Paris, 1991, 584 p. et spécialement, p.28 ; D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante.*, éd. Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruxelles, 2013, 1522 p. et spécialement §40 et s ; P. Le Pesant de Boisguilbert, *Le détail de la France sous le règne du présent. Augmenté en cette nouvelle Edition, de plusieurs Mémoires & traités sur la même matière. Première partie.*, Paris, 1707, 276 p. et spécialement, pp. 213-214 ; G. Faccarello, *Aux origines de l'économie politique libérale : Pierre de Boisguilbert*, anthropos éd., Paris, 1986, 312 p., et spécialement, Chap. VI, XI.

¹⁸⁴ Les tentatives de Turgot (v. not., l'édit du Roi portant suppression des Jurandes & Communautés de Commerce, Arts & Métiers, donné à Versailles au mois de Février 1776, enregistré au Parlement le 12 mars 1776) comme le *Traité de police* de Delamarre ont en particulier échoué à mettre fin au corporatisme. Ce terme désigne un système de monopole institué au profit des membres de la jurande. Cette dernière vise un groupement professionnel réunissant des membres égaux et doté de ses propres règles disciplinaires et d'une personnalité juridique autonome (D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante.*, *op. cit.*, et spécialement §37).

¹⁸⁵ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 3 (principe de souveraineté).

¹⁸⁶ Loi des 2 et 17 mars 1791 (« décret d'Allarde »), art. 7 (principe de liberté du commerce et de l'industrie).

¹⁸⁷ Loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791.

¹⁸⁸ Y. Gaudemet, « Droit de la concurrence : une autre introduction », p. 397 in *Le Code de commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, D., Paris, 2007, 834 p. et spécialement, pp. 399 et s.

of Monopolies a été adopté en 1624 dans le but de les interdire en usant de formules générales alors que le contexte politique se caractérisait par une vive contestation des privilèges octroyés à la royauté. Les exceptions dont ce texte ont fait l'objet en ont toutefois compromis la mise en œuvre effective¹⁸⁹.

68. De manière générale, les restrictions apportées à la concurrence ont bénéficié d'une certaine indulgence jusqu'au début du XX^{ème} siècle. En 1897, la Cour suprême allemande¹⁹⁰ a ainsi rendu son célèbre arrêt *Pâte à Papier Saxonne*, qui a symbolisé les débuts du droit européen de la concurrence¹⁹¹. La Cour a pourtant admis la validité d'un cartel en considérant que les ententes pouvaient préserver les entreprises de la ruine et leur permettre de maintenir des prix appropriés. Une certaine conception de l'intérêt général a dès lors été proposée, quoique la Cour ait pris soin de réserver l'exception de monopole dans sa décision. Cette limite a cependant pu être interprétée¹⁹² comme étant une simple résurgence d'une position traditionnelle défendue notamment par Domat, en son temps.

69. Dans ce contexte, les États européens n'ont disposé d'aucune réglementation effective propre au contrôle des concentrations jusqu'à la création de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (ci-après « CECA ») et ils se sont, *a fortiori*, tout aussi longtemps désintéressés de leur impact sur les structures du marché et le bien-être des consommateurs.

70. C'est pourtant à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} que des théories néoclassiques ont été proposées comme relais au modèle de libéralisme classique défendu par Adam Smith¹⁹³. Dans un contexte marqué par le remplacement progressif en Europe des activités traditionnelles au profit de la production industrielle, la concentration du pouvoir de marché a en effet commencé à susciter la défiance des économistes. En défendant le modèle de concurrence pure et parfaite,

¹⁸⁹ L'arrêt britannique fondateur *Mitchel v. Reynolds* (*Court of King's Bench*, 1711, *Mitchel v. Reynolds*, 24 Eng. Rep. 347) n'a pas davantage facilité l'expansion générale du droit de la concurrence au XVIII^{ème} siècle. Pourtant, avait été jugée recevable la restriction imposant au bailleur du local d'une boulangerie de ne pas exercer le métier de boulanger dans le même quartier que son concurrent pendant les cinq ans de durée du bail, moyennant la perception d'une rente de cinquante livres.

¹⁹⁰ En allemand, « *Reichsgerichtshof* ».

¹⁹¹ OCDE, « *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation – Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation – La réforme de la réglementation de l'Allemagne* », OCDE (éd.), 2004.

¹⁹² D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante.*, op. cit., et spécialement, §85.

¹⁹³ Les théories d'Adam Smith intéressant davantage l'objectif de compétitivité poursuivi par le droit européen des concentrations, une analyse en est proposée ultérieurement, dans la Section 2.

les auteurs néoclassiques cherchaient à ce que le marché remplisse cinq conditions : l'atomicité des agents, l'homogénéité des produits, la transparence de l'information, la liberté d'entrée et de sortie ainsi que la libre circulation des facteurs de production sur le marché.

71. La nécessité de fixer les prix selon l'état de la demande sur le marché a également compté parmi leurs travaux. Pour le Suisse Léon Walras, la concurrence n'atteindrait la perfection qu'en ce qu'elle parviendrait à proposer un système de prix naturel, sorte de loi objective, dont la détermination reposerait sur les préférences et richesses des individus. La modernité de ces travaux comme leur influence sur le droit européen des concentrations actuel est par ailleurs d'autant plus prononcée qu'il paraît avoir initié, avec d'autres¹⁹⁴, le modèle de guichet unique que la Commission assume aujourd'hui pour les opérations de dimension communautaire. Il a en effet avancé l'idée que le prix précité soit déterminé par un « crieur »¹⁹⁵ ou « commissaire-priseur »¹⁹⁶, soit un personnage extérieur aux échangistes qui centraliserait l'information en toute indépendance et chercherait à ce que l'offre soit égale à la demande pour tous les biens. Bien que les autorités de concurrence actuelles, particulièrement dans le cadre du contrôle des concentrations, ne soient pas compétentes pour établir les prix que l'entité issue de la concentration doit pratiquer, la concurrence normative et centralisée de Walras semble trouver un écho particulier dans le règlement « concentrations ».

72. Il semble en toute hypothèse impossible d'attribuer à l'ensemble de ce courant des préoccupations en faveur du seul bien-être des consommateurs. L'économiste et sociologue italien Vilfredo Pareto définissait en particulier son « équilibre de Pareto » ou « maximum d'ophélimité » ainsi : « Il y a (...) deux problèmes à résoudre pour

¹⁹⁴ L'économiste et sociologue Allemand Max Weber considérait également que la liberté sur le marché ne permettait pas nécessairement à la liberté individuelle de s'accroître. Il en déduisait qu'elle devait être régulée par des autorités dotées de pouvoirs de police (M. Weber, *Economy and society – An outline of interpretive sociology*, chapter VIII « Economy and law (sociology of law) », pp. 641 et s., Guenther Roth and Claus Wittich - University of California Press, Berkeley, Los Angeles, Londres, 1978, vol. 2, 1469 p. [traduit de M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie*, Johannes Winckelmann, Tübingen, 1956, réédition de M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie*, 1921]).

¹⁹⁵ Selon la terminologie traduite et retenue par F. Duboeuf, *Introduction aux théories économiques*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 1999, 125 p., et spécialement, p. 38.

¹⁹⁶ Selon la terminologie traduite et retenue par B. Guerrien et Les Econoclastes, *Théories économiques et idées reçues. Petit bréviaire des idées reçues en économie*, La Découverte / Essais, Paris, 2004, 272 p., et spécialement, pp. 235 et s. ; étant précisé que les terminologies anglaises « *auctioneer* » et « *sealed-bid auction* » se retrouvent également chez des économistes néoclassiques plus récents qui ont repris la théorie de l'équilibre général de Walras, dont H. R. Varian, *Microeconomic analysis*, Norton International student edition, New York, 3^{ème} éd., 1992, 284 p., et spécialement, p. 280.

procurer le maximum de bien-être à une collectivité. Certaines règles de distribution étant adoptées, on peut rechercher quelle position donne, toujours en suivant ces règles, le plus grand bien-être possible aux individus de la collectivité. Considérons une position quelconque, et supposons qu'on s'en éloigne d'une quantité très petite, compatiblement avec les liaisons. Si en faisant cela, on augmente le bien-être de tous les individus de la collectivité, il est évident que la nouvelle position est plus avantageuse à chacun d'eux ; et vice versa, elle l'est moins si on diminue le bien-être de tous les individus. (...) Mais si au contraire ce petit mouvement fait augmenter le bien-être de certains individus et diminuer celui d'autres, on ne peut plus affirmer qu'il est avantageux à toute la collectivité d'effectuer ce mouvement »¹⁹⁷. En défendant la nécessité qu'il y aurait d'atteindre un point d'équilibre entre le bien-être des consommateurs et celui des producteurs, Pareto estimait donc qu'il serait inadapté de faire primer les intérêts des uns sur ceux des autres. Les auteurs structuralistes du modèle Structure-Comportement-Performance (ci-après « SCP ») introduit plus tard dans les années 1950 déduiront néanmoins de ce modèle que les concentrations réduisent le surplus des consommateurs et nuisent par conséquent à l'économie¹⁹⁸.

73. Aussi, l'appréhension des effets engendrés par les opérations de concentration, si ce n'est la concurrence en général, a été des plus balbutiantes jusqu'au début du XX^{ème} siècle en Europe. L'obligation de contrôler, voire d'interdire, ces opérations en raison du dommage qu'elle pourrait causer aux structures du marché et au bien-être économique des consommateurs s'est traduite avec bien plus de force aux États-Unis pendant cette période.

2) Des origines décisives aux États-Unis

74. La nécessité de prendre en compte l'impact que des opérations de concentration peuvent avoir sur le bien-être des consommateurs (a) et sur les structures du marché (b) ont reçu une première traduction concrète aux États-Unis. Une analyse de ces deux aspects convient d'être proposée, tant ils trouveront écho par la suite en droit européen des concentrations.

¹⁹⁷ V. Pareto, *Économie mathématique*, et spécialement p. 352 in G. Busino (dir.), *Œuvres complètes. Statistique et économie mathématique*, T. VIII, Librairie Droz, Genève, 1989, 409 p.

¹⁹⁸ E. S. Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1957, 411 p. ; J. S. Bain, *Industrial organization*, John Wiley and Sons, New York, 1959, 643 p.

a) La prise en compte du bien-être des consommateurs

75. La nécessité politique de préserver le bien-être des consommateurs semble avoir été le déclencheur des premières décisions sanctionnant les opérations de concentration anticoncurrentielles. Pour s'en convaincre, le contexte historique mérite d'être rappelé quelque peu.

76. Au XVIII^{ème} siècle, une première phase de développement industriel avait entraîné la constitution d'ententes aux États-Unis mais la fin de la guerre de sécession opposant les États du Nord aux États sécessionnistes du Sud a provoqué l'émergence des *trusts*, c'est-à-dire de nouvelles pratiques néfastes à la concurrence que le droit de l'époque ne pouvait appréhender. Ces *trusts* désignaient les cas dans lesquels des dirigeants d'entreprises se regroupaient afin de contrôler d'importants réseaux d'industries et d'infrastructures¹⁹⁹. Cette pratique a donné naissance à une vague de concentration industrielle dans les années 1870-1880. Les géants de l'industrie du pétrole, de la sidérurgie, de l'industrie électrique et des chemins de fer dominaient ainsi le marché nord-américain²⁰⁰.

77. Or, ce sont les vives contestations de l'opinion publique vis-à-vis de ces *trusts* qui ont donné naissance à l'adoption des premières lois *antitrust* américaines : l'Interstate Commerce Act en 1887²⁰¹, le Sherman Act en 1890²⁰² avant que ne soient adoptés le Clayton Act²⁰³ et le Federal Trade Commission Act en 1914²⁰⁴, puis le Celler Kefauver Act en 1950²⁰⁵.

78. C'est en particulier le fait que les paysans aient fait valoir que le phénomène de concentration industrielle avait accru les inégalités sociales qui a incité le Congrès

¹⁹⁹ Plus précisément, les *trusts* sont une création de *common law* : le chevalier partant en croisade confiait sa fortune à un ami, le « *trustee* ». Avec la création en 1879 du *Standart Oil Trust*, regroupant 95% de la production de pétrole américaine, le *trust* s'est développé : les entreprises transmettaient leurs actions à la plus puissante d'entre elles, ce qui lui permettait de s'ériger en propriétaire (D. Fasquelle, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Étude de la règle de raison*, Joly éd., Paris, 1993, 290 p., et spécialement, pp. p.17-21).

²⁰⁰ E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, D., coll. Précis, Paris, 2005, 460 p. et spécialement, p. 4.

²⁰¹ Interstate Commerce Act, 4 février 1887.

²⁰² Sherman Anti-trust Act, 2 juillet 1890.

²⁰³ Clayton Anti-trust Act, 15 octobre 1914.

²⁰⁴ Federal Trade Commission Act, 26 septembre 1914.

²⁰⁵ Celler Kefauver Act, 29 décembre 1950.

américain à adopter d'abord l'Interstate Commerce Act²⁰⁶. Dans un contexte où l'opinion publique manifestait par ailleurs son mécontentement à l'égard de la hausse des prix pratiqués dans le secteur ferroviaire, c'est ensuite la Cour suprême par son arrêt *Wabash St Louis & Pacific Railway*²⁰⁷, puis le sénateur de l'Illinois Shelby M. Cullom qui ont définitivement convaincu le Congrès²⁰⁸. En confiant expressément au Congrès le pouvoir de réguler le commerce et de réglementer les prix dans le secteur ferroviaire, cet Act est considéré comme le premier texte à avoir autorisé les autorités fédérales à intervenir face à certains *trusts*²⁰⁹.

79. Le Sherman Act adopté par la suite a prohibé plus largement les *trusts* en posant un principe d'interdiction des monopoles ou quasi-monopoles²¹⁰.

80. C'est par conséquent ce contexte politique qui a donné naissance ensuite à une véritable chasse aux *trusts* menée par les juges. Par sa décision *Northern Securities*²¹¹, la Cour suprême a appliqué strictement la lettre du texte en relevant qu'« il n'est pas nécessaire de démontrer que la concentration, en réalité, conduit ou conduira, à la suppression totale de la concurrence ou à l'établissement d'un parfait monopole, mais il convient seulement de démontrer que, par cette opération, la concurrence ou

²⁰⁶ L. Rieben, *La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence*, Librairie Droz, Genève, 2000, 474 p. et spécialement, pp. 193-194 ; B. Bellon, « Cent ans de politique antitrust aux États-Unis », *Revue d'économie industrielle*, 1993, n°63, p. 10.

²⁰⁷ En l'espèce, le juge a considéré que l'État de l'Illinois ne pouvait faire obstacle aux tarifs imposés par la compagnie de chemin de fer dominante, Wabash Railroad, dans la mesure où celle-ci assurait le transport de marchandises entre États et que conformément à la Constitution, il revenait exclusivement au Congrès de réguler le commerce entre États (*U.S. Supreme Court*, 25 octobre 1886, *Wabash St Louis & Pacific Railway Co. v. Illinois State*, 118 US 557).

²⁰⁸ *U.S. Senate*, « *The Interstate Commerce Act is Passed* », Senate Historical Office, 4 février 1887, disponible à l'adresse suivante : https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate_Commerce_Act_Is_Passed.htm.

²⁰⁹ L'Interstate Commerce Act a par ailleurs créé le premier organe gouvernemental régulateur de l'économie privée, l'*Interstate Commerce Commission* qui sera remplacée en 1995 par le *Surface Transportation Board*.

²¹⁰ « Tout contrat, toute association sous forme de *trust* ou autrement toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents États de l'Union ou avec les pays étrangers, sont illégaux (...). Toute personne qui monopolisera, tentera de monopoliser, ou participera à une association ou à une entente avec une ou plusieurs personnes en vue de monopoliser une partie quelconque des échanges ou du commerce entre les différents États de l'Union ou avec les pays étrangers se rend coupable d'une infraction. » (traduction libre de : « Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal (...). Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony. » ; Sherman Act, sections 1 et 2).

²¹¹ *U.S. Supreme Court*, 14 mars 1904, *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197.

le commerce entre États ou international sera susceptible d'être restreint, ou qu'un monopole sera susceptible d'être créé et qu'il privera le public des avantages induits par une concurrence libre »²¹².

81. Au moment où cette position, des plus rigoureuses, commençait à être inflexible, le juge Edward White a encore expressément lié la question de l'opinion publique et celle de la nécessité de se soucier des prix pratiqués auprès des individus aux opérations de concentration. Alors qu'il s'agissait en l'espèce de dissoudre le plus grand *trust* nord-américain qui contrôlait plus des trois quarts du pétrole raffiné aux États-Unis et plus de la moitié de la distribution d'essence, il a en effet affirmé que : « *les maux à l'origine de l'indignation du public à l'encontre des monopoles et du rejet de leur pouvoir* peuvent être résumés en ces termes : (1) la capacité dont le monopole jouit pour *déterminer seul les prix pratiqués et ainsi, nuire aux individus* ; (2) la capacité dont il dispose pour limiter la production ; et, (3) la *perte probable de qualité subie par le produit* objet du monopole, qui est la conséquence inévitable de l'appropriation de sa production et de sa vente »²¹³. C'est également le juge White qui, en proposant d'apprécier les concentrations en prenant appui sur une « règle de raison »²¹⁴, a ensuite été à l'origine de la méthode du bilan concurrentiel dont l'Union s'inspirera plus tard pour son propre contrôle²¹⁵. Par cette méthode, il s'agissait ainsi d'« établir pour chaque convention située dans son contexte réel, un bilan de ses effets anti et pro-concurrentiels »²¹⁶.

82. L'adoption ultérieure du Clayton Act comme du Federal Trade Commission Act, censés pallier ensemble les lacunes du Sherman Act et mettre fin aux critiques

²¹² Traduction libre de : « it need not be shown that such combination, in fact, results, or will result, in a total suppression of trade or in a complete monopoly, but it is only essential to show that, by its necessary operation, it tends to restrain interstate or international trade or commerce, or tends to create a monopoly in such trade or commerce, and to deprive the public of the advantages that flow from free competition. » (*Ibid.*, et spécialement, p. 193 US 199).

²¹³ Nous soulignons; traduction libre de : « The evils which led to the public outcry against monopolies and to the final denial of the power to make them may be thus summarily stated: 1. The power which the monopoly gave to the one who enjoyed it to fix the price and thereby injure the public; 2. The power which it engendered of enabling a limitation on production; and, 3. The danger of deterioration in quality of the monopolized article which it was deemed was the inevitable resultant of the monopolistic control over its production and sale » (*U.S. Supreme Court*, 15 mai 1911, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, et spécialement, p. 221 U.S. 53).

²¹⁴ La « light of reason » a d'abord été évoquée dans l'affaire *Standard Oil Co. of New Jersey* précitée, puis en 1918 (*U.S. Supreme Court*, 4 mars 1918, *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231).

²¹⁵ *U.S. Supreme Court*, 29 mai 1911, *American Tobacco v. United States*, 221 U.S. 106.

²¹⁶ R. Kovar, « Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison », *RTD eur.* 1987, p. 237.

dont il faisait l'objet²¹⁷, est également étroitement liée au contexte politique et au fait que la politique *antitrust* était alors pensée comme un outil au service du bien-être des individus. Leur adoption, comme la nécessité de garantir l'exercice d'une concurrence non-fauscée sur le marché, comptaient en effet dans le programme économique de Woodrow Wilson, vainqueur aux élections présidentielles de 1912²¹⁸. Le Federal Trade Commission Act a en particulier créé la FTC dont la mission principale était de « réduire en cendres les *trusts* »²¹⁹ en complétant au plan civil les actions pénales jusqu'à présent menées par l'Antitrust Division de l'U.S. Department of Justice (ci-après « DoJ »). Notons par ailleurs qu'après avoir été modifié notamment par l'Antitrust Improvements Act²²⁰, l'Act prévoit depuis lors que les concentrations doivent faire l'objet d'une double notification aux États-Unis auprès de la FTC et de l'Antitrust Division du DoJ²²¹.

83. Des remarques similaires semblent pouvoir être formulées à propos de l'adoption postérieure du Celler Kefauver Act de 1950 qui a entraîné la modification de la section 7 du Clayton Act relative aux concentrations. En attribuant à ce texte la mission de lutter contre un taux de concentration industrielle élevé, le Congrès souhaitait en effet lutter contre les pressions inflationnistes et favoriser les entreprises familiales jugées cruciales pour le maintien de la concurrence sur le marché²²².

84. La « Grande dépression » des années 1930²²³ a certes été marquée par un ralentissement des poursuites en droit de la concurrence. Néanmoins, lorsqu'à son issue, une vague de concentration industrielle a de nouveau provoqué le

²¹⁷ M. Winerman, « The origins of the FTC: concentration, cooperation, control and competition », *Antitrust Law Journal*, 2003, vol. 71, p. 1.

²¹⁸ E. M. Fox, R. J. R. Perits et L. A. Sullivan, *Cases and materials on US Antitrust Global Context*, American Casebook Series, St Paul, 2004, 2nd éd., 959 p., et spécialement, pp. 48 et 49.

²¹⁹ Ainsi que la FTC le reconnaît sur son site Internet : « When the FTC was created in 1914, its purpose was to prevent unfair methods of competition in commerce as part of the battle to “bust the trusts.” » (<https://www.ftc.gov/about-ftc>).

²²⁰ Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, 30 septembre 1976, codifié au §18a du Titre 15 de l'U.S. Code (« U.S.C. »).

²²¹ Chargées d'examiner les plaintes, de statuer sur les pratiques qui leur sont soumises et d'enjoindre à leurs auteurs d'y mettre fin, ces agences fédérales sont, depuis lors également, relayées par les juridictions qui prononcent *in fine* les amendes et peines d'emprisonnement.

²²² R. Pitofsky, « The political content of antitrust », *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, vol. 127, p. 1051; un ancien Commissaire de la FTC l'a également rappelé en 2002 (T. B. Leary, « The Essential Stability of Merger Policy in the United States. Prepared Remarks before Guidelines for Merger Remedies: Prospects and Principles, Joint U.S./E.U. Conference », 17 janvier 2002, site de la FTC, disponible à l'adresse suivante : <https://www.ftc.gov/public-statements/2002/01/essential-stability-merger-policy-united-states>).

²²³ Correspondant à la fin de la crise économique que les États-Unis connurent au cours des années 1930 et dont le krach boursier de 1929 a été partie intégrante.

mécontentement de la population, les juges ont recommencé à faire preuve de sévérité à l'égard de ces opérations. Dans l'affaire *Brown Shoe*, le juge Warren a par exemple rappelé que l'Act avait été adopté par le Congrès dans le but de favoriser les entreprises locales et déclaré qu'il avait pour objectif de protéger la concurrence et non les concurrents²²⁴.

85. Ce qui a pu être qualifié de « tendance paranoïaque » des juges²²⁵ a par conséquent résulté de la nécessité politique de prendre en compte le mécontentement de la population et la préservation de la concurrence sur le marché.

86. Elle s'explique encore par les travaux structuralistes proposés par l'École de Harvard.

b) Les théories structuralistes

87. Jusqu'à la fin des années 1960, c'est-à-dire pendant six administrations, le structuralisme s'est installé aux États-Unis²²⁶, malgré la naissance concomitante du keynésianisme²²⁷.

88. Le modèle SCP proposé par les structuralistes Mason²²⁸ et Bain²²⁹ postulait que les structures du marché conditionneraient les comportements des entreprises. Plus précisément, les conditions de l'offre et de la demande agiraient directement sur la structure du marché au niveau notamment du nombre de vendeurs et d'acheteurs présents et de son degré de concentration. La structure du marché serait ainsi déterminante, selon que celui-ci se caractérise par l'existence de liens verticaux ou

²²⁴ Traduction libre de : « It is competition, not competitors, which the Act protects. But we cannot fail to recognize Congress' desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned business. » (*U.S. Supreme Court*, 25 juin 1962, *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 et spécialement p. 370 U.S. 345). La sévérité de cette décision mérite d'être soulignée : le juge a en effet confirmé la décision de la FTC selon laquelle une concentration entre entreprises représentant 4% et 2% du marché des chaussures de sport aux États-Unis était susceptible de causer des effets anticoncurrentiels en ce qu'elle leur aurait permis de détenir 5% des parts de marché au niveau horizontal, et 2% à l'échelle verticale.

²²⁵ R. Hofstadter, « The Paranoid Style in American Politics », *Harper's Magazine*, novembre 1964.

²²⁶ G. Vallindas, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, juin 2017, 509 p., et spécialement, p. 78 ; W. E. Kovacic et C. Shapiro, « Antitrust Policy : A Century of Economic and Legal Thinking », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, no. 1, 2000, p. 43.

²²⁷ Les présidents John F. Kennedy (1917-1963) et Lyndon B. Johnson (1908-1973) s'étaient entourés des partisans de Keynes (A. J. Matusow, *The Unraveling of America: A history of Liberalism in the 1960s*, University of Georgia Press, Athens, Georgia, éd. 2009, 542 p. et spécialement, pp. 30 et s. et pp. 153 et s.).

²²⁸ E. S. Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1957, 411 p.

²²⁹ J. S. Bain, *Industrial organization*, John Wiley and Sons, New York, 1959, 643 p.

horizontaux entre les entreprises, de barrières à l'entrée et du taux de concentration du marché. Les recherches de l'Économie industrielle et en particulier celles conformes aux travaux initiés par l'École de Harvard²³⁰, ont proposé à cet égard de recourir à deux indicateurs majeurs : l'indice (R(n)), permettant de rendre compte des parts de marché cumulées des entreprises occupant les premières positions sur un marché et l'Indice Hirschman-Herfindahl (« IHH »), égal à la somme des parts de marché portée au carré du nombre des entreprises présentes sur un marché. Déterminée à l'appui de ces critères, la structure du marché aurait ensuite un effet sur les stratégies adoptées par les entreprises, puis *in fine* sur leurs performances et sur l'allocation générale des ressources technologiques et sociales.

89. La nouvelle École de Harvard, sous l'impulsion de Frederic M. Scherer, a néanmoins révisé plus tard ce modèle en apaisant la thèse selon laquelle les structures du marché auraient unilatéralement un effet sur les performances des entreprises. Ce schéma a ainsi été enrichi par la suite par un phénomène de rétroaction d'ensemble : les performances rétroagiraient sur les comportements, ce qui aurait ensuite des effets sur la structure du marché avant de finir par modifier tout à fait les conditions économiques initiales du marché²³¹.

90. Quoi qu'il en soit, ces théories, et en particulier celles qui ont été initialement proposées par l'École de Harvard, ont plus généralement conduit à se méfier du degré de concentration sur le marché. Dès lors, les concentrations horizontales conclues entre des entreprises concurrentes devaient être interdites en raison de la concentration du pouvoir de marché qu'elles pouvaient occasionner. Les concentrations verticales conclues entre des non-concurrents appelaient pour leur part une approche plus nuancée : il importait d'évaluer la probabilité que l'opération en cause entraîne ou non la disparition d'un concurrent au détriment des consommateurs.

91. Aux États-Unis, l'influence du structuralisme est en particulier notable dans les affaires *Brown Shoe* précitée²³², *Consolidated Foods*²³³, *Procter & Gamble*²³⁴ ou

²³⁰ M. Glais, « Le processus concurrentiel : une présentation historique des apports de la théorie économique », *RTD com.*, 2014, p. 37.

²³¹ V. not., J. Zachman, *Le contrôle communautaire des concentrations*, LGDJ, Droit des affaires, 1994, 424 p., et spécialement, Tableau 7.

²³² *U.S. Supreme Court*, 25 juin 1962, *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, *préc.*

²³³ *U.S. Supreme Court*, 28 avril 1965, *Federal Trade Commission v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592, rendu à propos d'une concentration qui incitait les fournisseurs de l'une des parties à se tourner vers l'absorbante sur le marché de la transformation d'aliments.

encore *Cellophane*²³⁵. Davantage, les juges de la Cour d'appel pour le deuxième circuit ont directement cité des auteurs structuralistes dans leur décision *Stanley Works*²³⁶. Ils ont en particulier pu affirmer que « bien que l'enseignement de la doctrine ne doive être déterminant, il serait imprudent, dans un domaine aussi compliqué que celui-ci, d'en ignorer pleinement les leçons »²³⁷. À cette époque, la Cour suprême a par ailleurs admis qu'une « tendance à la concentration » pouvait suffire à juger illégale une opération²³⁸. La FTC estimait pour sa part que les gains d'efficience ne rendaient pas l'opération favorable à la concurrence ; au contraire, ils traduisaient pour elle un « avantage compétitif » susceptible de faciliter la concentration du marché²³⁹.

92. Aussi la nécessité de prendre en compte le bien-être économique, en particulier des consommateurs, dans le cadre du contrôle des opérations de concentration s'est-elle traduite avec force d'abord aux États-Unis. De même convient-il de rappeler que les théories structuralistes dont l'Union s'inspirera par la suite sont d'origine américaine et ont longtemps guidé la politique de concurrence outre-Atlantique en la matière.

93. Il reste néanmoins que ces divers éléments d'appréciation ont reçu un accueil prudent au sein de l'Union jusqu'à l'adoption d'un premier règlement spécifique au contrôle des concentrations.

²³⁴ *U.S. Supreme Court*, 11 avril 1967, *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*, 86 U.S. 568, rendu à propos de la nécessité d'évaluer les concentrations à l'aune de la section 7 du Clayton act, qu'elles soient horizontales, verticales, conglomerales ou permettent l'introduction d'une entreprise dans un marché connexe de produits.

²³⁵ *U.S. Supreme Court*, 11 juin 1956, *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 ; l'affaire est dite « *Cellophane* » en raison du nom du marché concerné. Elle fut remarquée en raison de l'appréciation particulière qui a été portée au degré de substituabilité des produits sur le marché concerné par l'opération.

²³⁶ *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*, 17 octobre 1972, *The Stanley Works v. Federal Trade Commission*, 469 F.2d 498, 1972 Trade Cases P 74,207, et spécialement, pts 16, 22 et 23.

²³⁷ Traduction libre de : « Although the teachings of scholars cannot be dispositive, it would be foolhardy, in an area as complicated as this, to wholly disregard the lessons they have learned in a lifetime of study » (*ibid.*, et spécialement, note 14).

²³⁸ *U.S. Supreme Court*, 13 juin 1966, *Pabst Brewing Co., v. United States*, 385 U.S. 546, et spécialement, p. 384 U.S. 553.

²³⁹ *FTC*, 30 avril 1962, *Foremost Dairies, Inc.*, 60 F.T.C. 944, 1102 et spécialement, pp. 1020, 1047.

B. La réception au sein du marché commun européen des théories structuralistes et du bien-être des consommateurs avant le règlement (CE) n°4064/89

94. Comme l'étude le montrera dans la seconde section, l'appréciation des concentrations au sein de la Communauté jusqu'à l'adoption du règlement (CE) n°4064/89 a été guidée plus par le besoin de soutenir la compétitivité de l'industrie européenne que par les préoccupations que celles-ci pouvaient susciter vis-à-vis des consommateurs. Néanmoins, cet état du droit s'est aussi accompagné à cette époque d'un certain nombre de travaux et d'une jurisprudence soucieux de ce type de considérations, comme de la nécessité de préserver les structures de la concurrence sur le marché.

95. Aussi convient-il plus précisément de proposer une analyse de l'influence que les théories ordolibérales et structuralistes ont exercée à cette période (1) avant de s'intéresser à la consécration de l'approche structuraliste et du standard du bien-être des consommateurs opérée par la jurisprudence (2).

1) L'influence des travaux ordolibéraux et structuralistes

96. L'apport de l'École ordolibérale de Fribourg-en-Brigsgau créée en 1933 sous l'influence d'économistes et juristes allemands²⁴⁰ mérite d'être rappelé. Loin d'assimiler seulement le droit de la concurrence, dont la lutte contre les monopoles, à un outil au service du bien-être des consommateurs et de la préservation des structures du marché, cette École y voyait plus largement un instrument de démocratie. Au sortir de la Seconde Guerre Mondiale et de la période du nazisme qui avait par ailleurs favorisé la constitution de cartels anticoncurrentiels, les ordolibéraux jugeaient essentiel que l'État garantisse l'ordre sur le marché afin de réguler la concurrence et préserver l'intérêt général. Ils défendaient en particulier la nécessité d'adopter une Constitution économique et sociale dans le but d'ordonner l'économie et de permettre à la liberté économique de se déployer²⁴¹. En s'inspirant des travaux de Walras²⁴² et du christianisme social²⁴³, l'ordolibéralisme a influencé la

²⁴⁰ Dont Walter Eucken, Wilhelm Röpke et Franz Böhm.

²⁴¹ C. Mongouachon, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences* n°4/2011, p. 70 ; F. Denord, « Néo-libéralisme et "économie sociale de marché" : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950) », *Histoire Économie & Société*, 2008/1, p. 23.

²⁴² Selon Walras en effet, « instituer et maintenir la libre concurrence économique dans une société est une œuvre de législation, et de législation très compliquée, qui appartient à l'État » (B. Chavance, *L'économie institutionnelle*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 2012, 128 p., et spécialement pp. 43-58, §27, citant Walras, 1898, p. 476).

chasse aux ententes dans l'Europe des Six et invité à l'instauration d'un contrôle efficace des monopoles. Ses auteurs préconisaient notamment la création d'un Bureau des monopoles indépendant chargé de lutter contre les cartels et les monopoles²⁴⁴ et partant, une dispersion du pouvoir de marché pour éviter de nouvelles dérives totalitaires²⁴⁵.

97. Leur influence sur la construction du droit européen des concentrations ne semble pas soulever d'incertitudes. D'abord, les ordolibéraux ont occupé des postes clés au moment de la construction européenne. Walter Hallstein, professeur et proche de l'École de Fribourg, a été le premier président de la Commission²⁴⁶. Hans von der Groeben était également l'un de leurs partisans alors qu'il comptait parmi les rédacteurs du rapport Spaak de 1956 à l'origine du Traité de Rome établissant la Communauté Économique Européenne (ci-après « CEE »)²⁴⁷. De même et plus généralement, nombreux sont les discours prononcés par des membres des institutions européennes aux XX^{ème} et XXI^{ème} siècles qui se réfèrent aux travaux ordolibéraux²⁴⁸. La lutte contre les collusions anticoncurrentielles est en particulier

²⁴³ Les Encycliques de Léon XIII (1891) et Pie XI (1931) prônant l'instauration d'un ordre social respectueux de la dignité de la personne (M. Dévoluy, « L'ordolibéralisme et la construction européenne », *Revue internationale et stratégique*, 2016, 2016/3, p. 26 et spécialement, §8).

²⁴⁴ B. Chavance, *L'économie institutionnelle*, op. cit.

²⁴⁵ F. Marty, *La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes*, HAL, janvier 2011, Document de travail du Gredeg WP n°2011-01, 39 p., et spécialement, p. 11.

²⁴⁶ G. Vallindas, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, juin 2017, 509 p., et spécialement, pp. 66-73.

²⁴⁷ Traité instituant la Communauté Économique Européenne (CEE) signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958 (dit « Traité CEE » ou « Traité de Rome »).

²⁴⁸ Par exemple, et en rappelant que l'économie sociale de marché initiée par Alfred Müller Armack en 1947 est une émanation de ce courant (J.-P. Gougeon, *L'Allemagne dans le XX^e siècle : une nouvelle nation ? Éléments de réponse*, Armand Colin, Paris, 2009, 192 p.), la citation suivante semble éloquent : « La concurrence effective joue un rôle similaire [i.e. « à la base de l'équilibre [des] systèmes politiques européens et nationaux »] dans le système de l'économie de marché. Elle préserve la liberté et le droit d'initiative de l'opérateur économique individuel et développe l'esprit d'entreprise » (Commission, « *Quinzième rapport sur la politique de concurrence. 1985.* », 1986 et spécialement, p. 11). Également, en 1985, un ancien président de la CJCE a pu considérer que la souplesse de l'ordre économique communautaire permettait d'user de « tout l'éventail qui va des modes de gestion économique d'une économie de marché néo-libérale à ceux d'une Soziale-Market-wirtschaft [i.e. économie sociale de marché] ou d'une économie mixte » (J. Mertens de Wilmars, « Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », p. 29 in J. Dutheil de La Rochère et J. Vandamme (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, A. Pedone éd., coll. Etudes de droit des Communautés européennes, Paris, 1988, 188 p.). De même et plus récemment, Mario Draghi, président de la BCE, a pu déclarer lors d'un discours à Jérusalem le 18 juin 2013 que « la BCE est fermement fondée sur les principes de l'ordolibéralisme » (in M. Dévoluy, « L'ordolibéralisme et l'avenir de l'Europe monétaire », *Bulletin de l'Observatoire des politiques économiques en Europe*, 2015, n°33).

perçue comme un outil au service d'une démocratie plus transparente²⁴⁹. Ensuite, le contrôle national allemand des concentrations paraît avoir été particulièrement influencé par ces travaux : la révision en 1973 de la Loi allemande contre les restrictions de concurrence de 1957 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, ci-après « *GWB* ») a par exemple introduit un contrôle des concentrations orchestré par un organe dont la compétence avait été défendue par les ordolibéraux, la commission consultative *Monopolkommission*²⁵⁰.

98. La sévérité des dispositifs issus de la doctrine ordolibérale, particulièrement décriée par les industriels allemands²⁵¹, a néanmoins été quelque peu apaisée par la transposition du modèle structuraliste nord-américain au moment de la naissance de la CECA.

99. Lors de l'adoption du Traité de Paris de 1951²⁵² en effet, l'Allemagne de l'Ouest était soumise au plan Marshall et à une emprise nord-américaine telle, que la première version du droit communautaire de la concurrence revient à Robert Bowie, professeur à Harvard spécialisé en droit *antitrust* nord-américain et travaillant auprès du Haut-Commissaire des États-Unis en Allemagne²⁵³. Il a ainsi contribué à l'introduction d'un contrôle européen des concentrations : par son article 66, le Traité de Paris a en effet régi la première forme européenne de contrôle de ces opérations.

100. Au sein du mouvement structuraliste, le modèle SCP n'est pas le seul à avoir su trouver écho en droit européen : tel est également le cas des travaux du structuraliste Edward H. Chamberlin, théoricien de la concurrence monopolistique. Son directeur de thèse, Allyn A. Young, avait déjà interrogé le modèle de concurrence pure et parfaite au lendemain de l'adoption du Sherman Act. Pour lui, il s'agissait de savoir si le monopole en lui-même devait être combattu alors que

²⁴⁹ C. Prieto, « L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », *JCP G*, 21 mars 2007, n°12, doct. 132.

²⁵⁰ F. Souty, *La politique de la concurrence en Allemagne Fédérale*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1996, 127 p., et spécialement, p. 14.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) signé le 18 avril 1951 à Paris, entré en vigueur le 23 juillet 1952 et expiré le 23 juillet 2002.

²⁵³ Qui était le « meilleur spécialiste de la législation antitrust », selon Jean Monnet (J. Monnet, *Mémoires*, Fayard, 2014 éd., 642 p.). Cette paternité n'empêche pas cependant que le Traité ait été rédigé dans sa globalité par Maurice Lagrande, alors membre du Conseil d'État en France et appelé à devenir le premier Avocat général de la Cour du Luxembourg. À propos de l'influence nord-américaine lors de la naissance de la Communauté, v. aussi, G. Marengo, « The birth of modern competition law in Europe », p. 279 in A. von Bogdandy, P. C. Mavroidis et Y. Mény (dir.), *European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann.*, Kluwer Law International, Dordrecht, 2002, 516 p.

certaines collusions pouvaient être indispensables à l'efficacité du secteur ou si les pratiques à l'origine de ce monopole devaient faire l'objet d'un contrôle. Young considérait que ce n'était pas tant le fait qu'il n'y ait qu'un faible nombre d'entreprises sur le marché qui portait atteinte à la concurrence ; il convenait de s'intéresser davantage à leurs pratiques et au ralentissement qu'elles occasionnaient sur le développement économique. Il invitait ainsi les politiques publiques à s'intéresser davantage aux « méthodes plus qu'aux résultats, au phénomène de monopolisation plus qu'au monopole »²⁵⁴.

101. Avec ces travaux, la notion de concurrence a plus largement évolué : de son approche analytique qui l'assimilait à un phénomène gravitationnel dont l'objet ultime consistait à proposer un prix unique sur le marché, elle a peu à peu été envisagée sous un angle empirique, en tant que moyen permettant de comprendre les stratégies adoptées par les entreprises²⁵⁵. En poursuivant ces travaux, Chamberlin et l'économiste Joan Robinson ont proposé de s'écarter du modèle de concurrence pure et parfaite pour retenir un modèle de concurrence imparfaite ou monopolistique. Contrairement à son prédécesseur, cette vision de la concurrence implique d'admettre une situation de monopole ou d'oligopole en éliminant le critère d'homogénéité des produits. Les acheteurs s'adresseraient ainsi aux vendeurs en fonction d'abord, du prix qu'ils proposent, sauf lorsque les produits ne sont pas comparables et ensuite, de leurs préférences en termes d'innovation²⁵⁶. Heinrich von Stackelberg, critiqué en raison de son affiliation avec le nazisme²⁵⁷, a par la suite déduit de ces travaux qu'il convenait de contrôler les opérations de concentration : pour lui, cet encadrement serait nécessaire dans la mesure où l'entité issue de l'opération serait amenée à bénéficier d'économies d'échelles et d'un pouvoir supplémentaire de négociation. Elle serait mécaniquement conduite à fixer ses prix unilatéralement. Michał Kalecki, un économiste Polonais, a par ailleurs poursuivi les

²⁵⁴ Traduction libre de : « this suggests the need of emphasis upon methods rather than achieved results, upon monopolizing rather than monopoly » (A. A. Young, *Economic problems. New and old*, The Riverside Press Cambridge, Cambridge, 1927, 301 p., et spécialement, p. 174).

²⁵⁵ P. McNulty, « Economic Theory and the Meaning of Competition », *The Quarterly Journal of Economics*, 1968, p. 639.

²⁵⁶ E. H. Chamberlin, *La théorie de la concurrence monopolistique : une nouvelle orientation de la théorie de la valeur*, PUF, Paris, 1953, 293 p. ; v. aussi C. D. Edwards, « Reviewed works : " The Theory of monopolistic competition" by Edward Chamberlin ; "The Economics of Imperfect Competition" by Joan Robinson », *The American Economic Review*, décembre 1933, vol. 23, no. 4, p. 683 ; D. Cayla, « La théorie de la concurrence monopolistique : une perspective pour un approfondissement des théories de la firme », *HAL*, 2003.

²⁵⁷ Les écrits de von Stackelberg n'ont pas été traduits en anglais pour cette raison ; M. Hollard, « La théorie de Stackelberg : équilibre et politique économique », *Cahiers d'économie politique*, 2000, n°37, p. 127.

travaux de Robinson en soulignant que les concentrations engendreraient des augmentations anormales de prix résultant de l'accroissement du taux de marge issu des ventes de produits²⁵⁸. Encore, le gestionnaire²⁵⁹ structuraliste Michael Porter estimait pour sa part que la concentration du marché révélait l'échec des firmes²⁶⁰.

102. Aussi le structuralisme dans son ensemble a-t-il accompagné la construction du droit européen des concentrations, que ce soit en raison du caractère déterminant qu'il confiait aux structures du marché par le modèle SCP ; de sa vision d'une concurrence imparfaite sur le marché qui nécessitait d'appréhender au plus juste l'imperfection des comportements des entreprises comme leur rationalité ; ou bien encore des liens qui l'unissaient avec l'économie industrielle soucieuse du bien-être des consommateurs.

103. Ces influences paraissent en particulier s'être traduites dans l'affaire emblématique *Continental Can* à l'occasion de laquelle, dans le quasi-silence des textes européens, le juge n'a eu d'autre choix que de recourir à l'article 86 du Traité de Rome pour apprécier une concentration. Le juge a par la suite confirmé cette interprétation à propos d'un abus de position dominante commis après une opération de concentration.

2) La consécration opérée par la jurisprudence

104. Lors de l'affaire *Continental Can*, la Commission avait engagé une procédure d'office contre Continental Can et sa filiale Europemballage par suite de l'acquisition de la majorité des actions d'une entreprise néerlandaise. Elle a ensuite considéré que Continental détenait, via l'une de ses filiales en Allemagne, une position dominante sur une partie substantielle du marché européen des emballages qui conduisait à éliminer la quasi-totalité de la concurrence sur ce marché. À l'appui des critères

²⁵⁸ M. Beaud et G. Dostaler, *La pensée économique depuis Keynes*, Seuil, Paris, avril 1996, 440 p., et spécialement, p. 318.

²⁵⁹ M. Porter, « Comment les forces de la concurrence orientent la stratégie », *Harvard Business Review*, 1979, p. 29 in M. Porter, *La concurrence selon Porter*, éd. Village Mondial, Paris, 1999, 475 p.

²⁶⁰ « Mutuellement destructrice, la concurrence basée sur l'efficacité opérationnelle seule conduit à des guerres d'usure qui ne peuvent être interrompues que par une limitation de la concurrence. C'est ce qui explique la récente vague de concentrations par fusions-acquisitions. Contraintes d'améliorer leurs résultats mais dépourvues de vision stratégique, les entreprises, les unes après les autres, ne trouvent d'issue que dans le rachat de leurs rivaux. Les concurrents restants sont souvent ceux qui ont duré plus longtemps que les autres et non ceux qui ont un réel avantage. » ; M. Porter, « Qu'est-ce que la stratégie ? », p. 47 et spécialement, p. 53 in M. Porter, *La concurrence selon Porter*, op. cit.

posés par la jurisprudence *Sirena*²⁶¹, elle en avait déduit que cette pratique était constitutive d'un abus de position dominante²⁶².

105. Le lien unissant le bien-être des consommateurs aux opérations de concentration a été interrogé avec force pour la première fois dans la jurisprudence européenne à cette occasion.

106. Devant la Cour saisie en annulation, la Commission a en effet justifié le bien-fondé de sa décision à l'appui de cet argument : elle a fait valoir qu'une fusion entre concurrents dotés de fortes parts de marché causait une grave atteinte aux consommateurs en ce qu'elle réduisait d'autant leur liberté de choix. Pour étayer son propos, la Commission y a opposé le cas d'une concentration réalisée entre petites entreprises jusqu'à présent concurrentes qui, sans être présumée conforme aux objectifs du Traité, aurait été moins susceptible d'y porter atteinte²⁶³. De leur côté, les requérantes avançaient que ledit article 86 visait les comportements des entreprises, ce qui par conséquent excluait une appréciation d'ordre structurel²⁶⁴. Elles admettaient également que l'existence d'un préjudice porté aux consommateurs soit nécessaire pour la caractérisation d'un abus de position dominante mais elles estimaient ce préjudice absent en l'espèce : au contraire, elles considéraient que cette pratique permettait à Continental Can de favoriser son développement technique, ce qui en soi était profitable aux consommateurs²⁶⁵.

107. Il est vrai que l'argument des requérantes pouvait trouver écho au vu de la littérature économique qui avait précédé cette affaire : dans les années 1940, l'Autrichien Joseph Alois Schumpeter tentait de montrer, en marge de l'École autrichienne pour qui le marché obéissait à un circuit stationnaire²⁶⁶, non seulement

²⁶¹ CJCE, 18 février 1971, *Sirena S.r.l. contre Eda S.r.l. et autres* (« *Sirena* »), aff. 40/70, Rec. 1971, p. 69.

²⁶² Commission, 9 décembre 1971, *Continental Can Company*, aff. IV/26 811, JOCE L7, 8 janvier 1972, p. 25.

²⁶³ CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission* (« *Continental Can* »), 6/72, Rec. 1973 p. 215, et spécialement, p. 228.

²⁶⁴ *Ibid.*, et spécialement, p. 225.

²⁶⁵ *Ibid.*, et spécialement, p. 227.

²⁶⁶ Ludwig von Mises a en particulier souligné la distance de Schumpeter avec l'École autrichienne de Carl Menger : « dans la mesure où la science économique autrichienne s'intéresse à l'action humaine, Schumpeter ne peut être compté parmi ses membres. Dans son premier livre, Schumpeter se range lui-même derrière les pensées de Wieser et Walras et non celles de Menger et Böhm-Bawerk. Pour lui, l'économie est la discipline des "quantités économiques" et non celle de l'action humaine. Sa Théorie de l'évolution économique est un exemple topique de la théorie de l'équilibre des prix » (traduction libre : « because Austrian economics is a discipline that concerns human action, even Schumpeter cannot be counted among the school's ranks. In his first books, Schumpeter aligns himself with Wieser and Walras but not with Menger and Böhm-Bawerk. To him, economics is a discipline of "economic

que la concurrence pure et parfaite était un leurre mais encore qu'une situation de monopole ou quasi-monopole pouvait être bénéfique par l'augmentation de l'innovation qu'elle était susceptible d'induire. Aussi et à partir de l'instant où un « Comité central » était créé dans le but de maîtriser les moyens de production et les conséquences dommageables entraînées par les excès du progrès technique²⁶⁷, le fonctionnement correct du marché aurait été garanti et le bien-être des consommateurs, préservé.

108. Sans répondre explicitement aux requérantes sur ce point, la Cour s'est néanmoins attelée à définir les objectifs assignés audit article 86 en consacrant l'importance attribuée au bien-être des consommateurs et l'approche structuraliste qui doit gouverner l'appréciation de ce type d'opération. En plus des apports que cette décision a plus généralement eus en droit de la concurrence²⁶⁸, la Cour a admis en creux qu'une opération de concentration pouvait relever des règles propres aux abus de position dominante, dans un contexte où la Communauté n'était dotée d'aucun règlement autonome en la matière. Selon elle en effet, « cette disposition ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de *causer un préjudice immédiat aux consommateurs*, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une *structure* de concurrence effective », ce qui explique par ailleurs qu'il convienne de se désintéresser des moyens ou procédés utilisés à cette fin²⁶⁹.

109. Un an plus tard, la Cour confirmait ces deux objectifs en se fondant à nouveau sur l'article 86 du Traité CEE. Néanmoins, à la différence de l'affaire *Continental Can*, était en cause un abus de position dominante commis par une entreprise une fois que celle-ci avait fait l'objet d'un rachat. En posant le principe selon lequel le droit européen de la concurrence avait vocation à s'appliquer dès lors que la pratique incriminée produisait ses effets au sein du marché intérieur, la Cour a à nouveau

quantities" and not one of human action. His Theory of Economic Development is a typical product of this equilibrium theory » ; L. von Mises, *Memoirs*, Ludwig von Mises Institute, 2009 éd., 126 p., et spécialement, p. 28).

²⁶⁷ J. A. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie – Première et deuxième parties – Chapitres 1 à 14. 1942*, J.-M. Tremblay – Université du Québec à Chicoutimi, 2002, éd. électronique, 368 p., et spécialement, pp. 125 et s.

²⁶⁸ Elle a admis qu'une société mère pouvait être responsable des actes commis par sa filiale lorsque celle-ci ne détermine pas son comportement sur le marché de manière autonome. Elle a également consacré la théorie des effets en se reconnaissant compétente alors qu'étaient en cause des entreprises implantées en dehors de la Communauté. Non sans une certaine logique, *Continental Can* expliquait en effet que sa filiale et elle échappaient à l'application du droit européen dans la mesure où leur siège social était implanté aux États-Unis. La Cour a rejeté ces arguments : l'opération affectant le marché intérieur, elle relevait du droit communautaire, quel que soit le lieu d'implantation de ses auteurs.

²⁶⁹ Nous soulignons ; CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, *préc.*, et spécialement, pts 26 et 27.

justifié cette position en retenant que les pratiques visées par ledit article 86 étaient « susceptibles de causer un préjudice direct aux consommateurs » et d'induire un « préjudice indirect en portant atteinte à une structure de concurrence effective »²⁷⁰.

110. En raison notamment de la décision *Continental Can* qui a souligné les lacunes du droit européen dans le domaine des concentrations, la dualité de ces objectifs a par la suite trouvé écho lors de l'adoption de règles spécifiques au contrôle des concentrations.

Paragraphe 2 : L'influence du structuralisme et du standard du bien-être des consommateurs à compter de l'adoption de règles autonomes propres au contrôle européen des concentrations

111. L'instauration de règles autonomes du droit des pratiques anticoncurrentielles s'agissant des opérations de concentration est globalement²⁷¹ acquise depuis le règlement (CE) n°4064/89. Cette indépendance a d'ailleurs été confirmée très récemment en droit français²⁷². Plus précisément, la méthode du bilan concurrentiel a été retenue au détriment de celle du bilan économique et social de l'opération, une première fois lors de l'adoption de règlement.

112. Prenant acte des précédents dont elles ont fait l'objet, les règles autonomes relatives au contrôle des concentrations se sont rangées au standard du bien-être économique des consommateurs et à l'approche structuraliste, qu'il s'agisse du règlement (CE) n°4064/89 (A.) ou du règlement (CE) n°139/2004 (B.).

²⁷⁰ Commission, 14 décembre 1972, *Zoja/CSC - ICI*, aff. IV/26 911, JOCE L299, 31 décembre 1972, p. 51 ; CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents c/ Commission* (« *Zoja* »), aff. jtes 6/73 et 7/73, *Rec.* 1974, p. 223, et spécialement, pt 32 ; O. Loy, « L'application en France du droit communautaire de la concurrence », *RTD eur.*, 1980, p. 438.

²⁷¹ Cette situation n'empêche pas néanmoins que le droit des pratiques anticoncurrentielles ait parfois vocation à prendre le relais du contrôle des concentrations (en ce sens, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1).

²⁷² L'Autorité de la concurrence rejette l'application de l'article 102 du TFUE lorsqu'est en cause une opération de concentration, y compris lorsque celle-ci n'atteint pas les seuils de notification français. Elle a par conséquent confirmé la caducité de la jurisprudence *Continental Can* (Autorité de la concurrence, 16 janvier 2020, *décision relative à une pratique mise en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision numérique terrestre*, n°20-D-01, obs. D. Bosco, « *Continental Can, c'est fini* », CCC, mars 2020, n°3, comm. 51). Cette décision fait néanmoins l'objet d'un recours au jour de ces lignes (affaire pendante).

A. Le standard du bien-être des consommateurs et l’approche structuraliste dans le règlement (CE) n°4064/89

113. Le règlement (CE) n°4064/89 adopté le 21 décembre 1989 a fait le choix de retenir la méthode du bilan concurrentiel, au détriment de celle du bilan économique et social. En imposant que les opérations de concentration de dimension communautaire soient appréciées à l’aune de stricts critères concurrentiels et du test de la dominance, le règlement a par conséquent relégué au second plan les éventuels bienfaits de ces opérations. Cette approche, tournée vers la préservation des structures de la concurrence sur le marché, avait pourtant suscité de vives tensions institutionnelles.

114. Aussi convient-il de rappeler le contexte institutionnel qui a gouverné son adoption, dans la mesure où le règlement a fini par donner sa préférence aux mérites qui ont été retenus à cette approche (1)), avant de proposer une analyse de la portée que ces standards ont eue lors de la création du premier contrôle européen en la matière (2)).

1) Le rejet mouvementé du bilan économique et social de l’opération

115. Après la publication d’une étude en 1965 qui concluait à la nécessité d’encourager la conclusion des opérations de concentration pour soutenir la compétitivité européenne²⁷³, une controverse sur les objectifs assignés à la politique communautaire de concurrence avait opposé le premier Vice-président de la Commission européenne, le Français Robert Marjolin, au premier Commissaire à la concurrence, l’Allemand ordolibéral Hans von der Groeben. S’ils ont tous deux participé à la rédaction du Traité de Rome²⁷⁴, leurs positions à propos du

²⁷³ L. Warzoulet, « Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire – La naissance d’une opposition au sein de la CEE dans les années 1960 », *Histoire Économie & Société*, 2008/1, p. 47, et spécialement, §42 citant Archives historiques de l’Union européenne, BAC 26/1969, vol. 601, lettre de H. J. de Koster au président Walter Hallstein du 3 mars 1965 et Archives nationales, SGCI, 1979.0791, vol. 101, lettre de la CEE envoyant ce document au SGCI, 16 mars 1965.

²⁷⁴ J. Van Tichelen, « Souvenirs de la négociation du traité de Rome », p. 327 in Commission d’étude interuniversitaire (dir.), *Le Rôle des belges et de la Belgique dans l’édification européenne*, Institut Royal des Relations Internationales, Bruxelles 1981, 538 p. ; F. Denord et A. Schwartz, « L’économie (très) politique du traité de Rome », *Politix*, 2010, 2010/1, p. 35 ; M. Burgess, *Federalism and the European Union : The Building of Europe, 1950-2000*, Routledge, Londres, New York, 2000, 304 p., et spécialement, p. 72 ; M. Faure, « La signature du traité de Rome », in *Recueil des Commémorations nationales*, 2007, disponible à l’adresse suivante : <https://francearchives.fr/commemo/recueil-2007/39689> ; F. Marty, « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », p. 341 in L. Solis-Potvin (dir.), *Les valeurs communes dans l’Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 441 p.

memorandum propre aux concentrations²⁷⁵ divergeaient. La DG IV, rattachée à von der Groeben, admettait en effet qu'une concentration pouvait être appréciée par application de l'article 86 du Traité CEE et lui déclinait la mise en œuvre de l'article 85 de ce même Traité. À l'inverse, la DG II, sous l'égide de Marjolin, estimait que cette proposition insistait démesurément sur les moyens de surveiller les concentrations plutôt que sur leur éventuelle justification économique. La DG II considérait plus précisément que ce memorandum traduisait des craintes disproportionnées à l'égard des monopoles, ce qui pouvait nuire à la compétitivité européenne alors que la concurrence, notamment américaine, devenait de plus en plus rude²⁷⁶.

116. La jurisprudence de l'époque peut d'ailleurs être analysée comme un reflet de ces tensions : tandis que la Cour se rangeait aux préconisations du memorandum de 1965 lors de l'affaire *Continental Can* en rejetant délibérément l'application de l'article 85 du Traité CEE au profit de l'interprétation téléologique de l'article 86²⁷⁷, elle admettait cependant l'application de ce même article 85 dans l'affaire *Philip Morris* pour apprécier un accord portant sur une prise de participations minoritaire²⁷⁸.

117. Des tensions similaires ont en outre opposé les États. De leur côté, la France²⁷⁹ et l'Italie²⁸⁰ étaient particulièrement réticentes à l'adoption d'un contrôle des

²⁷⁵ Memorandum de la Commission, « *Concentration of enterprises in the Common Market: Memorandum to the governments of the Member States* », soumis aux États membres le 1^{er} décembre 1965, SEC (65) 3500.

²⁷⁶ L. Warzoulet, « Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire – La naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960 », *art. préc.*

²⁷⁷ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, *préc.*, et spécialement, pt 25.

²⁷⁸ CJCE, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries Inc. c/ Commission* (« *Philip Morris* »), aff. jtes 142 et 156/84, *Rec.* 1987, p. 4566.

²⁷⁹ L'adoption de la loi de 1977 en France portant création d'un premier contrôle des concentrations (loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF* du 20 juillet 1977 p. 3833) s'analyse également en ce sens : son caractère très sélectif conduisait à en nuancer l'effectivité. Malgré sa révision en 1985 (loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF* du 31 décembre 1985 p.15513) et jusqu'à son abrogation un an plus tard (ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986, p. 14773), la Commission de la concurrence a en effet été sollicitée seulement dans le cadre de neuf affaires en ne se prononçant que sur huit d'entre elles. Il reste néanmoins que son adoption a fait grand bruit, le législateur français ayant été accusé d'avoir cherché à entraver l'hégémonie européenne (L. Vogel, *Droit de la concurrence européen et français*, Juriscience, Lawlex, 2012, 1812 p., et spécialement, §966 et s.). Celle-ci venait pourtant d'être consacrée par le juge interne. Il avait d'abord été acquis que le droit national ne pouvait s'appliquer qu'à la condition de ne pas porter atteinte à l'autorité et à l'effet utile des règles de concurrence européennes (CJCE, 15 juillet 1964, *M. Flaminio Costa c/ E.N.E.L.* (« *Costa* »),

concentrations avant d'en admettre le principe lorsqu'elles y ont vu un outil qui pourrait servir la compétitivité internationale de leurs entreprises. L'Allemagne quant à elle souhaitait un contrôle qui reposerait sur des critères concurrentiels, à l'image de sa politique de concurrence. Pour sa part, la Grande-Bretagne a fini par se

Rec. 1964 p. 1149) et ensuite, que le Traité prévalait sur les lois internes alors même qu'il leur était antérieur (Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, n°73-13556). Dans l'affaire *Jacques Vabre*, la Cour, incitée par le Conseil constitutionnel (Cons. constit., 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n°74-54 DC, *Rec.* p. 19, *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671), avait fini par abandonner sa jurisprudence passée et se reconnaître compétente pour contrôler la compatibilité d'une loi postérieure à un Traité. Ce dispositif sera complété plus tard dans l'affaire *Nicolo* (C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, *Rec.* p. 190) où le Conseil, cédant aux nouvelles pressions du Conseil constitutionnel (Cons. constit., 21 octobre 1988, *Ass. Nat. Val d'Oise*, n°88-1082/1117, *Rec.* p. 183, *JORF* du 25 octobre 1988, p. 13474), s'est rangé à la position adoptée par la Cour de cassation.

²⁸⁰ L'Italie a instauré un contrôle national des concentrations en 1990. La loi italienne de 1990 (Legge 10 ottobre 1990, n.287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, *Gazzetta Ufficiale* del 13 ottobre 1990, n. 240) demeure applicable au contrôle actuel des concentrations en raison des nombreux amendements dont elle a fait l'objet (v. not. legge 31 luglio 1997, n. 249, Istituzione dell'Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, *Gazzetta Ufficiale* del 31 luglio 1997, n.177 et del 25 agosto 1997, n.197 ; legge 5 marzo 2001, n.57, Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati, *Gazzetta Ufficiale* del 20 marzo 2001, n. 66 ; legge 23 dicembre 2005, n.266, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006), *Gazzetta Ufficiale* del 29 dicembre 2005, n. 302 ; legge 28 dicembre 2005, n. 262, Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, *Gazzetta Ufficiale* del 28 dicembre 2005, n.301 ; decreto-legge 4 luglio 2006, n.223, Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonche' interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, *Gazzetta Ufficiale* del 4 luglio 2006, n.153 ; legge 4 agosto 2006, n. 248, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonche' interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, *Gazzetta Ufficiale* del 11 agosto 2006, n.186 ; decreto Legislativo 29 dicembre 2006, n. 303, Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.), *Gazzetta Ufficiale* del 10 gennaio 2007, n.7 ; decreto Legislativo 27 gennaio 2010, n.11, Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE, *Gazzetta Ufficiale* del 13 febbraio 2010, n.36 ; decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equita' e il consolidamento dei conti pubblici, *Gazzetta Ufficiale* del 6 dicembre 2012, n. 284 ; legge 22 dicembre 2011, n. 214, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equita' e il consolidamento dei conti pubblici, *Gazzetta Ufficiale* del 27 dicembre 2011, n.300 ; decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, *Gazzetta Ufficiale* del 24 gennaio 2012, n. 19 ; legge 24 marzo 2012, n. 27, Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1: Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture, *Gazzetta Ufficiale* del 24 de marzo 2012, n. 71 ; decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n.5, *Gazzetta Ufficiale* del 27 gennaio 2017; legge 4 agosto 2017, n. 124, Legge annuale per il mercato e la concorrenza, *Gazzetta Ufficiale* del 14 agosto 2017, n.189) Les seuils sont régulièrement révisés (pour la dernière version au jour de ces lignes, v. provvedimento n. 28177 relativo alle soglie di fatturato vigente, *Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* n. 12 del 23 marzo 2020).

ranger à la position allemande mais en exigeant que l'intérêt général national puisse guider l'appréciation de certaines opérations²⁸¹. Les États du Sud de la Communauté plaidaient plus généralement pour une approche reposant sur un bilan économique et social dans le but d'apprécier l'effet positif éventuel que pourrait avoir une opération de concentration²⁸².

118. Ces dissensions ont conduit la Commission à proposer un premier règlement en 1973²⁸³, cinq mois après la décision *Continental Can*. Dans cette proposition, le contrôle semblait alors gouverné par la méthode du bilan économique et social²⁸⁴. La possibilité que le contrôle des concentrations repose sur la nécessité de préserver le bien-être économique des consommateurs n'en était cependant pas écartée. En effet, tout en dénonçant l'insuffisance de l'article 66 du Traité CECA et de l'article 86 du Traité CEE, la Commission défendait sa proposition en ces termes : « dans la mesure où les prix de vente ne sont plus déterminés par le marché, la distribution des produits est altérée au détriment des consommateurs, qui n'ont d'autre possibilité que d'accepter du même temps une restriction de leur liberté de choix »²⁸⁵.

119. Le règlement ne sera toutefois adopté que seize ans plus tard, en dépit des multiples révisions dont la proposition de 1973 a fait l'objet²⁸⁶. La méthode du bilan

²⁸¹ C. Stefan Rusu, *European Merger Control. The Challenges Raised by Twenty Years of Enforcement Experience.*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, 278 p., et spécialement p. 84. L'Angleterre a été le premier État européen à se doter d'un contrôle des concentrations en 1965 (Monopolies and Mergers Act, 1965) mais il n'est devenu effectif que lors de la création du système de contrôle à double niveau en 1973 lors de l'adoption du Fair Trading Act. Les modifications conséquentes n'en ont pas modifié les traits fondamentaux, en ce sens qu'elles n'ont pas rendu la notification obligatoire ni sanctionné son défaut (Companies Act, 1989 ; Deregulation and Contracting Out Act, 1994 ; Entreprise Act, 2002 ; v. not. N. Dutilh, V. Landes, P. Verloop, *Merger control in Europe: EU Member states and Accession States*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 4ème éd., 431 p.).

²⁸² G. Vallindas, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, juin 2017, 509 p., et spécialement, p. 153.

²⁸³ Proposition de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des concentrations, présentée par la Commission au Conseil le 20 juillet 1973, JOCE C92, 31 octobre 1973, p. 1.

²⁸⁴ L. Vogel, « Le nouveau droit européen de la concentration », *JCP E*, 22 novembre 1990, n°47, 15914.

²⁸⁵ Traduction libre de : « Since price trends are no longer regulated by the market, the distribution of incomes is altered to the detriment of consumers, who additionally have to accept restrictions on their freedom of choice. » (Commission, « *Third report on competition policy (Addendum to the 'Seventh General Report on the Activities of the Communities')*. 1973. », mai 1974, et spécialement, pp. 31-32).

²⁸⁶ Modification le 16 décembre 1981 (non publiée au JO ; Commission, « *Eleventh report on competition policy. 1981.* », 1982, et spécialement, p. 26) ; Modification de la proposition de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle de la concentration, JOCE C36, 12 février 1982, p. 3 ; Rectificatif à la modification de la proposition de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle de la concentration (JO n° C 36 du 12. 2. 1982), JOCE C83, 2 avril 1982, p. 12 ; Proposition modifiée de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle de la concentration, JOCE C51, 23 février 1984, p. 8 ; Proposition modifiée de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle de la concentration, JOCE C324, 17 décembre 1986, p. 5 ;

économique et social, reposant sur le fait que des opérations pouvaient être autorisées à titre dérogatoire dès lors qu'elles étaient « indispensables à la réalisation d'un objectif considéré comme prioritaire dans l'intérêt général de la Communauté »²⁸⁷, sera notamment abandonnée sous la pression de l'Allemagne qui craignait que pareille disposition n'affaiblisse la politique communautaire de concurrence²⁸⁸. Cet État n'avait pas davantage été convaincu par la modification de 1988 qui détaillait davantage les objectifs de la Communauté pouvant conduire à cette exonération, dont la préservation de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale et la préservation du bien-être des consommateurs²⁸⁹.

120. Aussi les débats à l'aube de l'adoption du règlement (CE) n°4064/89 ont-ils été tranchés en faveur de l'approche structuraliste et du bilan concurrentiel.

2) La portée du standard du bien-être des consommateurs et du structuralisme à compter de 1989

121. L'attention portée au maintien des structures de la concurrence comme au bien-être des consommateurs peut être déduite de la lettre de l'article 2 du règlement (CE) n°4064/89. Il prévoyait en effet que l'opération devait être examinée au vu de la possible création ou de l'éventuel renforcement de la position dominante qu'elle était susceptible d'induire, ceci ayant pour conséquence d'entraver significativement la concurrence effective sur le marché commun. Les critères listés par cet article à cette fin paraissent quant à eux pour une large part inspirés par la jurisprudence *Sirena*²⁹⁰. Pour sa part, le juge a estimé que le critère de dominance

Proposition modifiée d'un règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* C130, 19 mai 1988, p. 4, modifiée le 25 novembre 1988 (non publié au JO – Commission, « *Dix-huitième rapport sur la politique de concurrence. 1988.* », 1989 et spécialement, p. 46) ; Proposition modifiée d'un règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* C22, 28 janvier 1989, p. 14.

²⁸⁷ Proposition de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des concentrations, présentée par la Commission au Conseil le 20 juillet 1973, art. 1, 3.

²⁸⁸ L. Vogel, « Le nouveau droit européen de la concentration », *JCP E, art. préc.*, citant T. Janicki, EG-Fusionskontrolle auf dem Weg zur praktischen Umsetzung, W.U.W, 1990, p. 199 et A. Weitbrecht, Zusam menschlusskontrolle im Europäischen Binnenmarkt, *EuZW* 1990, p. 20.

²⁸⁹ Proposition modifiée d'un règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* C130, 19 mai 1988, p. 4, modifiée le 25 novembre 1988, art. 2, 4.

²⁹⁰ Dans cet arrêt, le juge a admis qu'une position dominante réside dans « le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération, compte tenu notamment de l'existence éventuelle, et de la position, de producteurs ou distributeurs écoulant des marchandises similaires ou substituables » (CJCE, 18 février 1971, *Sirena*, aff. 40/70, *Rec.* 1971, p. 69, et spécialement, pt 16). L'article 2, 1., a) et b) du règlement (CE) n°4064/89 en reprend les traits.

édicte par cet article était une « expression de l'objectif général assigné par l'article 3, sous g), du traité, à savoir l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun »²⁹¹. Il envisageait ensuite la position dominante comme « une situation de puissance économique détenue par une ou plusieurs entreprises qui leur donnerait le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de *leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs.* »²⁹².

122. En ce sens, le droit européen des concentrations sous l'empire du règlement (CE) n°4064/89 se méfiait non seulement des entreprises dotées d'un important pouvoir de marché en raison de l'atteinte que cette situation pouvait causer aux structures de la concurrence mais il estimait aussi que l'opération de concentration qui y conduisait pouvait être néfaste aux consommateurs.

123. La mention du « progrès technique et économique »²⁹³ à ce même article aurait néanmoins pu donner à penser que la méthode du bilan économique n'avait pas été pleinement abandonnée. Cette interprétation convainc toutefois peu dans la mesure où l'article soumet cette prise en compte à la condition qu'elle soit « à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence ». En ce sens, l'article subordonne l'éventuel bienfait de l'opération pour les producteurs à une appréciation d'ordre concurrentiel²⁹⁴.

124. Surtout, il opère une hiérarchie très nette : lorsque la Commission devait apprécier une opération de concentration, elle tenait compte en premier lieu « notamment de la *structure* de tous les marchés en cause »²⁹⁵ et seulement en second lieu des autres critères, dont le progrès technique dès lors que celui-ci est à l'avantage des consommateurs²⁹⁶.

125. Par ailleurs, l'influence de l'École structuraliste de Harvard sur le règlement de 1989 semble acquise dans la mesure où l'appréciation de l'éventuelle position

²⁹¹ TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* 1999, II, p. 743, et spécialement, pt 199.

²⁹² Nous soulignons ; *ibid.*, et spécialement, pt 200.

²⁹³ Règlement (CE) n°4064/89, art. 2, 1., b).

²⁹⁴ En ce sens, v. aussi, M. Glais, « L'application du règlement communautaire relatif au contrôle de la concentration : premier bilan », *Revue d'économie industrielle*, 1992, n°60, p. 94.

²⁹⁵ Règlement (CE) n°4064/89, art. 2, 1., a).

²⁹⁶ *Ibid.*, art. 2, 1., b).

dominante issue de l'opération pouvait être contrebalancée par des facteurs tenant à la structure du marché.

126. C'est également ce qu'affirme en creux le rapport de 1992 émis par la Commission lorsqu'il relève par exemple que « les opérations [de concentration] tendent, en général, à permettre l'adaptation des *structures* de l'industrie au marché unique », que « le maintien dans la Communauté d'une *structure* de marché concurrentielle, qui peut seule garantir les effets bénéfiques du marché intérieur, exige que la Commission puisse prendre les mesures préventives nécessaires » ou bien encore que la Commission se préoccupe du « maintien d'une *structure* concurrentielle sur les marchés en cause en y empêchant la création d'une position dominante »²⁹⁷.

127. Avant la révision de ce règlement en 2004, Lars-Hendrik Röller et Damien Neuen, appelés plus tard à occuper les fonctions de Chefs économistes de la Commission, ont par ailleurs pu justifier la préférence marquée pour le standard du bien-être des consommateurs par le fait qu'il permettait de compenser la situation asymétrique dans laquelle ces acteurs pourraient se trouver en présence d'un droit de la concurrence éloigné de ces considérations. Contrairement aux entreprises qui peuvent être amenées à négocier avec les autorités, cette faculté leur est en effet ôtée. En ce sens, ce standard se justifierait : il importerait finalement peu que celui-ci n'empêche pas que des erreurs affectent le contrôle, pas plus cependant que le critère du bien-être total²⁹⁸. D'autres ont aussi fait valoir des considérations analogues²⁹⁹.

128. Il est vrai que le risque d'asymétrie informationnelle ne semble pas pouvoir être écarté, y compris à ce jour : cet état du droit paraît particulièrement prononcé lors de la négociation des engagements entre les parties à l'opération et les autorités en charge du contrôle, comme nous le verrons dans la première partie³⁰⁰.

²⁹⁷ Nous soulignons ; Commission, « *Vingt-deuxième rapport sur la politique de concurrence. 1992.* », 1993, et spécialement, pp. 24-25.

²⁹⁸ D. J. Neven et L.-H.Röller, « Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control. Discussion Paper », *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung*, octobre 2000, n°FS IV 00-15. Deux erreurs sont traditionnellement assignées au contrôle (nous reviendrons sur cette question, v. *Index*). Selon eux, le standard du bien-être total présenterait le risque d'autoriser des opérations qui devraient être interdites tandis que celui du bien-être des consommateurs présenterait le risque d'interdire des opérations qui pourraient être autorisées.

²⁹⁹ D. Besanko et D. F. Spulberg, « Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy », *The Journal of Law, Economics & Organization*, 1^{er} avril 1993, vol. 9, n°1, p. 1.

³⁰⁰ V. *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 2.

129. Quoi qu'il en soit, la révision de 1997³⁰¹ du règlement (CE) n°4064/89 n'en a pas modifié l'objet : dans son Livre vert de 1996³⁰², la Commission faisait valoir au contraire qu'il convenait de conférer davantage d'effectivité au contrôle et d'élargir son champ d'application. Cette révision a introduit une seconde série de seuils permettant de qualifier une opération de concentration de communautaire à titre dérogatoire³⁰³ et réservé un traitement radical aux créations d'entreprises communes. Sur ce dernier point, cette modification ne semble pas avoir éteint néanmoins toutes les difficultés que ce type de concentration peut soulever³⁰⁴.

130. Encore, l'adoption d'un premier contrôle autonome des concentrations à l'échelle européenne a invité les États à se défaire d'une conception qui envisagerait les concentrations sous un angle seulement bénéfique. C'est ainsi que le Portugal en 1988³⁰⁵, l'Espagne en 1989³⁰⁶, l'Italie en 1990³⁰⁷, la Belgique en 1991³⁰⁸, les Pays-Bas en

³⁰¹ Règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* L180, 9 juillet 1997, p. 1.

³⁰² Livre vert de la Commission concernant la révision du règlement sur les concentrations, 31 janvier 1996, COM(96) 19 final.

³⁰³ Règlement (CE) n° 1310/97, article 1, 1).

³⁰⁴ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1, §1.

³⁰⁵ Si les premières dispositions en la matière datent de 1988, (decreto-lei n°428/88 de 19 novembro, *Diário da República* n°301/1988, 2^ºSuplemento, Serie I de 1988-11-19), le droit de la concurrence portugais a fait l'objet de nombreuses modifications par la suite, y compris s'agissant du contrôle des concentrations (lei n.º 2/99 de 13 de Janeiro, Aprova a Lei de Imprensa *Diário da República* n°10/1999, Série I-A de 1999-01-13 ; lei n°18/2003 de 11 de Junho, Aprova o regime jurídico da concorrência, *Diário da República* n°134/2003, Série I-A de 2003-06-11 ; lei n.º 39/2006 de 25 de Agosto, Estabelece o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas nacionais de concorrência, *Diário da República* n°164/2006, Série I de 2006-08-25). Le contrôle des concentrations en vigueur relève d'une loi de 2012 (lei n.º 19/2012 de 8 de maio, Aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, *Diário da República* n° 89/2012, Série I de 2012-05-08).

³⁰⁶ La loi espagnole de 1989 relative au contrôle des concentrations (ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE* n° 170, de 18 de julio de 1989, p. 22747, entrée en vigueur le 18 juillet 1989 jusqu'au 01^{er} septembre 2007) a été abrogée et remplacée en 2007 (ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, 3 juillet 2007, *BOE* n°159, 4 juillet 2007, p. 28848, entrée en vigueur le 01^{er} septembre 2007).

³⁰⁷ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

³⁰⁸ La loi belge de 1991 (loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, *Moniteur belge* n°199, 11 octobre 1991, p. 22493) a été abrogée et remplacée en 2006 (loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, *Moniteur belge*, 26 juin 2006, p. 32755 ; loi du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la concurrence, *Moniteur belge*, 26 juin 2006, p. 32746 ; arrêté royal du 15 septembre 2006 portant coordination de la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique et de la loi du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la concurrence, *Moniteur belge* n°312, 29 septembre 2006, p. 50613), avant que ces dispositions ne soient de nouveau abrogées et remplacées en 2013. À cette occasion, elles ont également fait l'objet d'une codification au sein du Chapitre 2 du livre IV du Code de droit économique (loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV « Protection de

1997³⁰⁹ et, de son côté, la Suisse en 1995³¹⁰, se sont à leur tour dotés d'un contrôle national en la matière.

131. Cependant, l'absence de prise en considération suffisante des indicateurs économiques comme des gains d'efficacité suscités par l'opération ont provoqué l'échec du règlement (CE) n°4064/89. L'« année noire » de la Commission au cours de

la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre I^{er} du Code de droit économique, *Moniteur belge* n° 125, 26 avril 2013, p. 25216 ; loi portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution, dans le livre IV « Protection de la concurrence » et le livre V « La concurrence et les évolutions de prix » du Code de droit économique, *Moniteur belge* n° 125, 26 avril 2013, p. 25248 ; arrêté royal relatif à l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi du 3 avril 2013 portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution, dans le Livre IV « Protection de la concurrence » et le Livre V « La concurrence et les évolutions de prix » du Code de droit économique, *Moniteur belge* n° 261, 6 septembre 2013, p. 63088 ; arrêté royal du 30 août 2013 relatif à l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi du 3 avril 2013 portant insertion du Livre IV « Protection de la concurrence » et le Livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre IV et au Livre V et des dispositions d'application de la loi propres au Livre IV et au Livre V, dans le Livre I^{er} du Code de droit économique, *Moniteur belge* n° 261, 6 septembre 2013, p. 63089 ; arrêté royal relatif aux procédures en matière de protection de la concurrence, *Moniteur belge* n° 261, 6 septembre 2013, p. 63084 ; arrêté royal relatif à la notification des concentrations d'entreprises visée à l'article IV.10 du Code de droit économique inséré par les lois du 3 avril 2013, *Moniteur belge* n° 262, 9 septembre 2013, p. 6298). Des règles spécifiques s'agissant de la notification simplifiée des concentrations ont par ailleurs été adoptées en 2007 (règles spécifiques d'une notification simplifiée de concentrations, approuvées par l'assemblée générale du Conseil de la concurrence du 8 juin 2007). La loi du 2 mai 2019 a modifié le Code de droit économique belge (loi du 2 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'économie, *Moniteur belge*, 24 mai 2019, p. 48542). Cependant, l'arrêté royal de 2013 reste d'application jusqu'à la publication d'un nouvel arrêté et les modifications introduites par la loi ne devraient pas modifier le système de notification belge antérieurement applicable (Autorité belge de la Concurrence, « *Publication au Moniteur belge de la loi du 2 mai 2019 portant modifications du Code de droit économique* », 6 juin 2019, communication).

³⁰⁹ Le contrôle des concentrations aux Pays-Bas a été institué par : Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) (loi établissant de nouvelles règles de la concurrence économique, 22 mai 1997).

³¹⁰ Dans le domaine des concentrations, la loi suisse de 1995 (loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [loi sur les cartels], 6 octobre 1995, RO 1996 546) a été modifiée en 2003 (loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, Modification du 20 juin 2003, RO 2004 1385), en 2005 s'agissant de la juridiction compétente (loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005, RO 2006 2197 1069) en 2007 s'agissant des concentrations de banques jugées nécessaires par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007, RO 2008, 5207). L'adoption d'une loi en la matière reste relativement tardive également en Suisse, dans la mesure où le législateur s'était emparé des ententes et pratiques restrictives de concurrence en délaissant les concentrations dix ans auparavant (loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995, RO 1986 874).

laquelle quatre de ses décisions ont été successivement annulées (*Tetra Laval*³¹¹, *Schneider/Legrand*³¹², *Airtours/First-Choice*³¹³ et *Canal +/Lagardère*³¹⁴) en a plus précisément constitué le tournant décisif³¹⁵.

132. Ces annulations ont eu deux effets.

133. D'une part, elles ont entraîné une importante réorganisation de la Commission³¹⁶, qualifiée de « modernisation » et « réforme copernicienne » par un Directeur adjoint de la DG concurrence³¹⁷. La *Merger Task Force* en charge de l'ensemble des concentrations a ainsi été démantelée³¹⁸ et un Chef économiste³¹⁹ a été

³¹¹ Dans cette affaire, toutes les décisions ont été censurées par le juge, qu'il s'agisse de celle portant sur l'incompatibilité de l'opération (Commission, 30 octobre 2001, *Tetra Laval/Sidel*, aff. M.2416, JOUE L43, 13 février 2004, p. 13, annulée par TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c/ Commission*, aff. T-5/02, Rec. 2002, II, p. 4381, confirmé par CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-12/03, Rec. 2005, I, p. 987) ou de celle portant sur la déconcentration de l'opération (Commission, 30 janvier 2002, *Tetra Laval/Sidel*, aff. M.2416, JOUE L38, 10 février 2004, p. 1, annulé par TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-80/02, Rec. 2002, II, p. 4519, confirmé par CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-13/03, Rec. 2005, I, p. 1113).

³¹² S'agissant de la décision par laquelle la Commission a considéré que l'opération était incompatible avec le marché, v. Commission, 10 octobre 2001, *Schneider-Legrand*, aff. M.2283, JOUE L101, 6 avril 2004, p. 1 annulée par TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA c/ Commission* (« Schneider I »), aff. T-310/01, Rec. 2002, II, p. 4201 et s'agissant de la décision prononçant la déconcentration, v. Commission, 30 janvier 2002, *Schneider-Legrand*, aff. M.2283, JOUE L101, 6 avril 2004, p. 134, annulée par TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA c/ Commission* (« Schneider II »), aff. T-77/02, Rec. 2002, II, p. 4201 ; le recours indemnitaire ayant été accueilli par TPICE, 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA c/ Commission*, aff. T-351/03, Rec. 2007, II, p. 2237, annulé partiellement par CJCE, 16 juillet 2009, *Commission c/ Schneider Electric SA*, aff. C-440/07 P, Rec. 2009, I, p. 6413.

³¹³ Commission, 22 septembre 1999, *Airtours/First Choice*, aff. M.1524, JOCE L93, 13 avril 2000, p. 1 ; annulée par TPICE, 6 juin 2002, *Airtours plc c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002, II, p. 2585 (dont les critères constitutifs d'une position dominante seront confirmés not. par CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann AG et Sony Corporation of America c/ Independent Music Publishers and Labels Association* [« Impala »], aff. C-413/06 P, Rec. 2008, I, p. 4951).

³¹⁴ Commission, 22 juin 2000, *Canal+/Lagardère*, aff. COMP/JV40 et *Canal+/Lagardère/Liberty Media*, aff. JV47, JOCE C2, 5 janvier 2001, p. 2 ; modifiée par Commission, 10 juillet 2000, *Canal+/Lagardère/Canalsatellite*, aff. JV40 et *Canal+/Lagardère/Liberty Media*, aff. JV47 ; annulée par TPICE, 20 novembre 2002, *Lagardère SCA et Canal + SA c/ Commission*, aff. T-251/00, Rec. 2002, II, p. 4825.

³¹⁵ H. Legal, « Chapter 5. Standards of proof and standards of judicial review in EU Competition Law », p. 107 in B. E. Hawk (dir.), *International Antitrust Law and Policy : Fordham Corporate Law*, Juris Publishing Inc., Huntington, 1 mai 2006, 660 p.

³¹⁶ J.-F. Bellis, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, février 2017, 332 p.

³¹⁷ J.-F. Pons, « La politique européenne de la concurrence en 2002 : maturité et modernisation », janvier 2002, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_003_fr.pdf.

³¹⁸ Désormais, les concentrations sont appréciées par les services de la Commission essentiellement en fonction du secteur concerné : l'organigramme de la DG COMP paru le 1^{er} septembre 2020 montre par exemple que les concentrations relèvent tant de l'unité A « Politique et stratégie », de l'unité B « Marchés et cas I. Énergie et environnement », de l'unité C « Marchés et cas II. Information,

nommé. Encore, la procédure de notification *ex ante* d'accords instituée par le règlement n°17³²⁰ a été abandonnée, mettant ainsi un terme à certaines pratiques des entreprises qui consistaient à notifier leur opération de concentration en vue de leur autorisation à l'un ou l'autre des services de la Commission, éventuellement en les déguisant³²¹.

134. D'autre part, elles ont conduit à la publication d'un second Livre vert en 2001 par la Commission, qui a inspiré la proposition de règlement du Conseil en 2002³²². En dépit des modifications qu'il a introduites, le règlement (CE) n°139/2004 ne s'est pas détourné du standard du bien-être des consommateurs et de l'approche structuraliste.

B. Le standard du bien-être des consommateurs et l'approche structuraliste dans le règlement (CE) n°139/2004

135. Le règlement (CE) n°139/2004 du 20 janvier 2004, qui a fait l'objet par la suite de nombreuses révisions et précisions par l'effet de nouveaux règlements et actes « atypiques »³²³, a certes été adopté en raison des faiblesses du

communication et médias », de l'unité D « Marchés et cas III. Services financiers », de l'unité E « Marchés et cas IV. Industries de base, secteur manufacturier et agriculture » que de l'unité F « Marchés et cas V. Transports, postes et autres services », disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/dgs/competition/directory/organi_fr.pdf.

³¹⁹ Son appellation anglaise « Chief competition economist » étant plus répandue ; L.-H. Röller, « Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe », p. 11 in P. A. G. Van Bergeijk et E. Kloosterhuis (dir.), *Modelling European Mergers : Theory, Competition Policy and Case Studies*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2005, 219 p. ; P. A. Buigues et L.-H. Röller, « *The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission* », mai 2005, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/officechiefecon_ec.pdf.

³²⁰ Règlement n°17 du Conseil : Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *JOCE* 13, 21 février 1962, p. 204.

³²¹ A. Perrot, « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, 2002, n°4, p. 81.

³²² Proposition de règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 11 décembre 2002, COM(2002) 711 final – 2002/0296(CNS), 2003/C 20/06, *JOCE* C20, 28 janvier 2003, p. 4.

³²³ Par actes « atypiques », il s'agit de désigner les actes unilatéraux ne figurant pas à l'article 288 du TFUE (communications, lignes directrices, livres vert et blanc). Nous retenons la classification proposée par les Professeurs Paul Nihoul et Christophe Verdure (P. Nihoul et C. Verdure, *Droit européen de la concurrence*, Larcier, coll. Les codes thématiques Larcier, 2009, 590 p.). S'agissant du corpus de base, outre le règlement (CE) n°139/2004, figurent également le règlement (CE) n°802/2004 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (21 avril 2004, *JOUE* L133, 30 avril 2004, p. 1, tel que modifié par règlement d'exécution (UE) n° 1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* L336, 14 décembre 2013, p. 1) et la communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au

règlement (CE) n°4064/89. Il n'en reste pas moins marqué dans une certaine mesure par l'attention portée aux structures de la concurrence sur le marché (1)) et au standard du bien-être des consommateurs (2)).

1) L'appréciation des structures du marché

136. L'influence exercée par l'École de Harvard peut s'observer à deux égards : au vu de l'objet du règlement (a)) et de l'un des indicateurs économiques utilisés pour le contrôle (b)).

a) S'agissant de l'objet du règlement « concentrations »

137. Le règlement (CE) n°139/2004 a délaissé en apparence l'ancien test de la dominance prévu par le règlement (CE) n°4064/89 : en vertu de l'article 2 du règlement « concentrations », les opérations sont appréciées au vu de l'entrave significative sur la concurrence effective qu'elles peuvent entraîner sur le marché unique ou une partie substantielle de celui-ci. Cette entrave significative peut « notamment »³²⁴ être constituée par la création ou le renforcement d'une position dominante.

règlement (CE) n°139/2004 du conseil et au règlement (CE) n°802/2004 de la Commission (22 octobre 2008, *JOUE* C267, 22 octobre 2008, p. 1). Quant au corpus de règles matérielles, figurent principalement la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03, *JOCE* C392, 09 décembre 1997, p. 5), les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*préc.*), la communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (5 mars 2005, 2005/C 56/03, *JOUE* C56, 5 mars 2005, p. 24), la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2009/C 43/09, *JOUE* C95, 16 avril 2008, telle que rectifiée par rectificatif, *JOUE* C43, 21 février 2009, p. 10) et les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*préc.*). Enfin, le corpus de règles procédurales compte notamment les communications suivantes : la communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations (5 mars 2005, 2005/C 56/02, *JOUE* C56, 5 mars 2005, p. 2), la communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n°139/2004 (2005/C 56/04, *JOUE* C56, 5 mars 2005, p. 32), la communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du Traité CE, des articles 5, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil (2005/C 325/07, *JOUE* C35, 22 décembre 2005, p. 7), la communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil (2013/C 366/04, *JOUE* C366, 14 décembre 2013, p. 5, telle que rectifiée par Rectificatif, *JOUE* C11, 15 janvier 2014, p. 6) et les lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques (2018/C 159/01, *JOUE* C159, 7 mai 2018, p. 1).

³²⁴ Règlement « concentrations », art. 2, 2. et 2, 3.

138. Aussi le règlement « concentrations » a-t-il opéré une inversion de la relation de cause à effet qui était jusqu'à présent en vigueur. Cette distinction n'est toutefois pas aussi nette.

139. Au lendemain de l'adoption du règlement (CE) n°139/2004 et alors même que le juge était appelé à se prononcer sous l'empire du droit applicable édicté par l'ancien règlement, le Tribunal opérait une distinction timide entre position dominante et entrave significative à la concurrence. Ainsi, « la démonstration de la création ou du renforcement d'une position dominante (...) peut correspondre, dans certains cas, à la démonstration d'une entrave significative à une concurrence effective. Cette constatation ne signifie aucunement que le second critère se confond juridiquement avec le premier, mais uniquement qu'il peut ressortir d'une même analyse factuelle d'un marché donné que les deux critères sont remplis »³²⁵. L'indépendance de ces critères, tout comme la place toujours prééminente de la position dominante dans l'appréciation des opérations de dimension communautaire, a par la suite été confirmée.

140. Tel a été le cas très récemment, fin mai 2020, alors que le juge était saisi d'un recours intenté à l'encontre de la décision d'incompatibilité prononcée par la Commission dans le cadre de l'affaire *Hutchinson 3G UK/Telefonica UK*³²⁶.

141. Dans cet arrêt³²⁷, actuellement sous pourvoi néanmoins, le Tribunal a eu à statuer, pour la première fois dans l'histoire du droit européen des concentrations, à propos de la compatibilité d'une opération donnant lieu à des effets non-coordonnés sur un marché oligopolistique. Tout en annulant la décision de la Commission qui avait interdit l'opération en raison des effets non-coordonnés qu'elle était susceptible de provoquer sur le marché, le juge a fermement distingué les objectifs poursuivis par le règlement de ceux assignés à son article 2. S'agissant du premier volet, le règlement aurait notamment³²⁸ pour finalité de « permett[re] un contrôle effectif de toutes ces concentrations en fonction de leur effet sur la *structure* de la concurrence dans l'Union »³²⁹. Quant à l'article 2 du règlement (CE) n°139/2004, il poursuivrait

³²⁵ Nous soulignons ; TPICE, 21 septembre 2005, *EDP - Energias de Portugal, SA c/ Commission*, aff. T-87/05, *Rec.* 2005, II, p. 3745, et spécialement, pt 49.

³²⁶ Commission, 28 mai 2016, *Hutchinson 3G UK/Telefonica UK*, aff. M.7612, *JOUE* C357, 29 septembre 2013, p. 15.

³²⁷ Trib. UE, 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission*, aff. T-399/16, non encore publié au *Rec.*

³²⁸ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

³²⁹ *Ibid.*, et spécialement, pt 94.

trois objectifs. Il s'agirait ainsi d'abord de permettre à la Commission d'appréhender les opérations de concentration, « dans le contexte spécifique de marchés oligopolistiques », qui entravent de manière significative la concurrence effective même lorsqu'elles ne conduisent pas à créer ou à renforcer une position dominante individuelle ou collective³³⁰. L'article s'attacherait ensuite « à *préserver et même à conforter la notion de position dominante* en reconnaissant le rôle que joue cette notion dans le système formé au sein de l'Union par le droit de la concurrence tel qu'interprété par le juge de l'Union »³³¹. Cette position dominante occuperait en effet le rôle « de permettre aux autorités d'intervenir, dans un contexte marqué par la liberté d'entreprendre, lorsqu'elles font face à des opérations qui, si elles étaient réalisées, permettraient à un ou à plusieurs acteurs de déterminer les conditions de concurrence et d'éliminer la concurrence en tout ou en partie sur le marché considéré, *sans craindre la réaction des concurrents et des consommateurs.* »³³². Enfin, « cette disposition vise[rait] à accroître la *sécurité juridique* et à rendre plus *transparente et plus prévisible* l'analyse des concentrations par la Commission. »³³³.

142. En d'autres termes, le juge semble avoir réaffirmé l'objectif structuraliste du règlement tout en rappelant l'importance de la dominance dans le contrôle. Le règlement (CE) n°139/2004 édicte en effet un dispositif de contrôle *ex ante* des concentrations dont le but est d'appréhender en amont les effets de l'opération sur le marché ; il s'agit ainsi d'apprécier les structures du marché au vu notamment de son degré de concentration. Quant au critère d'appréciation édicté par l'article 2, si le juge confirme l'indépendance théorique de l'entrave significative à la concurrence de la dominance, c'est pour mieux souligner le lien récurrent qui les unit et l'importance cruciale que joue encore la notion de position dominante dans la mesure où le juge est appelé à intervenir dans un contexte marqué par la liberté d'entreprendre. La sécurité juridique, la transparence et la prévisibilité de la norme sont par ailleurs érigées en objectifs de l'article 2, ce qui justifie que l'étude s'y intéresse ultérieurement au fil de ses développements.

143. Une autre illustration de la pensée structuraliste peut par ailleurs être décelée au vu de l'un des indicateurs économiques mobilisés par la Commission lorsqu'elle apprécie la structure du marché dans le cadre du contrôle des concentrations.

³³⁰ *Ibid.*, et spécialement, pt 87.

³³¹ Nous soulignons ; *ibid.*, et spécialement, pt 88.

³³² Nous soulignons ; *ibid.*

³³³ Nous soulignons ; *ibid.*, et spécialement, pt 89.

b) S'agissant de la méthode d'appréciation du marché concerné par l'opération

144. L'IHH, indicateur typique de la pensée structuraliste, n'a pas seulement été retenu par le contrôle étasunien des concentrations : tel a aussi été le cas en droit européen depuis l'adoption du règlement « concentrations ». L'influence de l'école des comportementalistes, pourtant très forte dans les années 1990 n'a ainsi pas pleinement convaincu dans le domaine des concentrations. Alors que les auteurs comportementalistes critiquaient l'efficacité de l'indice IHH en faisant valoir que celui-ci ignorait les choix et décisions des dirigeants d'entreprises³³⁴, les lignes directrices de la Commission préfèrent en retenir l'application³³⁵. En considérant que les parts de marché et que le degré de concentration donnent une première image de la structure du marché et de l'importance de l'opération, la Commission recourt ainsi à cet indice pour apprécier le degré de concentration du marché que ce soit avant ou après l'opération.

145. Par ailleurs, la notion de bien-être économique des consommateurs reste toujours l'un des standards du droit européen des concentrations.

2) Le standard du bien-être des consommateurs

146. Sous l'empire du règlement (CE) n°139/2004, l'article 2, 1., b) subordonne encore la prise en compte de « l'évolution du progrès technique et économique » à la preuve que « celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence ». En ce sens, les analyses qui ont pu être proposées à l'égard du règlement (CE) n°4064/89 sont aussi transposables au règlement « concentrations » sur ce point.

147. Le règlement (CE) n°139/2004 semble néanmoins accorder une place plus importante à l'objectif de préservation du bien-être des consommateurs que ne le prévoyait son prédécesseur. Tandis que l'article 2, 1. du règlement (CE) n°4064/89 prévoyait que « les opérations de concentration visées par le présent règlement sont appréciées *en fonction des dispositions qui suivent* en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun »³³⁶, la nouvelle rédaction de ce même article a été enrichie comme suit : « les concentrations visées par le présent règlement *sont*

³³⁴ F. Le Roy, « La concurrence : Entre affrontement et connivence », *Revue française de gestion*, avril 2004, n°1, p. 149 ; F. Le Roy, « L'affrontement dans la relation de concurrence », *Revue française de gestion*, avril 2004, n°1, p. 179.

³³⁵ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pt 16.

³³⁶ Nous soulignons ; règlement (CE) n°4064/89, art. 2, 1.

appréciées en fonction des objectifs du présent règlement et des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun »³³⁷. En visant les « objectifs du règlement » sans inviter à se pencher sur la hiérarchie que l'article organise ensuite sur l'appréciation à laquelle la Commission doit se livrer, l'article 2 du règlement « concentrations » laisse planer le doute d'une prise en compte plus forte du bien-être des consommateurs. Cette impression paraît au demeurant renforcée à la lecture du règlement d'application (CE) n°802/2004 qui garantit aux associations de consommateurs le droit d'être entendues lors de l'examen de l'opération³³⁸.

148. Encore et comme le confirme l'arrêt *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission* précité, l'influence de l'approche structuraliste invite à admettre que la préservation des structures de la concurrence soit liée à la protection du bien-être des consommateurs. De même et bien que le juge ait censuré la décision de la Commission en raison de la violation des droits de la défense que celle-ci a commise, la prise de contrôle de TNT par UPS a été interdite par la Commission parce qu'elle aurait occasionné un duopole et des hausses de prix³³⁹. C'est également en raison d'une hausse des prix et d'une baisse de qualité des services probables pour les entreprises que le projet de concentration entre Deutsche Börse et New York Exchange a été interdit³⁴⁰. Dans ses lignes directrices, la Commission précise en effet qu'elle apprécie en particulier la substituabilité des produits ou services sur le marché pour apprécier le risque d'entrave significative à la concurrence que l'opération est susceptible d'occasionner. Elle se place à cette fin du point de vue des consommateurs³⁴¹.

149. Également, les propos de certains Commissaires à la concurrence en sont des illustrations. Sous l'empire du règlement (CE) n°4064/89, Mario Monti déclarait déjà non seulement que « *le consommateur est roi !* » dans la politique communautaire de

³³⁷ Nous soulignons ; règlement « concentrations », art. 2, 1.

³³⁸ Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, tel que modifié par règlement d'exécution (UE) n° 1269/2013 ; L. Idot, « Concentrations : adoption du nouveau règlement d'application », *Europe*, juillet 2004, n°6, comm. 2017 ; S. Poillot-Peruzzeto, « Contrôle des concentrations entre entreprises », CCC, octobre 2004, n°10, comm. 143.

³³⁹ Commission, 30 janvier 2013, *UPS/TNT Express*, aff. M.6570, JOUE C137, 7 mai 2014, p. 8 ; annulée par Trib. UE, 7 mars 2017, *United Parcel Service, Inc. c/ Commission* (« UPS »), aff. T-194/13, Rec. ; confirmé par CJUE, 16 janvier 2019, *Commission c/ United Parcel Service, Inc.* (« UPS »), aff. C-265/17 P, Rec.

³⁴⁰ Commission, 1^{er} février 2012, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, aff. M.6166.

³⁴¹ Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pt 28.

concurrence mais aussi que « lors de l'appréciation des opérations de concentration, qui est un autre domaine dans lequel le travail de la Commission s'est amplifié de manière vertigineuse ces dernières années, notre mission est de prévenir la création ou le renforcement d'une position dominante, qui pourrait *laisser les consommateurs à la merci* d'un seul acteur important ou très peu d'entre eux »³⁴². Après l'adoption du règlement (CE) n°139/2004, ce même Commissaire se prononçait en des termes similaires en affirmant, à propos du contrôle des concentrations, que « la politique de concurrence est un instrument permettant de stimuler la croissance économique, promouvoir une bonne allocation des ressources et renforcer la compétitivité de l'industrie européenne *au profit des citoyens* »³⁴³. Neelie Kroes déclarait plus précisément que « notre but est simple : protéger la concurrence sur le marché en tant que moyen permettant d'améliorer le *bien-être des consommateurs* et d'assurer une allocation efficiente des ressources. (...) Il est désormais bien établi que *le bien-être du consommateur constitue le standard que la Commission applique lorsqu'elle apprécie des opérations de concentration* »³⁴⁴. Margrethe Vestager relevait de même qu'il était de la « responsabilité » de la Commission que « de protéger les *consommateurs* »³⁴⁵.

150. Dès lors, au sens du règlement « concentrations », le contrôle doit s'assurer du maintien des structures du marché, dans la mesure où celui-ci suffit à préserver le bien-être des consommateurs. Cette conception ne fait pas seulement loi en droit européen des concentrations : c'est aussi plus largement le cas en droit européen de la concurrence. Il est en particulier acquis qu'en droit de l'Union, les entreprises en

³⁴² Nous soulignons ; traduction libre de : « (...) competition policy puts markets at the service of consumers, which can choose from a wide range of good quality products and services at attractive prices. After all we say that the consumer is king! (...) In reviewing mergers and acquisitions, another area where the Commission's work skyrocketed in recent years, our mission is to prevent the creation or the strengthening of dominant positions, which would leave consumers at the mercy of a single big player or only a few. » (M. Monti, « *European competition policy and the citizen* », 1^{ère} Journée européenne de la concurrence, Lisbonne, 9 juin 2000, SPEECH/00/27).

³⁴³ Nous soulignons ; traduction libre de : « (...) competition policy is an instrument to foster economic growth, to promote a good allocation of resources and to strengthen the competitiveness of the European industry for the benefit of the citizens. » (M. Monti, « *A reformed competition policy : achievements and challenges for the future* », Competition Policy Newsletter, automne 2004, n°3, p. 1).

³⁴⁴ Nous soulignons ; traduction libre de : « Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. (...) Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers » (N. Kroes, « *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices* », propos introductifs de la « *European Consumer and Competition Day* », Londres, 15 septembre 2005, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm).

³⁴⁵ Nous soulignons ; M. Vestager, « *Fairness and competition* », GCLC Annual Conference, 25 janvier 2018, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition_en.

position dominante ont une « responsabilité particulière »³⁴⁶ vis-à-vis de la concurrence sur le marché³⁴⁷.

151. En résumé, l'attention portée aux structures de la concurrence sur le marché et au standard du bien-être des consommateurs irrigue le droit européen des concentrations. En dépit du contexte houleux qui a précédé l'adoption d'un corps de règles autonomes en la matière, le règlement (CE) n°4064/89 comme le règlement (CE) n°139/2004 ont puisé leur légitimité dans les travaux européens qui ont dénoncé les effets néfastes des concentrations et dans l'expérience nord-américaine à l'égard de ces opérations.

152. Cependant, s'en tenir à ces seules affirmations ne semble traduire qu'une partie de l'équilibre sur lequel le droit européen des concentrations repose. En dépit des critiques dont il fait l'objet depuis son instauration, le contrôle ne paraît pas ignorer la compétitivité de l'industrie européenne.

Section 2 : **L'objectif de maintien de la compétitivité**

153. L'analyse de la construction du droit européen des concentrations invite à relativiser l'importance conférée à l'objectif de préservation des structures de la concurrence et au standard du bien-être des consommateurs. Parce que le contrôle européen des concentrations promeut l'allocation optimale des ressources sur le marché, celui-ci ne s'est historiquement pas satisfait de ces seuls objectifs et d'une approche monolithique qui pourrait en résulter.

154. Les premières traces de cette complexité peuvent être trouvées au XVIII^{ème} siècle : bien que la « concurrence parfaite » de l'Écossais Adam Smith ait été à l'origine du modèle de concurrence pure et parfaite postérieur, il considérait que le marché était seul capable de garantir une allocation optimale des ressources, de répartir les revenus et distribuer les produits. En cohérence avec son confrère, le théoricien classique et Britannique David Ricardo³⁴⁸, il en déduisait que les actions de l'État devaient être nécessairement circonscrites. Dans la mesure où chacun serait

³⁴⁶ CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec.* 1983, p. 3461, et spécialement, pt 57 ; TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c/ Commission*, aff. T-228/97, *Rec.* 1999, II, p. 2969, et spécialement, pt 112 ; TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corporation et a c/ Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* 2007, II, p. 3601, et spécialement, pt 229.

³⁴⁷ En ce sens, v. aussi, V. Auricchio et A. Pera, « Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy », *European Competition Journal*, 2005, vol. 1, n°1.

³⁴⁸ Pour lui, il convenait de promouvoir les bienfaits du libre-échange par sa dynamique du profit.

conduit par « une main invisible » à promouvoir l'intérêt de la société en développant son intérêt égoïste, toute intervention du législateur qui aurait conduit à réguler des comportements sur le marché suscitait ainsi chez lui une profonde défiance³⁴⁹. Encore, si Adam Smith admettait que le prix de monopole conduise à une augmentation systématique des prix (au contraire du prix naturel, résultant d'une concurrence libre), il dénonçait les seuls monopoles consentis par l'État dans la mesure où la probabilité de pratiques similaires en droit privé lui semblait invraisemblable³⁵⁰.

155. Cette vision n'a pas été pleinement abandonnée : un ancien dirigeant de la *Federal Reserve Bank* américaine a par exemple déclaré ceci dans les années 2000 : « il m'apparaît frappant que nos idées sur l'efficacité de la concurrence soient demeurées les mêmes depuis le XVIII^{ème} siècle, où elles émergèrent surtout de l'esprit d'un seul homme, Adam Smith »³⁵¹. Des travaux économiques du XX^{ème} comme du XXI^{ème} siècles se sont encore fondés sur ses théories avant de considérer que les marchés les plus concurrentiels correspondent aux critères du modèle de concurrence pure et parfaite³⁵². Certaines théories qui entendaient critiquer ce modèle ne se sont pas davantage pleinement détachées des travaux d'Adam Smith : par exemple, si Friedrich von Hayek a contribué à la théorie des marchés contestables en défendant l'idée que la réalité du marché se prêtait peu à un idéal d'homogénéité des produits

³⁴⁹ Cette citation d'Adam Smith semble éloquent : le législateur « semble imaginer qu'il est capable de disposer les différents membres d'une grande société aussi aisément que la main dispose les différentes pièces sur un échiquier. Il ne s'aperçoit pas que les pièces sur l'échiquier n'ont d'autre principe que celui que la main leur imprime, alors que sur le grand échiquier de la société humaine chaque pièce a un principe de mouvement propre, entièrement différent de celui que le législateur pourrait choisir de lui imprimer. Si ces deux principes coïncident et agissent dans la même direction, le jeu de la société se déroulera aisément et harmonieusement, avec de grandes chances d'être heureux et réussir. S'ils sont opposés ou différents, le jeu se déroulera misérablement, et la société sera toujours au plus haut point désordonnée » (A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, PUF, Paris, 1999 éd., 469 p. et spécialement, p. 324).

³⁵⁰ A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Guillaumin, 1843 éd., T. I, 518 p., et spécialement, Livre 1, Chap. VII et p. 81.

³⁵¹ P. Dardot et C. Laval, *La nouvelle raison du monde – Essai sur la société néolibérale*, La Découverte / Poche, Paris, 2009, 2010, 498 p. et spécialement p. 9, citant A. Greenspan, *Le temps des turbulences*, J.-C. Lattès, Paris, 2007, p. 338.

³⁵² G. Mankiw et M. Taylor, *Principes de l'économie*, De Boeck Supérieur, Louvain-La-Neuve, 2015, 1208 p. et spécialement, pp. 13, 65-66 ; J.-D. Lafay, J. Stiglitz et C. E. Walsh, *Principes d'économie moderne*, De Boeck Supérieur, Bruxelles, 2014, 949 p. et spécialement, p. 220 ; K. J. Arrow, « An extension of the basic theorems of classical welfare economics », *Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability*, *University of California Press*, 1951, p. 507 ; G. Debreu, « The coefficient of resource utilization », *Econometrica*, juillet 1951, vol. 19, p. 273 ; K. J. Arrow et G. Debreu, « Existence of an equilibrium for a competitive economy », *Econometrica*, juillet 1954, vol. 22, p. 265.

et d'une atomicité d'agents³⁵³, il s'est aussi inspiré de la doctrine d'Adam Smith³⁵⁴ en se méfiant d'une intervention prononcée du législateur sur le marché³⁵⁵.

156. Aussi, de tous temps, la légitimité d'un contrôle des structures du marché comme des pratiques des groupes ne fait pas l'unanimité dans la littérature économique. La construction du droit européen des concentrations, si ce n'est du droit européen de la concurrence, n'a pas ignoré ces dissensions ; son analyse montre au contraire qu'elle s'est éloignée pour partie des théories structuralistes et du bien-être des consommateurs. En effet, non seulement il convient de relativiser la portée de ces standards en droit européen des concentrations mais il semble aussi que les États comme les institutions voient dans le contrôle un outil au service de la compétitivité de l'Union.

157. Il importe dès lors de montrer en quoi le structuralisme et le standard du bien-être des consommateurs ont fait l'objet d'une prise en compte modérée (§1) avant d'évaluer la manière dont le contrôle européen des concentrations se soucie aussi de la compétitivité de l'industrie européenne (§2).

³⁵³ Pour une réédition de l'article de F. von Hayek paru initialement en 1948 (F. von Hayek, « The Meaning of Competition », *Econ journal Watch*, mai 2016, 13(2), p. 359) ; T. Aimar, « L'école autrichienne d'économie, une problématique de l'ignorance : du subjectivisme à la neuroéconomie », *Revue d'économie politique*, 2010, n°4, p. 591, et spécialement, pts 21 et 22 ; M. Glais, « Le processus concurrentiel : une présentation historique des apports de la théorie économique », *RTD com.*, 2014, p. 37.

³⁵⁴ D. B. Klein, « Liberty between the Lines in a Statist and Modernist Age : Unfolding the Adam Smith in Friedrich Hayek », *Economic Affairs*, 2010, vol. 30, n°3, p. 82.

³⁵⁵ V. aussi, M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126 ; F. von Hayek, Prix Nobel d'économie en 1974, prônait ainsi le développement d'« un ordre qui fonctionne sans que personne en ait eu le dessein, un ordre qui s'est formé de lui-même sans que l'autorité en ait eu connaissance et parfois même contre son gré » (F. von Hayek, *Droit législation et liberté. Volume 1 : Règles et ordre*, PUF, coll. Libre échange, 1980, 208 p., et spécialement, p. 142). Il ne voyait dans le juge qu'une émanation naturelle de cet ordre spontané (*ibid.*, et spécialement, p. 114). Sa défiance à l'égard des juristes était aussi vive : « « Il semble presque que ce soit une habitude chez les juristes de considérer le fait que le législateur ait décidé quelque chose, comme une preuve de la sagesse de la décision. Il en découle pourtant que ses efforts à lui, juriste, seront utiles ou nuisibles selon la sagesse ou la sottise de la jurisprudence sur laquelle il se guide, et qu'il sera probablement responsable de la perpétuation des erreurs comme de la sagesse du passé. S'il accepte de tenir pour obligatoire envers lui-même l'orientation observable de l'évolution en cours, il y a autant de chances qu'il devienne soit le simple instrument à travers lequel se développent d'eux-mêmes des changements qu'il ne comprend pas, soit le créateur conscient d'un nouvel ordre des choses. Si telle est la situation, il faudra bien chercher des critères de désirabilité de l'évolution ailleurs que dans la science du droit. » (*ibid.*, et spécialement, pp. 81-82).

Paragraphe 1 : Une prise en compte modérée du modèle structuraliste et du bien-être des consommateurs

158. L'influence du modèle structuraliste et l'importance du standard du bien-être des consommateurs en droit européen des concentrations semblent acquises dans leur principe. Leur mise en œuvre reste néanmoins plus sujette à caution, en particulier s'agissant de l'objectif de préservation du bien-être des consommateurs. Cette analyse peut être déduite au vu du flou qui entoure les objectifs assignés aux Traités successifs (A.) et à la lecture du règlement « concentrations » lui-même (B.).

A. Une relativisation induite par les Traités européens

159. Les Traités européens entretiennent des rapports ambivalents avec la notion même de concurrence et ils se réfèrent en particulier de manière confuse au bien-être économique des consommateurs européens. Cet état du droit peut se déduire des objectifs généraux qui ont été assignés à l'Union au fil de sa construction (1)) et des règles de concurrence qui ont plus précisément été édictées (2)).

1) Une relativisation résultant des objectifs généraux définis par les Traités

160. Le consommateur n'a été envisagé qu'à la marge par les divers Traités qui se sont succédé au fil de l'intégration du marché intérieur. La préservation de la concurrence elle-même a été envisagée de manière distincte au fil des Traités. Cet état du droit a par conséquent laissé dans l'angle mort la définition même du consommateur en droit européen jusqu'à l'adoption de directives en droit de la consommation et de lignes directrices en droit des concentrations ; interrogé sur l'étendue des mesures économiques que la Communauté entendait mettre en place à leur égard ; ou bien encore suscité une certaine perplexité quant à l'articulation entre les objectifs de la Communauté et les règles de concurrence, en particulier dans le domaine des concentrations.

161. En premier lieu, l'examen de chacun de ces Traités permet de se convaincre de la place relative laissée au bien-être économique des consommateurs.

162. Ainsi, jusqu'au Traité de Maastricht, la prise en compte du bien-être des consommateurs s'est opérée de manière sectorielle, à l'image du degré d'intégration dont le marché faisait l'objet. Dans le Traité de Paris instituant la CECA et signé le 18 avril 1951 en effet, le paragraphe 26, 2., a) de la Convention relative aux dispositions transitoires pour la Belgique et figurant en annexe prévoyait tout au plus que les prix du charbon bénéficient d'une certaine diminution au profit des consommateurs. Le

Traité de Rome instituant la CEE signé le 25 mars 1957 envisageait pour sa part le caractère raisonnable des prix au bénéfice des consommateurs dans le cadre de la politique agricole commune³⁵⁶. L'Acte Unique Européen signé au Luxembourg le 17 février 1986 et à La Haye le 28 février 1986 a quant à lui modifié les Traités instituant les Communautés européennes sans édicter de nouvelles dispositions en lien avec le bien-être des consommateurs.

163. Le Traité de Maastricht sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 a quelque peu renforcé la place concédée à ce standard en droit de l'Union par les modifications qu'il a apportées au Traité instituant la CEE. Néanmoins, il n'a en aucune manière érigé cet élément en objectif ou « mission » assigné à la Communauté européenne au sens de la version refondue de l'article 2. Il s'est tout au plus assuré que le « renforcement de la protection des consommateurs »³⁵⁷ soit l'avant-dernier moyen listé par le nouvel article 3, dont l'objet consistait à accomplir les finalités poursuivies par l'article 2. L'article 129 A de ce même Traité a quant à lui tenté de définir quelque peu les contours de cette « protection », en faisant toutefois appel à de larges qualifications. Le Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 a uniquement apporté quelques révisions de forme au Traité de Maastricht à cet égard.

164. Le TFUE recense enfin, depuis le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007, la protection des consommateurs dans sa liste de compétences partagées entre l'Union et les États membres³⁵⁸. Il prévoit, en outre, de manière souple que cette protection soit « pris[e] en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union »³⁵⁹.

165. En second lieu, le fait que les Traités n'aient pas explicitement érigé le bien-être des consommateurs en objectif assigné à l'Union reste néanmoins peu surprenant, dans la mesure où la concurrence elle-même y a occupé des places variables et où elle a été envisagée à l'aide de larges qualifications.

166. Le Traité de Rome fixait certes à la Communauté l'objectif d'établir « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun »³⁶⁰. Le Traité de Maastricht érigeait à son tour la libre concurrence en objectif à atteindre pour la Communauté, celle-ci devant reposer sur « une politique économique fondée

³⁵⁶ Traité de Rome, art. 39, 1., e) et 40, 3., al. 2.

³⁵⁷ Traité de Maastricht, art. G, B., 3) créant un nouvel article 3, s).

³⁵⁸ TFUE, art. 4, 2), f.

³⁵⁹ TFUE, art. 12.

³⁶⁰ Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE), art. 3 f).

sur l'étroite coordination des politiques économiques des États membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs (...) [menée au nom d'une] économie de marché ouverte où la concurrence est libre »³⁶¹. Le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe³⁶² de 2005 aurait pu conforter le rôle du droit de la concurrence, dont celui du contrôle européen des concentrations, dans la mesure où il avait pour ambition de compter parmi les objectifs de l'Union la préservation d'une « concurrence (...) libre et non faussée »³⁶³, en sus d'une « économie sociale de marché hautement compétitive »³⁶⁴, et de constitutionnaliser les règles de concurrence en les codifiant au sein de la Section 5 du Chapitre I du Titre III de la Partie III. Après le refus opposé par la France et les Pays-Bas, le Traité de Lisbonne entendait pour sa part assurer le développement d'une économie de marché « où la concurrence est libre »³⁶⁵ mais l'objectif de « concurrence non-faussée » a été déplacé au Protocole n°27³⁶⁶. Certains ont pu considérer qu'une telle modification conduisait à envisager la concurrence non plus comme un objectif de l'Union mais comme un instrument au service des finalités poursuivies par l'Union³⁶⁷ ; d'autres ont pu estimer qu'elle n'entraînait aucun changement substantiel des objectifs édictés par les Traités précédents³⁶⁸. Dans l'affaire *CK Telecoms UK Investments Ltd* précitée, le Tribunal de l'Union a néanmoins souligné qu'aux termes de l'article 51 du TUE, le protocole n°27 « a la même valeur que les traités », ce qui

³⁶¹ Traité CEE modifié par le Traité de Maastricht, article 3 a), 1.

³⁶² Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé le 29 octobre 2004.

³⁶³ Traité établissant une Constitution pour l'Europe, art. I-3, 2.

³⁶⁴ Traité établissant une Constitution pour l'Europe, art. I-3, 3.

³⁶⁵ Articles 119, 120 et 127 du TFUE ; article 2 du Protocole n°4 sur les statuts du système européen de banques centrales et de la Banque Centrale Européenne.

³⁶⁶ Protocole n°27 sur le marché intérieur et la concurrence.

³⁶⁷ V. not. F. Souty, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne.*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2013, 4^{ème} éd., 160 p.

³⁶⁸ V. not., le débat dans D. Gérardin, L. Idot, F. Jenny, « La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire. Colloque », *Concurrences*, novembre 2007, n°1-2008 où C. Lemaire, M. Waelbroek, M. Petite et Neelies Kroes (alors Commissaire en charge de la politique de concurrence) débattent de ce point. Neelies Kroes, M. Petite et M. Waelbroek relèvent notamment que cette modification serait sans incidence, le protocole faisant, en tout état de cause, partie intégrante du Traité, ainsi que le rappelle l'article 36 du TUE. Tout en l'admettant, C. Lemaire propose une autre lecture où le Traité, assimilé à une partition de musique dont l'ordre des notes aurait été modifié, susciterait une interprétation différente. En réaction à cet article, F. Souty a notamment relevé qu'il avait été fait abstraction des intentions politiques à l'origine de cette modification et de la pression qu'avaient dû exercer les agents de la Commission auprès de Tony Blair pour que ce qui avait été supprimé à l'article 3 soit au moins réintroduit dans un protocole (F. Souty, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne.*, op. cit., et spécialement p. 31).

conduirait à admettre que le marché intérieur visé à l'article 3, 3. du TUE « comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée »³⁶⁹.

167. Dans tous les cas, la construction du marché intérieur a entretenu des relations pour le moins distantes avec les consommateurs, au sens de la lettre des Traités successifs. Le rôle octroyé plus généralement au maintien de la concurrence au sein de l'Union a quant à lui varié et a en particulier interrogé lors de l'adoption du Traité de Lisbonne. En ce sens et en dépit de leur caractère certain, les objectifs de protection du bien-être des consommateurs et de maintien des structures du marché assignés au contrôle restent à relativiser au vu de l'écho parfois timide dont ils bénéficient dans les Traités. Par ailleurs, les règles propres à la concurrence dont les Traités ont disposé n'ont pas davantage offert de secours : ces objectifs en droit européen des concentrations ne paraissent pas trouver de plein reflet dans les règles édictées par les Traités.

2) Une relativisation résultant des règles de concurrence édictées par les Traités

168. La question des objectifs du contrôle des concentrations, et en particulier celle de la préservation du bien-être des consommateurs, devraient intéresser la lettre des articles 101 et 102 du TFUE. En effet, le contrôle « fait partie d'un *ensemble législatif visant à mettre en œuvre* les articles 101 et 102 du TFUE ainsi qu'à établir un système de contrôle garantissant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur de l'Union »³⁷⁰. Il compte ainsi « *au même titre que les articles 101 et 102 TFUE, au nombre des règles de concurrence qui (...) sont nécessaires au fonctionnement dudit marché intérieur* »³⁷¹. Leur hiérarchie convient néanmoins d'être nuancée : en vertu de l'article 103 du TFUE, il revient au Conseil de définir les règlements d'application des articles 101 et 102 de ce même Traité. Aussi, aucun autre règlement que le règlement (CE) n°139/2004 ne saurait régir le contrôle des concentrations. Les règles applicables au contrôle peuvent ainsi s'apparenter à une déclinaison de celles

³⁶⁹ Trib. UE, 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission*, aff. T-399/16, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pt 92. Nous rappelons que cette décision fait néanmoins l'objet d'un recours au jour de ces lignes.

³⁷⁰ Nous soulignons ; le règlement (CE) n°1/2003 fait également partie de cet « ensemble législatif » ; CJUE, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt GmbH & Co OG c/ Bundeskartellamt*, , aff. C-248/16, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pt 31 ; CJUE, 31 mai 2018, *Ernst & Young P/S contre Konkurrençerådet*, aff. C-633/16, et spécialement, pt 55.

³⁷¹ Trib. UE, 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 93. Cette décision fait néanmoins l'objet d'un recours au jour de ces lignes.

édictees par le Traité³⁷². Il serait donc logique que ses objectifs puissent leur légitimité dans les articles 101 à 103 du TFUE.

169. Tel n'est néanmoins pas le cas s'agissant du maintien des « structures » de la concurrence et de la préservation du bien-être des consommateurs. L'analyse de chaque Traité le montre une nouvelle fois.

170. Le Traité de Paris instituant la CECA a certes doté l'Union d'un premier contrôle des concentrations par son article 66. Il sera d'ailleurs le seul Traité à s'en préoccuper. Néanmoins, il n'a en aucune manière lié l'éventualité d'un contrôle à ces finalités. L'article 65 propre aux ententes ne s'y est pas davantage intéressé.

171. La question à cet égard semble plus intéressante à compter de l'instant où le droit européen s'est doté d'un véritable droit des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire à compter de l'entrée en vigueur du Traité instituant la CEE. D'une part en effet, il a posé le principe d'interdiction des ententes anticoncurrentielles par son article 85 et des abus de position dominante par son article 86 et d'autre part, il a édicté à l'article 87 les conditions dans lesquelles d'autres règlements ou directives pouvaient être adoptés pour assurer l'application de ces dispositions dans d'autres domaines. D'un point de vue matériel, ces articles sont restés inchangés depuis lors ; tout au plus, ont-ils été codifiés respectivement aux articles 81, 82 et 83 par l'effet du Traité d'Amsterdam puis, aux articles 101, 102 et 103 du TFUE par suite du Traité de Lisbonne.

172. Néanmoins, ces dispositions ne fondent pas de manière explicite ces prohibitions sur l'éventuelle atteinte que ces pratiques pourraient causer au bien-être des consommateurs. Ces derniers sont au mieux évoqués par l'article 102 du TFUE qui prévoit que constitue une pratique abusive celle qui consiste à « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs »³⁷³. L'atteinte portée aux « structures » de la concurrence n'est pas davantage précisée, ce qui peut néanmoins s'entendre dans la mesure où les articles 101 et 102 du TFUE édictent un contrôle des comportements *ex post*³⁷⁴.

³⁷² D'autres conceptions peuvent être avancées, telles celles qui estiment que le règlement « concentrations » a paralysé les articles 101 et 102 du TFUE. Cette interprétation n'étant cependant pas sans soulever de difficultés au regard de la hiérarchie des normes, elle nous semble devoir être écartée (v. en ce sens, L. Vogel, *Droit de la concurrence européen et français, op. cit.* et spécialement, n°854).

³⁷³ Nous soulignons ; TFUE, art. 102, b).

³⁷⁴ Sur ce point, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1.

173. Aussi, les objectifs poursuivis par le contrôle européen des concentrations croisent pour partie ceux du droit des pratiques anticoncurrentielles. En vertu des Traités qui se sont succédé, ils ont ensemble pour souci de protéger la concurrence au sein du marché unique. Au sens du Traité de Lisbonne et en retenant les définitions proposées par le Professeur François Souty de la notion de concurrence, il s'agirait ainsi pour eux de faciliter l'intégration économique des États membres, de stimuler l'efficacité des opérateurs économiques de l'Union et de favoriser une meilleure allocation des ressources (celle-ci n'étant possible qu'à la condition que les acteurs du marché atteignent une taille leur permettant de se faire concurrence à armes égales)³⁷⁵.

174. Il ne saurait être affirmé cependant que le contrôle des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles ignorent la préservation du bien-être des consommateurs. Simplement, ce standard gagne à être envisagé en s'appuyant moins sur la lettre des Traités qui les fondent, que sur l'application qui en est faite. Aussi convient-il désormais d'envisager en quoi le règlement « concentrations » et son application invitent eux-mêmes à relativiser la portée de ces objectifs.

B. Une relativisation induite par le règlement « concentrations »

175. Le droit européen des concentrations nécessite en soi de relativiser l'importance alléguée du standard du bien-être économique des consommateurs (1) et de son objectif de préservation des structures de la concurrence (2)).

1) L'importance relative du bien-être économique des consommateurs

176. Si le règlement « concentrations » s'attache à la protection du bien-être économique des consommateurs, celle-ci ne semble pas en constituer l'objectif principal (a)). Cet état du droit peut se justifier par la contingence de cette notion et des appropriations politiques dont elle pourrait faire l'objet (b)).

a) Un objectif complémentaire

177. Le règlement (CE) n°4064/89 accordait un intérêt relatif au standard du bien-être des consommateurs. Comme l'étude l'a précédemment montré, par son article 2, il organisait une hiérarchisation des critères sur lesquels la Commission devait se pencher pour apprécier la compatibilité d'une opération : il s'agissait d'abord

³⁷⁵ F. Souty, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne.*, op. cit., et spécialement, p. 33 et s.

d'apprécier le degré d'atteinte porté aux structures du marché puis, d'envisager les autres facteurs pouvant y avoir trait, dont le bien-être des consommateurs³⁷⁶.

178. Certes, le règlement (CE) n°139/2004 paraît avoir pallié cette difficulté³⁷⁷. Il reste que sous son empire aussi, l'importance conférée à ce standard gagne à être discutée.

179. En effet, de manière générale, si le règlement « concentrations » paraît avoir compté explicitement la préservation du bien-être des consommateurs parmi ses objectifs, il n'en a pas arrêté, cependant, les principes constitutifs, faute d'avoir ne serait-ce qu'édicte une définition de la notion de « consommateurs ». Il permet ainsi qu'une appréciation souple soit opposée à ce concept. Davantage, en visant également les clients des parties à l'opération, les lignes directrices de la Commission n'identifient pas seulement les personnes physiques profanes appelées à user des produits ou services en cause ; au contraire, elles s'attachent aussi aux répercussions de l'opération vis-à-vis des personnes morales clientes des parties à l'opération. En cela, le droit européen des concentrations ne s'éloigne pas pleinement du bien-être général, dans la mesure où il a vocation à intégrer dans son appréciation une partie des producteurs.

180. Ensuite, rappelons que parmi les innovations introduites par le règlement « concentrations », les gains d'efficacité induits par l'opération, c'est-à-dire ses éventuels bienfaits, y figurent. Or, cette modification paraît avoir affaibli le standard du bien-être économique des consommateurs³⁷⁸. L'alinéa (29) du préambule dispose en particulier que les gains d'efficacité peuvent conduire à autoriser une opération s'ils contrebalancent suffisamment ses effets négatifs, y compris lorsqu'ils résident dans un préjudice causé aux consommateurs. De même, les lignes directrices abordent ces deux notions de manière concomitante, montrant ainsi le soin porté à une appréciation globale de l'affaire qui leur est soumise³⁷⁹. L'introduction de ces gains d'efficacité, hérités de l'École de Chicago et du modèle nord-américain de contrôle des concentrations³⁸⁰, semble d'autant plus à même d'atténuer la portée de

³⁷⁶ V. *Supra*, Chapitre préliminaire, Section 1, §2, A., 2).

³⁷⁷ V. *Supra*, Chapitre préliminaire, Section 1, §2, B., 1), a).

³⁷⁸ Ce point est néanmoins discuté : cet affaiblissement ne serait que relatif au sens de G. Vallindas, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, juin 2017, 509 p., et spécialement, pp. 171-191.

³⁷⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pts 77-88.

³⁸⁰ Relevons d'ailleurs les propos tenus par l'un des rédacteurs des Mergers Guidelines de 1992 lors d'un colloque organisé en 1998 par l'Institut universitaire européen de Florence. Il considérait que si

ce standard qu'elle peut être vue comme un signe en faveur de l'attribution d'autres objectifs au droit européen des concentrations. Sa prise en compte modérée en droit de l'Union invite cependant à une certaine prudence³⁸¹.

181. Cette impression semble en tout état de cause confortée par la pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence à l'égard du standard du bien-être des consommateurs. Bien qu'il soit le « concept opératoire »³⁸² du droit de la concurrence, l'examen de la pratique décisionnelle de la Commission dans le domaine des concentrations tend à montrer qu'il ne constitue pas son objectif principal³⁸³. Surtout, il ne saurait être affirmé qu'il constitue la seule finalité du droit européen de la concurrence en général. Dans le domaine des ententes en effet, la Cour a pu reprocher au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit parce qu'il avait fait dépendre l'illégalité d'une pratique de l'atteinte au bien-être des consommateurs qu'elle causait. Or, « l'article 81 CE vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle. Dès lors, la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'un accord ne saurait être subordonnée à ce que les consommateurs finals soient privés des avantages d'une concurrence efficace »³⁸⁴. De même, s'agissant d'un abus de position dominante, le juge a rappelé que « l'article 82 CE ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de

les gains d'efficacité étaient difficiles à prouver aux États-Unis, ils n'existaient pas au sein de la Communauté européenne et devraient être instaurés dans le but de mieux appréhender la réalité empirique de l'opération (J. F. Rill, « Panel discussion », pp. 273 et s. et spécialement, p. 301 in C. D. Ehlermann et L. Gosling (dir.), *European competition law annual. 1998. Regulation Telecommunications.*, European University Institute, Hart Publishing, Oregon, 2000, 802 p.).

³⁸¹ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

³⁸² J.-B. Blaise et L. Idot, « Chronique de droit communautaire de la concurrence », *RTD Eur.*, 2008, p. 313, à propos de TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. T-168/01, *Rec.* 2006, II, p. 2969.

³⁸³ C. Prieto, *Fascicule 1390 : Politique européenne de concurrence*, JCI Europe Traité, 1^{er} février 2014, et spécialement, §16.

³⁸⁴ CJCE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission et Commission c/ GlaxoSmithKline Services Unlimited et European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC) c/ Commission et Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) c/ Commission*, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *Rec.* 2009, I, p. 9291, et spécialement, pt 63, obs. J.-B. Blaise et L. Idot, « Droit européen de la concurrence », *RTD Eur.*, 2010, p. 647. La décision du Tribunal a néanmoins été confirmée, le juge ayant estimé que cette violation n'était pas de nature à en justifier l'annulation (*ibid.*, et spécialement, pt 65 ; TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, *préc.*).

concurrence effective »³⁸⁵. Le Tribunal était par conséquent fondé à ne pas vérifier si la pratique en l'espèce avait ou non causé un préjudice aux consommateurs³⁸⁶. Le Professeur Marie-Malaurie Vignal en a d'ailleurs déduit qu'« en l'état du droit positif, le bien-être du consommateur n'est pas un standard juridique du droit de la concurrence, mais est plutôt un principe directeur d'interprétation de la règle de concurrence »³⁸⁷. Cette interprétation paraît au demeurant d'autant plus convaincante que la jurisprudence en droit des pratiques anticoncurrentielles, comme récemment celle propre au droit des concentrations, ne se réfère pas au seul bien-être des consommateurs *stricto sensu* : ces règles de concurrence ont « pour objectif d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de *l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union* »³⁸⁸.

182. Le décalage entre l'importance apparente du bien-être économique des consommateurs, notamment dans les discours des Commissaires européens à la concurrence et sa prise en compte effective peut néanmoins s'expliquer. Par son caractère plastique en effet, ce concept paraît contribuer à une certaine démocratisation du droit européen des concentrations, si ce n'est du droit de la concurrence dans son ensemble.

b) Un objectif plastique

183. Certains auteurs ont souligné l'objet politique du choix européen en faveur du bien-être des consommateurs au détriment du bien-être total : ce standard serait un outil destiné à légitimer les règles de concurrence en leur associant les préoccupations des citoyens européens³⁸⁹. En ce sens, il s'agirait d'« humaniser »³⁹⁰ le

³⁸⁵ CJCE, 15 mars 2007, *British Airways plc c/ Commission*, aff. C-95/04, *Rec.* 2007, I, p. 2331, et spécialement, pt 106, confirmant TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, aff. T-219/99, *Rec.* 2003, II, p. 5917.

³⁸⁶ CJCE, 15 mars 2007, *British Airways plc c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 107.

³⁸⁷ M. Malaurie-Vignal, « Le bien-être du consommateur, une rencontre possible entre juriste et économiste ? », p. 56 in *Le droit de la concurrence et l'analyse économique, Le Concurrentialiste*, mai 2013.

³⁸⁸ Nous soulignons ; en droit des pratiques anticoncurrentielles, le juge a retenu cette formule pour la première fois en 1989 et l'a reprise par la suite (CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.* 1989, p. 2859, et spécialement, pt 25 ; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA c/ Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, aff. C-94/00, *Rec.* 2002, I, p. 9011, et spécialement, pt 42 ; CJUE, 17 février 2011, *Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, *Rec.* 2011, I, p. 527, et spécialement, pt 22 ; Trib. UE, 12 décembre 2018, *Servier SAS e.a. c/ Commission*, aff. T-691/14, *Rec.*, et spécialement, pt 238 [sous pourvoi]). Le Tribunal a transposé récemment cette interprétation en droit des concentrations dans l'affaire *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission* (Trib. UE, 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission*, aff. T-399/16, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pt 93 [sous pourvoi]).

³⁸⁹ K. J. Cseres, « The Controversies of the Consumer Welfare Standard », *The Competition Law Review*, mars 2007, vol. 3, n°2, p. 121 ; C. Jamin, « Rapport de synthèse », p. 161 in *Droit de la concurrence et droit*

droit de la concurrence, le soin revenant à cette branche du droit comme au droit de la consommation de le « courtiser »³⁹¹, tout en s'assurant que les mesures destinées à le protéger ne soient pas d'une ampleur telle qu'elles entraîneraient la création de barrières à l'entrée sur le marché. Cette approche fait écho au demeurant au mouvement plus général de promotion de la « culture de concurrence » à laquelle se livre en particulier la Commission depuis les années 2000³⁹².

184. Cette vision peut trouver un certain écho en droit des concentrations. Nous avons ainsi rappelé qu'aux États-Unis, la chasse aux *trusts* était en effet née de considérations politiques : il s'agissait de lutter contre les grandes entreprises dans le but de répondre aux demandes des petites et moyennes structures, donc de protéger les acteurs les plus faibles sur le marché.

185. Au sein de l'Union néanmoins, l'émergence du droit européen des concentrations semble davantage due à un compromis politique et institutionnel : le contrôle a été adopté en 1989 en prenant appui sur un droit de la concurrence initialement construit au sortir de la guerre, dans le cadre d'une Communauté qui avait pour souci de ne pas aggraver les dissensions entre États. Il reste néanmoins que la protection du bien-être des consommateurs resurgit régulièrement dans les discours des Commissaires à la concurrence appelés à proposer leur analyse du contrôle des concentrations.

186. Admettre une telle appropriation peut néanmoins être discuté, tant les décisions de la Commission en la matière ne répondent pas nécessairement aux attentes des consommateurs.

de la consommation : complémentarité ou divergences ? Cycle de conférences de la Cour de cassation., Revue Lamy de la concurrence, octobre/décembre 2006, n°9.

³⁹⁰ M. Malaurie-Vignal, « Le bien-être du consommateur, une rencontre possible entre juriste et économiste ? », *art. préc.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² S. Poillot-Peruzzeto, « L'an 2000 et les mots de la concurrence », *CCC*, n°2, février 2000, 100001 ; C. Prieto, « La culture européenne de concurrence », p. 257 in W. Graf Vitzthum et M. Pena (dir.), *L'identité de l'Europe. Die Identität Europas*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, 507 p. ; C. Prieto, « L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », *JCP G*, 21 mars 2007, n°12, doctr. 132 ; C. Prieto, « Conclusion de la première journée », in C. Prieto (dir.), *Journée européenne de la concurrence – Actes de la conférence – Paris, Concurrences*, 18 et 19 novembre 2008, p. 55 ; A. Bonnet, « La "citoyenneté économique" dans le cadre de la politique européenne de concurrence, un concept en trompe-l'œil », in T. Anabelle-Besnard, C. Beaudoin, A. Bonnet et Q. Girault (dir.), *Le citoyen dans tous ses états. Journées d'études à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*, 4 et 5 juin 2018, PUPPA (à paraître).

187. Les opérations de concentration successives dans le secteur agrochimique en 2017 en constituent un exemple. Le 27 mars 2017, la Commission avait décidé que la fusion entre Dow et Dupont était compatible avec le marché commun, sous réserve de la cession, par Dow, de certains de ses actifs³⁹³. Dans cette décision, elle avait d'ailleurs quelque peu pris ses distances avec les travaux de Schumpeter en estimant que les fortes capacités d'innovation de Dow appelaient que des mesures correctives soient souscrites. Le 5 avril 2017, elle admettait également la compatibilité d'une seconde opération avec d'autant moins de difficultés que l'entreprise absorbante avait pris soin de céder certains actifs du groupe³⁹⁴. Le 21 mars 2018, la Commission déclarait ensuite la prise de contrôle exclusif de Monsanto par Bayer compatible avec le marché commun, sous réserve de l'exécution de mesures correctives³⁹⁵, dont les modifications ont été jugées suffisantes le 11 avril suivant³⁹⁶. S'en est suivi un contrôle par ricochet le 30 avril 2018 qui a autorisé la cession par Bayer d'une partie de ses actifs auprès de BASF³⁹⁷.

188. En dépit de leur caractère parfois audacieux³⁹⁸, ces décisions ne sont pas exemptes de critiques, en particulier celle portant sur l'opération *Bayer/Monsanto*. Dans cette décision, les parties ont bénéficié de la « règle de priorité »³⁹⁹. En vertu de ce principe, la Commission doit apprécier dans l'ordre chronologique les opérations qui lui sont notifiées. Aussi Bayer et Monsanto ont-elles bénéficié d'une appréciation du marché qui aurait éventuellement été différente en l'absence de la précédente concentration *Dow/Dupont* : la Commission ne pouvait qu'apprécier l'opération en prenant en compte la réorganisation du marché qui en résultait et intégrer dans son analyse en particulier les mesures correctives qui avaient été souscrites⁴⁰⁰. Dans la mesure où la décision de la Commission aurait probablement été différente en l'absence de cette première opération, l'affaire *Bayer/Monsanto* semble avoir révélé

³⁹³ Commission, 27 mars 2017, *Dow/Dupont*, aff. M.7932, JOUE C353, 20 octobre 2017, p. 9.

³⁹⁴ Commission, 5 avril 2017, *ChemChina/Syngenta*, aff. M.7962, JOUE C186, 10 juin 2017, p. 8.

³⁹⁵ Commission, 21 mars 2018, *Bayer/Monsanto*, aff. M.8084, JOUE C459, 20 décembre 2018, p. 10.

³⁹⁶ Commission, 11 avril 2018, *Bayer/Monsanto*, aff. M.8084.

³⁹⁷ Commission, 30 avril 2018, *BASF/Bayer Divestment Business*, aff. M.8851 ; Commission, 30 avril 2018, « Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, l'acquisition de certaines parties des activités de Bayer Crop Science par BASF », Communiqué de presse, IP/18/3622.

³⁹⁸ L'affaire *Dow/DuPont*, et dans une moindre mesure, l'affaire *Bayer/Monsanto*, sont riches d'enseignements dans le cadre des prises de participations minoritaires susceptibles d'entraîner le contrôle en commun de la cible (en ce sens, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2, §2).

³⁹⁹ Commission, 11 avril 2018, *Bayer/Monsanto*, *préc.*, et spécialement, pt (9).

⁴⁰⁰ La Commission semble d'ailleurs le suggérer dans son communiqué de presse (Commission, 21 mars 2018, « Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, le rachat de Monsanto par Bayer », Communiqué de presse, IP/18/2282).

avec force la possibilité offerte aux groupes d'instrumentaliser le contrôle en organisant la concentration du marché à l'appui de cette règle.

189. Surtout, la Commission a été confrontée à une opinion publique des plus défavorables vis-à-vis de ces opérations et en particulier, à l'égard de celle liant Monsanto à Bayer. Elle impliquait en effet d'un côté, Monsanto, particulièrement connue pour sa commercialisation d'organismes génétiquement modifiés et sa détention de l'autorisation de mise sur le marché des produits de la gamme RoundUp formulés à base de glyphosate. Elle concernait de l'autre, Bayer, qui, entre autres activités, est le deuxième plus important fournisseur mondial de produits phytosanitaires.

190. Aussi cette décision invite-t-elle à s'interroger en premier lieu en ces termes : dénote-t-elle une prise en compte affaiblie du standard du bien-être économique des consommateurs en droit européen des concentrations ?

191. La lettre de l'article 2 du règlement « concentrations » semble appeler une réponse négative : l'opération doit être appréciée au vu du seul risque d'entrave significative à la concurrence qu'elle est susceptible d'induire au sein du marché ou d'une partie substantielle de celui-ci, éventuellement par la création ou le renforcement d'une position dominante. En cela, la Commission est tenue de ne se livrer qu'à une stricte appréciation d'ordre concurrentiel. Davantage, le bien-être économique des consommateurs est régulièrement apprécié par la Commission à l'aune de seuls critères économiques, et non environnementaux ou éthiques, à savoir les prix et la diversité des produits ou services concernés. Or, la Commission a apprécié ces divers éléments et a par ailleurs rappelé dans son communiqué de presse que l'exercice d'une activité phytosanitaire restait soumis au respect d'autres réglementations européennes⁴⁰¹.

192. Il n'en reste pas moins que la question suivante peut en second lieu être posée : convient-il d'en déduire que la notion de bien-être des consommateurs en droit des concentrations est hermétique à toute volonté politique ?

193. Cette déduction semble délicate à admettre pour plusieurs raisons. D'abord, la vocation « humanisante » de cette notion en droit de la concurrence a été soulignée précédemment. Ensuite, dans son discours à propos de cette affaire, Margrethe Vestager a relevé qu'elle permettait le maintien du même nombre d'acteurs sur le marché, dans le but de garantir une liberté de choix aux agriculteurs. Ce maintien

⁴⁰¹ *Ibid.*

serait au demeurant « dans l'intérêt de tous les Européens et de l'environnement »⁴⁰². L'objectif restait néanmoins de justifier fermement cette décision, à l'aune de considérations exclusivement concurrentielles. Les préoccupations d'ordre environnemental que cette opération pouvait éventuellement soulever pour le bien-être des consommateurs et qui avaient été mises en avant par l'opinion publique n'entraient donc pas alors dans l'appréciation de l'opération. Pourtant, ce discours tend à changer : en septembre 2020, Margrethe Vestager a déclaré vouloir que la politique de concurrence européenne, y compris dans le domaine des concentrations, avance « main dans la main » avec les autres politiques de l'Union dans le but d'accomplir le « Pacte vert » européen⁴⁰³. Une consultation publique sur l'avenir de la politique européenne de concurrence publiée un mois plus tard sollicitait pour sa part explicitement des avis sur les liens qui pouvaient unir les concentrations au choix des consommateurs de produits respectueux de l'environnement et sur la contribution du règlement « concentrations » à la mise en œuvre du Pacte vert⁴⁰⁴. Ce Pacte, adopté peu de temps après la « surprise verte » des élections européennes⁴⁰⁵, entendait « relever les défis climatiques et ceux liés à l'environnement, qui constitue une mission majeure de notre génération »⁴⁰⁶. Pour autant, aucune mention n'était faite des concentrations dans le Pacte, les problématiques de concurrence étant seulement évoquées dans le cadre spécifique des aides d'État⁴⁰⁷. Les travaux précités qui ont été publiés ensuite soulignent néanmoins la possibilité d'une extension prochaine de la notion de bien-être des consommateurs aux considérations environnementales. Si cette hypothèse se vérifiait, cette situation tendrait à montrer qu'une coloration politique est effectivement en mesure d'exercer une emprise sur la définition même du bien-être des consommateurs.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ Traduction libre de : « So competition enforcement works best, as a green policy, when it works hand in hand with regulations that make companies bear the cost of the harm that they do. And when we enforce our rules on antitrust and mergers, we defend the competition that helps those green regulations to achieve their goals » (M. Vestager, « *The Green Deal and competition policy* », discours, 22 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/annoncements/green-deal-and-competition-policy_en).

⁴⁰⁴ Commission, « *La politique de concurrence à l'appui du pacte vert pour l'Europe* », consultation publique, 13 octobre 2020, et spécialement, p. 6.

⁴⁰⁵ Selon l'expression de Daniel Boy, directeur de recherche émérite en sciences politiques (D. Boy, « Résultats des Européennes 2019 : la "surprise Verte" », *La Tribune*, 29 mai 2019).

⁴⁰⁶ Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Le pacte vert pour l'Europe* », 11 décembre 2019, COM(2019) 640 final, et spécialement, n°1.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, et spécialement, p. 21.

194. Dès lors, l'importance conférée en droit européen des concentrations à la notion de bien-être économique des consommateurs paraît devoir être relativisée, tant le droit de la concurrence comme le règlement lui-même semblent parfois y inviter. La subjectivité de cette notion peut en soi interroger : si la Commission l'apprécie en termes de prix et de diversité de l'offre, attribuer à tous les consommateurs une même perception de leur bien-être ne s'impose pas plus que la subjectivité des uns et des autres ne saurait faire loi. L'éventuelle appropriation politique de ce concept pourrait néanmoins en justifier une évolution et confirmer en cela, que le droit européen des concentrations puise pour partie sa légitimité dans le discours qui est tenu auprès des consommateurs européens, à l'image de l'expérience américaine.

195. C'est par ailleurs le rôle de protection des structures de la concurrence assigné au contrôle européen des concentrations qu'il convient d'interroger.

2) L'importance relative du modèle structuraliste

196. L'influence du modèle structuraliste dans le règlement « concentrations » peut être relativisée à deux égards : d'une part, dès 1997, le droit européen des concentrations a pour partie été influencé par l'École de Chicago (**a**) et d'autre part, une forme de contrôle plus proche de l'école comportementaliste semble peu à peu l'investir (**b**).

a) L'influence de l'École de Chicago

197. L'influence de l'École de Chicago en droit européen à compter des années 1990 convient d'être analysée, tant ces travaux ont pris le contre-pied des théories structuralistes.

198. Incarnée notamment par les juristes Richard Allen Posner et Robert H. Bork⁴⁰⁸ ainsi que par le Prix Nobel de l'économie George Joseph Stigler, l'École de Chicago proposait en effet de renverser l'ancien modèle SCP : ses auteurs ont en particulier estimé que la structure entière du marché serait dépendante des performances des entreprises et que le marché serait capable d'autorégulation. Selon eux, un taux élevé de concentration sur le marché révélerait ainsi l'efficacité des firmes et n'entraînerait

⁴⁰⁸ V. not., R. H. Bork, « The Rule of Reason and the Per Se Concept : Price Fixing and Market Division », *The Yale Law Journal*, 1965, vol. 74, no. 5, p. 775 ; R. H. Bork, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, Simon & Schuster, 1993, 479 p. et pour une réponse donnée à cet ouvrage : P. H. Brietzke, « Robert Bork, The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself », *Valparaiso University Law Review*, 1979, vol. 13, no. 2, p. 403.

pas de coûts supplémentaires pour elles ⁴⁰⁹. S'agissant plus précisément des concentrations, celles-ci ne sont pas perçues comme pouvant causer des effets néfastes sur la concurrence dans la mesure où elles risqueraient peu d'entraver l'entrée de nouveaux concurrents et le développement des innovations⁴¹⁰. Dès lors, le droit de la concurrence devrait se limiter à sanctionner les seuls comportements qui empêchent la libre fixation des prix et contreviennent à l'objectif d'efficacité du marché⁴¹¹.

199. Aux États-Unis, leurs travaux ont certes eu un retentissement nettement plus prononcé qu'au sein de l'Union. Après la chasse aux *trusts* nord-américaine, l'influence de cette École⁴¹² a en effet conduit les autorités nord-américaines à modérer de manière drastique leur sévérité à l'égard de ces opérations entre la fin des années 1970 et le début des années 1990⁴¹³. De nombreuses illustrations attestent de la popularité de cette École aux États-Unis, qu'il s'agisse des nominations successives de ses auteurs à des postes clés de la politique nord-américaine de concurrence⁴¹⁴ ; des révisions des Merger Guidelines en 1984⁴¹⁵ puis en 1997⁴¹⁶ qui ont

⁴⁰⁹ V. not., Y. Brozen, « A. Economists's views - The concentration-collusion doctrine », *Antitrust law journal*, 1977, vol. 46, no. 3, p. 826 ; H. Demsetz, « Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy », *The Journal of Law and Economics*, 1973, vol. 16, no. 1, p. 1 ; W. J. Baumol, « Contestable markets : An Uprising in The Theory of Industry Structure », *The American Economic Review*, 1982, vol. 72, no.1, p. 1 ; S. Peltzman, « The gains and Losses From Industrial Concentration », *The Journal of Law and Economics*, 1977, vol. 20, no. 2, p. 229.

⁴¹⁰ W.J. Baumol, « Contestable markets : An Uprising in The Theory of Industry Structure », *art. préc.*

⁴¹¹ D. J. Gerber, « Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence », p. 107 et s., et spécialement, pp. 111-112 in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, 486 p.

⁴¹² T. J. Muris, « How history Informs Practice – Understanding the Development of Modern U.S. Competition Policy. Prepared Remarks of Timothy J. Muris Chairman Federal Commission Before American Bar Association. Antitrust Section Fall Forum. », 19 novembre 2003, 58 p. et spécialement, pp. 5-6, disponible à l'adresse suivante : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/how-history-informs-practice-understanding-development-modern-u.s.competition-policy/murisfallaba.pdf.

⁴¹³ *Ibid.*, et spécialement, pp. 52-55.

⁴¹⁴ Posner a été nommé à la Cour d'appel fédérale pour le septième circuit (R. D. Cudahy, « Judge Posner through Dissenting Eyes », *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 2000, vol. 17, issue 1, 41 p. et spécialement, p. 1), William Baxter a occupé les fonctions d'*Assistant Attorney General for Antitrust* notamment lors de l'affaire IBM qui a fait l'objet d'un abandon des poursuites alors que la Commission de son côté suspectait des pratiques d'accaparement du marché (L. Kerjan, « Antitrust laws : the IBM and AT&T cases », *Revue Française d'Études Américaines*, 1988, n°35, p. 89 et spécialement, p. 96 ; B. D. Wood, « The politics of U.S. Antitrust Regulation », *American Journal of Political Science*, 1993, vol. 37, n°1, p. 1) et James C. Miller a siégé à la FTC (W. E. Kovacic, « Reagan's judicial appointees and antitrust in the 1990s », *Fordham Law Review*, vol. 60, no. 1, 1991, p. 49).

⁴¹⁵ *Mergers guidelines*, 1984, art. 3-5. Une première révision d'ampleur des *guidelines* avait été réalisée en 1982, notamment sous l'impulsion du Hart-Scott-Rodino Act (K. Bradish et L. Brannon, « The Revised Horizontal Merger Guidelines : Can the Courts Be Persuaded ? », *theantitrustsource*, octobre 2010, p. 1

consacré les gains d'efficacité en droit des concentrations alors qu'ils ont été proposés par l'un des membres de cette École, l'économiste Oliver E. Williamson⁴¹⁷ ; de la première défaite du gouvernement dans l'affaire emblématique *General Dynamics Corp*⁴¹⁸ ; de l'affaire *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania Inc.*⁴¹⁹ qui, si elle ne concernait pas une opération de concentration, a néanmoins conduit le juge à citer quatorze fois la pensée de Posner, etc. Surtout, l'apogée de l'École de Chicago s'est accompagnée d'un effondrement du nombre de décisions d'interdiction des opérations de concentration prononcées par la FTC. Entre 1977 et 1983, la FTC a ainsi obtenu gain de cause huit fois seulement sur les vingt-deux affaires soumises à la Cour suprême dans le domaine des concentrations⁴²⁰. Cette tendance s'est par la suite confirmée sous l'impulsion de l'administration Reagan, au cours des années 1980-1990⁴²¹.

200. L'engouement pour cette École n'a certes pas été le même au sein de l'Union. Un discours de Karel Van Miert, alors Commissaire à la concurrence, en témoigne notamment⁴²².

et spécialement, p. 2 citant J. Sims et D. P. Herman, « The Effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice », 65 *Antitrust L.* 865, 866 (1996) selon lequel, vingt ans après l'adoption de l'Act, seules 22% des décisions de contrôle des autorités américaines en matière de concentrations ont fait l'objet d'un recours, alors que les statistiques s'élevaient à 50% pour la décennie précédant son adoption ; v. aussi, T. G. Wollmann, « Stealth Consolidation : Evidence an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act », *Chicago Booth Working Paper*, 2018, p. 77 et spécialement, p. 78).

⁴¹⁶ Ce qui n'a pas été modifié par la révision de 2010 (J. E. Stone et J. D. Wright, « The Sound of One Hand Clapping : the 2010 Merger Guidelines and the Challenge of Judicial Adoption », *Review of industrial organization*, 2011, vol. 39, n°1/2, p. 145, et spécialement, p. 152).

⁴¹⁷ O. E. Williamson, « Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Tradeoffs », *The American Economic Review*, 1968, vol. 58, no. 1, p. 18.

⁴¹⁸ *U.S. Supreme Court*, 19 mars 1974, *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486 ; Une Cour d'appel fédérale reprit, en 1990, les travaux de l'École de Chicago en estimant qu'il revient au gouvernement de prouver que les entreprises en cause sont en position dominante ou que l'opération risque de causer ultérieurement des effets anticoncurrentiels (*U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit*, 6 juillet 1990, *United States v. Baker Hughes Inc., Eimco Secoma, S.A., and Oy Tampella AB*, 908 F.2d 981).

⁴¹⁹ *U.S. Supreme Court*, 23 juin 1977, *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 360 ; W. E. Kovacic et C. Shapiro, « Antitrust Policy : A Century of Economic and Legal Thinking », », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, no. 1, 2000, p. 43, et spécialement, p. 53.

⁴²⁰ T. J. Muris, « How history Informs Practice – Understanding the Development of Modern U.S. Competition Policy. Prepared Remarks of Timothy J. Muris Chairman Federal Commission Before American Bar Association. Antitrust Section Fall Forum. », *art. préc.*, et spécialement, p.16 citant Carol T. Crawford et al., *Federal Trade Commission Law Enforcement in the 1980s: A Progress Report on the First Three Years of the Reagan Administration Leadership October 1981 to October 1984*, 41 (Oct. 1984).

⁴²¹ W. E. Kovacic, « Reagan's judicial appointees and antitrust in the 1990s », *art. préc.*

⁴²² Cette citation semble éloquent : « L'École ultra-libérale de Chicago a soutenu la thèse qu'il est préférable de confier la politique de la concurrence au marché lui-même. Son slogan était : faites confiance aux marchés, non aux gouvernements ! Le marché comme institution divine en quelque

201. Le Professeur Laurence Boy⁴²³ a néanmoins montré que le mouvement de modernisation et de décentralisation du droit européen de la concurrence initié au début des années 2000 a conduit à ne sanctionner que les comportements portant le plus atteinte à l'efficacité économique, ce qui induit un rapprochement certain de ces règles avec les travaux de Posner notamment.

202. Depuis 1997, la réception d'une partie des travaux de l'École de Chicago semble acquise en droit européen des concentrations, en particulier au vu de l'un des tests auxquels la Commission recourt lors de la délimitation du marché pertinent. Dans sa communication sur la définition du marché en cause en droit des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles, la Commission a en effet retenu le test *Small but Significant Non-transitory Increase in Prices* (« SSNIP »). Par ce test, la Commission apprécie les augmentations de prix significatives et non transitoires auxquelles se livrerait un monopoleur hypothétique : il vise plus précisément à déterminer si l'entreprise est en position d'augmenter légèrement mais de manière permanente (de 5 à 10%) ses prix et si les consommateurs sont en mesure, en pareil cas, de se tourner vers des produits de substitution. Si les consommateurs parviennent à substituer les produits, ceux-ci sont intégrés dans l'analyse et ce, jusqu'à ce que ce ne soit plus possible afin de déterminer le marché en cause⁴²⁴. Les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché dans le cadre des réseaux et des services de communications électroniques de 2018, qui concernent également le contrôle des concentrations, citent pour leur part explicitement le test SSNIP⁴²⁵. Introduit une première fois dans les Merger Guidelines nord-américaines de 1982, ce test a certes été initialement développé par des auteurs membres de la nouvelle École de Harvard : Phillip. E.

sorte. L'École de Chicago feint d'ignorer que l'histoire économique nous apprend tous les jours que les entreprises dominantes se laissent sans cesse tenter d'abuser de leur position de pouvoir. Elle semble également ignorer que l'expérience nous prouve que des pratiques qui faussent la concurrence sont monnaie courante. Mais il est vrai également que les autorités publiques elles-mêmes se mêlent très souvent de façon abusive de la vie économique et faussent ainsi à grande échelle le jeu de la concurrence » (K. Van Miert, *Le Marché et le Pouvoir : souvenirs d'un Commissaire européen*, éd. Racine, Bruxelles, 2000, 278 p. et spécialement, p. 40).

⁴²³ L. Boy, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RIDE*, 2005, n°1, p. 27 et spécialement, p. 32.

⁴²⁴ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 97/C 372/03, *JOCE* C392, 09 décembre 1997, p. 5, pts 17 et 18.

⁴²⁵ Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2018/C 159/01, *JOUE* C159, 7 mai 2018, p. 1, pts 29 et s.

Areeda et Donald F. Turner, à l'appui des travaux du juriste Lawrence A. Sullivan⁴²⁶. Cependant, l'étude a précédemment montré que cette École avait pris ses distances avec le modèle structuraliste. Également, Posner a salué les travaux d'Areeda et Turner et enrichi à son tour le test du monopoleur hypothétique. Baxter, pour sa part, a été l'un des rédacteurs du brouillon de la révision des Guidelines de 1982 après avoir pris soin de relier le test du monopoleur hypothétique à celui de l'élasticité croisée de l'offre et de la demande. Ces éléments ont finalement conduit à rattacher les théories de la nouvelle École structuraliste en général, et le test du monopoleur hypothétique en particulier, à l'École de Chicago⁴²⁷.

203. De même, la méfiance historique que les structuralistes éprouvaient à l'égard des entreprises dotées d'un important pouvoir de marché paraît devoir être nuancée au vu de l'*a priori* positif du contrôle des concentrations à l'égard de ces opérations⁴²⁸ et de la consécration en 2004 des gains d'efficacité développés par Williamson. Parce qu'ils permettent aux groupes de faire valoir les bienfaits de leur opération, ces gains peuvent être vus comme l'un des signes de l'objectif de maintien de la compétitivité poursuivi par le règlement « concentrations ». L'étude envisage par conséquent cet aspect dans le second paragraphe.

204. Quoi qu'il en soit, la dimension structuraliste du contrôle des concentrations convient par ailleurs d'être relativisée au vu de la frontière parfois perméable qui la sépare du contrôle des comportements.

b) La faiblesse de la distinction entre le contrôle des structures et le contrôle des comportements

205. Nous avons précédemment relevé que l'influence exercée par la doctrine comportementaliste n'avait pas amené la Commission à se détourner du standard structuraliste de l'IHH pour apprécier le degré de concentration sur le marché lors du contrôle. Relevons néanmoins que les comportementalistes considéraient que les comportements des entreprises adoptés après la réalisation de l'opération peuvent

⁴²⁶ G. J. Werden, « The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of Hypothetical Monopolist Paradigm », 4 juin 2002, disponible à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11256.pdf>.

⁴²⁷ *Ibid.*, et spécialement, p. 3 et p. 5 ; W. E., Kovacic, « The intellectual DNA of modern U/S/ competition Law for dominant firm conduct : the Chicago/Harvard double helix », *Columbia Business Law Review*, 2007, vol. 2007, n°1, p. 1 et spécialement, pp. 13, 14, 28 et s.

⁴²⁸ Comme l'étude le montre plus tard, la plupart des décisions en droit des concentrations se solde par une autorisation de l'opération, accompagnée ou non de mesures correctives. Le règlement « concentrations » n'oublie pas non plus par ailleurs que les opérations qui en constituent l'objet servent la compétitivité de l'industrie européenne (v. *Infra*, Chapitre préliminaire, Section 2, §2).

affecter les structures du marché. Ils ont ainsi contribué au développement des engagements comportementaux sous l'empire du règlement « concentrations »⁴²⁹.

206. Plus généralement, la distinction entre le contrôle des structures assigné au droit des concentrations et au contrôle des comportements attribué au droit des pratiques anticoncurrentielles paraît avoir montré ses limites, en particulier en présence de la création d'une entreprise commune et d'une opération intragroupe. Cette question intéresse cependant davantage les définitions que le règlement confère au contrôle matériel de la cible et sera par conséquent envisagée dans la seconde partie de l'étude⁴³⁰.

207. Également, l'attention portée aux comportements des entreprises une fois l'opération réalisée paraît avoir justifié par ailleurs que l'adoption d'un contrôle *ex post* des concentrations ait été particulièrement discutée ces dernières années. Dans la mesure où cette question interroge l'éventuel renforcement du contrôle institutionnel de l'opération, celle-ci est également envisagée dans la seconde partie de l'étude⁴³¹.

208. Dans tous les cas, l'importance alléguée, tant de l'objectif de préservation des structures du marché que de celui du bien-être des consommateurs, est discutable en droit européen des concentrations. Les Traités accordent des rôles ambivalents à ces notions quand ils ne les ignorent tout simplement pas. Le caractère plastique de la notion de bien-être des consommateurs permet par ailleurs à ce concept de s'adapter à l'évolution du droit des concentrations, sinon du droit de la concurrence dans son ensemble. Le structuralisme gouvernant le contrôle des concentrations paraît quant à lui avoir été quelque peu affaibli dans son principe par le règlement « concentrations ». Il semble néanmoins à même d'enfermer parfois le contrôle dans des catégories par trop rigides⁴³².

209. Le fait que ces objectifs aient vocation à encadrer le contrôle européen des concentrations de manière modérée explique par ailleurs que celui-ci octroie une certaine place à la compétitivité de l'industrie européenne.

⁴²⁹ Le principe des engagements avait été accueilli dans le règlement (CE) n°4064/89 (art. 8, 2., al. 2).

⁴³⁰ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1.

⁴³¹ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre II.

⁴³² V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I.

Paragraphe 2 : Une prise en compte latente de la compétitivité des groupes au sein de l'Union

210. Considérer que le contrôle des concentrations repose sur la méfiance européenne à l'égard des groupes dotés d'un important pouvoir de marché présente le risque d'admettre qu'il constitue une entrave à leur développement et partant, à leur compétitivité.

211. L'examen des statistiques en droit européen des concentrations pourrait en soi suffire à contester cette analyse : la Commission a autorisé près de sept mille concentrations en phase I sur environ huit mille opérations qui lui ont été notifiées depuis l'adoption du règlement (CE) n°4064/89. Elle n'en a, de surcroît, interdit que trente d'entre elles⁴³³.

212. Cet *a priori* positif sur les opérations de concentration s'explique par une partie des objectifs qu'il poursuit : depuis que l'Union a commencé à s'intéresser à ces opérations, elle s'est attachée à veiller au maintien de la compétitivité de l'industrie européenne. Cette finalité est par conséquent historique (A.) et elle se vérifie depuis l'adoption du règlement « concentrations » (B.).

A. Une finalité historique

213. L'intérêt que les opérations de concentration représentent pour la compétitivité européenne a non seulement trouvé écho dans les Traités européens de la première moitié du XX^{ème} siècle (1) mais aussi à compter de l'adoption d'un premier corps de règles autonomes en la matière (2).

1) Une finalité facilitée par le Traité de Paris et le Traité de Rome

214. Alors que le Traité de Paris prévoyait la création d'un premier contrôle des concentrations, l'intervention de l'ancêtre de la Commission, la Haute Autorité, a finalement consisté à en faciliter la conclusion pour encourager le mouvement de reconstruction industrielle lancé par les États membres (a). Dans la mesure où elles se sont apparentées à un outil au service du décloisonnement des marchés nationaux, les concentrations ont aussi été encouragées par l'effet du Traité de Rome (b)).

⁴³³ v. Statistiques de la Commission européenne relative au contrôle des concentrations, disponible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

a) Des concentrations encouragées à l'époque du Traité de Paris

215. L'enjeu pour la CECA au sortir de la guerre était de s'assurer que tout autre conflit armé entre la France et l'Allemagne devienne « non seulement impensable, mais matériellement impossible »⁴³⁴. Aussi s'agissait-il de transformer les belligérants en commerçants véritables⁴³⁵.

216. Dès l'adoption du Traité de Paris néanmoins, la tâche assignée à la Communauté présentait une certaine complexité dans la mesure où il s'agissait d'un côté, de préserver une certaine concurrence pour parvenir à une offre composée de prix bas⁴³⁶ et de l'autre, de développer la compétitivité de l'Union⁴³⁷. Dès lors, il a été admis que ces objectifs, sans être pleinement antagonistes, ne pouvaient être « tous, en toutes circonstances, et dans leur intégralité, simultanément poursuivis »⁴³⁸. La Haute Autorité a alors eu pour rôle d'user d'un « véritable pouvoir discrétionnaire » dans le domaine économique pour faire valoir l'un ou l'autre des buts de l'article 3 du Traité⁴³⁹.

217. La première forme de contrôle des concentrations à l'échelle européenne est par conséquent née dans un contexte qui appelait déjà la Commission à jouer les équilibristes. Aux termes de l'article 66 dudit Traité, la Haute Autorité était seule compétente pour autoriser une concentration d'entreprises sidérurgiques ou charbonnières, qu'elle ait été réalisée « par fusion, acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs, prêt, contrat ou tout autre moyen de contrôle ».

218. Contrôler des opérations qui auraient pu contribuer au développement de la compétitivité européenne allait certes de soi. D'une part, il s'apparentait à une traduction de l'article 5 du Traité, lequel, poursuivant le mouvement initié par l'article 3, imposait à la Communauté d'assurer « l'établissement, le maintien et le respect de conditions normales de concurrence ». D'autre part, la CECA avait été pensée comme un instrument au service de la paix entre États et il était impératif, pour cette raison, de maîtriser les entreprises capables de nourrir l'effort de guerre.

⁴³⁴ Déclaration de R. Schuman, 9 mai 1950.

⁴³⁵ A-M. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *Arch. phil. droit* 40, 1995, p. 286.

⁴³⁶ Le Traité de Paris assignait notamment à la Communauté l'objectif de « veiller à l'établissement des prix les plus bas » (Traité de Paris, art. 3, c)).

⁴³⁷ Le Traité de Paris assignait par ailleurs à la Communauté le but de « veiller au maintien de conditions incitant les entreprises à développer et à améliorer leur potentiel de production » (Traité de Paris, art. 3, d)).

⁴³⁸ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. 10/56, *Rec.* 1958, p.51 et spécialement, p. 81.

⁴³⁹ *Ibid.*

219. Le contrôle édicté par l'article 66 n'a cependant pas entravé la compétitivité européenne. Au contraire, sous son empire, ces opérations ont été encouragées. La Haute Autorité a certes apprécié quelques opérations chaque année en vertu de cet article 66, mais il s'agissait le plus souvent de les autoriser de manière expéditive⁴⁴⁰. La politique européenne de concurrence de l'époque se caractérise ainsi par un certain paradoxe⁴⁴¹ : tandis que les cartels étaient sanctionnés en raison du risque monopolistique qu'ils suscitaient, les concentrations étaient le plus souvent considérées comme favorables pour le marché.

220. Les États membres souhaitaient en effet que ces opérations soient autorisées dans un souci de reconstruction nationale⁴⁴² et ce, d'autant que la Commission avait su faciliter en 1970⁴⁴³ les aides d'État favorables aux concentrations dans le secteur de l'industrie houillère⁴⁴⁴.

221. Les débuts du contrôle se sont ainsi caractérisés par les efforts de la Commission en faveur de la protection de l'industrie européenne. Divers exemples paraissent en attester. Avant le début de la crise charbonnière de la CECA des années 1960, la Commission autorisait généralement des concentrations de faible envergure, représentant moins de 5% de la production totale. En réaction à cette crise néanmoins, elle a autorisé en 1967 une opération entre cinq entreprises belges qui représentaient 48% de la production et deux ans plus tard, une concentration en RFA de vingt-trois sociétés contrôlant 90% de la production allemande, soit 60% de la production totale du marché commun⁴⁴⁵. Encore, l'article 66 ne semblait pas à même d'offrir une base légale suffisante à l'exercice d'un contrôle efficace des concentrations. Alors que cette disposition prévoyait que la Haute Autorité établisse un règlement en la matière après consultation du Conseil, celui-ci n'a été adopté

⁴⁴⁰ L'examen des rapports sur l'activité de la Communauté ou la politique de concurrence (le premier consacré à cette seule thématique ayant porté sur l'année 1971) dans le domaine des concentrations avant l'adoption du premier règlement en la matière en atteste. V. not. Haute Autorité, « *Quatrième rapport général sur l'activité de la Communauté. 11 avril 1955 – 8 avril 1956.* », 8 avril 1956, et spécialement §142 ; ou encore, dix ans plus tard, Haute Autorité, « *Quatorzième rapport général sur l'activité de la Communauté. 1^{er} février 1965 – 31 janvier 1966.* », 31 janvier 1966, et spécialement le tableau 43 (p. 202).

⁴⁴¹ A. Marchal, « Progrès technique et concurrence dans la Communauté Économique Européenne », *Revue économique*, 1961, no. 12-6, p. 849.

⁴⁴² D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante.*, éd. Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruxelles, 2013, 1522 p., et spécialement, §61.

⁴⁴³ Commission, 22 décembre 1970, *décision relative au régime communautaire des interventions des États membres en faveur de l'industrie houillère*, aff. n°3/71/CECA, JOCE L3, 5 janvier 1971, p. 7.

⁴⁴⁴ Une houillère étant un lieu d'extraction du charbon.

⁴⁴⁵ C. Blumann, *Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Rép. eur., décembre 1992, et spécialement, §62.

qu'en 1989. Dès lors, aucun texte n'édicteait les modalités de la méthode d'appréciation adoptée par la Haute Autorité, les motifs d'intérêt général susceptibles de conduire à une autorisation de l'opération ou encore les aménagements éventuels auxquels les parties devaient se résoudre pour voir leur opération autorisée⁴⁴⁶.

222. Cette exclusion de fait des concentrations du champ d'application du droit européen de la concurrence était aussi renforcée par l'article 33 du Traité qui interdisait à la Cour, saisie en annulation, de se prononcer sur l'appréciation des circonstances économiques réalisée par la Haute Autorité sauf « détournement de pouvoir » ou méconnaissance « patente » de la règle de droit. Si la Cour a pu estimer que rien, dans le Traité, ne s'opposait à ce que la Haute Autorité lutte contre les effets d'une concentration ou d'une entente, le rôle du juge européen confronté à une appréciation de faits économiques se limitait à une application littérale du texte, l'apport d'une preuve complète n'étant cependant pas exigé⁴⁴⁷. Le juge européen préférait ainsi, lorsqu'il était confronté à une opération de concentration, se référer aux pouvoirs de réglementation des prix confiés à la Haute Autorité pour trancher le litige qui lui était soumis⁴⁴⁸.

223. L'adoption du Traité de Rome six ans plus tard a confirmé la nécessité d'encourager ces opérations.

b) Des concentrations encouragées à l'époque du Traité de Rome établissant la CEE

224. En raison notamment de l'influence de l'ordolibéralisme, le Traité de Rome établissant la CEE tentait de parvenir à un équilibre entre libertés et règles économiques en 1957. S'il a intégré les articles 85 et 86 pour lutter contre les ententes et abus de position dominante, l'intégralité du dispositif européen propre aux concentrations figurait toujours à l'article 66 du Traité de Paris.

225. Le choix d'ignorer les concentrations dans le Traité de Rome se justifiait ainsi : dans la mesure où il s'agissait de créer un marché plus large que celui des seuls

⁴⁴⁶ Ce qui conduira la Commission en 1988 à menacer de frapper d'interdiction une opération de rachat d'Irish Distillers par un consortium de producteurs de spiritueux britanniques. Elle parvint, par ce biais, à obtenir du consortium l'engagement de procéder à diverses cessions et autorisa finalement l'opération sous cette condition (Commission, 17 août 1988, *Irish Distillers Group c/ GC & C Brands Ltd*, Communiqué de presse, IP/88/512).

⁴⁴⁷ CJCE, 21 mars 1955, *Pays-Bas c/ Haute Autorité*, aff. 6/54, Rec. 1954, p. 201.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, et spécialement, p. 222.

charbon et acier, il devenait, cette fois, explicitement nécessaire d'encourager les regroupements d'entreprises⁴⁴⁹. Peu à peu, le rapprochement des entreprises par-delà les frontières nationales est devenu un instrument qui permettrait de renforcer la solidarité naissante dans l'Europe des Six⁴⁵⁰. À la fin de l'année 1960, la nouvelle « Commission »⁴⁵¹ a en particulier tenté de déclencher la procédure de révision mineure édictée par les alinéas 3 et 4 de l'article 95 du Traité CEE dans le but d'adoucir le régime propre aux concentrations. Cette procédure nécessitait néanmoins, en plus de l'accord du Conseil statuant à la majorité des cinq sixièmes, l'aval de la Cour, puis celui de l'Assemblée. Or, la Cour s'y est opposée⁴⁵². L'influence des « groupes de pression », d'origine notamment privée, a aussi été vue comme un obstacle à l'instauration d'un contrôle capable de lutter contre une éventuelle « Europe des trusts », héritière de l'expérience américaine⁴⁵³. Aussi le Traité de Rome ambitionnait-il d'établir un marché « limité par des interventions qui lui donneraient une chance d'être moralement acceptable et politiquement accepté »⁴⁵⁴.

226. Le Traité de Rome a cependant permis d'accroître quelque peu les pouvoirs du juge face au marché et confié la coordination des politiques économiques à un Conseil, composé d'un représentant de chaque État⁴⁵⁵. Les limitations explicites des pouvoirs de la CJCE face aux décisions de la Commission ont en effet disparu du Traité⁴⁵⁶. Le juge a cependant rapidement considéré que l'exercice des pouvoirs de la Commission en droit de la concurrence impliquait des appréciations économiques complexes et dès lors, que son rôle devait se limiter à un contrôle juridictionnel de la matérialité des faits et des qualifications juridiques retenues par la Commission⁴⁵⁷.

227. Quoi qu'il en soit, le développement sans filet des opérations de concentration a rapidement montré ses limites et en particulier, ses risques pour la compétitivité européenne. Les chocs pétroliers de 1973 et 1979 ont en effet causé des difficultés

⁴⁴⁹ C. Prieto, *Fasc. 1440 : Abus de position dominante*, JCI Europe Traité, février 2018, et spécialement, §3 ; D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante.*, op. cit., et spécialement, §174.

⁴⁵⁰ A. Marchal, « De quelques faux dogmes en matière d'organisation européenne », *Revue économique*, no. 11-5, 1960, p. 673.

⁴⁵¹ Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE), art. 155 et s.

⁴⁵² C. Blumann, *Communauté européenne du charbon et de l'acier*, préc., et spécialement, §103.

⁴⁵³ A. Marchal, « De quelques faux dogmes en matière d'organisation européenne », art. préc.

⁴⁵⁴ J. Rueff, « Introduction : Une mutation dans les structures politiques : le marché institutionnel des communautés européennes », *Revue d'économie politique*, 9-10 février 1958, p. 1.

⁴⁵⁵ Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE), art. 145 et s.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, art. 164 et s.

⁴⁵⁷ CJCE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission* (« Consten et Grundig »), aff. jtes 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 429.

économiques considérables à de nombreuses entreprises européennes qui se sont vues rachetées par des entreprises dominantes. À partir de 1983, les concentrations se sont multipliées dans le but de faire face à une augmentation croissante des barrières à l'entrée sur le marché. En d'autres termes, les difficultés économiques ont appelé des concentrations, puis les concentrations en ont appelé de nouvelles. Aussi, une vague de concentration industrielle a enseveli le marché commun dans les années 1980. Tandis qu'en 1982, seules trente-huit opérations communautaires étaient recensées sur l'année par la Commission, leur nombre s'est ainsi élevé à cent quarante-six pour la seule année 1988. Pour les opérations de dimension nationale, le bilan était identique : alors que cinquante-neuf opérations étaient recensées en 1982, l'année 1988 en vit fleurir trois cent vingt-et-une⁴⁵⁸.

228. L'ensemble de ces éléments, ajouté à une jurisprudence qui peinait à appréhender ces opérations à l'aide du seul droit des pratiques anticoncurrentielles, a fini par convaincre les États d'apaiser leurs divergences et de convenir de l'adoption d'un contrôle européen des concentrations à part entière en 1989.

2) Une finalité poursuivie par le règlement (CE) n°4064/89

229. Les réticences manifestées par les États avant l'adoption du règlement (CE) n°4064/89 à l'égard de la création d'un plein contrôle des concentrations ont eu pour conséquence que ce règlement repose sur un équilibre relativement précaire.

230. Dans son Rapport sur la politique de concurrence portant sur l'année de l'entrée en vigueur du règlement, la Commission a ainsi décrit les objectifs du contrôle consacrés par le règlement, à savoir, non seulement la création du marché commun et le maintien d'une concurrence non-faussée mais aussi la préservation de la compétitivité européenne. Elle relevait en effet que les opérations de concentration pouvaient tant desservir la construction du marché commun lorsqu'elles étaient la traduction de « réactions défensives et négatives des entreprises au processus d'ouverture suscité par l'achèvement du marché intérieur »⁴⁵⁹, que la servir puisqu'elles peuvent « être un moyen important par lequel les entreprises réagissent de manière positive à la construction du marché intérieur, parce que, pour autant qu'il n'y ait pas création ou renforcement de positions

⁴⁵⁸ Données issues des rapports annuels de la Commission sur la politique de concurrence ; v. aussi J. Vandamme et E. Simons, « Le contrôle des concentrations dans la Communauté européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1990, 1998/28, n°1293, p. 1.

⁴⁵⁹ Commission, « *Vingtième rapport sur la politique de concurrence. 1990.* », 1991 et spécialement, p.11.

dominantes, ces concentrations facilitent une meilleure interpénétration des marchés géographiques qui, auparavant, n'auraient peut-être pas été soumis à la concurrence des autres États membres »⁴⁶⁰.

231. Alors que la Commission avait fini par multiplier les tentatives en faveur de l'établissement d'un contrôle des concentrations, d'abord avec le memorandum de 1965, puis avec la proposition de règlement de 1973 et ses révisions consécutives, l'adoption finale du règlement (CE) n°4064/89 ne paraît avoir éteint toutes les craintes qu'elle pouvait éprouver vis-à-vis d'une éventuelle nouvelle résistance des États membres. Aussi a-t-elle rapidement acté l'interdépendance entre le maintien d'une concurrence sur le marché et celui de la compétitivité.

232. Elle a ainsi pu affirmer deux ans après l'adoption du règlement que « le contrôle des concentrations doit avoir pour *objectif essentiel le maintien d'une structure de marché concurrentielle* dans la Communauté, *condition sine qua non du renforcement de la compétitivité de l'industrie communautaire* »⁴⁶¹. Aussi a-t-elle rapidement posé le principe selon lequel une opération qui ne suscite pas de préoccupation concurrentielle doit être autorisée par la Commission dans la mesure où elle « contribu[e] à la restructuration de l'économie »⁴⁶².

233. Davantage, sa pratique décisionnelle de l'époque paraît s'être caractérisée parfois par une certaine prudence et une certaine indulgence en faveur des champions européens de l'époque. Elle a en particulier pris ses distances avec l'idéal de concurrence pure et parfaite trois ans après l'entrée en vigueur du règlement en autorisant la réalisation d'une opération alors que les produits étaient hétérogènes à défaut d'être parfaitement substituables⁴⁶³ et que le nombre d'acteurs restant à l'issue de l'opération risquait d'être faible, puisqu'elle permettait aux parties de bénéficier

⁴⁶⁰ *Ibid.*, et spécialement, p. 16.

⁴⁶¹ Nous soulignons ; Commission, « *Vingt-deuxième rapport sur la politique de concurrence. 1992.* », 1993, et spécialement, p. 26.

⁴⁶² Commission, « *Vingt-troisième rapport sur la politique de la concurrence. 1993.* », 1994 et spécialement, p. 24.

⁴⁶³ Commission, 8 septembre 1993, *Rhône Poulenc/SNIA II*, aff. M.355, JOCE C272, 8 octobre 1993, p. 6, et spécialement, pts 16 et 17 ; confirmant avec force la première décision Rhône-Poulenc/SNIA où l'opération avait été autorisée alors que l'entité issue de l'opération allait détenir entre 40 et 50% des parts du marché concerné mais où elle était confrontée à d'importants concurrents détenant 20 à 30% des parts de marché ainsi qu'à une forte concurrence potentielle (Commission, 10 août 1992, *Rhône-Poulenc/SNIA*, aff. M.206, JOCE C212, 18 août 1992, p. 23 ; v. not., S. Poillot-Peruzzetto, *Concentration*, Rép. eur., mars 2010, et spécialement, §256).

de 66% des parts du marché concerné et aux concurrents, de n'en avoir, tout au plus, que 10%⁴⁶⁴.

234. Ce souci pour la compétitivité européenne s'entend d'autant plus que la Communauté se dotait, de manière quasi-concomitante, d'un outil au service de la mobilité des entreprises au sein du marché. La première directive relative à la fiscalité de certaines opérations de concentration transfrontalières du 23 juillet 1990⁴⁶⁵ avait ainsi pour objectif de lever les barrières fiscales dans la mesure où ces opérations « peuvent être nécessaires pour créer dans la Communauté des conditions analogues à celles d'un marché intérieur et pour assurer ainsi l'établissement et le bon fonctionnement du marché commun »⁴⁶⁶. L'efficacité de cette directive est toutefois restée limitée, ainsi qu'en témoigne la première fusion transfrontalière au sein de la Communauté⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Commission, 8 septembre 1993, *Rhône Poulenc/SNIA II, préc.*, et spécialement, pt. 23.

⁴⁶⁵ Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, *JOCE* L225, 20 août 1990, p. 1. Elle sera abrogée et remplacée par la directive 2009/133/CE (directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre *JOUE* L310, 25 novembre 2009, p. 34).

⁴⁶⁶ Directive 90/434/CEE, §1.

⁴⁶⁷ Elle a eu lieu au lendemain de la construction du marché bancaire unique le 1^{er} janvier 1993, telle qu'issue des directives 77/780/CEE (première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE* L322, 17 décembre 1977, p. 30 ; qui sera modifiée par les directives 85/345/CEE du Conseil, 86/137/CEE du Conseil, 86/524/CEE du Conseil, 89/646/CEE du Conseil, 95/26/CE du Parlement européen et du Conseil, 96/13/CE du Conseil et 98/33/CE du Parlement européen et du Conseil ; puis abrogée par la directive 2000/12/CE, qui sera modifiée par les directives 2000/28/CE, 2004/39/CE, 2004/69/CE ; puis abrogée par la directive 2006/48/CE, laquelle a été abrogée par la directive 2013/36/UE) et 89/646/CEE (deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, *JOCE* L386, 30 décembre 1989, p. 1 ; modifiée par les directives 92/30/CE du Conseil et 95/26/CE ; puis abrogée par la directive 2000/12/CE [modifications et abrogations successives – *ibid.*]). Elle a été réalisée par la banque de droit anglais Barclay Bank PLC ainsi que par sa filiale française Barclay Bank SA. En l'état, la directive 90/434/CEE était inapplicable. Son article 2, a) définissait en effet la fusion comme l'opération par laquelle : « une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement, à une autre société préexistante, moyennant l'attribution à leurs associés de titres représentatifs du capital social de l'autre société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces titres », celle-ci étant également constituée lorsqu'une filiale agit de même au profit de sa société mère. Or, le droit anglais ignorait la transmission universelle de patrimoine au sens de la directive : tout en admettant que les éléments d'actif soient transférés en pareille hypothèse, il déniait tout effet similaire pour les éléments de passif. La pratique contourna cette difficulté, tout en

235. Aussi les concentrations ont-elles été envisagées, y compris quand elles étaient contrôlables, comme un outil de compétitivité au service de l'intégration du marché intérieur. Le décloisonnement des marchés nationaux était en effet un objectif fondamental de la politique européenne de concurrence. Après avoir obtenu des États membres la suppression des barrières douanières, le droit européen ne pouvait effectivement permettre aux opérateurs privés d'en ériger de nouvelles⁴⁶⁸.

236. Dès lors, le règlement (CE) n°139/2004 est issu d'une lente construction qui a certes été marquée par une certaine défiance à l'égard des opérations qui pouvaient menacer les structures du marché en raison du préjudice que cela pourrait causer aux consommateurs. Cette évolution s'est cependant aussi caractérisée par une volonté politique de maintenir la compétitivité de l'industrie européenne.

237. Sous l'empire du règlement « concentrations », le contrôle paraît toujours se soucier de cette même pluralité d'objectifs.

B. Une finalité poursuivie depuis l'adoption du règlement (CE) n°139/2004

238. La directive « fusions »⁴⁶⁹ adoptée à son tour de manière quasi-concomitante au règlement « concentrations » a renforcé la création d'un droit à la mobilité transfrontalière des groupes. Elle relève ainsi en préambule qu'« une coopération et un regroupement entre sociétés de capitaux d'États membres différents sont nécessaires »⁴⁷⁰.

239. Le droit européen des concentrations partage pour partie ces préoccupations en ayant aussi pour objectif d'assurer le maintien de la compétitivité de l'industrie européenne pour deux raisons. D'une part, les règles de concurrence actuelles en

ne pouvant faire application de la directive : sur décision prise par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires le 1^{er} juillet 1993, Barclay Bank PLC absorba sa filiale française tout en prenant l'engagement unilatéral de reprendre l'intégralité du passif. L'entité française fut dissoute sans liquidation, transformée en succursale et son patrimoine transmis de manière universelle à sa société mère. Des mécanismes similaires ont d'ailleurs été à l'origine de la vague de « succursalisation » dans le milieu bancaire (M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Paris, 2001, 449 p., et spécialement, p. 224) que la Communauté a par la suite connue.

⁴⁶⁸ CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig*, aff. jtes 56 et 58/64, *Rec.* 1966, p. 429, et spécialement, p. 494.

⁴⁶⁹ Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (dite directive « fusions »), *JOUE* L310, 25 novembre 2005, p.1. Le législateur européen a récemment tenté de pallier ses lacunes en adoptant la directive (UE) n°2019/2121.

⁴⁷⁰ Directive 2005/56/CE, (1).

droit européen n'ignorent pas cette finalité de manière plus générale (1)). D'autre part, ce souci peut en particulier s'observer dans le cadre de la mise en œuvre du règlement « concentrations » (2)).

1) Une finalité intéressant le droit européen de la concurrence

240. La place que l'article 173 du TFUE, anciennement 157 du Traité CE, réserve à la compétitivité peut certes susciter une certaine perplexité au vu des qualifications larges auxquelles il fait appel : « L'Union et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de l'Union soient assurées. À cette fin, conformément à un système de marchés ouverts et concurrentiels, leur action vise à : — accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels ; — encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de l'Union, et notamment des petites et moyennes entreprises ; — encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises ; — favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique ». Cette analyse peut d'autant plus être proposée qu'en son paragraphe 2, ce même article soumet la réalisation de ces actions à l'accomplissement d'autres politiques et qu'il semble par ailleurs assigner à la Commission un rôle de coordination entre les États membres à cet égard.

241. Il n'a pas empêché néanmoins que la Commission multiplie les communications relatives à la politique industrielle de l'Union. La concurrence y est régulièrement présentée comme un moyen au service de la compétitivité européenne. Dans sa première communication de 2005⁴⁷¹, la Commission annonçait ainsi que la compétitivité internationale dépendrait notamment de la création d'« un marché unique ouvert et concurrentiel, incluant la concurrence »⁴⁷². Plus récemment, en 2017, elle relevait encore que « notre politique de concurrence constitue, pour les entreprises, une incitation importante à innover et à investir. Il existe un lien étroit entre le degré de concurrence et l'accroissement de la productivité, lequel, à son tour,

⁴⁷¹ Communication de la Commission, « *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : Un cadre politique pour renforcer l'industrie manufacturière de l'UE - vers une approche plus intégrée de la politique industrielle* », 5 octobre 2005, COM(2005) 474 final ; v. aussi, F. Gouardères, « *Les principes généraux de la politique industrielle de l'Union européenne* », Fiches thématiques sur l'Union européenne du Parlement européen, disponible à l'adresse suivante : <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/61/les-principes-generaux-de-la-politique-industrielle-de-l-union-europeenne>.

⁴⁷² Communication de la Commission, « *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : Un cadre politique pour renforcer l'industrie manufacturière de l'UE - vers une approche plus intégrée de la politique industrielle* », et spécialement, p. 7.

assure une croissance économique durable à long terme »⁴⁷³. Encore, comme l'étude l'a évoqué en introduction, elle annonçait en particulier une évaluation du contrôle des concentrations dans le cadre de la présentation de sa stratégie industrielle 2020⁴⁷⁴.

242. Aussi la concurrence, en général, s'apparente-t-elle en droit européen à un outil au service de la compétitivité : en maintenant un degré de concurrence sur le marché, les règles de concurrence visent à garantir aux acteurs de s'approvisionner dans des conditions présumées optimales et de contribuer au développement de la croissance économique de l'Union. Les théories d'Adam Smith à cet égard, comme celles qui lui ont fait suite, paraissent trouver un certain écho : l'intérêt individuel de chacun devrait contribuer à l'intérêt collectif et les règles de concurrence cherchent à préserver cette tendance.

243. Le règlement « concentrations » en est une illustration spécifique.

2) Une finalité intéressant spécifiquement le règlement « concentrations »

244. Le règlement « concentrations » n'a pas pour objet de ralentir la conclusion des opérations de concentration sur le marché et partant, la compétitivité des groupes européens. Il l'annonce dès son préambule comme suit : « De telles restructurations 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 de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance* et à relever le niveau de vie dans la Communauté »⁴⁷⁵.

245. Cet objectif semble au demeurant se vérifier lorsque la Commission fait une application clémente de ses pouvoirs pour maintenir la compétitivité et lorsqu'à l'inverse, elle use des prérogatives qui lui sont reconnues pour parvenir à ce même objectif.

246. En premier lieu, le contrôle européen des concentrations peut parfois permettre de sauver une entreprise en difficulté. Depuis la décision *Kali+Salz*⁴⁷⁶, la

⁴⁷³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement, « *Investir dans une industrie intelligente, innovante et durable – Une stratégie revisitée pour la politique industrielle de l'UE* », 13 septembre 2017, COM(2017) 479 final, et spécialement, p. 17.

⁴⁷⁴ V. *Supra*, Introduction générale.

⁴⁷⁵ Nous soulignons ; règlement « concentrations », (4).

⁴⁷⁶ Commission, 14 décembre 1993, *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, aff. M.308, JOCE L186, 21 juillet 1994, p. 38 ; annulée par CJCE, 31 mars 1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et Entreprise minière et chimique (EMC) c/ Commission* (« *Kali und Salz* »), aff. C-68/94, Rec. 1998, I, p. 1375.

Commission recourt à l'exception d'entreprise défaillante qui, en étant inspirée de l'exception américaine « *falling firm defense* », implique d'autoriser une opération de concentration en dépit de ses effets néfastes sur le marché. De telles conséquences sont en effet perçues comme un moindre mal comparé au coût économique et social qu'entraînerait la liquidation de l'entité issue de l'opération⁴⁷⁷.

247. En second lieu, l'intervention de la Commission semble venir au soutien de la compétitivité européenne lorsqu'elle accepte des engagements de nature structurelle. En reprenant l'exemple de l'affaire *Bayer/Monsanto* précitée, la Commission a ainsi autorisé l'opération sous réserve de la cession par Bayer d'une partie de ses activités auprès d'un concurrent⁴⁷⁸. Cette seconde opération a fait l'objet d'un contrôle par ricochet. En ce sens, une concentration a donné lieu à la naissance d'une autre opération et favorisé la compétitivité de ces divers groupes⁴⁷⁹, si tant est que ces opérations aient occasionné les effets attendus⁴⁸⁰.

248. Par ailleurs, l'influence de l'École de Chicago en droit européen des concentrations convient aussi d'être rappelée, en particulier dans la mesure où la Commission peut être amenée à apprécier les gains d'efficacité induits par l'opération depuis l'adoption du règlement « concentrations ». La question est néanmoins délicate : tout en relevant l'influence de l'École de Chicago en droit européen, le Professeur Laurence Boy suggérait que celle-ci devait être envisagée avec prudence dans le contexte spécifique des concentrations⁴⁸¹. Des précautions semblent en effet de mise au vu du caractère restrictif des conditions de recevabilité des gains d'efficacité en droit européen des concentrations.

249. Williamson considérait qu'un gain d'efficacité pouvait conduire à autoriser une opération de concentration à la condition qu'ait été estimée au préalable une augmentation du bien-être par-delà un certain seuil⁴⁸². Dans ses lignes directrices, la

⁴⁷⁷ À propos de cette théorie, v. aussi, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre I, Section 1, §1, B., 2).

⁴⁷⁸ Commission, 21 mars 2018, *Bayer/Monsanto*, aff. M.8084, *JOUE* C459, 20 décembre 2018, p. 10 ; Commission, 11 avril 2018, *Bayer/Monsanto*, aff. M.8084 ; Commission, 30 avril 2018, *BASF/Bayer Divestment Business*, aff. M.8851.

⁴⁷⁹ En ce sens, v. aussi, E. Combe, J. Fayolle et F. Milewski, « La politique industrielle communautaire », *Revue de l'OFCE*, 1993, n°43, p. 399.

⁴⁸⁰ Ce qui n'est pas nécessairement acquis (v. *Supra*, Introduction générale et B. Buigues, F. Ilzkovitz et A. Jacquemin, « Horizontal mergers and competition policy in the European Community », *European Economy*, mai 1989, n°40, et spécialement, p. 21).

⁴⁸¹ L. Boy, « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RIDE*, 2005, n°1, p. 27.

⁴⁸² O. E. Williamson, « Economies as an antitrust defense : the welfare tradeoffs », *The American Economic Review*, 1968, vol. 58, no. 1, p. 18.

Commission admet le principe de ces gains mais s'écarte de la méthode d'appréciation proposée par cet auteur. Elle exige en effet l'apport d'une triple preuve. La première est une reprise fidèle de ces travaux: « pour que la Commission tienne compte des gains d'efficacité invoqués dans le cadre de son appréciation d'une concentration et soit en position de conclure que, grâce à ces gains, rien ne s'oppose à ce que l'opération soit déclarée compatible avec le marché commun, les gains d'efficacité doivent être à l'avantage des consommateurs »⁴⁸³. Elle poursuit néanmoins en requérant qu'ils soient propres à l'opération et vérifiables, ce qui n'est pas sans susciter de difficultés dans le cadre d'un contrôle prospectif⁴⁸⁴. Leur réception prudente en droit européen se comprend néanmoins par l'équilibre sur lequel celui-ci repose : au contraire du droit nord-américain actuel, le contrôle reste en partie marqué par les travaux structuralistes et la préservation du bien-être des consommateurs⁴⁸⁵.

250. Autrement dit, le contrôle s'attache à préserver la compétitivité de l'industrie européenne, bien qu'il se méfie des dérives du patriotisme économique⁴⁸⁶. Il admet en particulier à cette fin les bienfaits que les opérations les plus néfastes peuvent présenter mais il les apprécie en tout état de cause au vu du critère de l'entrave significative à la concurrence. Il s'agit de la raison pour laquelle le règlement « concentrations » n'entrave pas la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle des groupes grâce auxquelles ils sont libres de choisir la forme de l'opération et de fixer le contenu du contrat.

251. Il n'en reste pas moins que cet état du droit peut interroger sur ses répercussions dans le cadre du contrôle concentrations. Faute d'une harmonisation à l'échelle européenne plus poussée en droit des sociétés et en droit des contrats⁴⁸⁷, la cohérence d'ensemble du droit des affaires est menacée. Cet état du droit complique

⁴⁸³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pt 78.

⁴⁸⁴ D. Encaoua et R. Guesnerie, « *Politiques de la concurrence. Rapport.* », La Documentation française, Paris, 2006, 304 p., et spécialement pp. 104-105.

⁴⁸⁵ En ce sens, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre I, Section 2, §2.

⁴⁸⁶ En ce sens, v. E. Combe, J. Fayolle et F. Milewski, « La politique industrielle communautaire », *art. préc.*

⁴⁸⁷ Et ce, en dépit des projets qui ont été initiés. Signalons ici que récemment, le Parlement européen invitait à l'adoption d'un « Code européen des affaires » en se fondant sur les articles 50 et 114 du TFUE. Un projet de « Code européen des affaires » avait d'ailleurs été présenté à la commission des affaires juridiques du Parlement européen par l'association Henri Capitant le 20 novembre 2018 (EPRS, Service de recherche du Parlement européen, « *Libérer le potentiel des traités de l'Union européenne. Une analyse article par article des possibilités d'action* », éd. Etienne Bassot, Service de recherche pour les députés, mai 2020).

par là-même la conclusion des opérations de concentration, en ne laissant aux autorités que la possibilité d'apprécier une opération déjà pré-organisée, en jetant un voile sur les éventuelles pratiques anticoncurrentielles que cette partie de la procédure pourrait pourtant interroger et en soulevant certaines interrogations quant à l'articulation des diverses dispositions entre elles⁴⁸⁸.

CONCLUSION DU CHAPITRE

252. Le contrôle européen des concentrations cherche à maintenir la concurrence sur le marché : l'entrave significative que ces opérations pourrait lui causer est réputée nuire au bien-être des consommateurs européens. Les prémisses de cette approche ont certes précédé la naissance même de la CECA. L'intérêt porté à ces travaux au sein du marché commun doit néanmoins davantage à l'expérience américaine et sa chasse politique contre les *trusts*. Ces finalités ont trouvé une traduction concrète, quoique hiérarchisée, dans le premier règlement propre au contrôle des concentrations. Le règlement « concentrations » qui l'a remplacé en a renforcé encore le principe, en rééquilibrant les places réservées à la protection des structures de la concurrence et à celle du bien-être des consommateurs.

253. Néanmoins, l'histoire du droit européen des concentrations montre aussi que le caractère tardif de son adoption résulte de la crainte des États de voir leurs industries nationales empêchées dans leur développement. Aussi ce corps de règles n'a-t-il eu d'autre choix, comme le droit européen de la concurrence de manière plus générale, de justifier son objet par la prise en compte de ces considérations. Il s'agit aussi de légitimer son intervention auprès des citoyens européens, en adaptant le concept même de bien-être des consommateurs à l'évolution de la société dans son ensemble.

254. En cherchant à maintenir la compétitivité de l'industrie européenne tout en sanctionnant ses excès, le contrôle européen des concentrations navigue ainsi au gré d'objectifs autant complémentaires que contradictoires. De ce fait, d'un côté, il permet aux groupes de faire face au contrôle des concentrations en leur laissant la possibilité de choisir librement la forme de leur opération et le contenu de leur contrat. Ces angles morts peuvent pourtant menacer la cohérence substantielle du contrôle des concentrations (**Première Partie**). De l'autre, parce qu'il tente d'appréhender les effets néfastes que ces opérations sont susceptibles d'occasionner sur le marché, le contrôle européen fait également face aux groupes. Cependant, les

⁴⁸⁸ V. *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre I et Titre II.

définitions qu'il édicte à cet égard semblent parfois quelque peu éloignées de la réalité des pratiques qu'elles entendent couvrir, soulevant ainsi la question de la nécessité qu'il y aurait de renforcer le contrôle exercé par la Commission et les autorités nationales de concurrence sur ces opérations (**Seconde Partie**).

1^{ÈRE} PARTIE :
LES GROUPES FACE AU CONTRÔLE EUROPÉEN DES
CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES

255. Nous l'avons montré : l'évolution du droit européen des concentrations a conduit à l'adoption d'un contrôle *ex ante*, à vocation préventive, qui est destiné à structurer le marché et qui tend à garantir un certain équilibre entre des politiques publiques européennes⁴⁸⁹. L'affirmer semble être un lieu commun mais l'atteinte des objectifs qu'il poursuit dépend de sa force obligatoire, laquelle résulte non seulement de sa prévisibilité, de sa lisibilité mais aussi de la cohérence de l'ensemble normatif dans lequel il s'inscrit. Le contrôle pourrait être vidé de sa substance dès lors que les groupes à l'origine des opérations qu'il régit sont capables de s'en extraire, en tout ou partie, alors même qu'il aurait vocation à être appliqué. La cohérence et la lisibilité du contrôle lui-même sont certes impérieuses, mais il semble que celles des règles avec lesquelles il a vocation à être articulé le soient tout autant.

256. La question de l'existence, de l'insuffisance ou de l'absence de tels préalables nécessaires au droit des concentrations semble ainsi devoir être posée.

257. À cet égard, en droit européen, comme dans la plupart des législations des États membres dotés d'un tel dispositif, une phase de préparation de l'opération précède nécessairement la prénotification ou notification de l'opération auprès des autorités de contrôle. Pourtant, durant cette étape charnière, l'intervention des autorités de contrôle reste marginale, laissant les entreprises depositaires de la faculté d'anticiper le mécanisme de concentration projeté. Il leur revient en effet d'opter pour une opération de croissance externe particulière, d'en choisir la forme et d'en déterminer le contenu contractuel.

258. Le droit des contrats et le droit des sociétés, tout comme la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, prennent, dans ce cadre, le droit de la concurrence de vitesse, sans toutefois l'exclure. Par exemple, si des entreprises souhaitent se livrer à une opération de fusion transfrontalière au sens de la

⁴⁸⁹ v. *Supra*, Chapitre Préliminaire.

directive (UE) n°2017/1132⁴⁹⁰ qui serait contrôlable au sens du règlement (CE) n°139/2004, elles sont dans l'obligation de faire application de plusieurs règles de droit, européennes comme nationales, d'essayer de dépasser les éventuelles contradictions entre normes et de concilier les délais et formalités induits par chaque corps de règles.

259. L'articulation de ces règles avec le droit des concentrations mérite d'être interrogée en particulier parce qu'elle soulève des difficultés pour les groupes concernés par l'opération. Dans leur désir d'expansion, ils sont en effet confrontés dans cette phase à un entrelacs de règles qui leur impose de se livrer à un travail d'ingénierie juridique. Pourtant, le droit ne saurait de toute évidence être leur seule préoccupation. Leurs motivations à l'origine du montage d'une opération de concentration sont en effet d'ordre économique, voire social⁴⁹¹ et le droit, du point de vue des groupes, ne saurait conduire ni à l'anéantissement de leur projet, ni à son ralentissement, ni à l'aggravation significative de son volet pécuniaire. Or, qu'il s'agisse des délais induits par les procédures applicables (tant à l'égard de la conclusion de l'opération que de la procédure de contrôle qui en découle) ou de l'issue incertaine du contrôle, ces risques sont avérés. Pour cette raison et en dépit de la collaboration avec les autorités de contrôle à laquelle ils s'obligent volontairement ou non au cours de la procédure, les groupes font preuve d'une certaine réticence à l'égard du contrôle des concentrations⁴⁹².

260. Cet état du droit va également partiellement à l'encontre des objectifs que le droit européen des concentrations poursuit. Comme l'étude l'a précédemment montré, il ne cherche pas à ralentir la conclusion des opérations de concentration. Au contraire, il voit aussi dans celles-ci un outil au service du bien-être des consommateurs et de la compétitivité de l'industrie européenne. L'adoption d'un corps de règles qui faciliterait la compréhension de la procédure que l'opération a suivie au plan sociétaire et de ses ressorts contractuels pourrait ainsi servir l'objet même du règlement : apprécier le plus finement possible les effets de la concentration notifiée par les parties en s'appuyant sur une connaissance précise de sa réalité.

⁴⁹⁰ Ce qui n'est toutefois pas acquis, que ce soit en raison du champ d'application de ladite directive (v. *Infra*, cette Partie, Titre I, Chapitre I) ou parce qu'il s'agit d'une opération de fusion triangulaire (v. *Infra*, cette Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1, §2).

⁴⁹¹ v. *Supra*, Introduction générale.

⁴⁹² Que ce soit en raison des intérêts qui les animent lors de l'élaboration d'une opération de concentration (v. *Supra*, Introduction générale) ou de la lente construction du droit européen des concentrations (v. *Supra*, Chapitre préliminaire).

261. Cette analyse peut être proposée à deux égards. D'une part, le choix du mécanisme de concentration est laissé à la discrétion des parties, ce qui implique qu'il peine à être appréhendé par le droit, non seulement des sociétés, mais encore des concentrations (**Titre 1**). D'autre part, les autorités de contrôle, et en particulier la Commission, ne disposent pas davantage de prérogatives dans le contrat de concentration (**Titre 2**).

– Titre 1 –

La forme de l'opération à l'épreuve du contrôle européen des concentrations et essai de typologie des mécanismes de concentration

262. En présence d'une opération de croissance externe, le droit des sociétés et le droit des concentrations ont certes des objets distincts : le premier encadre la procédure applicable à la conclusion de l'opération tandis que le second tend à apprécier en amont ses effets sur le marché. Il reste que leurs finalités sont pour parties communes : tous deux cherchent à tout le moins à préserver la compétitivité de l'industrie européenne et à servir l'intégration du marché intérieur en encadrant des opérations de croissance externe. Leur complémentarité semble en ce sens nécessaire pour garantir la cohérence, sinon du droit européen des affaires, du moins celle du contrôle des concentrations.

263. L'étude a précédemment montré les objectifs assignés au droit des concentrations⁴⁹³. Il convient cependant en premier lieu de rappeler que le droit des sociétés cherche également à régir des outils qui s'apparentent à des déclinaisons de certaines libertés fondamentales reconnues aux parties et qui servent, en cela, l'intégration du marché intérieur.

264. Le juge a ainsi admis dans son arrêt emblématique *Sevic* que ces opérations « constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement, importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur »⁴⁹⁴. Les opérations de

⁴⁹³ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

⁴⁹⁴ CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, aff. C-411/03, *Rec.* 2005, I, p. 805 ; obs. M. Luby-Gaucher, « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *Rec. D.*, 2006, n°6, p. 451 ; J. Hermann, « Immatriculation au RCS d'une société issue d'une fusion transfrontalière », *Revue critique*

fusion sont par conséquent protégées au titre d'une liberté garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les articles 49 et suivants du TFUE. La liberté d'établissement est non seulement une composante du principe général de droit communautaire de libre circulation des personnes et des services⁴⁹⁵ mais elle est aussi l'une « des libertés fondamentales dans le système de la Communauté »⁴⁹⁶. Elle compte pour cette raison parmi celles qui « servent à atteindre un des objectifs essentiels de la Communauté, notamment celui de la réalisation du marché intérieur »⁴⁹⁷.

265. Plus largement, les opérations de concentration, dont les fusions transfrontalières, relèvent aussi de la liberté d'entreprendre. En droit de l'Union en effet, celle-ci implique le libre exercice d'une activité professionnelle⁴⁹⁸. La liberté générale d'agir et la liberté de concurrence lui sont corrélées⁴⁹⁹. Certains auteurs considèrent même que la liberté d'entreprendre ne serait qu'un synonyme de la liberté d'établissement⁵⁰⁰ à laquelle la jurisprudence *Sevic* se réfère. En ce sens, acquérir le contrôle d'une entité contribue à exercer l'activité de son choix et, partant, s'inscrit également dans le cadre de la liberté d'entreprendre. La réalisation d'une opération de concentration semble en particulier entraîner des effets attribués à cette

de droit international privé, 2006, p. 662 ; L. Idot, « Fusions transfrontalières et inscription au registre du commerce », *Europe*, février 2006, n°2, comm. 47 ; T. Ballarino, « La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales », *RTD eur.*, 2006, p. 717 et R. Dammann, « Le principe de la liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s'applique aux fusions transfrontalières intra-communautaires », *JCP E*, 2006, n°29, 2116 ; v. aussi, C. Prieto, « Liberté d'établissement et de prestation de services », *RTD. eur.*, 2007, p. 75 et L. Idot, « Fusions transfrontalières », *Europe*, janvier 2006, n° 1, comm. 13.

⁴⁹⁵ CJCE, 7 février 1985, *Procureur de la République contre Association de défense des brûleurs d'huiles usagées* (« ADBHU »), aff. 240/83, *Rec.* 1985, p. 531 et spécialement, pt 9 ; v. aussi en ce sens, CJCE, 12 juillet 1984, *Ordre des avocats au barreau de Paris c/ Onno Klopp*, aff. 107/83, *Rec.* 1984 p. 2971 et spécialement, pt 19.

⁴⁹⁶ CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, *Rec.* 1993, I, p. 1663 et spécialement, pt 16.

⁴⁹⁷ Trib. UE, 2 mars 2010, *Arcelor SA c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. T-16/04, *Rec.* 2010, II, p. 211 et spécialement, pt 177.

⁴⁹⁸ CJCE, 9 septembre 2004, *Royaume d'Espagne et République de Finlande c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes C-184/02 et C-223/02, *Rec.* 2004, I, p. 7789 et spécialement, pt 51.

⁴⁹⁹ CJCE, 21 mai 1987, *Walter Rau Lebensmittelwerke et autres c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM)*, aff. jtes 133 à 136/85, *Rec.* 1987, p. 2289 et spécialement, pt 19.

⁵⁰⁰ En effet, la liberté d'entreprendre serait « la liberté de la création d'une activité économique et donc l'accès à l'exercice des professions (...) ce que vise le droit communautaire sous la dénomination de liberté d'établissement » (M. Molinier-Dubost, « La liberté d'entreprendre - Brèves réflexions sur une "nébuleuse" juridique », *Revue juridique de l'entreprise publique*, janvier 2004, chron. 100001, citant D. Linotte, A. Mestre et R. Romi, *Services publics et droit public économique*, Litec, 1995, 3e éd., n° 277). Il est toutefois précisé qu'en droit français, la liberté d'entreprendre est parfois rattachée, en plus de la liberté d'établissement et d'exploitation, à la liberté du commerce et de l'industrie (*Ibid.*).

liberté, à savoir « l'autonomie des entrepreneurs, leur aptitude à effectuer eux-mêmes les choix de gestion, de stratégie et de gouvernance qu'ils jugent bons »⁵⁰¹. En dehors du seul droit de l'Union, ce sont encore les États membres qui confèrent parfois une valeur constitutionnelle à cette liberté⁵⁰². Il n'est donc pas surprenant que, depuis la jurisprudence *Sevic*, dont l'extension aux scissions transfrontalières a été admise par la doctrine⁵⁰³, les États membres ne puissent rendre la réalisation des fusions transfrontalières plus complexe que celle des opérations internes⁵⁰⁴.

266. La directive (UE) n°2017/1132 en est en particulier un écho. Rappelons que ce texte a codifié au niveau horizontal les règles européennes propres aux fusions et scissions de sociétés⁵⁰⁵, à l'exception du cas spécifique de la création d'une société européenne par voie de fusion. Cette opération est en effet régie par un texte

⁵⁰¹ D. de Béchillon, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n°49, p. 5 et spécialement, §8.

⁵⁰² En France, bien que la liberté d'entreprendre ne figure pas dans la Constitution, le Conseil constitutionnel en a admis, dès 1982, la valeur constitutionnelle en prenant appui sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Cons. constit., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, n°81-132 DC, *Rec.* p. 18, *JORF* du 17 janvier 1982, p. 299), avant d'en détailler progressivement le domaine (à propos de la définition donnée à cette liberté – soit celle d'accéder à une profession ou une activité économique ainsi que la possibilité d'exercer librement cette profession ou cette activité – v. Cons. constit., 30 novembre 2012, *M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle]*, n°2012-285 QPC, *Rec.* p. 636, *JORF* du 1 décembre 2012, p. 18908, t. n°93 ; ou encore à propos du fait qu'il en résulte que les entreprises puissent fixer librement leurs tarifs, sous réserve de limitations éventuelles imposées par le législateur pour des motifs d'intérêt général, v. Cons. constit., 16 janvier 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*, n°90-287 DC, *Rec.* p. 24, *JORF* du 18 janvier 1991, p. 924 et spécialement, considérant n°21). Le Conseil a toutefois pu considérer en 2018, après avoir relevé que cette liberté était protégée par le droit de l'Union européenne et notamment par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux, que la liberté d'entreprendre, comme le principe d'égalité devant la loi et la liberté contractuelle, ne compte pas parmi les libertés constitutive de l'« identité constitutionnelle française » (Cons. constit., 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, n°2018-768 DC, *JORF* n°0174 du 31 juillet 2018, t. n°64 ; obs. V. Champeil-Desplats, « De quelques usages récents de la liberté d'entreprendre », *Revue de droit du travail*, 2018, p. 666 ; v. aussi en ce sens, C.E., 21 février 2018, *Office national des forêts*, n°410678, *Rec. tables*), laquelle constitue la clé de voûte du contrôle qu'opère le Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives (Cons. constit., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n°2006-540 DC, *Rec.* p. 88, *JORF* du 3 août 2006, p. 11541, t. n°2 ; obs. not. C. Castets-Renard, « La décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1er août 2006 : une décision majeure », *Recueil D.* 2006, p. 2157).

⁵⁰³ L. Athlan et S. Torck, « Les scissions transfrontalières », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, n°6, p. 38 ; de même, pour Thomas Mastrullo, « on peut déduire, de manière incidente », de l'arrêt *Sevic* que la scission est une modalité de la liberté d'établissement (T. Mastrullo, « Les scissions transfrontalières », *Joly*, 2018, n°7-8, p. 456).

⁵⁰⁴ CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, *préc.*

⁵⁰⁵ Sans préjudice de la codification qu'elle opère, plus généralement, en droit européen des sociétés.

distinct⁵⁰⁶, tout en relevant aussi des règles européennes propres aux fusions de sociétés de capitaux⁵⁰⁷. Quoi qu'il en soit, la directive (UE) n°2017/1132 a été pensée comme un outil à part entière « de la coordination prévue par l'article 50, paragraphe 2, point g), du traité, [et du] programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement⁵⁰⁸ »⁵⁰⁹. Les modifications dont elle a fait l'objet par suite de la directive (UE) n°2019/2121 ont aussi eu pour objet de servir ces libertés fondamentales dans le but de faciliter le décloisonnement des marchés nationaux. Cette directive modificative prévoit ainsi en son frontispice que « les règles relatives aux fusions transfrontalières représentent une étape importante dans l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur pour les sociétés et de l'exercice par celles-ci de la liberté d'établissement »⁵¹⁰.

267. En dépit de l'intérêt qui est par conséquent reconnu aux opérations de croissance externe, le droit européen des sociétés ne régit à ce jour que les seules opérations de fusion et scission de sociétés de capitaux.

268. Cet état du droit soulève ainsi, en second lieu, des difficultés avec le droit européen des concentrations : l'article 3 du règlement ne se limite pas à ces seules fusions et scissions. Au contraire, il confère au contrôle un vaste champ d'application au plan sociétaire, dans le but de rendre tous les mécanismes de concentration contrôlables. Il recourt dans ce cadre à de larges qualifications, comme il est d'usage de le faire en droit de la concurrence. Certes, cette démarche ne surprend pas : avant même que le premier règlement européen propre au droit des concentrations ne soit adopté, il était déjà admis que « le législateur s'efforce de mentionner toutes les formes juridiques connues d'une activité, mais il ajoute des formules vagues et factuelles, si l'on peut dire, qui pourront permettre de soumettre au droit des formes nouvelles, inventées par la pratique. Ou bien encore il utilise une formule assez vague qui vise des faits, des pratiques, des résultats sans se soucier des techniques juridiques utilisées ». Le but de cette méthode consiste tant dans le fait de s'assurer

⁵⁰⁶ Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *JOCE* L294, 10 novembre 2001, p. 1.

⁵⁰⁷ Règlement (CE) n°2157/2001, art. 17 et s. ; cet état du droit justifie d'écarter ici le cas spécifique de la création d'une société européenne par voie de fusion.

⁵⁰⁸ Programme général du Conseil pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, *JOCE* n°2, 15 janvier 1962, p. 36.

⁵⁰⁹ Directive (UE) n°2017/1132, (2).

⁵¹⁰ Directive (UE) n°2019/2121, (1).

que le droit soit en mesure d'appréhender de nouvelles pratiques que dans celui d'éviter la fraude⁵¹¹.

269. Pourtant, cette situation conviendrait, en troisième lieu, d'être dépassée. En effet, le contrôle européen des concentrations ne saurait être pleinement efficace s'il peine à appréhender ce qu'est, en soi, une opération de concentration. Alors que la concentration est une tendance caractéristique de l'économie européenne, les mécanismes à son origine sont particulièrement nombreux⁵¹² et laissés à la discrétion des parties à l'opération.

270. Le besoin de dépasser cette situation peut se justifier à deux égards.

271. D'une part, cette méthode implique que les autorités de contrôle, et en particulier la Commission, n'aient d'autre choix que de se satisfaire des pratiques des acteurs dont les modalités ont déjà été organisées. Lorsque l'opération fait l'objet d'un encadrement sociétaire, elles disposent certes d'un corps de textes qui peut les aider à saisir la procédure qui a gouverné leur conclusion. Leur compréhension de l'opération risque mécaniquement d'être réduite lorsque le droit des sociétés de leur État ou organisation de rattachement n'offre aucun secours.

272. D'autre part, cette approche peut autant être utile aux desseins des parties que leur nuire. Elle sert à l'évidence leurs intérêts dans la mesure où elles cherchent, comme les groupes auxquels elles appartiennent, à conclure l'opération le plus librement possible et dans le respect d'une certaine confidentialité. Les difficultés qu'elles peuvent rencontrer restent toutefois tout autant certaines lorsque la concentration projetée est de dimension transfrontalière. En effet, les textes européens paraissent alternativement lacunaires, lorsqu'est en cause une fusion ou une scission de sociétés de capitaux, ou inexistantes, lorsque l'opération revêt une autre forme juridique. En l'absence d'harmonisation au niveau européen, ou en présence d'un travail d'harmonisation incomplet, la législation d'un État membre peut ainsi faire obstacle à la conclusion de tout ou partie d'une opération et, partant, au libre établissement de l'entité issue de l'opération.

273. Aussi convient-il de proposer une analyse du degré d'atteinte que cet état du droit et des pratiques peut ou non faire peser sur la cohérence du droit européen des concentrations.

⁵¹¹ G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, n°0, p. 9, et spécialement, pp. 23-24.

⁵¹² En ce sens, v. Y. Loussouarn, M. Trochu et R. Sotomayor, *Fasc. 570-40 : Conflits de lois en droit des sociétés*, JCI Droit International, 14 juin 2010, et spécialement, §326 et §327.

274. Dans cette perspective, une typologie des mécanismes de concentration peut être retenue. Deux grandes familles peuvent être identifiées. Il est en effet des cas dans lesquels les groupes peuvent se tourner vers le droit européen des sociétés lorsqu'ils souhaitent se livrer à une fusion *de jure* ou scission. Dans la mesure où ces règles présentent néanmoins un certain nombre de défaillances (**Chapitre 1**), ils peuvent préférer faire appel à d'autres mécanismes de croissance externe. Ils font néanmoins face en pareil cas à un vide juridique en droit européen (**Chapitre 2**).

275. Afin d'écartier toute confusion éventuelle, quelques précisions préliminaires semblent cependant nécessaires : comme il est d'usage de le faire en droit de la concurrence et particulièrement en matière d'ententes⁵¹³, le contrôle des concentrations appréhende les opérations à l'appui d'une classification traditionnelle, dont le but est de distinguer les opérations selon les effets qu'elles sont susceptibles d'entraîner sur le marché. Elle semble devoir être très rapidement rappelée dans la mesure où elle se distingue de la forme sociétaire de l'opération et de la typologie proposée dans le cadre du présent Titre (§ préliminaire).

Paragraphe préliminaire : La classification des concentrations sur le marché

276. Quelle que soit la forme juridique qui leur est assignée, les opérations de concentration peuvent être horizontales (A.), verticales (B.) ou conglomerales (C.)⁵¹⁴.

⁵¹³ Au sens de l'article 101 du TFUE ; pour un aperçu du triptyque « relations horizontales-verticales-conglomerales », v. not., lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *JOUE* C11, 14 janvier 2011, p. 1 ; lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, *JOUE* C130, 19 mai 2010, p. 1 ; L. Vogel, *Droit européen de la concurrence, Tome 1 « Domaine d'application des ententes »*, LawLex, coll. Juribases, 2006-2007, Paris, 2 vol. 1983 p. ; D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante.*, éd. Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruxelles, 2013, 1522 p. ; C. Prieto, *Fasc. 1425 – Article 101 TFUE et les restrictions horizontales*, JCI Europe Traité, 29 mai 2017 ; C. Grynfolgel, *Fasc. 264 – Ententes en droit européen de la concurrence. – Article 101 du TFUE*, JCI Commercial, 1^{er} mars 2012 ; J.-B. Blaise, *Entente*, Rép. eur., janvier 2016 ; P. Arhel, *Entente*, Rép. com., janvier 2015.

⁵¹⁴ V. aussi, les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, Paris, 2014, 6^{ème} éd., 366 p. et *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, Paris, 2017, 7^{ème} éd., 385 p. ; C. Prieto, *Synthèse 170. Fasc. 1480 et 1490 – Contrôle européen des concentrations*, JCI Europe Traité, 1^{er} février 2018 ; G. Vallindas, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, juin 2017, 509 p. ; J.-F. Bellis, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, février 2017, 332 p. ; A. Charpin et A. Muñoz, « Simulation

A. Les concentrations horizontales

277. Rappelons que les concentrations horizontales sont réalisées par des concurrents réels ou potentiels. Pour cette raison, elles sont considérées, y compris sur la scène internationale, comme les plus dangereuses.

278. D'une part, elles sont en effet les plus susceptibles de produire des effets non-coordonnés, dits également unilatéraux⁵¹⁵. Parce qu'elles risquent de conduire à un marché monopolistique ou oligopolistique, les concentrations éliminent mécaniquement la concurrence entre les opérateurs. En ce sens, elles sont à même d'entraîner les effets précités : les entités issues de ces opérations jouissent d'un important pouvoir de marché, potentiellement capable de nuire à la concurrence en l'atténuant sensiblement ou en la supprimant, sans qu'elles soient toutefois en mesure d'inciter les autres acteurs du marché à adopter des stratégies commerciales communes. Afin de déterminer la probabilité de pareils effets, la Commission caractérise l'existence ou l'absence de risque de chevauchement entre les activités des entreprises parties⁵¹⁶, ce qu'elle déduit de divers éléments, dont l'importance des parts de marché⁵¹⁷.

des effets horizontaux d'une concentration horizontale », *Revue Lamy de la concurrence*, n°48, mars 2016, p. 38.

⁵¹⁵ V. *Supra*, Introduction générale.

⁵¹⁶ C'est ainsi, par exemple, que la Commission a autorisé l'acquisition de l'activité de Nokia consistant en la commercialisation de dispositifs mobiles par Microsoft puisque leurs activités risquaient peu de se confondre. Microsoft était en effet davantage spécialisée, à cet égard, dans les systèmes d'exploitation de mobiles, les applications et logiciels de messagerie pour entreprises (Commission, 4 décembre 2013, *Microsoft/Nokia*, aff. M.7047, *JOUE* C44, 15 février 2014, p.1 ; Commission, 4 décembre 2013, « Mergers: Commission clears acquisition of Nokia's mobile device business by Microsoft », Communiqué de presse, IP/13/1210). C'est également par suite d'effets non-coordonnés qu'a été notamment interdit le rachat de Telefonica UK par Hutchinson. La Commission avait identifié deux grands types de risques: l'élimination de la concurrence entre la plupart des opérateurs et la perte d'accords de partage de réseau qui garantissaient une « saine dynamique concurrentielle » (Commission, 28 mai 2016, *Hutchinson 3G UK/Telefonica UK*, aff. M. 7612, *JOUE* C357, 29 septembre 2013, p. 15, et spécialement, pt (32)). Cependant, le Tribunal de l'Union a annulé la décision rendue par la Commission en estimant que la Commission n'avait pas suffisamment apporté la preuve d'une entrave significative à la concurrence à que la concentration provoquerait (Trib. UE, 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission*, aff. T-399/16, non encore publié au *Rec.*). C'est aussi en raison d'effets non-coordonnés que les opérations entre, d'une part Deutsche Börse et New York Stock Exchange (Commission, 1^{er} février 2012, *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, aff. M. 6166 ; Commission, 1^{er} février 2012, « Concentrations: la Commission interdit le projet de concentration entre Deutsche Börse et NYSE Euronext », Communiqué de presse, IP/12/94 ; Trib. UE, 9 mars 2015, *Deutsche Börse AG c/ Commission*, aff. T-175/12) et, d'autre part, la fusion de Deutsche Börse et London Stock Exchange Group, ont été interdites (Commission, 29 mars 2017, *Deutsche Börse/ London Stock Exchange Group*, aff. M.7995, *JOUE* C 240, 25 juillet 2017, p. 7, obs. D. Tayar et E. Xueref-Poviac, *Chron. sous Commission*, 29 mars 2017, *Deutsche Börse/ London Stock Exchange Group*, aff. M.7995, *Concurrences*, 2017, n°4, p. 129).

279. D'autre part, ces opérations suscitent également la méfiance des autorités de contrôle en raison de leur forte capacité à causer des effets coordonnés. À ce titre, la Commission apprécie la probabilité dont jouit l'entité issue de l'opération d'inciter les autres entreprises sur le marché à coordonner leurs stratégies commerciales. Elle se méfie ainsi de l'adoption éventuelle de politiques communes à l'issue de l'opération par l'ensemble des acteurs sur le marché. Les éléments constitutifs de l'abus de position dominante collective sont régulièrement mobilisés : elle apprécie dans quelle mesure, à l'issue de l'opération, les concurrents seront liés les uns aux autres, le marché sera transparent et permettra aux entreprises de coordonner tacitement leurs comportements ou encore si la structure du marché sera telle que chaque entreprise sera en mesure de surveiller ses concurrents et d'exercer d'éventuelles représailles à son encontre.

280. Les concentrations verticales réunissent, quant à elles, des acteurs situés à des niveaux différents du circuit de distribution, que ce soit en amont ou en aval.

B. Les concentrations verticales

281. Si les concentrations verticales suscitent moins de préoccupations que les concentrations horizontales, il reste qu'elles peuvent aussi nuire à la concurrence, en particulier en occasionnant des effets non-coordonnés. L'entité issue de l'opération peut ainsi, par son importance, verrouiller le marché en augmentant les barrières à

À l'inverse, certaines opérations ont été perçues comme permettant d'empêcher une situation de quasi-monopole sur le marché : la Commission a ainsi autorisé l'acquisition de la compagnie aérienne grecque Olympic Air par Aegan Airlines en soulignant notamment le fait que Olympic Air aurait été contrainte de quitter le marché à défaut de rachat, plaçant ainsi Aegan Airlines en situation de quasi-monopole (Commission, 26 janvier 2011, *Olympic/Aegean Airlines*, aff. M.5830, JOUE C195, 3 juillet 2012, p. 5).

⁵¹⁷ Elle apprécie également d'autres facteurs, tels que le degré de concurrence entre les parties, l'état de dépendance économique éventuel de leurs clients respectifs, etc. L'examen de la jurisprudence montre d'ailleurs que l'importance des parts de marché et le caractère horizontal de l'opération sont insuffisants pour interdire l'opération. Par exemple, lors de l'acquisition de Skype par Microsoft, qui étaient jusqu'alors concurrents, les parts de marché ont été évaluées à 80% mais le juge a pu considérer que la Commission avait relevé à bon droit que le pouvoir de marché ne s'en trouverait pas nécessairement exploité de manière abusive au regard des fortes pressions concurrentielles auxquelles le marché demeurerait soumis (Commission, 7 octobre 2011, *Microsoft/Skype*, aff. M.6281, JOUE C341, 22 novembre 2011, p.3 ; confirmé par Trib. UE, 11 décembre 2013, *Cisco Systems, Inc. et Messagenet SpA c/ Commission et Microsoft*, aff. T-79/12, Rec. ; obs. P. Arehl, LPA, 15 juillet 2014, n°140, p.3 ; L. Idot, « Concentrations dans le secteur des nouvelles technologies », *Europe*, février 2014, comm. 85 ; G. Decocq, « L'analyse prospective des effets de la concentration ne doit pas être purement spéculative », CCC, mars 2014, n°3, comm. 70 ; C. Prieto, « Droit des concentrations. Illustration importante d'une approche dynamique dans l'appréciation de l'acquisition de Skype par Microsoft : le Tribunal conforte l'analyse de la Commission », CCC, août 2014, chron. 3).

l'entrée ou à la sortie, donc dissuader de nouvelles entreprises d'entrer sur le marché ou au contraire, les dissuader d'en sortir⁵¹⁸. En ce sens, les effets anticoncurrentiels le plus souvent attribués aux concentrations verticales ne résident pas tant dans la seule exploitation abusive d'un pouvoir de marché, laquelle est plus probable dans le cadre d'une concentration horizontale. Les risques en matière de concentration verticale s'analysent davantage en termes de stratégie d'exclusion des concurrents sur l'un des marchés concernés⁵¹⁹.

282. De leur côté, les concentrations conglomérales sont souvent considérées comme peu susceptibles d'occasionner des effets anticoncurrentiels dans la mesure où elles impliquent des relations qui ne sont ni purement horizontales ni exclusivement verticales.

C. Les concentrations conglomérales

283. Bien qu'elles suscitent peu de préoccupations de concurrence, les concentrations conglomérales entraînent parfois des effets non-coordonnés en

⁵¹⁸ C. Prieto, *Synthèse 170. Fasc. 1480 et 1490 – Contrôle européen des concentrations*, JCI Europe Traité, *op. cit.*

⁵¹⁹ Notamment, lors de l'acquisition de LinkedIn par Microsoft, la Commission craignait qu'une telle opération occasionne un verrouillage des logiciels de bureautique. Elle a donc été autorisée mais à condition que les parties exécutent certains engagements. Parmi les effets non-coordonnés qu'elle redoutait, il y avait notamment le fait que l'entité Microsoft/LinkedIn issue de l'opération jouisse d'un pouvoir considérable pour imposer ses propres logiciels : elle a ainsi que relevé que l'opération permettait à Microsoft, qui profiterait de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation d'ordinateurs à usage personnel, d'installer d'office LinkedIn sur les ordinateurs personnels ainsi que dans son pack de logiciels Microsoft Office, ce qui conduisait à exclure leurs concurrents. (Commission, 6 décembre 2016, *Microsoft/LinkedIn*, aff. M. 8124 ; Commission, 6 décembre 2016, « Mergers: Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions », Communiqué de presse, IP/16/4284 ; obs. D. Bosco, « Droit des concentrations. Droit des concentrations et réseaux sociaux », CCC, août 2017, n°8-9, chron. 4 ; C. Paulhac, « "Big data" et contrôle des concentrations européen : le cadre d'analyse proposé par la décision Microsoft/LinkedIn », CCC, n°7, juillet 2017, al.44 ; v. également, N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, Issy-les-Moulineaux, 2018, 2^{ème} éd., 881 p. et spécialement, p. 524). Les autorités nationales de concurrence adoptent une approche similaire. À titre d'exemple, en France, il a également été considéré que les concentrations verticales sont en principe moins nocives pour la concurrence dans la mesure où elles ne suppriment aucune concurrence entre les parties et où elles peuvent entraîner des gains d'efficacité (Conseil de la concurrence, 22 octobre 2004, *avis relatif à l'acquisition par la société Arc International des sociétés Groupe Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage*, n°04-A-20). Il a toutefois aussi été admis qu'elles génèrent des effets négatifs lorsqu'elles rendent plus difficile l'accès d'un concurrent au marché concerné en provoquant son verrouillage ou sa forclusion (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 670 et anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 446).

permettant à l'entité issue de l'opération de bénéficier d'un effet de levier. Celui-ci consiste dans le fait, pour l'entreprise considérée, d'utiliser sa position dominante sur un marché pour la renforcer sur un autre⁵²⁰. Quant aux effets de couplage ou de « *bundling* »⁵²¹ qu'elles sont susceptibles d'induire, ceux-ci peuvent autant porter atteinte à la concurrence que lui être indifférents. Ils peuvent avoir des effets néfastes sur la concurrence, d'une part, quand l'entité issue de l'opération est en position dominante et qu'elle détient une gamme de produits pour les consommateurs, dont la spécificité implique qu'ils aient peu la possibilité de se tourner vers des produits

⁵²⁰ Une opération de ce type peut permettre à cette entité d'exclure des concurrents en recourant à des ventes liées par exemple. Les ventes liées peuvent être sanctionnées au titre des règles propres aux abus de position dominante. La Commission a par exemple considéré que le groupe Microsoft s'était livré à une vente liée en imposant à ses consommateurs l'utilisation du lecteur Windows Media Player lors de la vente de ses PC. Or, l'analyse de la Commission démontrait que les consommateurs avaient pour habitude d'utiliser divers types de lecteurs vidéos, sans nécessairement recourir à celui de Microsoft. Il y a ainsi vente liée lorsque l'entreprise impose la vente de produits relevant de marchés connexes mais distincts. Elle est jugée néfaste à la concurrence en raison de l'effet d'éviction anticoncurrentielle qu'elle produit : une vente liée risque donc de dissuader les consommateurs de faire appel à la concurrence (Commission, 24 mars 2004, *Microsoft*, aff. M.37 792, JOUE L32, 6 février 2007, p. 23 ; annulé partiellement par TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corporation et a c/ Commission*, aff. T-201/04, Rec. 2007, II, p. 3601 ; obs. not., D. Bosco, « Abus de position dominante de Microsoft : le Tribunal de première instance confirme... et Microsoft se soumet ! », CCC, novembre 2007, n°11, comm. 279 ; D. Bosco, « Vente liée : faveur à la pré-installation d'un logiciel », CCC, août 2008, n°8-9, comm. 210 ; C. Castets-Renard, « Droit international et européen. Biens, services, propriété intellectuelle », *JCP G*, janvier 2008, n°5, doct. 112 ; M. Debroux, « Arrêt Microsoft : articulation entre droits de propriété intellectuelle et abus de dominance », *JCP E*, octobre 2007, n°43-44, 2304 ; L. Idot, « L'arrêt Microsoft : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ? », *Europe*, décembre 2007, n°12, étude 22). Les autorités nationales de concurrence adoptent également une approche similaire. À titre d'exemple, en France, s'il est de principe que les concentrations conglomerales ont des effets positifs, tels la baisse des coûts et prix répercutés sur la demande finale (Conseil de la concurrence, du 14 mai 2008, *avis relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires de volets roulants*, n°08-A-08) ou lorsque sont en cause des produits hétérogènes (Autorité de la concurrence, 12 janvier 2010, *décision relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec*, n°10-DCC-02), il est aussi admis que l'entité issue de la concentration conglomerale puisse, par un effet levier, exploiter sa position ou la renforcer en pratiquant des ventes liées ou groupées (Conseil de la concurrence, du 14 mai 2008, *avis relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires de volets roulants*, préc.).

⁵²¹ Une opération de concentration conglomerale entraîne un effet de couplage ou « *bundling* » lorsque l'entité issue de l'opération parvient à lier des produits ou services complémentaires sur des marchés distincts. De même, selon la théorie de l'effet de portefeuille, une telle opération qui entraîne, non l'acquisition de nouvelles parts de marché mais l'élargissement de la gamme des produits ou services vendus, peut créer ou renforcer la position dominante sur l'un des marchés concernés. Celle-ci a été utilisée par exemple dans l'affaire *General Electric/Honeywell* qui a donné lieu à une décision d'interdiction (Commission, 3 juillet 2001, *General Electric/Honeywell*, aff. M.2220, JOUE L48, 18 février 2004, p. 1).

similaires. Ces effets peuvent, d'autre part, être indifférents pour le marché, si ce n'est lui être profitables, lorsque les circonstances le permettent⁵²².

284. Quoi qu'il en soit, que l'opération soit réalisée par des entreprises concurrentes, situées en amont et en aval de la chaîne de distribution ou encore sur des marchés connexes, la question de la forme juridique de l'opération n'est pas tranchée.

285. Le règlement « concentrations » demeure, à cet égard, des plus lapidaires : les parties à l'opération doivent notamment notifier leur opération de dimension communautaire à la Commission dans le but de la soumettre à son appréciation à la seule condition que celle-ci soit susceptible d'entraîner le « changement durable du contrôle » de la cible. Le règlement recense trois types d'opérations à cet égard : les opérations de fusion ou scission au sens de son article 3, 1., a), les autres types de prise de contrôle visés par son article 3, 1., b) et les opérations tendant à la création d'une entreprise commune en vertu de son article 3, 4.

286. Dès lors que l'opération conduit effectivement au changement de contrôle de la cible, l'analyse du droit européen des concentrations peut conduire à classer les formes d'opérations en deux temps.

287. D'une part, il y a les opérations que le législateur encadre par ailleurs en droit européen des sociétés, à savoir les opérations de fusion et scission de sociétés de capitaux. À cet égard, une cohérence du droit de l'Union dans les sphères sociétaire et concurrentielle pourrait donc se dessiner à première vue. Cette cohérence semble cependant peu se vérifier au vu du caractère relativement lacunaire des règles applicables à ces opérations (**Chapitre 1**).

288. D'autre part, le droit européen des concentrations tend à s'appliquer à d'autres mécanismes de croissance externe, réputés plus simples pour les parties à l'opération car moins coûteux et chronophages que les premières. Or, si une typologie détaillée de ces opérations peut aussi se déduire du droit européen des

⁵²² Tel est le cas, par exemple, lorsque les produits sont proposés à des prix distincts, qu'ils ne visent pas la même clientèle et que les stratégies de commercialisation gouvernant leur distribution sont distinctes les unes des autres (v. en France, not., Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, 14 décembre 2007, *lettre aux conseils de la société Hal Holding NV, relative à une concentration dans le secteur des équipements de protection individuelle*, C-2007-159, BOCCRF n°2 bis du 28 février 2008) ou encore si la nouvelle entité dispose d'une faible position sur chaque marché et si ses concurrents disposent d'une gamme équivalente (v. en France, not. Autorité de la concurrence, 14 septembre 2009, *décision relative à l'acquisition des sociétés Entreprise Malet et Entreprise Carceller par la société Spie batignolles S.A.*, n°09-DCC-43).

concentrations, le silence du législateur sociétaire à leur endroit soulève diverses interrogations (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 :

LE SUPPORT DÉFAILLANT DU DROIT EUROPÉEN DES SOCIÉTÉS POUR LES FUSIONS *DE JURE* ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

289. La directive (UE) n°2017/1132⁵²³ a notamment⁵²⁴ codifié les règles européennes propres aux fusions *de jure* et scissions, telles qu'issues des précédentes directives 2005/56/CE applicable aux sociétés de capitaux⁵²⁵, 2011/35/UE spécifique aux fusions des sociétés anonymes⁵²⁶ et 82/891/CEE relative aux scissions de ce même type de sociétés⁵²⁷. Si une telle codification paraît avoir conféré davantage de lisibilité aux règles européennes sociétaires, elle n'a guère introduit de modification ni d'innovation sensible du régime juridique applicable à ces opérations. Leur révision semblait pourtant nécessaire, tant le champ d'application de ces directives sociétaires présentait un caractère restreint. La directive « fusions » de 2005 laissait en particulier « le lecteur (et l'opérateur économique) sur sa faim »⁵²⁸.

290. Ce constat a notamment conduit la Commission européenne à élaborer un « paquet "droit des sociétés" » composé de deux propositions de directives. La première relative à la dématérialisation des démarches⁵²⁹ a donné lieu à l'adoption définitive d'une directive modificative le 20 juin 2019⁵³⁰ tandis que la seconde portant

⁵²³ Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *JOUE* L169, 30 juin 2017, p. 46.

⁵²⁴ V. *Supra*, Introduction générale.

⁵²⁵ Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (dite directive « fusions »), *JOUE* L310, 25 novembre 2005, p. 1.

⁵²⁶ Directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes, *JOUE* L110, 29 avril 2011, p. 1.

⁵²⁷ Sixième directive 82/891/CEE du Conseil, du 17 décembre 1982, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, *JOCE* L378, 31 décembre 1982, p. 47.

⁵²⁸ M. Luby-Gaucher, « Impromptu sur la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *Dr. soc.*, juin 2006, n°6, étude 11, et spécialement, n°5.

⁵²⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, COM(2018) 239 final.

⁵³⁰ Directive (UE) n°2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, *JOUE* L186, 11 juillet 2019, p. 80.

sur les transformations, fusions et scissions transfrontalières⁵³¹, à l'issue de la procédure de trilogue⁵³², a conduit à l'adoption d'une autre directive modificative le 27 novembre 2019⁵³³. Diverses critiques se sont élevées à l'encontre du projet à l'origine de cette directive modificative, en ce sens qu'il tendait à imposer de nouvelles contraintes aux groupes au mépris du mouvement de simplification du droit des sociétés et d'une partie de la jurisprudence de la Cour⁵³⁴. Cette critique semble pouvoir être transposée au texte final de la directive modificative dans la mesure où il s'est inspiré pour l'essentiel de ladite proposition à cet égard. Par exemple, la directive a reproduit l'amendement adopté par le Parlement européen en première lecture le 18 avril 2019 et dont l'objet consistait à lister les pièces requises pour l'obtention du certificat préalable à la fusion⁵³⁵, tout en supprimant l'alinéa également proposé par le Parlement qui visait à exempter les parties de l'obligation de fournir aussi le projet et les rapports à l'autorité compétente.

291. D'autres apports de la directive (UE) n°2019/2121 semblent devoir être analysés de manière plus approfondie dans le cadre de cette étude. Elle apporte en effet des révisions d'ampleur au dispositif issu des directives de 1982, 2005 et 2011. Aussi et bien que le délai de transposition laissé aux États membres coure jusqu'au 31 janvier 2023⁵³⁶ et qu'il leur revienne d'arrêter les sanctions applicables en cas de violation de ces nouvelles dispositions⁵³⁷, l'articulation des modifications qu'elle introduit avec le droit européen des concentrations mérite un examen attentif en dépit de leur caractère récent.

292. En revanche, les transformations – soit, en droit européen, les transferts de sièges sociaux dans un autre État membre – ne sauraient être concernées par cette étude. Elles se rapprochent certes pour partie des opérations de concentration

⁵³¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, 25 avril 2018, COM(2018) 241 final. En note, ladite proposition de directive modification est par la suite référencée sous « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018 ».

⁵³² B. Lecourt, « Évènement historique en droit européen des sociétés : adoption de la directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés », *Rev. soc.*, 2019, p. 360.

⁵³³ Directive (UE) n°2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *JOUE* L321, 12 décembre 2019, p. 1.

⁵³⁴ C. Cathiard, « Proposition de directive de la Commission européenne en matière de mobilité transfrontalière des entreprises : une harmonisation des procédures mais de nombreuses contraintes pour les entreprises », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 67, 7 juin 2018.

⁵³⁵ Directive (UE) n°2019/2121 art. premier, 14), portant modification de l'art. 127, 2.

⁵³⁶ Directive (UE) n°2019/2121, art. 3.

⁵³⁷ Lesquelles peuvent être pénales ; directive (UE) n°2019/2121, art. 2.

transfrontalières : parce qu'elles comptent parmi les instruments au service de la liberté d'établissement des entreprises⁵³⁸, elles induisent également un changement de loi applicable et de nationalité. Faute d'occasionner de quelconque changement de contrôle cependant, elles ne constituent pas des opérations de concentration contrôlables.

293. Aussi convient-il de ne s'intéresser ici qu'aux règles applicables aux fusions *de jure* et scissions au niveau européen dans le but d'en analyser le caractère cohérent de leur articulation avec les règles édictées par le règlement (CE) n°139/2004.

294. Ces règles sociétaires rejoignent en effet pour partie les objectifs assignés au contrôle des concentrations : avant même que la directive (UE) n°2019/2121 ne soit adoptée, ces directives avaient déjà su contribuer au développement de la mobilité des sociétés au sein de l'Union. Dans sa proposition de directive modificative de 2018, la Commission rappelait ainsi que le nombre de fusions transfrontalières avait

⁵³⁸ C'est en effet au titre de sa liberté d'établissement qu'une entreprise est en mesure de transférer son siège social dans un autre État membre. Les transformations ont suscité de nombreuses réticences de la part des États membres, en particulier de la France mais la Cour n'a eu de cesse de les rejeter afin de reconnaître aux entreprises cette liberté (CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató*, aff. C-210/06, *Rec.* 2008, I, p. 9641 ; obs. G. Parléani, « L'arrêt *Cartesio*, ou l'ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés », *Rev. soc.*, 2009, p. 147 ; M. Menjucq, « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *JCP G*, février 2009, n°7, II 10027 ; F. Mélin, « Déplacement de siège social dans la Communauté européenne », *JCP E*, février 2009, n°8-9, 1208 ; L. Idot, « Transfert du siège social sans changement de loi applicable », *Europe*, février 2009, n°2, comm. 82 ; CJUE, 12 juillet 2012, *Vale Építési kft.*, aff. C-378/10, *Rec.* ; obs. L. d'Avout, « Droit du commerce international. août 2011-juillet 2012. A- Mobilité des sociétés », *Recueil D.*, 2012, p. 2331 ; P.-H. Conac, « La CJUE reconnaît le transfert international de siège et ouvre la voie à une directive », *Recueil D.*, 2012, p. 3009 ; G. Parléani, « Après l'arrêt *Cartesio*, l'arrêt *Vale* apporte de nouvelles précisions sur la mobilité intra-européenne par « transformation » », *Rev. soc.*, 2012, p. 645 ; R. Dammann, L. Marion et Wynaendts L., « La CJUE impose le transfert du siège en Europe avec maintien de la personnalité morale », *Bull. Joly*, octobre 2012, n°10, p. 735 ; M. Menjucq, « Transformation transfrontalière : la CJUE poursuit son action militante pour pallier la carence de la Commission européenne ! », *JCP G*, octobre 2012, n°41, 1089 ; T. Mastrullo, « La consécration du droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne », *JCP E*, septembre 2012, n°38, 1547 ; CJUE, 25 oct. 2017, *Polbud-Wyskonawstwo sp. z.o.o.*, aff. C-106/16, *Rec.* ; obs. E. Schlumberger, « Chronique de droit européen des sociétés (juin 2017- mars 2018) », *Dr. soc.*, juin 2017, n°6, chron. 1 ; M. Menjucq, « La Cour de justice libéralise la transformation transfrontalière des sociétés », *JCP E*, janvier 2018, n°3, 1014 ; F. Berrod, « Chronique Marché intérieur - Le marché intérieur : un marché d'optimisation juridique ? », *RTD Eur.*, 2018, 693 ; P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA*, 2018, p. 329 ; G. Parléani, « Arrêt *Polbud* : nouvelle faveur (temporaire ?) à "l'optimisation" des transferts de sièges sociaux dans l'Union européenne », *Rev. soc.*, 2018, p. 47 ; I. M. Barsan, « Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt *Polbud* ? », *Dr. soc.*, mars 2018, n°3, étude 4 ; D. Berlin, « *Cartesio bis* : transfert du siège et liberté d'établissement », *JCP E*, 20 novembre 2017, n°47, 1232).

augmenté de 173% entre 2008 et 2012⁵³⁹, à l'appui d'un rapport d'experts dressé en 2013 (lequel prenait cependant soin de relativiser ce chiffre par des considérations d'ordre méthodologique⁵⁴⁰). La directive « fusions » de 2005 aurait par conséquent facilité la conclusion de ce type d'opérations et présenterait de ce point de vue un bilan positif⁵⁴¹.

295. Cependant, ce rapport a montré, avec d'autres⁵⁴², l'existence de nombreuses difficultés qui compromettraient l'efficacité du dispositif dans son ensemble, ce qui pourrait justifier le caractère insaisissable d'une partie des opérations que le règlement « concentrations » cherche pourtant à appréhender. Ces lacunes paraissent compter parmi les raisons qui expliquent que les groupes aient tendance à s'en désintéresser au profit d'autres types de mécanismes. Ce constat a par exemple pu être proposé à propos des offres publiques d'échange qui sont régulièrement détournées par les sociétés cotées pour éviter d'avoir à recourir au mécanisme fastidieux de la fusion-absorption⁵⁴³.

296. Dans son *Programme de travail pour 2017*, la Commission avait annoncé son intention de proposer un texte dans le but de faciliter les opérations de fusion et scission transfrontalières⁵⁴⁴. Les apports de la directive (UE) n°2019/2121 tendent effectivement à apaiser certaines de ces difficultés mais ils ne paraissent pas à même de les éteindre pleinement. L'intérêt des institutions européennes et des États membres pour l'établissement d'un ensemble cohérent de règles en la matière paraît d'ailleurs toujours aussi vif. La directive invite ainsi elle-même la Commission à présenter une évaluation des modifications introduites par la directive au plus tard le 1^{er} février 2027 avant de soumettre son rapport établi en conséquence, ainsi qu'une

⁵³⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, p. 6.

⁵⁴⁰ Bech-Bruun Lexidale, « *Study on the application of the cross-border mergers directive* », septembre 2013, et spécialement, p. 968 ; v. aussi obs. B. Lecourt, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. soc.*, 2014, p. 135 et *Infra*, ce Chapitre, Section 1, §1).

⁵⁴¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, et spécialement, p. 6.

⁵⁴² v. *Infra*, ce Chapitre, Section 1, §1 et la Commission fait état d'un constat analogue en se référant à l'analyse d'impact qui a accompagné sa proposition de directive (*ibid.*).

⁵⁴³ H. Le Nabasque, « L'introduction par la loi PACTE d'une délégation de pouvoir et d'une délégation de compétence en matière de fusion », *Joly*, juin 2019, n°6, p. 62.

⁵⁴⁴ Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Programme de travail de la Commission pour 2017. Répondre aux attentes – Pour une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et se défend* », 25 octobre 2016, COM(2016) 710 final et spécialement, p. 9.

éventuelle nouvelle proposition législative, au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen⁵⁴⁵.

297. En ce sens, en l'état actuel du droit, les règles propres aux fusions *de jure* et scissions semblent encore, pour partie, dispersées au gré des ordres juridiques au sein de l'Union, ce qui provoque un certain désintérêt de la part des groupes à l'égard de ces opérations. La codification opérée par la directive (UE) n°2017/1132 ne paraît pas avoir bousculé en profondeur cette analyse (**Section 1**). Ce désaveu pourrait être pallié et la notion de « fusion », et plus largement celle de « concentration », visée par le règlement (CE) n°139/2004 pourrait gagner en cohérence dans ce cadre si ces règles venaient à être améliorées. Les apports de la directive (UE) n°2019/2121 modifiant la directive (UE) n°2017/1132 méritent ainsi d'être interrogés (**Section 2**).

Section 1 : **Des règles dispersées**

298. Avant l'adoption de la directive modificative de 2019, l'adoption du Titre II de la directive (UE) n°2017/1132 a permis de codifier des directives européennes relatives aux fusions *de jure* et scissions de certaines sociétés.

299. Néanmoins, ce corps de règles est né une dizaine d'années avant que l'Union ne se dote d'un règlement autonome propre au contrôle des concentrations. Le droit européen des sociétés devrait ainsi, depuis lors, fournir un support certain au contrôle des concentrations, que ce soit en permettant aux parties de mener avec facilité leur opération avant leur prénotification ou notification lorsque les seuils sont atteints ou en confiant aux autorités le soin d'examiner une opération minutieusement encadrée par le législateur. Or, la mise en perspective du droit des concentrations avec la directive (UE) n°2017/1132 dans sa version antérieure à la directive (UE) n°2019/2121, comme des textes qui l'ont précédée, ne semble pas permettre de parvenir à cette conclusion.

300. L'analyse chronologique du dispositif européen jusqu'à sa modification en 2019 semble en attester.

301. Initialement, le droit européen des sociétés propre aux fusions et scissions était ainsi en quête de lisibilité (§1). La codification dont il a fait l'objet en 2017 a permis

⁵⁴⁵ Directive (UE) n°2019/2121, art. 4.

d'y remédier mais faute de modification au fond des règles applicables, le dispositif européen n'a finalement offert qu'une harmonisation minimale des règles internes applicables à ces opérations et n'en a pas empêché l'application distributive (§2).

Paragraphe 1 : Des règles sociétaires en quête de lisibilité jusqu'à la directive (UE) n°2017/1132

302. Selon le Professeur Michel Menjucq, « il n'est possible de mesurer le chemin parcouru en Europe en faveur des opérations de rapprochement [...] des sociétés que si, au préalable, on rappelle les obstacles rencontrés »⁵⁴⁶.

303. Dans cette perspective, relevons que depuis leur adoption, les règles européennes applicables aux fusions et scissions de sociétés anonymes et aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux paraissent poursuivre le même but. Il s'agit dans tous les cas de pallier la dispersion des dispositions nationales propres à ce type d'opérations en instaurant un régime harmonisé. Cette approche a pour but de faciliter les regroupements de sociétés par-delà les frontières des États membres ce qui, nécessairement, tend à renforcer le mécanisme même de la concentration sur le marché et à favoriser l'intégration du marché intérieur.

304. Cependant, ces tentatives n'ont pas permis de rendre le droit européen auto-suffisant en la matière et les dispositifs nationaux sont toujours appelés à le compléter, ce qui contribue à affaiblir la lisibilité de l'ensemble normatif. Une telle recherche a pourtant été initiée dès les années 1990 (A.) avant de faire l'objet d'efforts renouvelés (B.).

A. La nécessité historique d'un régime harmonisé

305. Bien avant que le droit européen des concentrations n'intègre les fusions *de jure* et scissions de sociétés dans son champ d'application (2)), la pertinence même de l'instauration d'un cadre harmonisé de règles propres à ces opérations avait été longuement discutée (1). Or, une fois adoptées, les directives européennes ont montré leurs limites, ce qui a conduit à ne conférer qu'un corps restreint de règles sociétaires à l'opération de « fusion » *de jure* visée par le règlement « concentrations » (3)).

⁵⁴⁶ M. Menjucq, « Les opérations transfrontalières de rapprochement et de mobilité à l'épreuve de la diversité des droits nationaux », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, p. 23 et spécialement, p.23.

1) Les enjeux de l'harmonisation

306. Le législateur communautaire a certes su se doter de règles d'harmonisation minimale en matière de fusions *de jure* et scissions dès 1978 s'agissant des fusions de sociétés anonymes⁵⁴⁷, à partir de 1982 pour les scissions de ces mêmes sociétés⁵⁴⁸ et à compter de 1990 en consacrant le principe de neutralité fiscale de ces opérations, levant ainsi les obstacles de nature fiscale pour les opérations transfrontalières⁵⁴⁹. L'adoption d'un régime communautaire applicable aux fusions, en particulier transfrontalières, a cependant nécessité des négociations longues de près de vingt ans.

307. Le caractère récent de l'adoption de ces règles peut toutefois s'expliquer. Les opérations transfrontalières suscitent en effet peu de conflits de lois dans la mesure où elles peuvent, en principe, se contenter d'une application distributive des règles applicables⁵⁵⁰. C'est ainsi que le processus décisionnel de l'opération, du côté de la société scindée ou absorbée, doit seulement se conformer à sa *lex societatis* et qu'à l'issue de l'opération, la société absorbante ou la société nouvelle est régie par les dispositions qui ont gouverné sa constitution. L'absence de dispositions en la matière n'a ainsi pas empêché la réalisation de la première fusion transfrontalière au sein du marché commun, alors même que l'un des droits nationaux concernés ignorait la transmission universelle de patrimoine⁵⁵¹.

308. Cependant, ce défaut d'harmonisation a rapidement été dénoncé, en particulier en raison de l'atteinte que cela pouvait causer aux droits des associés. Par définition, les associés de la société absorbée ou scindée voient en effet leurs engagements soumis à deux législations nationales successives en pareil cas, ce qui est susceptible d'occasionner un conflit mobile⁵⁵². De même, certains aspects de la procédure impliquent une application des règles non plus distributive, mais bien cumulative, s'agissant, par exemple, de l'adoption du projet commun de fusion⁵⁵³.

⁵⁴⁷ Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, *préc.* ; abrogée par la directive 2011/35/UE, *préc.*

⁵⁴⁸ Sixième directive 82/891/CEE, *préc.*

⁵⁴⁹ Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, *préc.*

⁵⁵⁰ G. Beitzke, « Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *Revue critique de droit international privé*, janvier-mars 1967, n°1, p. 1.

⁵⁵¹ À propos de l'opération conclue par Barclay Bank, v. *Supra*, Chapitre préliminaire.

⁵⁵² M. Menjucq, « Les opérations transfrontalières de rapprochement et de mobilité à l'épreuve de la diversité des droits nationaux », *art. préc.*

⁵⁵³ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Issy-les-Moulineaux, 2018, 665 p., et spécialement, p. 303.

309. Aussi, la nécessité d'une pleine harmonisation des règles au niveau européen a-t-elle été régulièrement soulignée. Le Sénateur Français Jacques Gautier⁵⁵⁴ a par exemple dénoncé le fait que certains États⁵⁵⁵ interdisaient la fusion d'une entité implantée sur leur territoire avec une autre soumise à l'ordre juridique d'un autre État membre, que les mesures nationales propres aux modalités de l'opération de fusion étaient régulièrement incompatibles d'un État à l'autre (le Royaume-Uni ignorant, par exemple, le principe de la transmission universelle de patrimoine), qu'un régime épars impliquait de cumuler les règles de droit international privé et les exigences de droit public et que le système de cogestion avec les salariés imposé par certains États membres soulevait également son lot de difficultés. Celles-ci avaient d'ailleurs été soulignées auparavant lors de l'adoption des règles relatives à la société européenne⁵⁵⁶, ce qui explique en partie que le texte de cette directive ait inspiré les rédacteurs de la directive « fusions » de 2005⁵⁵⁷.

310. Cette directive de 2005 a ainsi eu pour objectif d'anéantir ces divers obstacles en édictant un cadre harmonisé propre à ces opérations transfrontalières. Depuis lors, deux types d'objet sont attribués à ces contrats⁵⁵⁸. L'un, classique, conduit à ce que l'opération crée des droits et obligations réciproques pour les parties : par exemple, en contrepartie de la transmission du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante, les associés de l'absorbée bénéficient de parts au sein de la société bénéficiaire. L'autre, spécial parce qu'économique, s'attache au fait que l'opération entraîne un regroupement d'activités distinctes au sein d'un seul et même capital. Finalement, le but poursuivi n'est pas celui de la seule acquisition de titres mais bien celui de l'obtention d'un véritable pouvoir de contrôle économique.

311. Or, le règlement « concentrations » reprend à son compte cette dernière idée : il tend, sous réserve de l'atteinte des seuils qui conditionnent son déclenchement, à contrôler les opérations qui modifient le contrôle économique d'une entreprise et donc notamment, ces opérations de fusion et scission.

⁵⁵⁴ J. Gautier, « Rapport n°347 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire », annexe au procès-verbal de la séance du 21 mai 2008 et spécialement, pp. 20 et s.

⁵⁵⁵ C'était le cas de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Suède, de l'Autriche, de la Belgique, de l'Irlande, de la Grèce, de la Finlande et du Danemark.

⁵⁵⁶ Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, *préc.* ; directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, JOCE L294, 10 novembre 2001, p. 22.

⁵⁵⁷ M. Menjucq, « Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux », *RLDA*, mai 2006, n°5, p. 10.

⁵⁵⁸ V. not., F. Riem, *La notion de transparence en droit de la concurrence*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2002, 502 p., et spécialement, p. 93.

2) Les fondements de l'application du règlement « concentrations » aux fusions de jure et scissions

312. En vertu du règlement « concentrations », les fusions et scissions, comme les autres mécanismes de regroupement d'entreprises, sont qualifiées de concentrations à condition, de conduire au « changement durable du contrôle »⁵⁵⁹ d'une entreprise. L'article 3, 2. du règlement définit la notion de contrôle. L'opération de fusion doit ainsi, avant tout, conduire à l'exercice d'un nouveau contrôle⁵⁶⁰, lequel « 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 entreprises, et notamment : a) des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise; b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise. ». L'article 3, 3. du règlement définit plus précisément, pour sa part, l'identité des entreprises réputées détenir le contrôle, selon qu'elles soient ou non titulaires des droits ou bénéficiaires des contrats conduisant au changement de contrôle⁵⁶¹.

313. Pour notre propos dans le cadre de cette partie de l'étude, deux déductions découlent de l'extrait cité : sont des opérations de concentration les opérations de fusion *de jure* ou scission, à condition qu'elles occasionnent un changement du contrôle d'une entreprise cible qui s'inscrive dans le temps. Il n'est donc pas surprenant que la réception de notifications de ce type d'opérations par la Commission dans le cadre du droit européen des concentrations soit récurrente⁵⁶².

314. Dans ce cadre, le droit européen des concentrations s'applique aussi aux opérations de fusion *de jure* et scission d'entreprises dont les règles ont été

⁵⁵⁹ Règlement « concentrations », art. 3, 1.

⁵⁶⁰ Nous proposons de qualifier ce contrôle de « contrôle matériel » de la cible ; sous cet angle, cette question est néanmoins envisagée dans le cadre de la Seconde Partie de l'étude (v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I).

⁵⁶¹ V. *infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1.

⁵⁶² V. not., Commission, 7 mars 1991, *Kyowa/Saitama*, aff. M.69, JOCE C66, 14 mars 1991, p. 13 ; Commission, 15 mars 1993, *Sanofi/Yves Saint-Laurent*, aff. M.312, JOCE C89, 31 mars 1993, p. 3 ; Commission, 25 avril 1994, *AGF/La Union y El Fenix*, aff. M.403, JOCE C155, 7 juin 1994, p. 7 ; Commission, 13 juin 2000, *Veba/Viag*, aff. M.1673, JOCE L188, 10 juillet 2001, p. 1 ; Commission, 26 juillet 2000, *AstraZeneca/Novartis*, aff. M.1806, JOCE L110, 16 avril 2004, p.1 ; Commission, 28 février 2001, *Chevron/Texaco*, aff. M.2208, JOCE C128, 28 avril 2001, p. 2 ; Commission, 29 septembre 1999, *Exxon/Mobil*, aff. M.1383, JOUE L103, 7 avril 2004, p. 1 ; Commission, 27 mars 2017, *Dow/Dupont*, aff. M.7932, JOUE C353, 20 octobre 2017, p. 9.

harmonisées par le législateur européen, pour partie un an après l'entrée en vigueur du règlement. Ces règles sociétaires ont cependant rapidement montré leurs limites, laissant ainsi un éventail d'opérations de « fusion » en marge du droit européen des sociétés.

3) Les limites de l'harmonisation prévue par les règles sociétaires jusqu'en 2017

315. Dès son instauration, l'harmonisation des règles propres aux fusions *de jure* et scissions a souffert de deux types de limites qui ont affaibli son utilité pour le droit européen des concentrations : les unes tenaient au fait que le droit des États membres demeurait applicable (a) et les autres, au champ d'application restreint qui lui a été assigné (b).

a) Une application distributive des règles persistante

316. Le droit européen des sociétés s'est seulement attaché, en 1978 puis en 1982, à régir *a minima* les fusions et scissions internes de sociétés anonymes⁵⁶³, ce qui a permis d'apaiser la concurrence normative entre États, de favoriser le principe de reconnaissance mutuelle⁵⁶⁴ et, plus généralement, d'encourager dans une mesure relative les opérations de restructuration. Le législateur européen s'est ensuite livré à un projet plus ambitieux, mais toujours partiel, à compter de 2005, en posant un cadre harmonisé de règles propres aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux⁵⁶⁵ et qui a ensuite été enrichi par un cadre renouvelé de dispositions spécifiques aux fusions de sociétés anonymes⁵⁶⁶, en sus d'actes modificatifs. Par l'adoption de ces règles, l'Union s'est ainsi dotée d'un dispositif solide destiné à faciliter, et donc encourager, ces opérations de regroupement d'entreprises par-delà les frontières des États membres.

317. Il s'entend donc que l'article 3, 1., a) du règlement « concentrations » ait listé parmi les opérations susceptibles de faire l'objet d'un contrôle, les fusions explicitement et implicitement les scissions, dont les règles renvoient largement à celles des fusions. Si la cohérence du droit de l'Union, à cet égard, était manifeste en ce qu'il définissait une partie des opérations qu'il entendait contrôler par ailleurs, elle était toutefois déficitaire : tandis que le règlement « concentrations » tendait à

⁵⁶³ Sixième directive 82/891/CEE du Conseil du 17 décembre 1982 relative aux scissions des sociétés anonymes, *préc.*

⁵⁶⁴ L. Athlan et S. Torck, « Les scissions transfrontalières », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, n°6, p. 38.

⁵⁶⁵ Directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *préc.*

⁵⁶⁶ Directive 2011/35/UE du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes, *préc.*

imposer à toutes les opérations de fusion et scission un régime unifié de contrôle à l'échelle européenne, les directives sociétaires laissent perdurer pour partie l'application du droit des États membres à ces mêmes opérations.

318. En vertu de ces directives et hors les cas plus complexes encore qui impliquaient la mise en œuvre de la *lex contractus*⁵⁶⁷, les sociétés restaient en effet soumises à des législations nationales distinctes. Ce principe a d'ailleurs été consacré par la CJCE dans l'arrêt *Cartesio*⁵⁶⁸. À cette occasion, la Cour a ainsi estimé que les sociétés sont rattachées exclusivement à un État membre et qu'il revient à celui-ci d'en déterminer les critères de rattachement. L'exemple français a pu en donner une illustration intéressante⁵⁶⁹. Ainsi, en France, la directive « fusions » de 2005 a été transposée plus tardivement que dans d'autres États européens qui avaient su respecter les délais de transposition prescrits⁵⁷⁰ puisque la loi de transposition a été adoptée en 2008⁵⁷¹ et son dernier décret d'application, en 2009⁵⁷². À compter de cette date et dans la mesure où la directive « fusions » résolvait la question du conflit de lois en prévoyant que chaque société partie à l'opération devait se conformer aux dispositions et formalités du droit interne dont elle relevait pour la partie « applicable à une fusion nationale »⁵⁷³, la réalisation d'une opération de fusion impliquant une société de capitaux française entraînait une application distributive

⁵⁶⁷ M. Audit, P. Callé et S. Bollée, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, Lextenso éd., Issy-les-Moulineaux, 2014, 764 p. et spécialement, p. 52 à propos de la fusion-absorption d'une société française par application d'un contrat soumis à une loi étrangère.

⁵⁶⁸ À propos d'un transfert de siège ; CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, préc. ; confirmé not. par CJUE, 25 oct. 2017, *Polbud-Wyskonawstwo sp. z.o.o.*, préc.

⁵⁶⁹ S'agissant de la transposition de la directive « fusions » en droit français, v. not., H. Le Nabasque, « Les fusions transfrontalières après la loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. soc.*, 2008, p. 493 ; T. Mastrullo, « La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets », *Europe*, août 2009, n°8, étude 8 ; D. Lencou et M. Menjucq, « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes », *Recueil D.*, 2009, p. 886 ; C. Cathiard, « Le régime des fusions transfrontalières depuis la loi du 3 juillet 2008 », *Dr. soc.*, octobre 2008, n°10, étude 8.

⁵⁷⁰ En vertu de l'article 19 de la directive « fusions », les États disposaient d'un délai allant jusqu'au 15 décembre 2007 pour mettre en conformité leur droit interne. Une dizaine d'États membres ont toutefois respecté ces délais, à l'instar de l'Allemagne, de l'Autriche, du Danemark et avant le Brexit, du Royaume-Uni (M. Menjucq, « Les fusions transfrontalières », *RLDA*, avril 2009, n°37, p. 74).

⁵⁷¹ Loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, *JORF* n°155 du 4 juillet 2008, p. 10705.

⁵⁷² Décret n°2008-1116 du 31 octobre 2008 relatif à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières, *JORF* n°256 du 1 novembre 2008, p. 16692 ; Décret n°2008-1117 du 31 octobre 2008 relatif à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières (dispositions relevant d'un décret), *JORF* n°0256 du 1 novembre 2008, p. 16693 ; Décret n°2009-11 du 5 janvier 2009 relatif aux fusions transfrontalières de sociétés, *JORF* n°0005 du 7 janvier 2009, p. 449.

⁵⁷³ Directive 2005/56/CE, (3).

des règles. Le silence du droit européen ou son renvoi exprès au droit interne conduisait à la mise en œuvre du droit français, sous réserve de la compatibilité de ses dispositions avec les normes européennes⁵⁷⁴.

319. En outre, le champ d'application de ces directives sociétaires a été restreint à certaines opérations spécifiques, ce qui, par conséquent, a encore affaibli l'apport du droit européen des sociétés à la notion de fusion visée par le règlement « concentrations » et a renforcé le caractère distributif de l'application des règles destinées à les gouverner.

b) Un champ d'application restreint à certaines fusions visées par le règlement « concentrations »

320. Alors que le but poursuivi était d'édicter un régime harmonisé destiné à « assurer l'achèvement et le fonctionnement du marché intérieur »⁵⁷⁵, les directives sociétaires ont fait d'emblée l'objet de deux types de limitations supplémentaires. Les unes tenaient à l'identité des sociétés parties et les autres, à la nature de l'opération projetée.

321. En effet, contrairement au règlement « concentrations » qui ne faisait pas de la nationalité des entreprises parties une condition de mise en œuvre de ses dispositions en se concentrant sur les seuls effets de l'opération au sein du marché, la directive « fusions » exigeait la réunion de critères tenant à l'identité des sociétés parties. En dehors des opérations constituées entre sociétés anonymes au sens de la sixième directive 82/891/CEE et de la directive 2011/35/UE, pour que les sociétés en cause puissent prétendre au bénéfice du mécanisme de fusion transfrontalière européen, quatre conditions devaient ainsi être remplies : elles devaient être des sociétés de capitaux, être constituées en conformité avec la législation d'un État membre, avoir leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union européenne et relever de législations d'États membres différents⁵⁷⁶. *A contrario* donc, les entreprises ne répondant pas, en tout ou partie, à ces critères ne pouvaient recourir aux mécanismes offerts par ces directives. L'article 3 de ladite directive en limitait encore la portée en excluant les établissements de crédit et entreprises d'investissement⁵⁷⁷ relevant de la directive

⁵⁷⁴ Code de commerce, art. L. 236-25.

⁵⁷⁵ Résolution législative du Parlement européen du 10 mai 2005 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, P6_TC1-COD(2003)0277, *JOUE* C92E, 20 avril 2006, p. 80 et spécialement, (1).

⁵⁷⁶ Directive 2005/56/CE, art. 1.

⁵⁷⁷ Directive 2005/56/CE, art. 3, 4.

2014/59/UE⁵⁷⁸ ainsi que les sociétés « dont l'objet est le placement collectif des capitaux recueillis auprès du public, dont le fonctionnement est soumis au principe de la répartition des risques et dont les parts sont, à la demande des porteurs, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs »⁵⁷⁹, ce qui correspond en droit français, par exemple, aux sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) et aux sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable. En revanche, les sociétés ayant pour objet une activité réglementée avaient vocation à être concernées par la directive, sous réserve que les autres critères soient remplis, à commencer par leur nécessaire qualité de sociétés de capitaux.

322. Également, lorsque les opérations instituées par ces trois directives sont recensées, il est manifeste que le régime institué se limitait à des opérations particulièrement précises et identifiées. À cet égard et dans le but de rappeler le caractère limitatif du domaine couvert par ces directives, il semble utile de rappeler les définitions des fusions *de jure* et scissions visées par lesdites directives et dont la communication consolidée de la Commission propre au contrôle des concentrations d'entreprises s'en fait l'écho⁵⁸⁰.

323. La directive « fusions » et la directive 2011/35/UE visaient ainsi trois types de fusions et la sixième directive 82/891/CEE, deux mécanismes de scission de sociétés anonymes, outre le cas spécifique d'une telle opération réalisée sous le contrôle d'une autorité judiciaire⁵⁸¹.

324. Parmi les mécanismes de fusion *de jure*, deux intéressaient, et intéressent encore à ce jour, le contrôle des concentrations au sens de l'article 3, 1., a) du règlement « concentrations », contrairement à l'opération intragroupe que constitue la fusion simplifiée⁵⁸².

⁵⁷⁸ directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, *JOUE* L173, 12 juin 2014, p. 190.

⁵⁷⁹ Directive 2005/56/CE, art. 3, 3.

⁵⁸⁰ En délaissant, cependant, le caractère nécessairement transfrontalier ; communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, telle que modifiée par Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 9 et s.

⁵⁸¹ Sixième directive 82/891/CEE, art. 23.

⁵⁸² À propos de l'exclusion des opérations intragroupes, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1, §2.

325. Au sein des opérations visées par le règlement « concentrations » et définies par lesdites directives dès lors qu'elles sont mises en œuvre par les sociétés qu'elles visent, figure la fusion-absorption⁵⁸³ par laquelle une société A, la société absorbante, absorbe le patrimoine, actif et passif d'une société B, la société absorbée. L'absorbée est dissoute sans liquidation. En contrepartie, les associés de l'absorbée B reçoivent des titres du capital de la société A, voire également le paiement d'une soulte en espèces qui n'excède pas 10% de la valeur nominale des titres ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ses titres. Tel est également le cas de la fusion par création d'une société nouvelle (ou fusion-acquisition)⁵⁸⁴ qui désigne l'opération par laquelle les sociétés A et B transfèrent l'intégralité de leur patrimoine à la nouvelle société C et sont donc dissoutes sans liquidation. En contrepartie, les actionnaires de A et de B reçoivent des actions de C et le cas échéant, une soulte en espèces n'excédant pas 10% de la valeur nominale des titres ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ses titres.

326. En revanche, le mécanisme de la fusion intragroupe, auquel renvoyaient également les directives précitées⁵⁸⁵, échappe au contrôle⁵⁸⁶. Rappelons qu'il s'agit de l'opération par laquelle la société mère absorbe l'intégralité de l'actif et du passif de la filiale dont elle détient *a minima* 90% des titres.

327. Enfin, le droit des concentrations et le droit européen des sociétés s'attachent aussi au mécanisme de la scission *de jure*, soit, selon la sixième directive 82/891/CEE, l'opération par laquelle la société anonyme A est dissoute sans liquidation, voit son patrimoine transmis à plusieurs autres sociétés anonymes, B et C, que celles-ci soient préexistantes (scission par absorption⁵⁸⁷) ou nouvellement constituées (scission par constitution de nouvelles sociétés⁵⁸⁸). En contrepartie, les anciens actionnaires de A bénéficient de titres au sein des entreprises bénéficiaires B et C, voire, éventuellement, d'une soulte en espèces n'excédant pas 10% de la valeur nominale des titres ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ses titres. Outre le fait que ce type d'opérations fasse régulièrement l'objet de décisions des autorités de concurrence dans le cadre de la procédure de contrôle des concentrations, il ne fait nul doute que les opérations de scission constituent également des concentrations

⁵⁸³ Directive 2005/56/CE, art. 2, 2., a) ; directive 2011/35/UE, art. 3 et 5 et s.

⁵⁸⁴ Directive 2005/56/CE, art. 2, 2., b) ; directive 2011/35/UE, art. 23.

⁵⁸⁵ Directive 2005/56/CE, art. 2, 2., c) et 15 ; directive 2011/35/UE, art. 24 et s.

⁵⁸⁶ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1, §2.

⁵⁸⁷ Sixième directive 82/891/CEE, art. 2 et s.

⁵⁸⁸ Sixième directive 82/891/CEE, art. 21 et s.

d'entreprises, en ce sens qu'elles conduisent à ce qu'une société transmette son patrimoine à deux ou plusieurs autres sociétés, ce qui occasionne un changement durable de contrôle. C'est d'ailleurs pour cette raison que la sixième directive 82/891/CEE a pris soin d'aligner l'essentiel du régime juridique qu'elle instituait pour le mécanisme de fusion.

328. Par conséquent, tandis que le règlement « concentrations » tendait à instaurer des règles communes applicables à l'ensemble des concentrations dont les effets se produisaient au sein du marché intérieur, ces règles sociétaires ne fournissaient qu'un secours des plus partiels aux groupes pour réaliser leurs opérations. Le règlement « concentrations » était opposable aux sociétés auteurs de ce type d'opérations mais celles-ci ne disposaient que d'un panel particulièrement restreint de règles gouvernant des opérations susceptibles d'être soumises au contrôle. À cet égard, l'harmonisation du droit européen de la concurrence semble être plus aboutie que celle à laquelle tendait le droit européen des sociétés, alors même que celui-ci aurait pu utilement servir de socle à l'application du règlement « concentrations ».

329. En effet, une évolution en ce sens aurait pu notamment présenter deux intérêts majeurs : elle aurait non seulement conduit à faciliter, pour les sociétés, la conclusion d'opérations qui entrent par ailleurs dans les objectifs de promotion d'une « concurrence dynamique »⁵⁸⁹ défendue par le règlement « concentrations » mais aussi permis aux autorités de contrôle d'appréhender avec plus d'aisance l'opération soumise à leur contrôle.

330. Lors de l'adoption de la directive (UE) n°2017/1132 en 2017, il aurait par conséquent été possible de s'attendre à ce que le droit européen des sociétés cherche à pallier ces défaillances en proposant un cadre plus harmonisé s'agissant, à tout le moins, des fusions et scissions de sociétés affectant le marché intérieur.

331. Cette attente semble d'autant plus justifiée que les travaux préparatoires à l'origine de la directive reconnaissent la faiblesse du droit européen des sociétés en la matière.

⁵⁸⁹ Règlement « concentrations », (4).

B. L'adoption d'un régime harmonisé

332. Avant l'adoption de la directive (UE) n°2017/1132, plusieurs rapports avaient montré tant les qualités que les défaillances des directives sociétaires alors en vigueur.

333. C'est ainsi qu'en 2011, à la demande de la Commission européenne, un rapport⁵⁹⁰, qui a donné lieu à une conférence les 16 et 17 mai de cette même année et qui portait sur le devenir du droit européen des sociétés, critiquait certaines de ces règles. Il visait en particulier celles relatives à la protection des actionnaires, salariés et créanciers – impératif que la Cour avait d'ailleurs érigé auparavant au rang d'exigence impérieuse d'intérêt général⁵⁹¹. Un an plus tard, la Commission lançait une consultation publique sur « l'avenir du droit européen des sociétés »⁵⁹² qui a été suivie d'un certain consensus sur la nécessité de réviser la directive « fusions »⁵⁹³.

334. En 2013, conformément aux préconisations de l'article 18 de la directive « fusions », des praticiens ont publié un rapport volumineux⁵⁹⁴ sur la question. Le bilan proposé était en partie très positif : en substance, il montrait que les règles applicables palliaient l'absence ponctuelle de dispositions en la matière à l'échelle des États membres, qu'elles ont affaibli le nombre d'opérations de regroupement d'entreprises alternatives qui généraient une incertitude juridique, qu'elles ont facilité les montages d'opérations et les réorganisations internes consécutives au sein des groupes et qu'elles ont induit une certaine réduction des coûts afférant à l'opération dans la mesure où, notamment, à l'issue d'une fusion-absorption, l'entité

⁵⁹⁰ Institute for Law and Finance, « *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law* », 5 avril 2011 ; B. Lecourt, « Quel avenir pour le droit européen des sociétés ? (à propos du "Rapport du groupe de réflexion sur le futur du droit européen des sociétés") », *Rev. soc.*, 2011, p. 649.

⁵⁹¹ S'agissant de l'interdiction faite à un État, au titre des articles 43 et 48 du Traité CE, de dénier la capacité juridique et spécialement, la capacité d'ester en justice à une société constituée conformément à sa législation et dont le siège statutaire est sis sur son territoire alors qu'elle est réputée avoir transféré son siège effectif dans un autre État et de l'obligation faite à l'État membre sur le territoire duquel la société a exercé sa liberté d'établissement de respecter la capacité juridique dont elle jouit au titre de la législation de l'État dans lequel elle a été constituée, CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00, *Rec.* 2002, I, p. 9919 et spécialement, pt 92 ; obs. v. not., M. Menjuq, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt Centros », *JCP E*, mars 2003, n°12, 448.

⁵⁹² Commission, « *Droit européen des sociétés : quelles pistes pour l'avenir ?* », 20 février 2012, communiqué de presse, IP/12/149.

⁵⁹³ B. Lecourt, « Avenir du droit européen des sociétés : publication de la synthèse des réponses apportées dans le cadre de la consultation publique », *Rev. soc.*, 2012, p. 658.

⁵⁹⁴ Bech-Bruun Lexidale, « *Study on the application of the cross-border mergers directive* », septembre 2013 ; obs. B. Lecourt, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. soc.*, 2014, p. 135.

n'est soumise qu'à une seule législation. Le document pointait cependant aussi les nombreuses faiblesses des règles en vigueur. Il relevait l'absence d'harmonisation de certaines règles (telles celles relatives aux délais, formalités requises, à l'évaluation des titres, la comptabilité), la longueur du calendrier induit par l'opération (s'agissant en particulier de la mise en place du groupe spécial de négociation), l'absence de dispositions facilitant les échanges entre autorités nationales, la faiblesse de la protection des associés minoritaires, créanciers et salariés ou encore, l'absence de dispositions propres aux scissions transfrontalières alors que la révision des règles les gouvernant aurait été nécessaire et, plus généralement, la complexité du régime applicable qui nécessitait d'être simplifié. S'agissant de cette dernière critique, un tel mouvement a certes été initié par l'adoption de la directive de 2011 spécifique aux sociétés anonymes⁵⁹⁵. Il reste que permettre à certaines entreprises, plutôt qu'à d'autres, de bénéficier d'un régime juridique simplifié lors de leurs opérations de fusion peut sembler surprenant, quand bien même la forme juridique de la société anonyme serait récurrente au sein du marché unique.

335. Quoi qu'il en soit, le rapport invitait à améliorer la directive « fusions » alors en vigueur, notamment en permettant aux États membres de choisir des mesures parmi plusieurs options, dans le but de poursuivre le mouvement d'harmonisation qui avait été initié et de favoriser la prévisibilité des entreprises. Bien que cette proposition ait été saluée, elle a cependant été dénoncée en ce qu'un tel dispositif ne permettait pas de résoudre toutes les questions en suspens⁵⁹⁶. Des problématiques suscitées par l'appréciation de la parité d'échange des titres ont en particulier été avancées : afin d'éviter que l'opération soit compromise pour cette seule raison, l'instauration d'une règle unique paraissait en effet préférable pour que les États cessent d'avoir chacun leur propre méthode d'évaluation des titres.

336. En 2014, à la suite de ce rapport, une nouvelle consultation publique a été initiée par la Commission. La question a suscité de très nombreuses réactions puisqu'un an plus tard, la Commission recueillait cent cinquante et une réponses. Cependant, le dispositif d'options proposé n'a pas davantage convaincu les États. Dans leurs réponses, les deux tiers d'entre eux soulignaient surtout la nécessité que la directive s'applique non aux seules sociétés constituées au sein du marché intérieur mais bien à toutes celles qui adoptaient une forme juridique en son sein. Cette position a toutefois fait l'objet de vives critiques en raison de l'affaiblissement

⁵⁹⁵ B. Lecourt, « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Ibid.*

⁵⁹⁶ H. le Nabasque, « Les fusions et les scissions transfrontalières », *Rev. Soc.*, 2013, p. 391 et spécialement, n°4.

du critère de rattachement auquel une telle mesure conduisait⁵⁹⁷. Les États ont par ailleurs confirmé les difficultés traditionnellement attribuées à la directive, tels la faible protection des droits des associés minoritaires, des créanciers et salariés, le défaut d'harmonisation des règles comptables, d'évaluation des actifs, de la parité d'échange des titres, ou encore, le manque de règles complémentaires applicables aux scissions et l'absence d'unification de la date du projet de fusion (quoique les États aient chacun proposé leur propre interprétation du moment opportun).

337. Dans ce contexte, il était attendu que la directive (UE) n°2017/1132 prenne appui sur les diverses difficultés qui avaient été soulevées pour tenter d'enrichir le régime juridique applicable. Dans sa résolution du 13 juin 2017⁵⁹⁸, le Parlement européen relevait ainsi « les obstacles qui s'opposent aujourd'hui à l'application pleine et entière de la directive sur les fusions transfrontalières »⁵⁹⁹ et le fait que « les scissions transfrontalières d'entreprises ne font encore l'objet d'aucune législation commune »⁶⁰⁰ afin de prôner l'adoption « de nouvelles règles sur les fusions, les scissions et les transferts de sièges » lesquelles « devraient faciliter la mobilité des entreprises au sein de l'Union, compte tenu de leur nécessité économique de restructuration »⁶⁰¹.

338. Or, la directive (UE) n°2017/1132, par l'objectif de codification qui lui a été assigné, n'a guère étendu le champ d'application de ces directives, laissant ainsi les fusions et scissions de sociétés sous l'empire de règles harmonisées *a minima* et se limitant ainsi à conférer davantage de lisibilité aux règles les gouvernant.

339. Par conséquent, l'opération de « fusion » visée par le règlement « concentrations » trouve, pour l'heure, un écho encore faible en droit européen des sociétés, ce qui peut sembler néfaste non seulement à la prévisibilité des entreprises, mais encore à la cohérence de l'ensemble normatif.

⁵⁹⁷ B. Lecourt, « Fusions et scissions transfrontalières : publication des réponses à la consultation publique », *Rev. soc.*, 2015, p. 687.

⁵⁹⁸ Résolution du Parlement européen du 13 juin 2017 sur « la conduite des fusions et scissions transfrontalières », 2016/2065(INI), P8_TA-PROV(2017)0248, *JOUE* C331, 18 septembre 2018, p. 25 ; B. Lecourt, « Mobilité transfrontalière des sociétés : le Parlement européen appelle à une révision de la directive « fusions transfrontalières » et à un texte sur les scissions transfrontalières », *Rev. soc.*, 2017, p. 664.

⁵⁹⁹ Résolution du Parlement européen du 13 juin 2017 sur « la conduite des fusions et scissions transfrontalières », A.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, B.

⁶⁰¹ *Ibid.*, 4.

Paragraphe 2 : Une directive (UE) n°2017/1132 portant harmonisation minimale des règles jusqu'à la directive (UE) n°2019/2121

340. En l'état actuel du droit, les opérations de fusion *de jure* et de scission visées par le règlement « concentrations » en tant qu'opérations pouvant faire l'objet d'un contrôle, sont régies par le droit européen des sociétés lorsqu'elles répondent aux critères tenant à l'identité de leurs auteurs et à la forme de l'opération projetée, tels qu'imposés par la directive (UE) n°2017/1132. Or, il semble que les principes posés par la directive (UE) n°2017/1132 n'aient conduit à harmoniser qu'un socle minimal de règles.

341. Dans la mesure où les modifications apportées par la directive (UE) n°2019/2121 sont récentes et sa transposition au sein des États membres n'est pas achevée au jour de ces lignes, les seules opérations de fusion et scission dont les critères d'identité et de forme relèvent du droit européen ont à ce jour été réalisées au sein du marché unique sous l'empire du droit antérieur. Elles ont ainsi été conclues puis réalisées selon les dispositions de la directive (UE) n°2017/1132 ou les directives précédentes, en plus des dispositions nationales prises conformément aux directives de 1982, 2005 et 2011. Une fois la transposition de la directive (UE) n°2019/2121 menée à son terme au sein de tous les États membres, deux types d'opérations auront vocation à coexister pendant une certaine période. Il y aura d'un côté, celles qui auront été réalisées conformément aux dispositions édictées par les directives de 1982, 2005 et 2011 et dont le contenu a éventuellement intégré la directive (UE) n°2017/1132 dans sa version antérieure à la directive (UE) n°2019/2121 si les opérations en cause ont été menées après l'entrée en vigueur de ladite directive (UE) n°2017/1132. Il y aura, de l'autre côté, celles qui auront été construites selon les dispositions de la directive (UE) n°2017/1132 modifiée par la directive (UE) n°2019/2121 et les nouvelles législations des États membres. L'adoption de la directive de 2019 ne saurait par conséquent conduire à ignorer les règles applicables jusqu'à son entrée en vigueur.

342. Il semble ainsi utile d'évaluer en quoi l'harmonisation des règles proposées par la directive (UE) n°2017/1132 avant sa modification est minimale et peut soulever des problèmes de cohérence avec le droit européen des concentrations. Cette question semble d'autant plus intéressante que les apports de la directive (UE) n°2019/2121 ne paraissent pas aptes à modifier en profondeur l'organisation de ces opérations. Ils ne semblent ainsi pas avoir vocation à remettre en cause, en particulier, les grands aspects de la procédure instituée par la

directive (UE) n°2017/1132, ni ses difficultés d'articulation avec le règlement « concentrations ».

343. Aussi et avant d'envisager les questions que soulèvent la directive (UE) n°2017/1132 depuis sa modification par la directive (UE) n°2019/2121⁶⁰², il s'agit ici de ne s'intéresser qu'à l'harmonisation proposée par la directive (UE) n°2017/1132, dans sa version antérieure à celle de la directive (UE) n°2019/2121.

344. À cet égard, en rassemblant les règles applicables en un seul texte, la directive (UE) n°2017/1132 impose une procédure pour partie commune aux sociétés parties à ce type d'opérations (A.). Un tel cadre offre ainsi aux parties la possibilité de jouir d'un ensemble harmonisé de règles lors de la préparation de l'opération susceptible de faire l'objet d'un contrôle. Cependant, le droit européen des sociétés n'appréhende que ce type particulièrement précis d'opération, ce qui en soi ne reflète pas la réalité de l'ensemble des opérations concernées par le règlement « concentrations ». En ce sens, un tel défaut semble de nature à affaiblir les fondations mêmes du contrôle, en sus de porter atteinte à la cohérence de l'ensemble normatif. Aussi, lorsque l'opération souhaitée par les parties s'inscrit dans le cadre de la directive (UE) n°2017/1132, celle-ci garantit une harmonisation utile des procédures applicables mais qui demeure partielle et partant, insuffisante (B.).

A. La procédure applicable en vertu de la directive

345. Le préambule de la directive (UE) n°2017/1132 reprend à son compte, dans des termes identiques, les axes qui avaient été assignés aux précédentes directives ainsi qu'un résumé des documents et formalités devant être accomplis communément par les parties à l'opération⁶⁰³.

346. Le souhait du législateur européen d'articuler le droit européen des sociétés avec le droit des concentrations y est reproduit, en ce sens qu'il est fait interdiction au prononcé de la nullité d'une fusion après sa date d'entrée en vigueur, soit, implicitement notamment, une fois que l'opération a été autorisée dans le cadre du contrôle des concentrations⁶⁰⁴. Il reste que certaines questions peuvent être soulevées

⁶⁰² V. *Infra*, ce Chapitre, Section 2.

⁶⁰³ Les paragraphes (4) et s. du préambule de la directive 2011/35/UE figurent désormais aux paragraphes (49) et s. de la directive (UE) n°2017/1132, les paragraphes (3) à (10) du préambule de la directive 2005/56/CE aux paragraphes (56) à (63) de la directive (UE) n°2017/1132 et le 5^{ème} alinéa et les suivants du préambule de la sixième directive 82/891/CEE aux paragraphes (68) et s. de la directive (UE) n°2017/1132.

⁶⁰⁴ Directive (UE) n°2017/1132, (61) et (62) (anciennement, directive 2005/56/CE, (8) et (9)) et s'agissant des fusions transfrontalières, art. 134 (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 17). Le nouvel article

à cet égard en cas d'opposition des créanciers, en particulier depuis l'adoption de la directive (UE) n°2019/2121 dont il sera ultérieurement fait état⁶⁰⁵.

347. Quoi qu'il en soit, hors dispositions nationales spécifiques, dont l'application complémentaire est requise par la directive (UE) n°2017/1132⁶⁰⁶, le texte détaille la procédure applicable à ce type d'opérations⁶⁰⁷. L'ensemble paraît présenter une complexité et une lourdeur manifestes. Cette critique semble devoir s'imposer avec force, d'autant que la conclusion de ce type d'opération nécessite d'autres étapes, imposées non par les textes mais la pratique.

348. Il paraît, en ce sens, nécessaire de proposer une brève analyse de la procédure applicable et ce, dans le but de poursuivre nos interrogations sur l'accessibilité et l'attractivité du seul mécanisme de concentration pour l'heure régi par le droit européen. Il s'agit encore de questionner l'éventuelle contrariété que pourrait présenter un tel défaut avec la cohérence de l'ensemble du droit européen relatif aux concentrations.

349. À cette fin, relevons que la chronologie définie pour chaque type d'opération est similaire, dans la mesure où lorsque les parties entendent se livrer à une opération de concentration qui répond aux conditions requises par la directive (UE) n°2017/1132, celles-ci doivent, en premier lieu, rédiger un projet commun de fusion ou scission⁶⁰⁸. Ce document doit comprendre un certain nombre d'informations minimales⁶⁰⁹, dont certaines sont spécifiques aux fusions transfrontalières⁶¹⁰ et

160 duovicies, dans sa rédaction issue de la directive (UE) n°2019/2121, pose un principe similaire dans le cadre des scissions transfrontalières de sociétés de capitaux. S'agissant des fusions ou scissions de sociétés anonymes, la directive (UE) n°2017/1132 semble pouvoir être interprétée de telle sorte qu'elle organise indirectement la nullité qui pourrait être prononcée en présence d'une décision frappant l'opération d'incompatibilité au titre du droit des concentrations. En la matière, elle prévoit en effet qu'« il n'est pas porté atteinte aux législations des États membres relatives à la nullité [de l'opération] prononcée à la suite d'un contrôle de celle-ci autre que le contrôle préventif judiciaire ou administratif de légalité. » (s'agissant des fusions de sociétés anonymes : directive (UE) n°2017/1132, art. 108, 3. ; s'agissant des scissions de sociétés anonymes : directive (UE) n°2017/1132, art. 153, 3.).

⁶⁰⁵ V. *Infra*, ce Chapitre, Section 2.

⁶⁰⁶ Directive (UE) n°2017/1132, (56) (anciennement, directive 2005/56/CE, (3)).

⁶⁰⁷ La protection des droits des actionnaires et créanciers fait l'objet de développements distincts (v. *Infra* ce Chapitre, Section 2, §1, B.). Comme évoqué en introduction, les problématiques afférentes aux salariés ne sont en revanche pas traitées dans le cadre de l'étude.

⁶⁰⁸ Directive (UE) n°2017/1132, art. 91, 122 et 137 (anciennement et respectivement, directive 2011/35/UE, art. 5 ; directive 2005/56/CE, art. 5 et sixième directive 82/891/CEE, art. 3).

⁶⁰⁹ Il s'agit de la forme, la dénomination, le siège social des sociétés concernées (y compris de la nouvelle, le cas échéant), du rapport d'échange des titres et montant de la soulte si existante (sauf pour la fusion simplifiée), des modalités d'attribution des titres, de la date à partir de laquelle les actions donnent droit de participer aux bénéfices, des modalités particulières éventuelles de la

d'autres, aux scissions de sociétés anonymes⁶¹¹. Les États membres peuvent faire précéder l'adoption du projet précité d'autres types d'actes, à l'instar de la Pologne qui prévoit que lorsque la société absorbée relève de sa législation, des comptes intermédiaires datant de moins d'un mois doivent être établis préalablement à la signature dudit document contractuel. En tout état de cause, la directive ne tend cependant en aucune manière à entraver la liberté contractuelle des parties et ne comporte pas davantage d'articles susceptibles d'annihiler toutes les différences qui opposent les législations des États membres s'agissant de la forme⁶¹² ou du contenu dudit projet commun de fusion. À titre d'exemple, il est fréquent que de tels protocoles comprennent des conventions de vote aux termes desquelles les parties conviennent de répartir entre elles la composition de l'organe dirigeant de l'entité issue de l'opération. Si de telles clauses sont licites sous réserve de respecter l'ordre public et l'intérêt social⁶¹³, leur rédaction impose de s'appuyer sur un compromis entre les législations nationales applicables s'agissant, par exemple, des modalités de révocation des dirigeants. De telles précautions prennent notamment tout leur sens à propos des administrateurs de sociétés anonymes pour lesquels il aurait pourtant été possible de s'attendre à un effort d'harmonisation, si ce n'est d'unification, des régimes en vigueur au vu de l'intérêt certain que le droit européen accorde à cette forme sociale spécifique. Or, si la révocabilité *ad nutum* de ces dirigeants est généralement admise au sein des États membres⁶¹⁴, un tel principe doit moins aux

participation aux bénéfices, de la date d'effet comptable de l'opération, des droits attribués ou des mesures prévues pour les associés titulaires de droits spéciaux ou pour les porteurs de titres autres que des actions à l'issue de l'opération et des avantages éventuellement attribués aux experts et membres de l'organe dirigeant.

⁶¹⁰ En plus des éléments communs aux opérations décrits ci-avant, le projet commun de fusion transfrontalière doit également comprendre les statuts de la société issue de l'opération, les informations sur les procédures applicables aux modalités relatives à l'implication des travailleurs, l'évaluation du patrimoine actif et passif transféré à l'entité issue de l'opération, les dates des exercices comptables des parties dans le but de définir les conditions de la fusion.

⁶¹¹ En plus des éléments communs aux opérations décrits ci-avant, le projet commun de scission doit aussi comprendre la description et la répartition des éléments du patrimoine actif et passif qui seront transférés aux sociétés bénéficiaires, ainsi que le principe et les modalités de répartition des actions des sociétés bénéficiaires au profit des actionnaires de la société scindée.

⁶¹² Le droit allemand exige, par exemple, la réitération sous forme authentique du contrat de fusion avant son approbation par l'assemblée générale et sa publication. De même si, à l'image du droit belge ou luxembourgeois, le droit italien n'exige pas qu'un contrat de fusion soit conclu, il impose que l'acte de fusion soit établi sous forme authentique (contrairement, à cet égard, aux droits belge et luxembourgeois). ; Y. Loussouarn, M. Trochu, R. Sotomayor, *Fasc. 570-40 : Conflits de lois en droit des sociétés*, JCI Droit International, 14 juin 2010.

⁶¹³ A. Charvériat, A. Couret, B. Zabala et alli, *Mémento pratique. Sociétés commerciales* éd. 2017, Ed. Francis Lefebvre, 2016, 1800 p. et spécialement, n°7740 et s.

⁶¹⁴ En France not., v. Code de commerce, art. L.225-18 ; Cass., com., 14 mai 2013, *M. X c/ Sté Asterop*, n°11-22845, *Bull. civ. IV* 2013, n°80, obs. B. Saintourens, « Révocation abusive d'un administrateur et

efforts d'harmonisation de l'Union qu'à l'influence de ses racines françaises⁶¹⁵ et il reste susceptible de tempéraments selon les États concernés⁶¹⁶.

350. Parce qu'il s'agit de ce que le Professeur Gérard Farjat qualifiait d'« affaire d'état-major des sociétés en cause »⁶¹⁷ et dans la mesure où la *lex societatis* de certains États membres permet de confier la signature du projet de fusion à un représentant de l'organe dirigeant, l'adoption de ce projet, en sus de la convocation des associés à l'assemblée générale, nécessite en second lieu une décision de l'organe de direction transcrite dans un procès-verbal. Si la directive demeure silencieuse sur cette étape, elle prévoit en revanche qu'un mois au moins avant la tenue de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur ledit projet, et sans préjudice des procédures applicables au sens des législations des États membres impliquées, ce projet doit être soumis à des formalités de publicité⁶¹⁸. À titre d'exemple, en France, le projet doit faire l'objet d'un avis publié dans un journal d'annonces légales et être publié au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales après dépôt au greffe du Tribunal de commerce du siège des sociétés françaises, voire au Bulletin des annonces légales obligatoires lorsqu'il s'agit de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé⁶¹⁹. Surtout, il a été relevé que les exigences des différents greffes des États membres sont régulièrement distinctes, en particulier lorsque l'acte est établi en plusieurs langues, ce qui induit des difficultés d'ordre pratique supplémentaires⁶²⁰. Les normes européennes ont toutefois tenté d'alléger ces formalités de dépôt par le recours aux techniques numériques. C'est ainsi que la directive (UE) n°2017/1132

responsabilité des actionnaires », *Rev. soc.*, 2013, p. 566 ; B. Dondero, « Révocation du dirigeant : quand la loyauté s'en mêle », *Recueil D.*, 2013, p. 2319 ; J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau, « Sociétés et groupements », *Recueil D.*, 2013, p. 2729 ; A. Gaudemet, « Révocation des administrateurs : avancée du principe de contradiction et recul du principe de libre révocation », *Joly*, octobre 2013, n°110n7 ; M. Roussille, « Obligation de loyauté lors de la révocation d'un administrateur de SA », *JCP E*, 12 septembre 2013, n°37, 1491 ; Cass., com., 26 avril 2017, n°15-12888, obs. E. Schlumberger, « Réaffirmation du principe de libre révocabilité des administrateurs », *Rev. soc.*, 2018, p. 107 ; J. Heinich, « Rappel du principe de libre révocabilité des administrateurs face aux stipulations d'un pacte d'actionnaires », *Dr. soc.*, juillet 2017, n°7, comm. 124, T. Ravel d'Esclapon, « Société anonyme : révocabilité ad nutum et pacte d'actionnaires », *Joly*, septembre 2017, n°9, p.532.

⁶¹⁵ S. Cools, « Europe's Ius Commune on Director Revocability », *ECFR*, 2011, 199-234.

⁶¹⁶ C'est en particulier le cas de l'Allemagne.

⁶¹⁷ Nous soulignons ; G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 (1^{ère} éd. 1971), 783 p., et spécialement, p. 163.

⁶¹⁸ Directive (UE) n°2017/1132, art. 92, 123 et 138 (anciennement et respectivement, directive 2011/35/UE, art. 6 ; directive 2005/56/CE, art. 6 et sixième directive 82/891/CEE, art. 4).

⁶¹⁹ Code de commerce, art. L. 236-6, R.236-2 et R. 236-15.

⁶²⁰ S. Gelin, A. Herrmann et B. Provost, « Les difficultés pratiques d'ordre juridique et fiscal des opérations de fusions transfrontalières », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, p. 50 et spécialement, p. 51.

reprend les tentatives de simplification qui avaient été initiées en 2009⁶²¹ s'agissant des fusions transfrontalières⁶²² et des scissions⁶²³ en permettant certaines formes de publicité en ligne, ce qui a ainsi confirmé l'ambition du législateur de « simplifier le droit européen des sociétés et [...] réduire les charges administratives »⁶²⁴.

351. Les organes dirigeants de chaque société partie doivent, quant à eux, établir en troisième lieu un rapport. Ledit rapport doit expliquer et justifier, d'un point de vue juridique et économique, le projet envisagé. Lorsqu'il s'agit d'une fusion transfrontalière⁶²⁵, celui-ci doit détailler les conséquences de l'opération pour les associés, créanciers et salariés, en plus d'être mis à la disposition des associés, représentants des salariés ou, s'il n'en existe pas, des salariés, un mois au moins avant la tenue de l'assemblée. Dans le cadre d'une fusion⁶²⁶ ou d'une scission⁶²⁷ de sociétés anonymes, ce document doit également décrire le rapport d'échange des actions, voire leur principe de répartition, en sus des éventuelles difficultés d'évaluation. Davantage, pour les fusions de sociétés anonymes, l'organe dirigeant de l'autre partie doit être informé de toute « modification importante de l'actif et du passif qui a eu lieu entre la date de l'établissement du projet de fusion et la date [de l'assemblée générale] »⁶²⁸. De même et à moins que le droit national n'en dispose autrement⁶²⁹ ou, selon la directive, que tous les associés y renoncent⁶³⁰, les associés de chaque société doivent avoir à leur disposition, au moins un mois avant l'assemblée générale lorsque l'opération envisagée est une fusion transfrontalière, le rapport d'un

⁶²¹ Directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions, *JOUE* L259, 2 octobre 2009, p. 14.

⁶²² Directive 2009/109/CE, art. 4.

⁶²³ *Ibid.*, art. 3, 1).

⁶²⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions du 24 septembre 2008, {SEC(2008) 2486} {SEC(2008) 2487}, §2.1.

⁶²⁵ Directive (UE) n°2017/1132, art. 124 (anciennement, directive 2005/56/CE, art.7).

⁶²⁶ Directive (UE) n°2017/1132, art. 95 (anciennement, directive 2011/35/UE, art. 9).

⁶²⁷ Directive (UE) n°2017/1132, art. 141 (anciennement, sixième directive 82/891/CEE, art. 7).

⁶²⁸ Directive (UE) n°2017/1132, art. 95 (anciennement, directive 2011/35/UE, art. 9).

⁶²⁹ À titre d'exemple, le droit français impose la nomination d'un commissaire aux apports si l'opération implique des apports en nature au profit de la société absorbante et ce, alors même que les associés ont renoncé à la nomination du commissaire à la fusion (Code de commerce, art. L.236-10, III).

⁶³⁰ Ou qu'il s'agisse de l'absorption d'une filiale détenue au moins à 90% par sa société mère (ce point n'étant pas évoqué dans le cadre de ces développements en raison du caractère intragroupe d'une telle opération qui l'exclut du champ d'application du contrôle ; sur cette question, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1, §2).

expert indépendant qui se prononce sur la pertinence ou non du rapport d'échange et notamment, sur les difficultés éventuelles d'évaluation⁶³¹.

352. L'assemblée générale de chaque société doit en quatrième lieu se prononcer sur l'approbation du projet commun de fusion⁶³², sauf dérogation⁶³³. Si certains États membres tentent d'alléger pour partie la conclusion de l'opération décidée par l'assemblée générale⁶³⁴, la procédure applicable présente, globalement, des lourdeurs certaines et ce, notamment au vu des règles de majorité et de quorum qui diffèrent selon la nature de l'opération concernée, voire la nationalité et la forme des sociétés parties. Ainsi, lorsque l'opération réside dans une fusion ou scission de sociétés anonymes, la directive exige que l'approbation soit au moins obtenue à une majorité qualifiée des deux tiers des voix afférentes aux titres représentés, sauf si l'État membre prévoit qu'une majorité simple est suffisante lorsqu'au minimum, la moitié du capital souscrit est représenté à l'assemblée⁶³⁵. En revanche, la directive ne prévoyant guère de règle de quorum et de majorité pour les opérations de fusion transfrontalière, les parties doivent se conformer aux règles nationales concernées. Le défaut d'harmonisation de ces règles induit par conséquent un risque de rallongement des délais applicables et un système des plus complexes⁶³⁶.

⁶³¹ Directive (UE) n°2017/1132, art. 96, 125 et 142 (anciennement et respectivement, directive 2011/35/UE, art. 10 ; directive 2005/56/CE, art. 8 et sixième directive 82/891/CEE, art. 8).

⁶³² Directive (UE) n°2017/1132, art. 126 (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 9).

⁶³³ Directive (UE) n°2017/1132, art. 94, 126, 3. et 140 (anciennement et respectivement, directive 2011/35/UE, art. 8 ; directive 2005/56/CE, art. 9, 3. et sixième directive 82/891/CEE, art. 6) ; ou hypothèse d'absorption d'une filiale détenue à plus de 90% par la société mère absorbante (directive (UE) n°2017/1132, art. 113, 132 et 154 (anciennement et respectivement, directive 2011/35/UE, art. 27 ; directive 2005/56/CE, art. 15 et sixième directive 82/891/CEE, art. 20).

⁶³⁴ Par exemple, en France, la loi PACTE (loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises [dite « loi PACTE »], *JORF* n°119 du 23 mai 2019, t. n°2 ; obs. A. Tadros, « Les nouveautés de la loi PACTE en matière d'opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif », *Rec. D.*, 2019, p. 1894 ; H. Le Nabasque, « L'introduction par la loi PACTE d'une délégation de pouvoir et d'une délégation de compétence en matière de fusion », *Joly*, juin 2019, n°6, p. 62 ; A. Reygrobellet, « Les délégations de l'assemblée générale dans les opérations de restructuration », *Rev. soc.*, 2019, p. 609) permet, dans certaines conditions, à l'assemblée générale de déléguer la réalisation de l'opération aux organes sociaux pour les opérations postérieures à son entrée en vigueur.

⁶³⁵ Directive (UE) n°2017/1132, art. 93 et 139 (anciennement et respectivement, directive 2011/35/UE, art. 7 et sixième directive 82/891/CEE, art. 5).

⁶³⁶ L'exemple français est éloquent : dans la mesure où il convient, en pareil cas, d'appliquer les règles relatives à la modification des statuts, il y a presque autant de différences de quorum et de majorité qu'il n'y a de types de sociétés. Ainsi et en dehors des cas plus complexes encore des sociétés de personnes dans lesquelles l'unanimité est régulièrement requise, si la majorité des deux tiers est requise pour les sociétés anonymes parties à une fusion transfrontalière (C. com., art. L. 295-96) et si cette règle est également applicable pour les sociétés à responsabilité limitée, encore faut-il, pour ces dernières sociétés, que l'opération soit postérieure à la publication de la loi n°2005-882 du 2 août 2005, que les règles précises de quorum au fil des convocations aient été respectées et que les statuts n'en

353. Si la directive prévoit ainsi des règles distinctes, notamment, de quorum et de majorité selon qu'il s'agisse, d'une part, d'une fusion transfrontalière de sociétés de capitaux et d'autre part, d'une fusion ou scission de sociétés anonymes, il en va ainsi également s'agissant du contrôle de la régularité de l'opération projetée qui doit être effectué en cinquième lieu et qui relève significativement des législations nationales. À titre d'exemple, en France, les contrôles prévus par la directive préalablement à la réalisation de ces opérations sont précédés par le dépôt, par les sociétés concernées, d'une déclaration de conformité au greffe compétent dans laquelle elles relatent tous les actes qui ont été accomplis et attestent de la conformité de l'opération aux lois et règlements en vigueur⁶³⁷. Lorsqu'une société française est partie à l'opération et qu'une telle déclaration est nécessaire, celle-ci doit ainsi être établie et signée par l'ensemble des parties à la fusion, y compris celles sises dans d'autres États membres. Cette obligation nationale est elle-même susceptible de variations, ce qui complique encore la lisibilité de l'ensemble. Les sociétés anonymes et sociétés européennes sont en effet tenues de procéder à une telle déclaration quelle que soit l'opération envisagée, y compris s'agissant des fusions simplifiées⁶³⁸. En revanche, les sociétés à responsabilité limitée en sont dispensées lorsqu'est en cause une fusion simplifiée⁶³⁹. De leur côté, les sociétés en commandite simple et les sociétés par actions simplifiées en sont également exonérées pour les opérations de fusion et scission postérieures au 24 mai 2019⁶⁴⁰.

354. Sans préjudice des spécificités procédurales décidées par les États membres, telle que ladite déclaration de conformité française, la directive prévoit ensuite des contrôles distincts selon l'opération concernée. Les fusions transfrontalières doivent en effet faire l'objet de deux types de contrôle de régularité.

355. Dans un premier temps, l'opération est soumise à un contrôle de conformité, en ce sens que les parties à l'opération doivent requérir auprès des autorités compétentes (notaire, tribunal, autre autorité) dans les États membres concernés une

disposent pas non plus autrement (C. com., art. L. 223-30). Quant aux sociétés par actions simplifiées, il revient exclusivement aux statuts de fixer les règles de quorum et de majorité (C. com., art. L. 227-9).

⁶³⁷ Code de commerce, art. L. 236-6.

⁶³⁸ CCRS, 10 novembre 2015, avis n°2015-022.

⁶³⁹ CCRS, 2 et 30 juin 2015, avis n°2015-011.

⁶⁴⁰ L'art. 101 de la loi PACTE ayant, en effet, expressément écarté l'application du troisième alinéa de l'article L. 236-6 du Code de commerce au sein des articles L. 226-1 et L. 227-1 de ce même Code. Il est toutefois précisé que les sociétés par actions simplifiées sont également dispensées d'une telle formalité pour les opérations de fusions simplifiées, y compris lorsqu'elles sont antérieures à l'entrée en vigueur de cette loi (*Ibid.*, CCRS, 2 et 30 juin 2015).

attestation certifiant de l'accomplissement des actes et formalités nécessaires préalablement à la fusion⁶⁴¹, en mentionnant le cas échéant l'existence d'une procédure en cours tendant à l'analyse et la modification du rapport d'échange ou à l'indemnisation des actionnaires minoritaires⁶⁴². Les modalités de ce contrôle varient encore ainsi d'un État à l'autre. Notamment, en France, il revient au greffier du tribunal dans le ressort duquel la société concernée est immatriculée de délivrer l'attestation de conformité requise dans un délai de huit jours à compter de la réception de la déclaration de conformité établie préalablement⁶⁴³. En revanche, en vertu du droit allemand, lorsque la société absorbante est rattachée à cet État, le certificat de légalité et l'attestation de conformité sont dressés dans un seul document.

356. Dans un second temps, l'opération doit faire l'objet d'un contrôle de légalité mené par les autorités désignées par les États membres (tribunal, notaire ou autre autorité) s'agissant de la réalisation de la fusion ou de la constitution de l'entité en résultant, y compris dans le but de s'assurer que le projet a été approuvé dans les mêmes termes par toutes les parties. À cette fin, les sociétés parties à l'opération doivent remettre à l'autorité concernée le certificat de conformité visé par la directive dans un délai de six mois ainsi que le projet commun de fusion⁶⁴⁴. L'application de ces dispositions engendre nécessairement des procédures pour partie distinctes selon les États. En France, les autorités compétentes pour réaliser ce contrôle sont le greffier ou le notaire⁶⁴⁵ et si l'article R. 236-19 du Code de commerce liste les documents requis dans le cadre de ce contrôle⁶⁴⁶, d'autres documents doivent être joints par ailleurs au dossier⁶⁴⁷.

⁶⁴¹ Directive (UE) n°2017/1132, art. 127, 1. (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 10, 1.).

⁶⁴² Directive (UE) n°2017/1132, art. 127, 2. (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 10, 2.).

⁶⁴³ Code de commerce, art. L.236-29, L.236-6 al. 3 et R.236-17.

⁶⁴⁴ Directive (UE) n°2017/1132, art. 128 (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 11).

⁶⁴⁵ Code de commerce, art. L.236-30, al. 1. Il est précisé que si le greffier compétent est celui du tribunal dans le ressort duquel se situe la société issue de la fusion, nulle règle de compétence n'est de mise pour le notaire. Il reste que le notaire ne doit être intervenu à aucune étape de l'opération concernée ni exercer dans une société ou un office s'étant livré à pareille activité.

⁶⁴⁶ À savoir l'attestation de conformité, le projet commun de fusion, les statuts de la société issue de l'opération, une copie des avis de publicité, une copie du procès-verbal d'assemblée générale, un document attestant que les sociétés parties à l'opération ont approuvé le projet commun de fusion dans les mêmes termes et que les conditions de la participation des travailleurs ont été, pour le cas français, déterminées conformément au titre VII du livre III du Code du travail.

⁶⁴⁷ Doivent être notamment joints au dossier une attestation certifiant que l'information des salariés de chaque société a été respectée conformément au droit interne, le procès-verbal des organes de direction ayant approuvé le traité de fusion et le procès-verbal de l'assemblée générale ayant constaté les modalités de réalisation de la fusion.

357. Les fusions et scissions de sociétés anonymes impliquent, pour leur part, d'autres types de contrôle. Les États membres sont ainsi libres de prévoir l'exercice d'un contrôle judiciaire ou administratif de légalité qui porterait ou non sur l'ensemble des documents requis par l'opération. La directive impose cependant une obligation minimale à défaut de l'existence d'un tel contrôle : les procès-verbaux des assemblées générales portant approbation de l'opération ainsi que le contrat de fusion éventuellement établi après la tenue de cette réunion doivent être dressés sous forme authentique. Cette obligation ne saurait être contournée dans le cas où une ou plusieurs sociétés seraient parvenues à déroger à l'obligation de tenue d'une assemblée générale puisqu'en pareil cas, c'est le projet de fusion qui doit être solennisé⁶⁴⁸.

358. Enfin, l'issue de la procédure, quelle que soit l'opération envisagée, consiste en toute logique en l'accomplissement des formalités d'immatriculation. La publication de la réalisation de l'opération doit ainsi être menée dans chacun des États des sociétés parties selon les modalités prévues par leurs droits internes⁶⁴⁹, étant précisé que dans le cas d'une fusion transfrontalière, il est fait obligation au registre chargé de l'immatriculation de l'entité issue de l'opération de la notifier immédiatement aux autres registres concernés, ce qui entraîne la radiation de la ou des sociétés absorbées. Surtout et dans la mesure où les législations des États membres conservent une mainmise considérable sur les aspects procéduraux de l'opération, des formalités spécifiques pourront s'ajouter à celles que la directive détaille. Ces formalités peuvent dépendre, en particulier, de la nature de l'actif transféré. C'est ainsi qu'en France, en présence de biens immobiliers, le notaire doit veiller à en publier le transfert de propriété au service de publicité foncière compétent⁶⁵⁰. Le transfert d'un fonds de commerce ou de droits de propriété intellectuelle obéit également à des règles distinctes, le premier devant être publié au Bulletin des annonces civiles et commerciales et le second, devant faire l'objet d'une publicité auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle.

359. Cet examen rapide⁶⁵¹ de la procédure applicable aux fusions *de jure* et scissions régies par la directive (UE) n°2017/1132 mène à un premier constat : le texte

⁶⁴⁸ Directive (UE) n°2017/1132, art. 102 et 148 (anciennement et respectivement, directive 2011/35/UE, art. 16 et sixième directive 82/891/CEE, art. 14).

⁶⁴⁹ Directive (UE) n°2017/1132, art. 104, 130 et 150 (anciennement et respectivement, directive 2011/35/UE, art. 18 ; directive 2005/56/CE, art. 13 et sixième directive 82/891/CEE, art. 16).

⁶⁵⁰ Anciennement, conservation des hypothèques.

⁶⁵¹ V. aussi C. Cathiard, *Fusion transfrontalière*, Rép. soc., janvier 2019 ; C. Cathiard et A. Lecourt, *La pratique du droit européen des sociétés, Structures européennes et réorganisations transfrontalières*, Joly éd.,

ambitionne certes une harmonisation mais celle-ci demeure minimale et semble contribuer de manière insuffisante à la cohérence du droit européen des affaires en la matière.

B. L'efficacité relative de la directive en droit européen des affaires

360. L'harmonisation des dispositions applicables aux fusions *de jure* et scissions édictée par la directive (UE) n°2017/1132 semble tant utile (1) qu'insuffisante (2) pour les sociétés soucieuses d'organiser la conclusion de telles opérations préalablement à leur notification auprès des autorités de contrôle.

1) Les apports de la directive dans le domaine des fusions *de jure* et scissions

361. Le fait que l'harmonisation des dispositions applicables aux fusions *de jure* et scissions soit restreinte n'est, en soi, pas surprenant.

362. Rappelons en effet que deux types de directives existent en droit européen. D'une part, les directives *a maxima* se livrent à une harmonisation complète sans permettre aux États membres de s'en écarter et d'autre part, les directives *a minima* laissent une latitude suffisante aux États membres pour adopter des règles internes plus poussées que celles prévues par les directives concernées. Or, le droit européen des sociétés repose sur une « double conception de l'élaboration de la norme »⁶⁵². Il mêle en effet une approche « classique » en vertu de laquelle le droit communautaire s'élabore et s'impose par le haut et une conception « contemporaine » qui permet de donner forme aux pratiques nationales et internationales. Cette méthode, pour intéressante qu'elle soit, laisse ainsi perdurer des disparités nationales et la compétence des autorités nationales⁶⁵³. Aussi repose-t-il traditionnellement sur des directives *a minima*. Dans le domaine spécifique des fusions et scissions, le législateur européen s'est régulièrement retranché derrière les principes de subsidiarité et proportionnalité pour justifier encore son intervention prudente.

363. À cet égard, si la directive (UE) n°2017/1132 ne se réfère pas expressément à ces principes, les actes dont elle a assuré la consolidation en ont fréquemment fait état. Le préambule de la directive 2005/56/CE s'en est notamment fait l'écho : « étant

2017, 2^{ème} éd., 853 p. et spécialement, p. 281 et s. ; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Issy-les-Moulineaux, 2018, 665 p., et spécialement, p. 283 et s. ; A.-L. Blandin, S. Cren, M.-A. Deysine, S. Meffre, C. Saint-Jean, O. Schérer et D. Sidois, *Mémento expert. Fusions et acquisitions*, éd. Francis Lefebvre, 2015, 1439 p.

⁶⁵² M. Luby-Gaucher, « Le droit communautaire des sociétés : au carrefour des normes », *LPA*, 6 octobre 2004, n°200, p. 36.

⁶⁵³ *Ibid.*

donné que l'objectif de l'action envisagée, à savoir établir une réglementation comportant des éléments communs applicables au niveau transnational, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc, en raison des dimensions et des effets de l'action envisagée, être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures conformément au *principe de subsidiarité* consacré à l'article 5 du traité. Conformément au *principe de proportionnalité* tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »⁶⁵⁴. Il en va de même pour la proposition à l'origine de la directive modificative de 2009 : « les modifications proposées se limitent à ce qui est nécessaire pour supprimer les charges administratives inutiles dans les domaines concernés et sont proportionnées à cet objectif »⁶⁵⁵.

364. Davantage, l'harmonisation des règles applicables aux fusions et scissions figurant dans la directive (UE) n°2017/1132 présente des avantages non négligeables. Edicter un tel régime a avant tout permis de pallier l'absence de législations dans certains États qui imposaient aux entreprises de recourir à d'autres procédés. En pareil cas, elles étaient incitées à transférer leur siège dans un autre État membre afin de pouvoir y conclure leur fusion-absorption, voire à créer une société européenne mais cela soulevait des difficultés en raison de la création obligatoire d'un groupe spécial de négociations⁶⁵⁶. Plus spécifiquement, la remise des rapports aux actionnaires et la mise à disposition de documents à leur profit prévus par la directive tendent à garantir leur droit à l'information, si ce n'est à le renforcer dans la mesure où ils ne bénéficient pas nécessairement de l'ensemble de ces prérogatives en présence de fusions internes⁶⁵⁷. De même, si la directive laisse aux États le soin de déterminer la date d'entrée en vigueur de l'opération⁶⁵⁸, elle leur impose cependant, tout du moins s'agissant des fusions transfrontalières⁶⁵⁹, que celle-ci soit postérieure aux contrôles de régularité précédemment exposés.

⁶⁵⁴ Nous soulignons ; directive 2005/56/CE, (15).

⁶⁵⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions du 24 septembre 2008, §3.2.

⁶⁵⁶ V. not. Lecourt, « La réforme du régime des fusions transfrontalières », *Rev. soc.*, 2019, p. 24.

⁶⁵⁷ Par exemple, le rapport de l'organe dirigeant sur l'opération interne n'est requis que dans les sociétés anonymes (Code de commerce, art. L.236-9 ; pour l'exclusion dans les SARL, v. Code de commerce, art. L236-23)

⁶⁵⁸ Directive (UE) n°2017/1132, art. 103, 129 et 149 (anciennement et respectivement directive 2011/35/UE, art. 17 ; directive 2005/56/CE, art. 12 et sixième directive 82/891/CEE, art. 15).

⁶⁵⁹ Directive (UE) n°2017/1132, art. 129 (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 12).

365. À ces divers égards, la directive dote le droit européen des concentrations et les sociétés destinataires du contrôle, de règles pour partie harmonisées leur permettant de préparer leur opération de concentration éventuellement soumise à l'appréciation des autorités compétentes. Le travail de codification des directives en droit européen des sociétés institué par la directive (UE) n°2017/1132 a quant à lui conféré davantage de lisibilité à une norme successivement modifiée, en particulier à propos de ces opérations de concentration⁶⁶⁰. Dans sa proposition, la Commission a en effet manifesté son souhait de « rendre plus lisible et plus accessible au citoyen » le droit de l'Union, en relevant que « la clarté et la transparence du droit dépendent aussi de la codification de la réglementation souvent modifiée »⁶⁶¹. Un tel résultat s'entend d'autant plus que depuis une décision du 1^{er} avril 1987, la Commission prend soin de codifier les actes au plus tard après leur dixième modification⁶⁶².

366. Au vu de ces éléments, il semble donc que le droit européen des affaires présente une certaine cohérence d'ensemble, la directive (UE) n°2017/1132 en ayant encore accru la lisibilité et l'accessibilité. Elle semble toutefois insuffisante à certains égards.

2) Les insuffisances de la directive dans le domaine des fusions *de jure* et scissions

367. Dans le cadre de son articulation avec le droit européen des concentrations, le droit européen des sociétés applicable avant l'entrée en vigueur de la directive (UE) n°2019/2121 interroge, que ce soit pour des raisons inhérentes à la codification opérée par la directive (UE) n°2017/1132 **(a)** ou de fond **(b)**.

a) Quant à la codification

368. Par la compilation des textes que la directive (UE) n°2017/1132 édicte, les règles relatives aux fusions transfrontalières n'ont vocation à s'appliquer qu'à l'égard des seules sociétés de capitaux qui remplissent les conditions précédemment exposées. Les sociétés anonymes disposent d'un régime propre aux fusions et scissions et par ricochet, au sein des États membres, certaines sociétés peuvent aussi

⁶⁶⁰ L. Cimaglia, « La codification du droit de l'UE », p.33 in M. Guyomar (dir.), *Les 25 ans de la relance de la codification*, Lextenso, Paris, 2017, 116 p. ; B. Lecourt, « La codification du droit des sociétés », *Rev. soc.*, 2017, p. 659 ; J. Heinich, « Codification du droit européen des sociétés : de six directives à une », *Dr. soc.*, octobre 2017, n°10, comm. 167.

⁶⁶¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects du droit des sociétés (texte codifié) du 3 décembre 2015, COM(2015) 616 final, et spécialement, §1.

⁶⁶² Commission, Procès-verbal de la séance du 1^{er} avril 1987, COM(87) PV 868 et spécialement, §XII. et s.

en bénéficiaire, à l'image des sociétés à responsabilité limitée⁶⁶³ et des sociétés par actions simplifiées⁶⁶⁴ en France.

369. La question de l'intégration ou du rejet des sociétés cotées semble en revanche moins évidente. Ainsi qu'il l'a été relevé, les directives applicables aux sociétés cotées n'ont pas été intégrées dans la directive (UE) n°2017/1132, ce qui tend d'ailleurs à renforcer la distinction entre les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé des autres⁶⁶⁵. Cette interprétation conduirait à rendre l'ensemble des dispositions de la directive (UE) n°2017/1132 inapplicable aux sociétés cotées, y compris s'agissant des fusions et scissions. Or, sous l'empire des directives antérieures, faute de disposition contraire, celles-ci relevaient de leur champ d'application⁶⁶⁶. Par exemple, le 16 février 2009, un projet de fusion transfrontalière *outbound*, finalement avorté, avait été annoncé et consistait en l'absorption de la société française Ciments Français par la société italienne Italcementi au sens de la directive 2005/56/CE⁶⁶⁷. À l'inverse, en date du 30 juin 2015, une fusion transfrontalière *inbound* a conduit la société danoise Topotarget à absorber la société française BioAlliance Pharma en vertu de ces mêmes règles⁶⁶⁸. Cette opération ayant été menée à son terme en l'espace d'un délai restreint de six mois, il a même pu en être déduit que les opérations régies par la directive 2005/56/CE étaient manifestement réalisables en dépit de leur complexité, si ce n'est conduites à se multiplier⁶⁶⁹.

370. Il reste que la question de l'intégration ou du rejet des sociétés cotées dans le champ d'application des dispositions de la directive (UE) n°2017/1132 propres aux fusions et scissions ne semble pas pleinement tranchée. Pour notre propos, si le rejet des sociétés cotées de son champ d'application était avéré, un tel constat pourrait être regrettable en ce sens que la notion de concentration retenue par le règlement « concentrations » souffrirait d'un défaut de définition sociétaire supplémentaire.

⁶⁶³ Code de commerce, art. L.236-23.

⁶⁶⁴ Code de commerce, art. L.221-7.

⁶⁶⁵ M. Roussille, « Adoption du premier petit code européen des sociétés », *JCP E*, 27 juillet 2017, n°30-34, p. 9.

⁶⁶⁶ Sans préjudice de l'application de dispositions spécifiques. En particulier, en France, il revient à l'Autorité des marchés financiers d'apprécier les conséquences « avant/après » de l'opération sur les droits et intérêts des actionnaires des sociétés cotées parties à l'opération.

⁶⁶⁷ L'opération a finalement été abandonnée en juin 2009 ; Autorité des marchés financiers, « *Rapport annuel 2009* », 2010 et spécialement, Chapitre 3, pp.144 et s. ; AMF, 15 décembre 2009, décision, n°209C1507.

⁶⁶⁸ AMF, 13 décembre 2005, instruction, n°2005-11.

⁶⁶⁹ C. Cathiard et A. Lecourt, *La pratique du droit européen des sociétés, Structures européennes et réorganisations transfrontalières*, op. cit. et spécialement, p. 318.

371. Au-delà, le domaine et le régime juridique des fusions et scissions régies par la directive (UE) n°2017/1132 paraissent eux-mêmes ne fournir qu'un support précaire à la notion de fusion visée par le règlement « concentrations ».

b) Quant au fond

372. Dans la mesure où la directive (UE) n°2017/1132 n'a introduit aucune modification des règles applicables, le champ d'application couvert par ces dispositions demeure restreint.

373. En plus des analyses précédentes, la directive (UE) n°2017/1132, dans sa version antérieure à la directive (UE) n°2019/2121, n'institue aucun régime juridique harmonisé parmi les États membres s'agissant des scissions transnationales. Le constat qui avait pu être dressé à l'aube du trentième anniversaire de la sixième directive 82/891/CEE reste ainsi le même sous l'empire de la directive (UE) n°2017/1132 applicable jusqu'à la complète transposition de la directive (UE) n°2019/2121 : « le droit communautaire dérivé a, depuis plusieurs décennies, cherché à faciliter les opérations de scission en procédant au rapprochement des législations nationales, sans toutefois parvenir à effacer toutes les divergences »⁶⁷⁰.

374. De manière plus générale, la procédure édictée par ladite directive (UE) n°2017/1132 peut sembler pour le moins complexe. Ainsi que nous l'avons montré précédemment, de nombreuses règles, issues de divers ordres, ont vocation à s'appliquer successivement lors du déroulement du processus décisionnel propre à l'opération de fusion *de jure* ou scission envisagée. Dans un premier temps et sous réserve que les conditions constitutives de l'opération soient remplies, les règles communes instituées par la directive (UE) n°2017/1132 s'appliquent en présence d'une fusion transfrontalière de sociétés de capitaux, d'une fusion ou d'une scission de sociétés anonymes. Dans un second temps, les droits nationaux prennent le relais du droit européen dans les limites que celui-ci prévoit, en réservant éventuellement des dispositions spéciales applicables à certaines opérations et formes sociales déterminées. Les droits nationaux ont ainsi vocation à être appliqués s'agissant des aspects procédurux de la fusion, de la protection des droits des actionnaires, des porteurs de titres ou droits autres que des actions, des créanciers et des salariés. Si l'application du droit national se comprend au vu des objectifs assignés à cette

⁶⁷⁰ L. Athlan et S. Torck, « Les scissions transfrontalières », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, n°6, p. 38.

directive *a minima*, il reste que la latitude qui lui est laissée peut paraître excessive et alourdir l'opération. En France, la question de la pertinence de la sur-transposition des directives sociétaires, soit celle du caractère approprié ou non de certaines exigences nationales qui excèdent les dispositions européennes, a d'ailleurs été soulevée⁶⁷¹. Enfin, la pratique est susceptible d'enrichir encore la procédure requise.

375. La conclusion d'une fusion ou scission peut s'apparenter, dans cette mesure, à une opération présentant une certaine complexité, des lourdeurs administratives et nécessitant l'écoulement d'un délai relativement long, lequel est susceptible d'être encore rallongé non seulement par la nécessaire organisation d'une assemblée générale au sein de la société absorbante dans le but de procéder à l'augmentation de son capital social mais aussi par l'effet d'un contrôle des concentrations.

376. Dès lors, si la directive (UE) n°2017/1132 offre un support intéressant à la notion de concentration qui compte parmi les fondations du règlement « concentrations », tant pour les entreprises que pour la cohérence du droit européen à cet égard, elle paraît insuffisante et une amélioration des règles semble souhaitable en ce sens.

377. Or, l'entrée en vigueur de la directive (UE) n°2019/2121 à venir ne paraît pas à même de pleinement remettre en cause ces critiques : il ne semble pas que le texte final de la directive puisse renverser la démonstration selon laquelle le droit européen des sociétés n'institue qu'une procédure partiellement commune pour les opérations de fusion et scission susceptibles de contrôle ou selon laquelle son champ d'application ne reflète pas l'ensemble des opérations réalisées au sein du marché. Ses apports tendent seulement à améliorer certains aspects précis de la procédure à laquelle ces opérations doivent se conformer.

⁶⁷¹ Projet de loi portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français adopté en première lecture par le Sénat et transmis à l'Assemblée nationale le 8 novembre 2018, EAEX1823939L, EAEX1823939L ; B. Lecourt, « Faut-il dé-surtransposer les directives sociétaires ? », *Rev. soc.*, 2019, p. 139.

Section 2 : Des règles dépassées

378. Le caractère minimal des directives sociétaires en matière de fusions *de jure* et scissions ne saurait surprendre et le travail de codification opéré par la directive (UE) n°2017/1132 a conféré davantage de lisibilité et d'accessibilité à l'ensemble. Ces dispositions ont, avant tout, facilité la conclusion de ce type d'opérations en dotant d'un tel mécanisme les États qui ne disposaient pas de règles dans ce domaine.

379. Plus largement, le fait que le droit européen des sociétés ait opté en la matière pour une harmonisation, au détriment d'une unification, ne saurait surprendre dans la mesure où les tentatives pour élaborer un droit européen des obligations ont abouti à un compromis similaire⁶⁷².

380. Toutefois, et en dehors même du simple constat de la disparité des droits nationaux, de la complexité et de la longueur des procédures en vigueur, améliorer les règles applicables à ces formes précises de concentration en accentuant un tel mouvement d'harmonisation permettrait aux entreprises parties éventuellement débitrices de l'obligation d'en notifier le projet dans le cadre du contrôle, de jouir d'un socle de règles plus abouti et garant de davantage de prévisibilité, de transparence et de simplicité.

381. En ce sens, il semble souhaitable, y compris dans le but de clarifier et d'encadrer davantage la notion même de « concentration » à laquelle se réfère le règlement « concentrations », d'améliorer les règles relatives tant aux opérations de fusion transfrontalière (§1) qu'aux scissions transfrontalières (§2) et l'analyse des apports, à cet égard, de la directive (UE) n°2019/2121 semble nécessaire⁶⁷³.

⁶⁷² Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations.*, D., coll. Sirey, 16^{ème} éd., Paris, 2018, 1269 p., et spécialement, pp. 13 et s.

⁶⁷³ Etant rappelé que la protection des travailleurs n'est pas envisagée dans le cadre de l'étude ; pour une analyse des modifications introduites par la directive (UE) n°2019/2121 s'agissant des fusions et scissions transfrontalières, y compris en ce qui concerne la protection des travailleurs, nous nous permettons de renvoyer aussi le lecteur à notre article (A. Bonnet, « Retour sur la publication de la directive (UE) n°2019/2121 du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 : quelle harmonisation pour les règles applicables aux nouvelles fusions et scissions transfrontalières ? », *Lexbase Hebdo édition affaires*, 12 mars 2020, n°627, N2532BYG).

Paragraphe 1 : L'amélioration partielle des règles propres aux fusions transfrontalières

382. Les règles propres à la conclusion d'opérations de fusion transfrontalière auraient pu être modifiées par la directive (UE) n°2019/2121 de manière à lever l'ensemble des critiques dont elles ont pu faire l'objet. Tel n'a cependant pas été le cas, empêchant ainsi, les entreprises parties à une opération de concentration éventuellement « notifiable » de recourir à un corps de règles sociétaires plus harmonisé. Il semble dès lors que les règles envisagées gagneraient encore à être amendées afin notamment d'encadrer davantage les opérations de fusion visées par le règlement « concentrations ».

383. Cette analyse peut se déduire tant des dispositions destinées à régir la procédure de l'opération (A.) que de celles visant à accentuer la protection des associés et créanciers (B.).

A. Une procédure de l'opération partiellement révisée par la directive modificative

384. Parmi les innovations majeures de la directive modificative de 2019, il semble utile de rappeler qu'elle a introduit un troisième cas de fusion intragroupe⁶⁷⁴. L'examen détaillé des nouvelles règles y afférant ne paraît cependant pas se justifier ici, faute pour ce mécanisme de pouvoir relever du règlement « concentrations »⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Jusqu'à la transposition de la directive (UE) n°2019/2121, rappelons que la directive (UE) n°2017/1132 régit deux types de fusion simplifiée : il s'agit de la transmission du patrimoine de la filiale à la société mère dès lors que celle-ci détient, dans un cas 100% et dans l'autre 90%, des parts et droits de cette filiale. Dans le premier cas, pour l'heure, l'approbation de l'assemblée générale n'est pas requise, pas plus que le rapport de l'expert et la directive révisée permet de se dispenser en plus du rapport de l'organe dirigeant. Dans le second cas, le rapport de l'expert et les autres documents requis ne sont obligatoires que lorsque la législation interne de l'absorbante ou de l'absorbée l'exige. La directive modificative introduit une nouvelle forme de fusion simplifiée, qui présente des similitudes singulières avec la transmission universelle de patrimoine française (C. civ., art. 1844-4) : lors de sa dissolution sans liquidation, l'entreprise transfère l'intégralité de son patrimoine à une société absorbante sans qu'il soit nécessaire, pour cette dernière, d'émettre de nouvelles parts. Il faut cependant qu'une personne détienne toutes les parts de ces entreprises ou que les associés de chacune détiennent des parts de l'autre dans les mêmes proportions (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 6), b) portant insertion de l'art. 119, 2., d)).

⁶⁷⁵ Faute, pour les entreprises parties d'être antérieurement indépendantes (v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1, §2) ; sur ce nouveau mécanisme, v. not., A. Bonnet, « Retour sur la publication de la directive (UE) n°2019/2121 du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 : quelle harmonisation pour les règles applicables aux nouvelles fusions et scissions transfrontalières ? », *art. préc.*

385. Plus intéressantes sont les modifications que la directive (UE) n°2019/2121 introduit, selon qu'elles soient (1)) ou non à même de renforcer (2)) la cohérence du droit européen des sociétés avec le droit européen des concentrations.

1) De quelques apports de la directive en faveur de la correcte articulation du droit européen des sociétés et du droit européen des concentrations

386. Le nouvel article 131 de la directive (UE) n°2017/1132 mérite d'être souligné : la directive (UE) n°2019/2121 renforce en effet la cohérence du droit de l'Union en révisant les effets entraînés par une opération de fusion, y compris lorsque celle-ci est notifiable au sens du règlement « concentrations ». Ainsi, outre le patrimoine actif et passif de l'entité partie à la fusion, il s'agit bien aussi de l'ensemble des « contrats, crédits, droits et obligations » qui est transmis à la société absorbante ou à la société issue de l'opération⁶⁷⁶. En plus de clarifier les effets de l'opération de concentration auprès des parties et d'harmoniser les divergences nationales sur ce point, cette modification confirme plus généralement la jurisprudence de la CJUE⁶⁷⁷. Il n'est toutefois pas certain que cette nouvelle disposition conduise à éteindre l'ensemble des divergences⁶⁷⁸ entre juridictions internes⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, art. premier, 18), portant modification de l'art. 131.

⁶⁷⁷ CJUE, 7 avril 2016, *KA Finanz contre Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, aff. C-483/14, *Rec.*, obs. J. Chacornac, « La protection des créanciers de la société absorbée à l'issue d'une fusion internationale », *Recueil D.*, 2016, p. 1404 ; L. d'Avout et S. Bollée, « Droit du commerce international », *Recueil D.*, 2016, p. 2025 ; H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, « Droit international privé », *Recueil D.*, 2017, p. 1011 ; E. Schlumberger, « Droit privé de l'Union – Droit européen des sociétés », *Dr. soc.*, janvier 2017, n°1, chron. 1 ; L. Idot, « Convention de Rome – Fusions transfrontalières et protection des créanciers », *Europe*, juin 2016, n°6, comm. 222 ; à propos de la transmission à la société absorbante d'une amende résultant d'une infraction commise par la société absorbée, par application de la directive 78/855/CEE, v. CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados SA contre Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT)*, aff. C-343/13, *Rec.*, obs. B. Lecourt, « Les fusions de sociétés et le principe de personnalité de la responsabilité pénale », *Rev. soc.*, 2015, p. 677 ; C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Recueil D.*, 2015, p. 1506 ; J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau, « Sociétés et groupements », *Recueil D.*, 2015, p. 2401 ; J. Lasserre Capdeville, « Fusion-absorption et transmission du passif issu d'une dette de nature pénale de la société absorbée à l'absorbante », *Actualité juridique pénal*, 2015, p. 493 ; H. Barbier, « D'une personne morale à l'autre : transmission des dettes *via* l'entreprise sous-jacente », *RTD civ.*, 2015, p. 388 ; A. Couret, « La transmissibilité à l'absorbante de l'amende prononcée après la fusion », *Bull. Joly*, 2015, n°113j7, p. 200 ; H. Le Nabasque, « Personnalité des délits et des peines et fusions », *Bull. Joly*, 2015, n°113s3, p. 393 ; J.-M. Moulin, « Fusion de sociétés et sanctions pénales : la transmissibilité à l'absorbante se précise », *Gaz. Pal.*, 28 juillet 2015, n°234ul, p. 17 ; H. Tissandier, « La société absorbante est pénalement responsable de l'infraction commise par la société absorbée », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2015, n° 6, p. 363.

⁶⁷⁸ Notamment, en France, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a une nouvelle fois refusé de se ranger à la position que la CJUE avait retenue dans l'arrêt *Modelo Continente Hipermercados* (CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados SA contre Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT)*, aff. C-343/13) s'agissant d'une infraction aux régimes obligatoires de la sécurité

sociale aux motifs que les directives européennes sont dépourvues d'effet direct à l'encontre des particuliers (Cass., crim., 25 octobre 2016, n°16-80366, *Bull. crim.*, obs. R. Dalmau, « La société absorbante ne peut toujours pas être poursuivie pour des infractions commises par la société absorbée », *Recueil D.*, 2016, p. 2606 ; H. Matsopoulou, « La non-transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée », *Rev. soc.*, 2017, p. 234 ; D. Rebut, « Transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante : la chambre criminelle fait de la résistance », *Bull. Joly*, février 2017, n°115z9p, p. 137 ; L. Ascensi, G. Barbier, G. Guého, B. Laurent et E. Pichon, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *Recueil D.*, 2017, p. 245 ; R. Hervet et A. Salon, « Fusion par absorption et transfert de la responsabilité pénale : comment désamorcer le conflit jurisprudentiel naissant ? », *Droit pénal*, avril 2017, n°4, étude 9 ; H. Barbier, « Responsabilité pénale ou garantie autonome, des obligations échappant à la transmission universelle de patrimoine », *RTD civ.*, 2017, p. 399).

⁶⁷⁹ En particulier, en France, la question a divisé les juges internes. Tandis que le Conseil d'État (C.E., Sect., 22 novembre 2000, *Société Crédit Agricole Indosuez Chevreux*, n°207697, *Rec.* p. 537, obs. P. Collin et M. Guyomar, « Conditions d'application du principe de la personnalité des peines aux sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers », *AJDA*, 2000, p. 997 ; M.-A. Frison-Roche, M. Germain, J.-C. Marin et C. Penichon, « À propos de l'arrêt du Conseil d'État sections 6 et 4 du 22 novembre 2000, titres et marchés, autorités et intervenants, sanctions disciplinaires », *Revue de droit bancaire et financier*, 2001, n°1, p. 28 ; A. Reygrobelle, « Condamnation par le Conseil des marchés financiers d'une société absorbante pour manquements de la société absorbée », *Recueil D.*, 2001, p. 237 et C.E., avis, 4 décembre 2009, *Société Rueil Sport*, n°329173, *Rec.* p. 488, obs. F. Deboissy et G. Wicker, « L'absence d'application du principe de personnalité des peines aux personnes morales en cas de transmission universelle du patrimoine », *Droit fiscal*, 21 janvier 2010, n°3, act. 18) et la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass., com., 20 novembre 2001, *Société SACER, Société Bec Frères c/ Ministre de l'Économie*, n°99-16776 et n°99-18253, *Bull. civ. IV* 2001, n°182, p. 173 ; Cass., com., 28 janvier 2003, n°01-00528, *Bull. civ. IV* 2003, n°12, p. 14 ; Cass., com., 28 février 2006, *Association EFS – Établissement français du sang c/ Ministre de l'économie des finances et de l'industrie*, n°05-12138, *Bull. civ. IV* 2006, n°49, p. 49, obs. G. Decocq, « Modalités de recours contre une décision du Conseil de la concurrence », *CCC*, mai 2006, n°5, comm. 88 ; Cass., com., 21 janvier 2014, n°12-29166, *Bull. civ. IV* 2014, n°11, obs. N. Mathey, « Principe de personnalité des peines et transmission de l'imputabilité en matière de pratiques restrictives », *CCC*, avril 2014, n°4, comm. 91 ; v. cependant Cass., com., 15 juin 1999, *Sté immobilière Phénix*, n°97-16439, *Bull. civ. IV* 1999, n°127, p. 105 et s'agissant du défaut de transmission d'une garantie autonome dans le cadre d'une scission : Cass., com., 31 janvier 2017, n°15-19158, *Bull.*, obs. N. Borga, « Absence de transmission d'une garantie autonome en cas de scission », *AJ contrat*, 2017, p. 190 ; H. Barbier, « Responsabilité pénale ou garantie autonome, des obligations échappant à la transmission universelle de patrimoine », *RTD civ.*, art. préc.), voire le Conseil constitutionnel lui-même s'agissant de la transmission d'une amende prononcée sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce (Cons. constit., 18 mai 2016, *Société ITM Alimentaire International SAS*, n°2016-542 QPC, *JORF* n° 116 du 20 mai 2016, t. n°92 ; obs. B. Dondero, « Pratiques restrictives de concurrence de l'absorbée, amende civile frappant l'absorbante : conformité à la Constitution », *Joly*, 2 octobre 2016, n°115q3, p. 611), adoptent une position similaire à celle de la CJUE, la Chambre criminelle, pour le volet criminel du contentieux, persiste dans une approche inverse à l'appui du principe de personnalité des peines (Code pénal, art. 121-1), qu'il s'agisse tant d'un délit de blessures involontaires commis par la société absorbée (Cass., crim., 20 juin 2000, n°99-86742, *Bull. crim.* 2000, n°237, p. 702) que d'un homicide involontaire (Cass., crim., 14 octobre 2003, n°02-86376, *Bull. crim.* 2003, n°189, p. 778) ou d'autres infractions (Cass., crim., 25 octobre 2016, *préc.* ; Cass., crim., 28 février 2017, n°15-81469, *Bull.*, obs. J. Heinich, « Effets de la fusion-absorption sur l'action civile », *Dr. soc.*, mai 2017, n°5, comm. 80 ; R. Salomon, « La responsabilité de la société absorbante peut être engagée pour une infraction commise par la société absorbée », *Dr. soc.*, août 2017, n°8-9, comm. 154).

387. La directive (UE) n°2019/2121 pourrait par ailleurs renforcer l'attractivité du mécanisme européen de fusion par l'œuvre de simplification à laquelle elle s'attelle, et induire dès lors une augmentation du nombre de fusions conclues sous l'empire du droit européen des sociétés et notifiées dans le cadre du contrôle européen des concentrations.

388. En effet, c'est bien plus au niveau de la procédure de l'opération que du fond que la directive paraît se démarquer, en dépit des améliorations qui étaient parfois attendues à cet égard⁶⁸⁰. En plus de la digitalisation du contrôle de la conformité et de la légalité de la fusion⁶⁸¹ et l'exclusion du champ d'application de la directive des sociétés soumises à une procédure collective⁶⁸², la directive tend en particulier à réviser les dispositions régissant l'établissement des rapports. À cet égard, il a été reproché à la proposition de directive d'alourdir la procédure propre aux fusions et ainsi d'allonger les délais requis par la conclusion de l'opération⁶⁸³.

389. En dépit des apparences, cette question ne semble être ni anecdotique ni éloignée du droit européen des concentrations ; le délai de conclusion de l'opération constitue au contraire un enjeu majeur pour un contrôle qui, lui-même, poursuit un objectif de célérité⁶⁸⁴. Les abandons que la Commission constate chaque année au cours de la procédure de contrôle paraissent vraisemblablement liés certes soit au contrôle lui-même, soit à la lourdeur de la procédure au plan sociétaire. Le lien entre les deux n'est pas nécessairement établi dans toutes les hypothèses. Cependant la réduction du nombre d'abandons pourrait passer par un renforcement de la cohérence du droit de l'Union et une réduction des délais induits notamment par des opérations de fusion qu'elle cherche à régir.

⁶⁸⁰ B. Lecourt, « La réforme du régime des fusions transfrontalières », *art. préc.*

⁶⁸¹ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 14), portant modification de l'art. 127, 4., 15) portant insertion de l'art. 127 bis et (16), b) portant modification de l'art. 128.

⁶⁸² *Ibid.*, art. premier, 7), a) portant modification de l'art. 120, 4.

⁶⁸³ C. Cathiard, « Proposition de directive de la Commission européenne en matière de mobilité transfrontalière des entreprises : une harmonisation des procédures mais de nombreuses contraintes pour les entreprises », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 67, 7 juin 2018.

⁶⁸⁴ En droit européen des concentrations, la Commission doit tenir compte de l'impératif de célérité lors de l'examen de l'opération notifiée dans la mesure où celui-ci caractérise l'économie générale du règlement « concentrations ». À défaut, l'opération est réputée compatible avec le marché unique (TPICE, 24 mars 1994, *Dan Air*, aff. T-3/93, *Rec.* 1994, II, p. 121, et spécialement, pt 67 ; TPICE, 27 novembre 1997, *Kaysersberg SA c/ Commission*, aff. T-290/94, *Rec.* 1997, II, p. 2137 et spécialement, pts 107 et 113 ; TPICE, 28 avril 1999, *Endemol Entertainment Holding BV c/ Commission*, aff. T-221/95, *Rec.* 1999, II, p. 1299 et spécialement, pt 68 ; TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-210/01, *Rec.* 2005, II, p. 5575, et spécialement, pt 701).

390. Or, de ce point de vue, la directive (UE) n°2019/2121 ne permet pas de prime abord de concourir à l'atteinte de cet objectif : le texte final enrichit en effet les modifications envisagées dans la procédure initiale, donnant ainsi plus d'écho encore à la critique qui avait pu être formulée⁶⁸⁵. La procédure semblait en effet amenée à être alourdie et non simplifiée à la lecture des projets : tandis que la proposition de la Commission listait les mentions devant figurer dans le rapport de l'organe dirigeant destiné aux associés, l'amendement adopté en première lecture par le Parlement européen le 18 avril 2019 détaillait pour sa part les mentions devant figurer également à l'attention des travailleurs⁶⁸⁶. La directive (UE) n°2019/2121 n'a pas allégé cette partie dans la mesure où elle a repris en substance ces diverses modifications en se contentant de les aménager en fonction de l'identité des destinataires, selon qu'ils soient associés ou travailleurs⁶⁸⁷.

391. Pourtant, cette critique semble devoir être relativisée. Les modifications introduites par la directive (UE) n°2019/2121 à cet égard semblent en effet pouvoir être vectrices de la simplification annoncée. En effet, comme évoqué, la directive permettait déjà, depuis 2007, d'écarter l'obligation de remise du rapport de l'expert après accord unanime des associés. La nouvelle directive en reprend le principe constitutif : elle impose aux États de prendre les mesures nécessaires pour que les associés puissent, à l'unanimité, décider de se dispenser du rapport de l'organe dirigeant sur les motifs économiques et juridiques de l'opération⁶⁸⁸. La section du rapport à destination des travailleurs est pour sa part soumise à certaines conditions⁶⁸⁹ et une dispense de l'intégralité du rapport est aussi envisageable⁶⁹⁰. En d'autres termes, la directive s'emploie à élargir les cas permettant de s'extraire d'un formalisme qu'elle renforce pourtant par ailleurs. Si cette quête d'équilibre peut être discutable, il ne semble donc pas exclu qu'elle permette de diminuer partiellement les délais induits par la conclusion de cette opération de concentration. Par ailleurs,

⁶⁸⁵ C. Cathiard, « Proposition de directive de la Commission européenne en matière de mobilité transfrontalière des entreprises : une harmonisation des procédures mais de nombreuses contraintes pour les entreprises », *art. préc.*

⁶⁸⁶ Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, P8_TA-PROV(2019)0429, (COM(2018)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114(COD)), art. premier, 9), portant modification de l'art. 127. En note, ladite Résolution est par la suite référencée sous « Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019 ».

⁶⁸⁷ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 14), portant modification de l'art. 127.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, art. premier, 10), portant modification de l'art. 124, 4. et 9.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, portant modification de l'art. 124, 8.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, portant modification de l'art. 124, 9.

la durée induite par l'accomplissement des formalités administratives devrait aussi bénéficier d'une diminution à certains égards, la directive ayant par exemple assigné aux États membres la tâche de s'assurer que les parties ne doivent « pas avoir à communiquer les mêmes informations à la fois au registre national et au bulletin national »⁶⁹¹.

392. Plus généralement, la directive (UE) n°2019/2121 introduit également diverses garanties qui pourraient contribuer à renforcer l'attractivité de ce mécanisme de concentration⁶⁹².

393. Cependant, les apports de la directive (UE) n°2019/2121 paraissent en demi-teinte à d'autres égards et peu concourir à la lisibilité et la prévisibilité du droit de l'Union ainsi qu'à une simplification prononcée de ce type d'opération de concentration.

2) De quelques limites de la directive compromettant la correcte articulation du droit européen des sociétés et du droit européen des concentrations

394. La directive (UE) n°2019/2121 ne semble pas permettre à l'heure actuelle de renforcer la cohérence du droit de l'Union s'agissant des fusions transfrontalières, faute de conférer aux parties susceptibles de relever du droit européen des concentrations les outils nécessaires permettant de conclure aisément leurs opérations.

395. Plusieurs dispositions nouvelles semblent particulièrement venir au soutien de cette analyse, bien que leurs défaillances éventuelles restent à relativiser en raison de leur caractère récent et dans la mesure où la transposition de la directive modificative dans tous les États membres n'a pas encore eu lieu.

⁶⁹¹ Directive (UE) n°2019/2121, (42).

⁶⁹² Que ce soit à propos de l'impartialité de l'expert désigné pour l'établissement du rapport (*Ibid.*, art. premier, 21), portant insertion de l'art. 133 bis), des mesures de publicité du rapport qui permettent de protéger les informations confidentielles de parties (*Ibid.*, art. premier, 10), portant modification des art. 123 et 124) et dont le détail avait été renforcé par le Parlement européen (Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019, art. premier, 9) portant modification des art. 123 et 124), des mentions contenues dans le rapport de l'organe dirigeant destinées à renforcer l'information des actionnaires (v. à propos du montant et de la méthode de détermination de la soulte ainsi que du rapport d'échange des actions : *Ibid.*, art. premier, 10), portant modification des art. 123 et 124 et 11), b) portant modification de l'art. 125), des sanctions envisagées en l'absence de telles mentions (*Ibid.*, art. premier, 12), b) portant modification de l'art. 126) ou encore de l'harmonisation renforcée dont fait l'objet le contenu des délibérations confiées à l'assemblée générale (*Ibid.*, art. premier, 12), a) portant modification de l'art. 126).

396. Sous ces réserves néanmoins, leur lecture invite à identifier trois types de risques.

397. Premièrement, certaines dispositions peuvent compliquer, de manière générale, la lisibilité et l'effectivité des règles propres aux fusions transfrontalières *de jure* régies en droit européen depuis la directive de 2005. Par certains aspects, la nouvelle directive semble affaiblir encore le socle éventuel de règles sociétaires que les parties à une fusion notifiable pourraient espérer dans la mesure où elle peine à harmoniser l'existant (a).

398. Deuxièmement, certaines dispositions paraissent introduire de nouveaux aspects de la procédure qui risquent d'affaiblir l'attractivité de ce type d'opération et partant, de contribuer à accentuer encore l'intérêt que d'autres mécanismes de concentration peuvent présenter (b).

399. Troisièmement, l'absence de référence plus soutenue au règlement « concentrations » dans la directive (UE) n°2017/1132 revisitée peut soulever des difficultés d'interprétation (c).

a) Une limite éventuelle tenant à l'absence d'unification des règles sociétaires

400. La lisibilité et l'effectivité des règles propres aux fusions *de jure* paraissent avoir, de manière générale, été compliquées à certains égards par la directive (UE) n°2019/2121. Celle-ci a semble-t-il quelque peu échoué à harmoniser certains aspects.

401. Une modification surprenante est par exemple introduite par le texte final de la directive modificative, alors même que la proposition initiale ne la suggérait pas. La directive (UE) n°2019/2121 recourt en effet régulièrement à l'expression « la société qui fusionne » en lieu et place de « les sociétés qui fusionnent » ou « chacune des sociétés qui fusionnent »⁶⁹³. Si cette modification semble en apparence anodine, le sens à y donner peut interroger⁶⁹⁴ et la question se pose d'autant plus que cette expression ne fait pas l'objet d'une définition qui permettrait d'en apprécier la portée dans le texte final. Par exemple, la directive (UE) n°2017/1132 prévoyait en son article 127 que les États membres adoptent diverses mesures destinées à la délivrance du

⁶⁹³ Nous soulignons. Cette modification n'est cependant pas systématique : par exemple, la modification de l'article 128, 2. de la directive (UE) n°2017/1132 vise bien « chaque société qui fusionne » (directive (UE) n°2019/2121, (16), a)).

⁶⁹⁴ Nous écartons à cet égard une éventuelle erreur de traduction (pour un exemple de norme européenne dans laquelle ce type d'erreur a pu être relevé, v. not. A.-S. Choné-Grimaldi, « Les maux de la traduction : nouvelles illustrations avec la directive ECN + », *D.*, 2019, p. 544).

certificat préalable à la fusion au bénéfice de « chacune des sociétés qui fusionnent ». Or, la directive (UE) n°2019/2121 vise désormais à ce sujet « la société qui fusionne »⁶⁹⁵. Faute de définition d'une telle expression, les contours de cette appellation peuvent interroger : il peut s'agir tant d'imposer cette obligation à l'absorbée qu'à l'absorbante. Dans l'un et l'autre cas, cette révision ne serait pas neutre puisqu'elle conduirait à alléger la procédure de l'opération en soumettant désormais une seule partie à cette obligation. Faute de précision sur la portée de cette modification, il pourrait aussi être avancé que cette modification sémantique n'a pas vocation à changer le fond de la disposition : chaque société resterait en pareil cas soumise à cette obligation⁶⁹⁶. La directive (UE) n°2019/2121 semble ainsi peiner à tracer avec précision les contours d'une procédure simplifiée.

402. Des regrets similaires peuvent être émis à propos de certains aspects de la procédure. Notamment, ni le texte final de la directive (UE) n°2019/2121, ni la proposition qui en était à l'origine, ne contiennent de disposition susceptible d'harmoniser la méthode d'évaluation des actifs et de la parité d'échange des titres⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ Directive (UE) n°2019/2121, art. 1, (14) portant modification de l'art. 127.

⁶⁹⁶ Ce *statu quo* semble d'autant plus se justifier après lecture conjointe des articles 127 et 128 nouveaux de la directive (UE) n°2017/1132 (sur ce point, v. A. Bonnet, « Retour sur la publication de la directive (UE) n°2019/2121 du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 : quelle harmonisation pour les règles applicables aux nouvelles fusions et scissions transfrontalières ? », *art. préc.*).

⁶⁹⁷ Le défaut d'harmonisation des législations des États sur ce point soulève en effet diverses difficultés, bien que la parité d'échange des titres entre l'absorbante et l'absorbée soit appréciée par un commissaire à la fusion ou aux apports. Le texte final vise tout au plus « les méthodes d'évaluation généralement acceptées » qui doivent être mentionnées dans le rapport de l'expert indépendant (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 11), b) portant modification de l'art. 125) et impose que le rapport d'échange figure dans le projet commun de fusion transfrontalière (art. premier, 9), a), portant modification de l'art. 122, b)). La proposition de directive tentait d'apaiser ces divergences : si celle-ci n'optait pour aucune des deux méthodes qui coexistent actuellement au sein du marché unique, à savoir la méthode de la juste valeur et celle de la valorisation au coût historique (au sens de règlement (CE) n° 1126/2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne la norme comptable internationale IAS 12, les normes internationales d'information financière IFRS 1 et 13 et l'interprétation IFRIC 20 de l'International Financial Reporting Interpretations Committee, *JOUE* L360, 29 décembre 2012, p. 75), elle confiait cependant à l'État de la société absorbante le soin de résoudre la question dans son article consacré à la date comptable de l'opération. Le texte final de la directive modificative ayant supprimé l'insertion de cet article, cette tentative a aussi disparu. L'évaluation de la parité d'échange des titres ne fait pas davantage l'objet d'une harmonisation, alors que les méthodes adoptées par les États peuvent être des plus distinctes (D. Martin, « Étude comparative des différentes modalités de rapprochements transfrontaliers », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, n°6, p. 45, et spécialement, p. 47 et H. le Nabasque, « Les fusions et les scissions transfrontalières », *Rev. Soc.*, 2013, p. 391 ; A. Bonnet, « Retour sur la publication de la directive (UE) n°2019/2121 du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 : quelle

Cette lacune semble à même de compliquer la conclusion de ce type d'opération de concentration. De même, la question de la langue des documents sociétaires peut être soulignée : en l'absence de disposition sur ce point, la directive 2005/56/CE, puis la directive (UE) n°2017/1132 ne donnaient aucune réponse sur la langue qu'il convenait de retenir en présence d'une opération transfrontalière⁶⁹⁸ et ce, alors même qu'au sein des États, les dispositifs de certification sont parfois d'une complexité certaine⁶⁹⁹. La proposition de directive tentait de résoudre la question en invitant les États à laisser aux parties le soin d'opter pour « une langue usuelle dans le domaine des affaires et des finances internationales »⁷⁰⁰. L'absence de disposition plus précise sur ce point ne semblait cependant pas à même d'éteindre tout conflit mobile et ce, d'autant qu'en cas de contradiction avérée, la proposition envisageait une solution qui ne semblait pas davantage satisfaisante⁷⁰¹. Or, le texte final de la directive (UE) n°2019/2121 ne se prononce finalement plus sur la question, laissant ainsi cette difficulté en l'état.

403. Il résulte de ces diverses lacunes que la concurrence opposée par d'autres opérations de concentration aux fusions *de jure* européennes ne risque pas de s'éteindre pour l'heure.

b) Une limite éventuelle tenant au faible renforcement de l'attractivité de la fusion transfrontalière

404. Par la complexité du dispositif qu'elles édictent, certaines nouvelles dispositions sont de nature à inciter les parties à une concentration à se tourner vers d'autres opérations plus simples que les fusions régies par le législateur européen. Ce souci paraît vraisemblablement plus présent encore lorsque la concentration est notifiable dans le cadre du contrôle européen. Les groupes sont en effet en pareil cas plus que jamais désireux de mener au plus vite leur opération.

harmonisation pour les règles applicables aux nouvelles fusions et scissions transfrontalières ? », *art. préc.*).

⁶⁹⁸ La directive s'attachant à la seule éventualité d'une certification (Directive (UE) n°2017/1132, art. 21).

⁶⁹⁹ À titre d'exemple, le droit français impose que le projet de traité et ses annexes soient au moins établis en langue française. Lorsque les actes sont également déposés dans une langue officielle de l'EEE, leur traduction en français doit seulement être certifiée conforme par les déclarants (C. com., art. R. 123-120-1). *A contrario*, lorsqu'est en cause une langue qui ne compte pas parmi les langues officielles de l'EEE, l'obtention d'une traduction assermentée près la Cour d'appel du ressort de la société partie française est vraisemblablement nécessaire.

⁷⁰⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (7), (c), portant modification de l'art. 122.

⁷⁰¹ « Les États membres précisent quelle langue prévaudra en cas de divergences constatées entre les différentes versions linguistiques des documents » (*Ibid.* ; nous soulignons).

405. Un exemple peut être tiré du nouveau « contrôle anti-abus »⁷⁰² institué par la directive modificative. En introduisant cette procédure, le texte final semble réparer partiellement un oubli qui avait été dénoncé après analyse de la proposition contenue dans le « paquet “droit des sociétés” »⁷⁰³. Désormais, l’autorité compétente ne peut délivrer de certificat préalable à l’opération s’il est déterminé que celle-ci est « réalisée à des fins abusives ou frauduleuses », qu’il s’agisse d’une fusion ou d’une scission transfrontalière⁷⁰⁴. Il lui est demandé de statuer non plus sous un délai supplémentaire de deux mois⁷⁰⁵ mais trois⁷⁰⁶, laissant ainsi l’éventualité ouverte de l’écoulement d’une durée de six mois pour la seule obtention du certificat préalable à l’opération. Aussi, si la directive (UE) n°2019/2121 présente, à cet égard, le mérite de ne pas créer de différence de traitement entre deux types d’opérations de concentration en imposant à l’une l’ouverture d’une phase inconnue de l’autre⁷⁰⁷, elle semble toutefois permettre un allongement des délais applicables.

406. Or, dans la mesure où le droit des concentrations implique aussi l’écoulement d’un certain temps – bien que la procédure ait pour objectif de répondre à un impératif de célérité –, cette nouvelle mesure semble à même d’allonger encore les délais requis par la conclusion d’une opération de fusion ou scission transfrontalière. Les groupes pourraient par conséquent être d’autant plus incités à se tourner vers d’autres mécanismes de concentration qui échappent au droit européen des sociétés. L’éventuelle opération menée à des fins abusives ou frauduleuses qui ne serait ni une fusion ni une scission transfrontalière ne serait, au demeurant, guère sanctionnée par l’effet du droit européen. Il reviendrait ainsi aux seuls États de résoudre ou non la question et d’empêcher dès lors une éventuelle concurrence normative sur la question. Cette problématique paraît d’autant plus sensible que la

⁷⁰² Si l’expression ne figure pas expressément dans la directive, elle est toutefois utilisée par le Conseil dans son communiqué de presse relatif à la publication de la directive (UE) n°2019/2121 (Conseil de l’UE, « *L’UE permet aux entreprises de se restructurer plus facilement dans le marché unique* », 18 novembre 2019, communiqué de presse.).

⁷⁰³ M. Menjucq, « Les scissions transfrontalières », *Rev. soc.*, 2019, p. 17 et spécialement, §42.

⁷⁰⁴ S’agissant des fusions transfrontalières : directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 14), portant modification de l’art. 127, 8. ; s’agissant des scissions transfrontalières : directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l’art. 160 quaterdecies, 8.

⁷⁰⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (20), portant insertion de l’art. 160 septdecies, 2.

⁷⁰⁶ S’agissant des fusions transfrontalières : directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 14), portant modification de l’art. 127, 10. ; s’agissant des scissions transfrontalières : directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l’art. 160 quaterdecies, 10.

⁷⁰⁷ Ce qui était le cas dans la proposition initiale, étant entendu qu’une « phase d’appréciation approfondie » était envisagée pour les scissions transfrontalières (et les transformations) et non pour les fusions transfrontalières.

directive (UE) n°2019/2121 délègue l'essentiel de l'appréciation du caractère éventuellement frauduleux ou abusif aux États membres⁷⁰⁸.

407. La concurrence entre législations nationales est également à craindre dans la mesure où les droits de la défense des parties ne paraissent plus expressément garantis par la directive : alors que la proposition de la Commission prévoyait que les parties soient entendues lors de l'ouverture de l'évaluation approfondie de l'opération⁷⁰⁹, la directive finale demeure silencieuse à ce sujet. Par conséquent, le texte se risque à une nouvelle distorsion éventuelle : dans le cas où l'expression « la société qui fusionne », dont la directive use désormais, désignerait toujours chacune des parties, il est à craindre que chaque partie se voit soumise à un nouveau pan de procédure entièrement régi par le droit de l'État membre dont elle relève, voire que le droit de l'un de ces États garantisse à l'une d'elles un exercice plus accentué de ses droits de la défense que ne le permet le droit applicable à l'autre partie.

408. Enfin, le traitement que le texte final de la directive (UE) n°2019/2121 réserve à son articulation avec la procédure instituée par le règlement « concentrations » paraît discutable.

c) Une limite éventuelle tenant à l'insuffisance de renvois au règlement « concentrations »

409. Quelques éléments de contexte semblent devoir être rappelés : depuis 2005, le droit européen des sociétés encadre la date d'effet juridique de l'opération de fusion mais il demeure silencieux s'agissant des clauses pouvant entraîner la rétroactivité comptable et fiscale de l'opération. Cette carence a été vivement critiquée⁷¹⁰ dans la mesure où elle conduit à ce que cette question relève des seules législations nationales, pourtant des plus distinctes à cet égard⁷¹¹. La proposition de directive

⁷⁰⁸ Une coopération opérationnelle soutenue entre les autorités des États membres pourrait cependant apaiser ce risque. Relevons à cet égard que le paragraphe propre aux fusions, comme celui relatif aux scissions, semble opérer un renvoi à cet égard au paragraphe 1 du même article, désignant ainsi préférentiellement l'autorité saisie aux fins de délivrance du certificat (s'agissant des fusions transfrontalières : *Ibid.*, art. premier, 14), portant modification de l'art. 127, 9. ; s'agissant des scissions transfrontalières : *Ibid.*, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160 quaterdecies, 9).

⁷⁰⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (20), portant insertion de l'art. 160 septdecies, 2.

⁷¹⁰ V. not. C. Cathiard et A. Lecourt, *La pratique du droit européen des sociétés, Structures européennes et réorganisations transfrontalières*, Joly éd., 2017, 2^{ème} éd., 853 p.

⁷¹¹ À titre d'exemple, si ce type de clause est fréquent dans le cadre de fusions impliquant des sociétés françaises, tel n'est pas le cas lorsqu'une société polonaise est partie à la fusion. La rétroactivité comptable et fiscale étant étrangère au droit polonais, l'effet fiscal et comptable est, en pareil cas, nécessairement immédiat et correspond à la date de réalisation juridique de la fusion. Également, le

tentait d'y pallier en fixant la date comptable de l'opération à sa date d'effet. Les parties pouvaient cependant convenir d'y déroger, sans toutefois prévoir de date antérieure à la dernière date de clôture des comptes de l'une des parties et en s'assurant de mettre en mesure l'entité issue de l'opération d'établir ses comptes annuels dès la prise d'effet de la fusion⁷¹². Par conséquent, la date d'effet, tant comptable que juridique, aurait dû relever de la législation de l'État de rattachement de l'entité issue de la fusion⁷¹³. Ce choix était critiquable en ce sens qu'une harmonisation plus poussée de la date d'effet de l'opération aurait pu être utile afin d'annihiler les dispositifs parfois complexes prévus par les États⁷¹⁴. Un tel effort d'harmonisation aurait pu contribuer à faciliter la conclusion de l'opération par les parties éventuellement amenées à la notifier ultérieurement auprès des autorités chargées du contrôle des concentrations.

410. Or, le texte final de la directive (UE) n°2019/2121 semble réserver à cette question un traitement analogue à celui qu'il oppose aux difficultés linguistiques : il supprime simplement l'insertion d'un nouvel article consacré à la date comptable de l'opération et ne paraît ainsi pas remédier aux difficultés suscitées par l'application de l'article 129 de la directive (UE) n°2017/1132.

411. Cette renonciation franche semble ainsi discutable en soi mais il peut aussi être regretté que la directive (UE) n°2019/2121 n'ait pas davantage souligné l'articulation de la date d'effet de l'opération avec la procédure instituée par le règlement « concentrations ». La directive (UE) n°2017/1132, y compris dans sa version postérieure à la directive (UE) n°2019/2121 encadre en effet la date d'effet de l'opération en prévoyant simplement que celle-ci entre en vigueur après le contrôle de légalité de l'opération⁷¹⁵ sans renvoi au règlement « concentrations ». Certes, son

droit allemand limite à neuf mois une telle rétroactivité tandis que le droit belge fixe cette durée à six mois (S. Gelin, A. Herrmann et B. Provost, « Les difficultés pratiques d'ordre juridique et fiscal des opérations de fusions transfrontalières », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, p. 50 et spécialement, p. 51).

⁷¹² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (7), (c), portant insertion de l'art. 122 bis, 1. et 2.

⁷¹³ Directive (UE) n°2017/1132, art. 129 (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 12).

⁷¹⁴ Notamment, en droit français, la date d'effet de l'opération dépend de la nature de l'opération concernée. S'agissant d'une fusion par absorption, il importe de se reporter aux termes figurant dans le traité de fusion sous réserve, toutefois, que ladite date ne soit pas antérieure au contrôle de légalité, ni postérieure à la date de clôture de l'exercice de la société absorbante, ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice de la société absorbée. S'agissant de la création de société nouvelle, l'opération prend effet au jour de l'immatriculation de la nouvelle société selon l'article L. 236-1, 1° du Code de commerce.

⁷¹⁵ Directive (UE) n°2017/1132, art. 128 (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 11).

préambule garantit que l'intégralité des dispositions de la directive sociétaire, et non les seuls articles consacrés aux opérations de fusion et scission, s'applique « sans préjudice de l'application de la législation sur le contrôle des concentrations entre entreprises »⁷¹⁶. Il reste que cette précaution n'a pas empêché qu'un rappel judicieux de la pleine applicabilité du règlement figure aussi dans le chapitre propre aux fusions transfrontalières⁷¹⁷. Son croisement avec le droit des concentrations semble en effet justifier que le contrôle soit martelé et dans ce contexte, le législateur européen ne devrait pas être réticent à préciser les contours de cette articulation lorsqu'un aspect précis de la procédure sociétaire peut interroger avec celle édictée par le règlement « concentrations ». Un renvoi supplémentaire à ce texte à l'article consacré à la détermination de la date d'effet de l'opération aurait donc pu être utile : cet amendement aurait permis de clarifier le correct déroulement de la procédure dans la mesure où lorsque l'opération est notifiable, celle-ci ne saurait entrer en vigueur avant l'exercice du contrôle des concentrations par suite de son caractère suspensif.

412. En dépit des améliorations que la directive (UE) n°2019/2121 devrait vraisemblablement provoquer, les modifications qu'elle introduit ne semblent par conséquent pas pleinement satisfaisantes, que ce soit au vu de l'harmonisation qu'elle induit, de l'attractivité de ce mécanisme de concentration qu'elle renforce en demi-teinte ou bien encore des interrogations s'agissant de son articulation avec le droit des concentrations faute de renvois plus soutenus.

413. Un constat similaire peut être proposé concernant la protection, outre des salariés⁷¹⁸, des actionnaires et créanciers que la directive ambitionne de garantir : le texte final paraît ne permettre que dans une certaine mesure d'harmoniser les régimes juridiques applicables. Si la révision qu'il opère devrait contribuer à l'attractivité de ce mécanisme de concentration, cette œuvre reste partielle. La directive ne semble pas offrir d'instrument pleinement harmonisé aux sociétés éventuellement amenées à notifier leur opération auprès d'une ou de plusieurs autorités de contrôle.

⁷¹⁶ *Ibid.*, (62) (anciennement, directive 2005/56/CE, (9)).

⁷¹⁷ *Ibid.*, art. 121, 1. , b) (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 4, 1., b)).

⁷¹⁸ Sur cette question, v. not. A. Bonnet, « Retour sur la publication de la directive (UE) n°2019/2121 du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 : quelle harmonisation pour les règles applicables aux nouvelles fusions et scissions transfrontalières ? », *art. préc.*

B. Une protection des actionnaires et créanciers partiellement renforcée par la directive modificative

414. Telles qu'envisagées par la directive (UE) n°2019/2121, les mesures destinées à accroître la protection des « parties prenantes »⁷¹⁹, et plus particulièrement des actionnaires et créanciers, soulèvent plusieurs questionnements s'agissant de la procédure propre au contrôle des concentrations.

415. Il semble ainsi utile d'analyser les apports et limites des nouvelles dispositions propres à la protection des actionnaires (1)) et créanciers (2)) avant de questionner leur articulation avec le contrôle des concentrations (3)).

1) La protection des actionnaires

416. Bien qu'elle n'harmonise pas les règles propres à l'évaluation de la parité d'échange des titres, la directive (UE) n°2019/2121 introduit plusieurs mécanismes destinés à renforcer la protection des intérêts des actionnaires, y compris de manière indirecte. Notamment, tandis que la directive (UE) n°2017/1132 et la proposition initiale ne permettaient pas d'unifier au niveau européen l'intégralité des droits dévolus aux actionnaires⁷²⁰ en laissant perdurer les dispositions de l'article 127, 3. pourtant très critiquées⁷²¹, le texte final en supprime la lettre et rétablit ainsi une certaine égalité⁷²².

417. La directive s'attelle par ailleurs à protéger plus directement les droits de certains actionnaires minoritaires. Cette révision semble en effet utile dans la mesure où la directive (UE) n°2017/1132 non-modifiée laisse pour l'heure aux États membres

⁷¹⁹ Directive (UE) n°2019/2121, (6), (12), (15), (32).

⁷²⁰ Et ce, sans préjudice du principe d'égalité de traitement des actionnaires de sociétés cotées consacré par l'article 4 de la directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, *JOUE* L184, 14 juillet 2007, p. 17 (telle que modifiée par la directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, *JOUE* L132, 20 mai 2017, p. 1), l'article 17, 1. de la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE, *JOUE* L390, 31 décembre 2004, p. 38, et l'article 3, 1., a) de la directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, *JOUE* L142, 30 avril 2004, p. 12.

⁷²¹ Directive (UE) n°2017/1132, art. 127, 3. (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 10, 3.). ; la critique essentielle étant qu'il s'entend que des actionnaires auxquels de telles protections sont déniées n'éprouvent pas d'intérêt à admettre qu'il puisse en être autrement pour leurs homologues.

⁷²² Sur cette question, v. not., A. Bonnet, « Retour sur la publication de la directive (UE) n°2019/2121 du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 : quelle harmonisation pour les règles applicables aux nouvelles fusions et scissions transfrontalières ? », *art. préc.*

le soin de fixer les règles de quorum lors de l'approbation de l'opération de fusion⁷²³ et les mesures destinées à protéger les intérêts des actionnaires minoritaires⁷²⁴. Ce texte s'attache en l'état à protéger *a minima* leurs droits politiques en rappelant que leur droit de vote est maintenu et en prévoyant qu'ils soient informés de l'opération, par le biais des mentions figurant dans le projet commun de fusion et dans les rapports dressés par l'organe dirigeant et les experts.

418. Pourtant, la conclusion d'une fusion transfrontalière implique que les associés minoritaires ou sans droit de vote de la société absorbée soient susceptibles de devenir associés de la société absorbante, d'être soumis aux règles d'un autre État membre, de subir une augmentation de leurs frais et dépenses en conséquence⁷²⁵ et d'être assimilés aux parties notifiantes dans le cadre du contrôle des concentrations alors qu'ils n'ont pas nécessairement consenti à l'opération. Les dispositions de la directive non-modifiée à cet égard compliquent encore la réalisation de ce type d'opération en ce qu'elles laissent aux sociétés le soin d'articuler les législations nationales en la matière⁷²⁶. Or, les dispositifs prévus par les États membres diffèrent singulièrement les uns des autres. Par exemple, tandis que la France ne prévoit aucune règle spécifique destinée à protéger leurs intérêts dans la perspective éventuelle d'encourager la réalisation de ce type d'opération pour des raisons de politique économique⁷²⁷, la Grande-Bretagne impose, pour sa part, la tenue d'une assemblée générale sans la présence des actionnaires majoritaires et l'Italie, le paiement d'une compensation pécuniaire en espèces⁷²⁸. Cet état du droit implique aussi en particulier que seuls les actionnaires soumis à la législation de certains États puissent exercer leur droit de sortie, c'est-à-dire ceux relevant des dispositions en

⁷²³ Directive (UE) n°2017/1132, art. 126 (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 9).

⁷²⁴ *Ibid.*, art. 121, 2. (anciennement, directive 2005/56/CE, art. 4, 2.).

⁷²⁵ Ne serait-ce que pour participer aux assemblées générales de la nouvelle entité, bien que le développement du vote par voie électronique puisse atténuer un tel effet.

⁷²⁶ Les divergences entre États membres sur la protection des actionnaires minoritaires sont prononcées, ainsi qu'en témoigne un rapport remis en 2018 à la Commission européenne (TGS Blatic, *Study on minority shareholders protection*, janvier 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1893f7b8-93a4-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en>; obs. B. Lecourt, « La protection des actionnaires minoritaires au sein de l'Union européenne », *Rev. soc.*, 2018, p. 677).

⁷²⁷ Cette tendance à la libéralisation de ce type d'opération peut également se percevoir eu égard au défaut de droit d'opposition dont les autorités publiques françaises jouissent (A. Lecourt, « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », *Bull. Joly*, p. 806, et spécialement, I, A).

⁷²⁸ CREDA, « Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE », 2 juin 2008, disponible à l'adresse suivante : <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2008-UE-mobilite-entreprises/02-Fusions-transfrontalieres-Menjucq.pdf>.

vigueur en Allemagne, en Autriche, au Danemark, en Espagne, en Hongrie, en Italie, aux Pays-Bas et en Pologne⁷²⁹.

419. La directive modificative a donc tenté de résoudre ces difficultés en renforçant leur droit à l'information⁷³⁰ et en introduisant un droit de sortie conditionné au profit de certains actionnaires minoritaires⁷³¹. Ce nouveau droit de retrait semble mériter un examen plus soutenu, non seulement parce qu'il compte parmi les avancées majeures de la réforme⁷³² mais encore au vu des questions qu'il est susceptible de soulever dans le cadre du contrôle des concentrations et qui seront examinées ensuite.

420. Relevons ainsi qu'un droit similaire figurait dans la proposition initiale. L'adoption à venir de cette « épée de Damoclès »⁷³³ était très attendue⁷³⁴. Le texte finalement adopté en a donc maintenu le principe, tout en en aménageant les conditions constitutives.

421. Le nouvel article 126 bis prévoit désormais que les États membres accordent un droit de sortie aux associés n'ayant pas approuvé l'opération de fusion, obligatoirement lorsqu'ils sont titulaires du droit de vote ou sur décision individuelle des États membres lorsqu'ils n'en sont pas titulaires. Lorsqu'ils jouissent d'un tel droit de sortie, ces actionnaires peuvent ainsi céder leurs actions en contrepartie du paiement d'une soulte « adéquate »⁷³⁵. Malgré l'opposition qu'ils ont manifestée, il

⁷²⁹ Bech-Bruun Lexidale, « *Study on the application of the cross-border mergers directive* », septembre 2013.

⁷³⁰ Par exemple, les mentions devant figurer dans le rapport de l'organe dirigeant sont alourdis dans le but de protéger leur droit à l'information : doivent ainsi être indiqués les conséquences de l'opération pour les activités à venir, la soulte en espèces et la méthode utilisée pour la déterminer, ainsi que les recours ouverts aux associés (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 10), portant insertion de l'art. 124).

⁷³¹ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 bis.

⁷³² L'importance accordée au droit de retrait des associés institué par ce nouvel article est sensible, en témoigne notamment le nouvel article 131 qui, en définissant plus précisément les effets de l'opération, y renvoie expressément (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant modification de l'art. 131, 1.). Cette modification, qui ne figurait pas dans le texte de la proposition de la Commission, résulte de la version revue par le Parlement européen, en plus de la transmission de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, le nouvel article précise que les associés de la société absorbée deviendront associés de l'absorbante, sauf exercice du droit de retrait prévu par le nouvel article 126 bis de la directive et que la société absorbée sera dissoute (Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019, art. premier, 17) portant modification de l'article 131 de la directive).

⁷³³ P.-H. Conac, « Le retour du courage politique à Bruxelles : l'Odyssée du « Paquet Droit des sociétés » de 2018 », *Rev. soc.*, 2019, p. 7.

⁷³⁴ H. Hovasse, « La protection des associés sans droit de vote lors des opérations de restructuration des sociétés », *RIDE*, 1990, n°3, p. 319.

⁷³⁵ Comme pour la proposition initiale, la modification introduite par la directive conduit aussi à ce que les associés qui n'ont pas eu ou n'ont pas exercé le droit à céder leurs actions et qui estimeraient

est cependant nécessaire qu'ils aient acquis des actions dans la société issue de l'opération de fusion transfrontalière lorsque celles-ci sont « régies par le droit d'un autre État membre que celui de la société qui fusionne »⁷³⁶.

422. Si l'introduction d'un tel droit à l'échelle européenne permet de pallier la dispersion précédente des règles à travers le marché unique, son octroi est cependant rigoureusement encadré. Il ne semble en effet bénéficier qu'à certains actionnaires spécialement identifiés et ne renforcer que limitativement l'attractivité de ce mécanisme de concentration.

423. Ce texte ne saurait en effet bénéficier à l'ensemble des actionnaires minoritaires, indépendamment de leur qualité ou État membre de rattachement.

424. D'abord, le texte final semble opérer un recul vis-à-vis de la proposition initiale qui permettait l'octroi de ce droit au niveau européen auprès de tous les actionnaires minoritaires, qu'ils soient ou non titulaires du droit de vote⁷³⁷.

425. Ensuite, le fait que le texte subordonne le bénéfice de ce droit à la condition supplémentaire que les actionnaires soient dans l'obligation d'acquérir des actions

insuffisant le rapport d'échange des actions, puissent contester ce rapport et exiger une soulte en espèces (Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 bis, 6.). En tout état de cause, si la soulte en espèces apparaît comme le moyen de compensation privilégié par la directive, celle-ci permet aux États membres d'opter pour d'autres moyens ayant la même fin (*Ibid.* portant insertion de l'art. 126 bis, 7.). Relevons également qu'un droit analogue figure dans que le « modèle de loi européenne sur les sociétés », à condition toutefois que les statuts de la société le prévoient dans le cadre d'une fusion interne (P. Krüger Andersen et al., *European Model Companies Act*, 2017, 1st ed., et spécialement, art. 13.17) mais sans qu'une telle condition soit exigée en présence d'une fusion transfrontalière (*European Model Companies Act*, art. 13.30).

⁷³⁶ L'article édicte en effet que « Les États membres veillent à ce qu'au moins les associés des sociétés qui fusionnent qui ont voté contre l'approbation du projet commun de fusion transfrontalière aient le droit de céder leurs actions en contrepartie d'une soulte en espèces adéquate (...), à condition qu'à la suite de la fusion, ils acquièrent des actions dans la société issue de la fusion qui seraient régies par le droit d'un autre État membre que celui de la société qui fusionne. » (nous soulignons ; directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 bis, 1.).

⁷³⁷ En effet, le texte final de la directive (UE) n°2019/2121 diffère de la proposition qui en était à l'origine. Cette dernière imposait aux États d'ouvrir un tel droit de sortie à tous les associés qui n'ont pas approuvé l'opération (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (13), portant insertion de l'art. 126 bis, 1.). Le texte final, pour sa part, oblige les États membres à octroyer un tel droit de sortie aux associés qui ont voté contre l'approbation du projet commun de fusion tandis qu'il laisse aux États le soin de décider si une telle mesure peut aussi bénéficier aux actionnaires qui ne sont pas titulaires de ce droit de vote (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 bis, 1.).

dans la nouvelle entité lorsqu'elles sont soumises à la législation d'un autre État membre⁷³⁸, appelle deux séries de remarques.

426. D'une part, le refus que les associés minoritaires ont opposé à l'opération semble à tout le moins devoir être relativisé dans sa portée puisqu'ils sont amenés à détenir des titres dans l'entité issue de l'opération.

427. D'autre part et surtout, la mise en œuvre de cette disposition pourrait éventuellement conduire à dénier ce droit de retrait aux associés de certaines parties à l'opération, que ce soit dans le cadre d'une fusion-absorption ou d'une fusion par création d'une société nouvelle.

428. D'un côté en effet, une fois qu'une opération de fusion-absorption est menée à son terme, la cible est absorbée par l'absorbante. Lorsque l'opération est transfrontalière, les anciens associés de l'absorbée voient donc leurs titres soumis à la législation de l'État membre de l'absorbante. Par définition, les titres des associés de l'absorbante eux, n'ont pas vocation à être soumis à la législation d'un autre État membre. Par conséquent, lorsque le texte conditionne le droit de retrait à l'obligation d'acquérir des actions « régies par le droit d'un autre État membre que celui de la société qui fusionne », il semble ne viser que certains associés de l'absorbée.

429. D'un autre côté, dans le cadre d'une opération de fusion transfrontalière par création d'une entité nouvelle, les parties obtiennent des titres dans cette nouvelle entité. Il n'est cependant pas obligatoire que la société nouvellement constituée relève d'un État distinct de l'ensemble des parties à l'opération : il est possible d'imaginer que celle-ci soit soumise à la législation de l'État membre dont l'une des parties à l'opération relevait déjà avant la conclusion de la fusion. En pareil cas aussi, les associés de cette partie ne voient donc pas leurs titres soumis au droit d'un autre État membre. Aussi, la condition instituée par l'article 126 bis de la directive (UE) n°2019/2121 ne pouvant être remplie dans cette hypothèse, l'interprétation littérale de cet article devrait conduire également à les exempter du droit de sortie qu'il institue, sauf dispositions nationales plus favorables.

⁷³⁸ L'article édicte en effet que « Les États membres veillent à ce qu'au moins les associés des sociétés qui fusionnent qui ont voté contre l'approbation du projet commun de fusion transfrontalière aient le droit de céder leurs actions en contrepartie d'une soulte en espèces adéquate (...), à condition qu'à la suite de la fusion, ils acquièrent des actions dans la société issue de la fusion qui seraient régies par le droit d'un autre État membre que celui de la société qui fusionne. » (nous soulignons ; directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 bis, 1.).

430. En ce sens, le législateur semble n'accorder le bénéfice de ce nouveau droit qu'aux seuls associés titulaires du droit de vote et à la condition que ceux-ci détiennent des titres dans certaines sociétés parties à l'opération uniquement. Dès lors, cette disposition ne semble pas à même d'accroître pleinement la protection des droits de tous les associés minoritaires.

431. Cette analyse interroge par conséquent l'attractivité même de ce mécanisme de concentration. La directive tend en apparence à encourager les sociétés à recourir de manière accrue à ce type d'opération, y compris par le biais de ce nouveau droit de retrait. En effet, l'offre de souste proposée aux actionnaires souhaitant exercer leur droit de retrait est, en effet, subordonnée non seulement à l'acquisition d'actions par les associés pourtant opposés au projet⁷³⁹ mais aussi à la prise d'effet de l'opération⁷⁴⁰. Il reste que cette démarche ne semble pas pleinement convaincante pour deux raisons. D'une part, il est possible de se demander si l'attractivité de l'opération de fusion transfrontalière n'était pas déjà renforcée par l'effet de la proposition de directive qui prévoyait, comme le texte final, que l'exercice du droit de retrait ne devait pas empêcher la réalisation de l'opération mais qui délaissait, au contraire du texte final, la question de l'acquisition d'actions par les associés opposés à l'opération. D'autre part, en ne permettant qu'à un nombre limité d'actionnaires minoritaires de prétendre au bénéfice de ce droit, la directive modificative semble ne renforcer que limitativement l'attractivité de ce mécanisme de concentration éventuellement notifiable. Les contours de cette restriction sont d'ailleurs annoncés dès le préambule de la directive, celle-ci ayant pour seule ambition à propos des actionnaires minoritaires de garantir un « même niveau *minimal* de protection »⁷⁴¹.

432. Par ailleurs, les créanciers des parties sont également concernés par les nouvelles dispositions introduites par la directive modificative qui auraient dû contribuer à renforcer l'attractivité de ce type d'opération.

2) La protection des créanciers

433. La directive modificative tend à accroître la protection des créanciers par l'introduction d'un nouvel article 126 ter consacré à la question⁷⁴².

434. En son premier alinéa, le nouvel article impose aux États, de manière opportune par rapport à la proposition initiale⁷⁴³, de prévoir « un système de

⁷³⁹ V. les développements précédents.

⁷⁴⁰ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 bis, 3.

⁷⁴¹ Nous soulignons ; Directive (UE) n°2019/2121, (17).

⁷⁴² Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 ter.

protection adéquat des intérêts des créanciers » des parties à l'opération. La directive modificative ne se contente pas d'énoncer une telle obligation ; au contraire et à l'image de la proposition de la Commission, elle offre la possibilité aux créanciers de requérir auprès de l'autorité nationale compétente des garanties appropriées⁷⁴⁴. À cet égard, le texte final de la directive étend le délai laissé aux créanciers pour exercer une telle action en suivant la position adoptée par le Parlement européen⁷⁴⁵. Elle conserve aussi la version qui avait été adoptée par cette institution en soumettant l'exercice de ce droit à la condition que lesdits créanciers prouvent « de manière crédible » l'insuffisance des garanties proposées et que l'opération fasse obstacle à l'apurement des dettes⁷⁴⁶. Le texte final de la directive modificative se fait par ailleurs l'écho de la proposition de directive qui prévoyait, de manière assez contestable⁷⁴⁷, que les États puissent, sans obligation, exiger que les organes dirigeants adresse aux créanciers une déclaration reflétant la situation financière des sociétés concernées et dans laquelle ceux-ci attestent qu'après recherches raisonnables, aucune raison ne les conduit à douter de l'acquittement à l'échéance, par la nouvelle entité, des dettes qui lui seront transmises⁷⁴⁸.

435. À l'image de nos propos s'agissant des nouvelles dispositions propres à la protection des actionnaires, les garanties introduites par la directive modificative au profit des créanciers semblent limitées.

436. Certes, la directive (UE) n°2019/2121 permet d'assoir, en droit de l'Union, la protection des droits des créanciers en présence d'une opération de fusion

⁷⁴³ L'article 126 ter initialement envisagé détaillait le système de protection offert aux créanciers mais ne posait pas un tel principe exprimé en termes généraux (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (9), portant insertion de l'art. 126 ter).

⁷⁴⁴ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 ter, 1., al. 2.

⁷⁴⁵ Le nouvel article 126 ter laisse en effet aux créanciers un délai de trois mois à compter de la publication du projet commun de fusion transfrontalière pour saisir l'autorité compétente (*Ibid.*). Initialement d'un mois (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (9), portant insertion de l'art. 126 ter), le délai a en effet été porté à trois mois sur décision du Parlement européen (résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019, art. premier, 12) portant insertion de l'art. 126 ter). Une disposition analogue, dont le délai maximal est toutefois fixé à quatre semaines, figure également dans la « loi modèle » (*European Model Companies Act*, art. 13.28).

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ B. Lecourt, « La réforme du régime des fusions transfrontalières », *Rev. soc.*, 2019, p. 24.

⁷⁴⁸ Le texte final de la directive tend cependant à simplifier les démarches à cet égard : tandis que la proposition prévoyait que cette déclaration soit publiée au plus tôt un mois avant la publication du projet commun de fusion transfrontalière (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (9), portant insertion de l'art. 126 ter, 1.), le texte final prévoit que la publication de ces deux documents soit simultanée (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 ter, 2.).

transfrontalière. Les dispositifs qu'elle prévoit restent cependant discutables en particulier parce qu'elle ne semble pas à même d'unifier les systèmes de protection qui prévalent actuellement au sein des États membres. Dans la mesure où les dispositifs internes de protection des créanciers peuvent affecter le déroulement de la procédure de conclusion de l'opération, cette problématique ne semble pas pouvoir être écartée lorsqu'il s'agit d'interroger la cohérence du droit de l'Union en présence d'une opération de concentration éventuellement notifiable.

437. Il semble dès lors nécessaire d'évoquer quelque peu la situation du droit applicable également à cet égard, avant de mettre en perspective les modifications introduites par la directive avec le droit des concentrations⁷⁴⁹.

438. Ainsi et bien que chaque État membre puisse se doter d'aspects procéduraux spécifiques, dont l'examen détaillé ne semble pas se justifier ici, deux systèmes destinés à protéger les intérêts des créanciers coexistent au sein du marché unique⁷⁵⁰. Le premier, qualifié d'*a posteriori* (Allemagne⁷⁵¹, France⁷⁵², Luxembourg⁷⁵³), n'empêche pas la réalisation de la fusion : si les créanciers exercent le droit d'opposition qui leur est reconnu dans le respect des conditions exigées par les textes applicables, l'opération leur sera seulement inopposable jusqu'au complet paiement de leurs créances ou jusqu'à la constitution de garanties suffisantes. Le second dispositif repose sur une protection *a priori* (Autriche, Danemark, Espagne⁷⁵⁴, Italie⁷⁵⁵,

⁷⁴⁹ Sur cette question, v. *Infra*, ce B., 3).

⁷⁵⁰ V. not. Y. Loussouarn, M. Trochu et R. Sotomayor, *Fasc. 570-40 : Conflits de lois en droit des sociétés*, JCI Droit International, 14 juin 2010 ; B. Lecourt, « La réforme du régime des fusions transfrontalières », *Rev. soc., art. préc.* ; M. Loy, « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir », *JCP E*, 2 Août 2007, n°31 ; C. Cathiard et A. Lecourt, *La pratique du droit européen des sociétés, Structures européennes et réorganisations transfrontalières, op. cit.*, et spécialement, p. 612 et s.

⁷⁵¹ L'Allemagne étant, aux côtés de l'Italie, le premier État membre à avoir admis que l'opération entraînait le transfert automatique des créances, dettes et contrats en cours.

⁷⁵² Par le renvoi édicté à l'article L. 236-25 du Code de commerce propre aux fusions transfrontalières, les créanciers non-obligataires disposent, en vertu des articles L. 236-14 et R. 236-8 du même Code, d'un délai de trente jours à compter de la publication du projet de fusion pour former opposition à celui-ci. Il résulte des alinéas 3 et 4 dudit article L. 236-14 du Code de commerce que l'opération est inopposable aux créanciers dont les créances n'ont pas été remboursées ou qui ne bénéficient pas de garanties, sans toutefois qu'une telle inopposabilité fasse obstacle à la poursuite de l'opération.

⁷⁵³ Les créanciers pouvant exercer leur droit d'opposition après la tenue de l'assemblée générale.

⁷⁵⁴ Les créanciers disposent d'un délai d'un mois pour faire opposition à l'opération à compter de la publication du projet de fusion ou, lorsque tel est le cas, de l'envoi de la notification écrite faisant état de l'opération à l'ensemble des associés et créanciers. En pareil cas, la fusion n'entrera en vigueur que lorsque la société aura constitué les garanties nécessaires ou aura procédé au remboursement des créances (article 44 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *BOE* n°82, 4 avril 2009 ; telle qu'amendée par la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de

Pays-Bas), qui soumet, à l'inverse, la prise d'effet de l'opération au remboursement des créances ou à la constitution de garanties.

439. L'adoption du nouvel article 126 ter paraît conduire, en apparence, à opter en faveur d'un système de protection *a posteriori* dans la mesure où il prévoit en son 1. que les créanciers qui seraient insatisfaits des mesures tendant à la protection de leurs intérêts puissent exiger la constitution de garanties auprès des autorités compétentes après la publication du projet commun de fusion⁷⁵⁶ et sous condition que l'opération prenne effet⁷⁵⁷. Il reste que, comme au sens de la proposition initiale⁷⁵⁸, les États demeureront libres d'aménager des protections complémentaires au profit des créanciers une fois la directive transposée. Certains pourront ainsi bloquer l'opération en en subordonnant la réalisation au paiement complet des dettes, quand d'autres auront la possibilité d'ignorer de telles règles en présence d'engagements dus aux organismes publics⁷⁵⁹.

440. Ces diverses dispositions, qu'elles portent sur la protection des actionnaires ou celles des créanciers, peuvent susciter certaines interrogations lorsque l'opération de fusion ou scission concernée fait l'objet d'un contrôle des concentrations.

3) Réflexions sur l'articulation des dispositions prévues par la directive modificative avec le droit européen des concentrations

441. Le règlement « concentrations » ne s'attache expressément ni à la protection des intérêts des actionnaires ni à celle des créanciers, ce qui se comprend au vu de l'objet exclusivement concurrentiel qui lui est assigné. Bien que la directive modificative n'envisage pas de contrevenir à la pleine applicabilité du contrôle, il reste que l'articulation précise des règles édictées par la directive (UE) n°2017/1132 et par le règlement « concentrations » n'est guère prévue à cet égard également.

442. La question peut toutefois se poser, en dépit de la spécificité de leurs domaines respectifs.

sociudades de capital, BOE n°150, 23 juin 2012, p. 44680 et le Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, BOE n°66, 17 mars 2012, p. 24363).

⁷⁵⁵ Et ce, en dépit du fait que l'Italie ait rapidement admis le transfert automatique des créances à l'instar de l'Allemagne.

⁷⁵⁶ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 ter, 1., al. 2.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, al. 3.

⁷⁵⁸ B. Lecourt, « La réforme du régime des fusions transfrontalières », *art. préc.*

⁷⁵⁹ Le nouvel article 126 ter, 3. rend en effet les dispositions prévues aux paragraphes 1. et 2. de ce même article supplétives de l'application du droit des États membres des parties.

443. Faute, pour le droit européen des sociétés de parvenir à harmoniser davantage les règles applicables en matière de protection des actionnaires et créanciers, l'opération de concentration est en effet susceptible d'être ralentie et il revient finalement aux acteurs eux-mêmes d'y remédier, sauf à abandonner le projet. Les parties doivent d'autant plus s'assurer de mener la partie de la procédure qui leur est dévolue dans des délais identiques, qu'il leur est imposé, dans le cadre du contrôle des concentrations, de notifier « conjointement » leur opération aux autorités compétentes⁷⁶⁰.

444. L'articulation des règles édictées par la directive modificative et le droit européen des concentrations interroge par ailleurs plus spécifiquement, selon que la situation des actionnaires (a) ou celle des créanciers (b) des parties à l'opération notifiable est envisagée.

a) S'agissant des actionnaires des parties à l'opération

445. Outre la question des formalités induites par la procédure et celle de sa durée, la nouvelle protection dévolue aux actionnaires interroge particulièrement en ce qu'elle permet à certains d'entre eux d'exercer leur droit de sortie, tout en les obligeant à acquérir des titres dans l'entité issue de l'opération. En plus du fait qu'elle semble peu concourir à augmenter l'attractivité de l'opération de fusion transfrontalière pour les raisons expliquées précédemment, cette disposition ne semble en effet pas dépourvue d'impact en droit européen des concentrations.

446. Afin de déterminer si l'opération relève du contrôle européen des concentrations ou d'un ou de plusieurs contrôles nationaux, le règlement « concentrations » impose de prendre en considération la somme des chiffres d'affaires réalisés par certains membres du groupe auquel les sociétés qui fusionnent appartiennent⁷⁶¹. En d'autres termes, le chiffre d'affaires des entreprises détenant le contrôle des entreprises concernées⁷⁶², ainsi que celui réalisé par les entités dont elles détiennent le contrôle, doit aussi être pris en compte pour déterminer si un contrôle des concentrations doit être effectué ou non.

447. La question suivante semble donc pouvoir être soulevée : en présence d'une opération de fusion transfrontalière soumise à la directive modifiée, le chiffre d'affaires réalisé par un associé qui exerce son droit de retrait, ainsi que celui des

⁷⁶⁰ Règlement « concentrations », art. 4, 2.

⁷⁶¹ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1 et Annexe n°1 : Schéma des seuils édictés par l'article 1 du règlement (CE) n°139/2004.

⁷⁶² En reprenant le vocabulaire du règlement « concentrations ».

entités dont il détient déjà le contrôle, doivent-ils être pris en compte pour déterminer la dimension de l'opération ?

448. Certes, l'objectif assigné au nouvel article 126 bis de la directive (UE) n°2017/1132 soulève peu d'incertitudes : il s'agit de protéger prioritairement les intérêts des actionnaires minoritaires. Par principe en effet, l'actionnaire majoritaire qui ne souhaiterait pas d'une telle opération est en mesure d'en bloquer effectivement la conclusion s'il vote contre l'opération lors de l'assemblée générale convoquée à cette fin. En ce sens, que l'actionnaire minoritaire exerce ou non son droit de retrait, une première lecture devrait impliquer que son chiffre d'affaires ne soit pas pris en considération pour le contrôle des concentrations, pas plus que ceux réalisés par les entités dont il détient déjà le contrôle, faute de disposer du contrôle capitalistique de la société partie à la fusion. Néanmoins, la notion de contrôle définie par le règlement « concentrations » ne se limite pas aux actionnaires titulaires de la majorité des actions ordinaires. Le « contrôle » résulte en effet autant de la détention directe ou indirecte de plus de la moitié de son capital, que de celle de ses droits de vote, que de la possibilité de désigner la moitié des membres des organes de direction ou encore que du droit de gérer les affaires de l'entreprise⁷⁶³. Ainsi, un associé qui ne détiendrait pas la majorité du capital social assorti de la majorité des droits de vote peut malgré tout exercer un « contrôle » sur l'entreprise concernée au sens du règlement « concentrations ». Cette situation ne semble pas seulement théorique. Par exemple, si un associé ne détient pas la majorité des droits de vote mais qu'il jouit d'un droit de veto lui permettant, *in fine*, de désigner la majorité des membres de l'organe de direction, il est aussi réputé détenir le « contrôle » de l'entreprise partie ⁷⁶⁴. En pareil cas, s'il vote contre l'opération de fusion transfrontalière, la directive modifiée impose à l'État de lui garantir l'exercice de son droit de retrait⁷⁶⁵.

449. Ainsi, dans l'hypothèse où un associé détenant le « contrôle » de l'entreprise partie à l'opération parvient à manifester son refus de l'opération envisagée sans entraver sa conclusion effective, la question de la comptabilisation de son chiffre d'affaires, ainsi que celui des entités dont elles détiennent le contrôle, pour

⁷⁶³ *Ibid.*, art. 5, 4., b).

⁷⁶⁴ *Ibid.*, art. 5, 4., b), iii) ; la Commission rappelle aussi qu'elle admet la caractérisation d'un tel contrôle en pareil cas dans sa communication consolidée (communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 58, not.).

⁷⁶⁵ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 13), portant insertion de l'art. 126 bis, 1.

déterminer la dimension de l'opération au titre du règlement « concentrations » mérite semble-t-il d'être effectivement posée.

450. En pareil cas, ces chiffres d'affaires ne devraient cependant pas être vraisemblablement pris en compte dans le calcul : puisque l'opération doit être notifiée « après la conclusion de l'accord »⁷⁶⁶, elle devrait donc être portée à la connaissance des autorités de contrôle une fois que l'associé a manifesté son opposition à l'opération dans le projet commun de fusion. Par conséquent, au moment de la notification de l'opération, il n'est plus censé détenir le contrôle de l'entité partie à l'opération de fusion. Les chiffres d'affaires de l'absorbante, de l'absorbée, des entités de leurs groupes⁷⁶⁷, en ce compris l'acquéreur des titres cédés par l'actionnaire sortant, devraient ainsi être pris en compte à la place du sien.

451. Cependant, en écartant l'interprétation littérale des dispositions applicables au profit d'une analyse de l'objectif poursuivi par le contrôle des concentrations, le chiffre d'affaires de l'actionnaire sortant et cédant, voire celui des entités dont il détient le contrôle, devraient intégrer le calcul. Le pouvoir de marché détenu par la partie à l'opération au moment de sa notification a en effet été obtenu avant la conclusion du projet commun de fusion. Aussi, dénier l'influence exercée par un associé qui détenait au préalable le contrôle de la partie à l'opération au sens même du règlement « concentrations » par l'effet de l'exercice de ce seul droit de retrait paraît être quelque peu en déconnexion avec la réalité de l'opération. Permettre au droit de retrait de modifier subitement la dimension de l'opération en faisant fi de ces éléments semble excessif.

452. Rejeter l'impact d'une telle influence paraît d'autant moins justifié dans le cas où l'entité issue de l'opération se livrerait à son tour à une opération de concentration. En effet, dans l'hypothèse où un associé exercerait son droit de sortie en vertu de l'article 126 bis de la directive modifiée, cet article lui impose de détenir des titres dans l'entité issue de l'opération et soumise à la loi d'un autre État membre. Or, il est raisonnable d'imaginer que celui-ci, parce qu'il s'était opposé à la réalisation de l'opération, n'ait pas cherché à obtenir le contrôle de l'entité dont la prise de participation lui est imposée par l'effet de ce texte. Ainsi, en tant qu'actionnaire

⁷⁶⁶ Règlement « concentrations », art. 4, 1., étant précisé que les États membres dotés d'une procédure de contrôle similaire à celle qui prévaut devant la Commission imposent aussi des dispositions analogues à cet égard. Sur la question de la notification de l'opération, v. *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre I, Section 1, §1.

⁷⁶⁷ Sous réserve de certaines entreprises de ces groupes (v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1).

potentiellement minoritaire, son chiffre d'affaires et celui réalisé par les entités dont il détient le contrôle, ne devraient pas être comptabilisés si l'entité issue de l'opération en mène une autre à son tour sans pour autant que les deux opérations soient assimilées à une opération de concentration unique. Dans l'hypothèse où le chiffre d'affaires de l'actionnaire minoritaire contrôlant gagnerait à être exclu non seulement au moment de la première opération de concentration mais aussi de la seconde, le droit des concentrations se risquerait à une éventuelle sous-évaluation de la dimension de l'opération de concentration. Il est toutefois à relever que le texte ne dit mot sur l'étendue des titres dont l'acquisition est imposée à l'associé sortant ; sauf disposition nationale spécifique sur cette question, rien ne semble ainsi empêcher l'actionnaire sortant de solliciter le bénéfice de droits de veto, par exemple. Dans cette hypothèse, quand bien même le chiffre d'affaires de l'actionnaire sortant ne serait pas pris en compte dans le cadre de la première opération, il le serait dans la seconde.

453. En ce sens et bien que cette démonstration n'ait pas vocation à épuiser la question et qu'elle reste hypothétique puisque la directive n'a pas été transposée au jour de ces lignes, il semble à tout le moins regrettable que la directive (UE) n°2019/2121 n'ait pas pris soin d'opérer plus avant des renvois au règlement « concentrations » afin de résoudre les éventuelles difficultés d'articulation qui pourraient être soulevées à l'avenir.

454. L'articulation de ces dispositions peut également soulever une interrogation particulière au vu des mesures destinées à accroître la protection des créanciers.

b) S'agissant des créanciers des parties à l'opération

455. Dans son effort d'harmonisation, l'adoption de la directive modificative semble conduire à imposer un dispositif de protection proche du système *a posteriori* que connaissent l'Allemagne, la France et le Luxembourg, mais elle laisse aussi la possibilité à un État comme l'Espagne de soumettre l'entrée en vigueur de l'opération à l'apurement des dettes ou à la constitution de garanties au bénéfice de certains créanciers qui auraient fait opposition à l'opération. Dans la mesure où le règlement « concentrations » impose seulement que l'opération soit notifiée « avant [sa] réalisation et après la conclusion de l'accord »⁷⁶⁸, les parties ne sont pas dans l'obligation d'attendre que le délai d'opposition des créanciers soit écoulé pour y procéder. Le silence des textes laisse ainsi à la pratique le soin de faire œuvre d'une

⁷⁶⁸ Règlement « concentrations », art. 4, 1.

vigilance soutenue lors de la conclusion d'une opération pourtant encouragée par le législateur européen.

456. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que si de telles précautions ne sont pas prises par les parties notifiantes préalablement à la notification de leur opération, le sort réservé aux dettes impayées ne saurait être pris en considération par les autorités chargées du contrôle des concentrations. Celles-ci ont en effet seulement pour charge d'apprécier l'opération à l'aune de considérations concurrentielles.

457. Aussi et en dépit des avancées introduites par la directive modificative, le cas ne semble pas réglé, par exemple, d'une opération autorisée dans le cadre du contrôle des concentrations mais suspendue par la suite, en application de la législation de l'État de rattachement, parce que des créanciers ont démontré que l'opération compromettait le recouvrement de leurs créances et que les garanties offertes étaient insuffisantes. Pour pallier cette difficulté, il aurait été préférable que la directive opte sans ambiguïté pour le dispositif de protection *a posteriori* ou *a priori*. Dans la première hypothèse, l'articulation de la procédure avec le contrôle des concentrations aurait en effet pu s'en trouver facilitée : en prévoyant que le défaut d'apurement des dettes ou de constitution suffisante des garanties rend seulement l'opération inopposable aux créanciers par exemple, le texte aurait empêché toute incertitude éventuelle en présence d'une opération autorisée au titre du contrôle et contestable du point de vue des créanciers. Des voies de recours alternatives, comme une saisie-attribution sur les comptes bancaires de l'entité issue de l'opération⁷⁶⁹, auraient par exemple pu être ouvertes. Symétriquement, le texte aurait pu choisir un système de protection *a priori* en soumettant l'entrée en vigueur de l'opération à l'apurement des dettes ou à la constitution suffisante de garanties au profit des créanciers par exemple, tout en prenant soin d'aménager ce volet de la procédure avec celle du contrôle. Le fait que la directive (UE) n°2019/2121 laisse par conséquent aux États la possibilité, certes sous conditions, de se dégager du dispositif qu'elle préconise est en ce sens de nature à soulever diverses interrogations dans le cadre du contrôle des concentrations.

458. Plus généralement, la directive (UE) n°2019/2121 rend donc possible une harmonisation plus poussée des dispositions applicables au mécanisme récurrent de

⁷⁶⁹ Il s'agit d'ailleurs de la solution que la Cour de cassation a retenue dans le cadre d'une fusion-absorption en France, alors même qu'une procédure collective avait été ouverte (Cass., com., 7 octobre 2020, n°19-14755, *Bull.* ; obs. M.-F. Bonneau, « Arrêt des poursuites et fusion-absorption : les créanciers doivent être protégés contre une éventuelle opération frauduleuse », *Actualités Lexis*, 22 octobre 2020).

concentration que constitue l'opération de fusion transfrontalière. Le règlement « concentrations » est susceptible de se voir doté, en ce sens, d'un mécanisme de concentration plus réglementé qu'il ne l'est actuellement. Une telle évolution aurait pu contribuer à améliorer la cohérence du droit européen des affaires au bénéfice tant des sociétés notifiantes que des autorités de contrôle. L'harmonisation actuelle des règles en matière de fusion transfrontalière paraît cependant partielle et n'offrir guère d'instrument unique aux parties à l'opération.

459. Après avoir montré les raisons pour lesquelles les règles applicables aux fusions transfrontalières gagneraient à être améliorées, il semble désormais nécessaire de s'intéresser à l'adoption des règles européennes propres aux scissions transfrontalières de sociétés, lesquelles comptent parmi les innovations majeures de la directive (UE) n°2019/2121. Si cet effort d'harmonisation est bienvenu, il semble cependant n'être que partiel, à l'image du régime institué pour les opérations de fusion transfrontalière.

Paragraphe 2 : L'adoption d'un corps partiel de règles applicables aux scissions transfrontalières

460. Ce n'est que depuis l'adoption de la directive (UE) n°2019/2121 que les scissions transnationales d'entreprises font l'objet d'un régime harmonisé en droit européen⁷⁷⁰.

461. Cette réforme semble ainsi particulièrement bienvenue. Elle est en effet susceptible de conférer au contrôle des concentrations un mécanisme doté, à son tour, de règles spécifiques et harmonisées (A.).

462. Il semble cependant que le mouvement d'harmonisation que la directive initie demeure limité et qu'il gagnerait, dans cette même perspective, à être développé (B.).

A. Les apports de la directive modificative

463. L'adoption de la directive modificative, et plus encore la transposition à venir de ses dispositions au sein des États membres, devraient conduire à encadrer utilement le mécanisme de concentration que constitue l'opération de scission transfrontalière. Le défaut de règles européennes en la matière soulevait en effet un certain nombre de difficultés (1)). Aussi devraient-elles faciliter la conclusion d'une

⁷⁷⁰ Sur cette question, v. aussi A. Bonnet, « Retour sur la publication de la directive (UE) n°2019/2121 du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 : quelle harmonisation pour les règles applicables aux nouvelles fusions et scissions transfrontalières ? », *art. préc.*

telle opération par les sociétés notifiantes dans le cadre du contrôle des concentrations en définissant la procédure applicable sur le plan sociétaire (2)).

1) La fin d'un vide juridique européen

464. L'opération de scission transfrontalière est susceptible de présenter un intérêt singulier pour les sociétés. Avant que le législateur européen ne modifie la directive (UE) n°2017/1132 en lui conférant un corps harmonisé de règles, elle était déjà ainsi utilisée par les sociétés au sein de l'Union, en particulier pour celles qui s'apparentent à des conglomérats. Leur structure leur permet en effet de scinder leurs patrimoines dans le but d'exercer des activités distinctes.

465. Dans l'attente de la transposition de la nouvelle directive modificative, lorsque la scission est transfrontalière, cette forme singulière de concentration qui peut faire l'objet d'un contrôle⁷⁷¹ n'est possible qu'à la condition que le droit des États membres dans lesquels les sociétés parties ont leurs sièges sociaux en admette la réalisation.

466. Deux types de difficultés résultent de cette situation. D'une part, les règles applicables à ces opérations sont susceptibles de varier, en tout ou partie, d'un État membre à l'autre. Ainsi, par exemple, si la France, la Belgique et le Luxembourg connaissent la scission par absorption et la scission par création d'une société nouvelle sous réserve de l'accomplissement de formalités partiellement distinctes, le Royaume-Uni ne se préoccupe que d'une forme complexe d'opération proche de la scission-absorption. L'Allemagne distingue, pour sa part, la scission par constitution d'une société nouvelle, la scission-apport et la scission-démembrement⁷⁷². D'autre part, ainsi que l'a rappelé le Parlement européen dans son rapport de 2017 sur la conduite des opérations de fusion et scission transfrontalières, « dans certains États membres, il n'existe aucune législation ad hoc encadrant la conduite de scissions transfrontalières »⁷⁷³. En ce sens, les sociétés soucieuses de se livrer à une opération de scission transnationale sont susceptibles de se heurter à des conflits de lois similaires à ceux qui ont pu être relevés en matière de fusions transfrontalières, voire

⁷⁷¹ Il est précisé que les scissions communes conduisant à répartir les parties d'une entreprise entre ses anciennes sociétés mères sont appréciées individuellement par la Commission (Commission, 20 novembre 2003, *ExxonMobil/BEB*, aff. M.3294, *JOUE* C8, 13 janvier 2004, p.7 ; Commission, 20 novembre 2003, *Shell/BEB*, aff. M.3293, *JOUE* C8, 13 janvier 2004, p. 7 ; Commission, 30 avril 1992, *Solvay/Laporte*, aff. M. 197, *JOCE* C165, 2 juillet 1992, p. 26).

⁷⁷² L. Athlan et S. Torck, « Les scissions transfrontalières », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, n°6, p. 38.

⁷⁷³ Parlement européen, « Rapport sur la conduite des opérations de fusion et scission transfrontalières », 9 mai 2017, 2016/2065 (INI) et spécialement, pt 17.

de devoir renoncer pour partie au libre exercice de leur liberté d'établissement en écartant de leur projet leur implantation dans certains États membres⁷⁷⁴.

467. Outre des problématiques supplémentaires de *law shopping*, le règlement « concentrations » tend ainsi à appliquer un régime harmonisé de contrôle à cette forme particulière de concentration, dès lors qu'elle occasionne le changement du contrôle des cibles. Pourtant, jusqu'à la transposition de la directive modificative, la réalisation de celle-ci n'est soumise à aucune règle présentant un degré similaire d'harmonisation au sein du marché unique. Dans cette attente, le processus d'harmonisation poursuivi par le droit européen des sociétés paraît ainsi moins avancé à cet égard que celui mis en œuvre par le droit européen de la concurrence, ce qui, à nouveau, interroge sur la cohérence du droit européen des affaires dans son ensemble et est susceptible d'affaiblir les fondations mêmes du règlement « concentrations ».

468. Il semble donc utile que la directive modificative propre aux transformations, fusions et scissions transfrontalières issue du « paquet "droit des sociétés" » jouisse d'un volet relatif à ces opérations.

469. La proposition de directive relevait pour sa part que « moins de la moitié des États membres seulement ont des règles nationales sur les scissions transfrontalières de sociétés »⁷⁷⁵ avant d'identifier les difficultés pratiques auxquelles sont confrontées les entreprises⁷⁷⁶. Dans sa position adoptée en première lecture le 18 avril 2019 et tendant à l'adoption d'une directive modifiant les règles propres aux transformations, fusions et scissions transfrontalières contenues dans la directive (UE) n°2017/1132, le Parlement européen confirmait quant à lui la nécessité d'enrichir le Titre II de la directive d'un Chapitre IV relatif aux scissions transfrontalières. Il décidait ainsi de faire fi des recommandations du Rapport de la rapporteure de la Commission des affaires juridiques du Parlement qui suggérait « de supprimer le chapitre sur les scissions transfrontalières » dans la mesure où, de manière surprenante⁷⁷⁷, « des règles claires pour les transformations transfrontalières

⁷⁷⁴ Quoiqu'un recours devant la CJUE demeure possible en cas d'entrave discriminatoire (v. C. Cathiard, *Transfert intracommunautaire de siège social*, Rép. soc., juin 2014 et spécialement, n° 133 et s.).

⁷⁷⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, p.8.

⁷⁷⁶ « En l'absence d'un cadre juridique fiable pour les scissions transfrontalières, les sociétés éprouvent des difficultés à accéder aux marchés d'autres États membres et doivent souvent trouver des alternatives coûteuses à des procédures directes. » (*Ibid.*).

⁷⁷⁷ M. Menjucq, « Les scissions transfrontalières », *Rev. soc.*, 2019, p. 17, et spécialement, §1.

sont établies »⁷⁷⁸. Le Parlement européen a ainsi finalement préféré relever les défaillances du dispositif de la directive (UE) n°2017/1132 pour maintenir l'insertion de ce Chapitre. C'est ainsi qu'« [i]l résulte de l'absence de cadre juridique applicable [...] aux scissions transfrontalières une fragmentation et une incertitude juridiques et partant des obstacles à l'exercice de la liberté d'établissement », ceci étant susceptible de porter atteinte à la protection « des travailleurs, des créanciers et des associés minoritaires au sein du marché unique »⁷⁷⁹. Le préambule de la directive (UE) n°2019/2121 a d'ailleurs repris à la lettre le constat du Parlement⁷⁸⁰.

470. Aussi, pour notre propos, l'adoption d'un tel volet paraît particulièrement bienvenue en ce qu'il offre un corps de règles plus harmonisé pour les parties éventuellement amenées à notifier leur opération de scission aux autorités de contrôle.

2) L'adoption d'une nouvelle procédure harmonisée

471. La directive (UE) n°2019/2121 prévoit opportunément une procédure spécifique à cette opération, en prenant appui sur celle de la fusion transfrontalière⁷⁸¹.

472. L'organe dirigeant de l'entreprise scindée doit en effet élaborer un projet⁷⁸² détaillant notamment la transmission de l'actif et du passif aux sociétés bénéficiaires, éventuellement en prenant soin de fixer la ou les dates comptables. Comme pour les fusions transfrontalières, le texte final de la directive n'aligne cependant pas la date comptable de l'opération à sa date d'effet, celle-ci devant être simplement déterminée par les États membres, tout en étant postérieure aux contrôles institués par la directive⁷⁸³. Des rapports doivent être établis préalablement à la tenue de l'assemblée

⁷⁷⁸ Rapport de la Commission des affaires juridiques du 9 janvier 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114(COD) et spécialement, p. 217.

⁷⁷⁹ Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019, (5).

⁷⁸⁰ Directive (UE) n°2019/2121, (5).

⁷⁸¹ C'est dans des dispositions analogues à celles prévues pour les fusions transfrontalières que la directive impose, en particulier, la délivrance d'un certificat attestant de la légalité de l'opération de scission (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160 quaterdecies et 160 sexdecies), assure la publicité de l'opération (*Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 octies) ou encore, sans limitation, régit les conditions de nomination et de responsabilité des experts indépendants (*Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 unvicies).

⁷⁸² *Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 quinquies.

⁷⁸³ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160, octodecies.

générale⁷⁸⁴. Une fois les formalités de publicité accomplies⁷⁸⁵, les actionnaires doivent ainsi se prononcer sur l'opération⁷⁸⁶. Exiger l'unanimité des voix présentes ou représentées aurait pu accroître la protection des droits des actionnaires de toutes les sociétés scindées en raison du changement de loi applicable auquel conduit l'opération⁷⁸⁷. Cependant, la directive n'impose *in fine* aucune règle de quorum unique. Elle prévoit certes que les États doivent s'assurer que l'approbation du projet de scission, ainsi que toute modification de celui-ci, ne puissent être votées à une majorité inférieure aux deux tiers des voix mais n'excédant pas le seuil de 90%⁷⁸⁸. Elle rend toutefois une telle disposition supplétive en prévoyant que ce seuil ne doive pas être supérieur à celui prévu par le droit des États membres en matière de fusions transfrontalières, sans doute dans le but de ne pas causer de distorsion avec les règles applicables à ces opérations⁷⁸⁹. L'autorité de l'État membre de la société scindée doit ensuite contrôler la légalité de la procédure au sens des règles internes concernées et délivrer un certificat qui atteste de l'accomplissement des formalités requises et du respect du droit national lors de l'élaboration de l'opération⁷⁹⁰. À l'image du nouveau régime propre aux fusions transfrontalières, le certificat ne saurait cependant être délivré en présence d'une scission conclue à des fins abusives ou frauduleuses⁷⁹¹. S'agissant des sociétés bénéficiaires de l'opération de scission, la directive prévoit aussi la mise en œuvre d'un contrôle de légalité par

⁷⁸⁴ Des rapports doivent être dressés par l'organe dirigeant, un pour les salariés et l'autre pour les associés qui décrit les motifs économiques et juridiques à l'origine de l'opération (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160 sexies). Un rapport doit également être établi par un expert indépendant (*Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 septies). Relevons que la proposition de directive prévoyait en matière de scissions, contrairement aux fusions transfrontalières, que l'expert soit nommé non par l'organe dirigeant mais par l'autorité nationale chargée de délivrer le certificat (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (20), portant insertion de l'art. 160 octies à 160 decies). Cette disposition n'a semble-t-il pas été reprise dans le texte final de la directive.

⁷⁸⁵ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160 octies.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 nonies.

⁷⁸⁷ v. not., H. le Nabasque, « Les fusions et les scissions transfrontalières », *Rev. Soc.*, 2013, p. 391, et spécialement, n°8.

⁷⁸⁸ Cette insertion est d'autant plus opportune que dans la proposition initiale, cette règle visait seulement la modification du projet de scission. Le nouvel article 160 nonies prévoit également en son 5. que l'approbation de la scission ne peut être contestée au seul motif que le ratio d'échange des actions ou que la soulte en espèces n'a pas été fixée correctement, que la valeur des participations attribuées à un membre n'est pas équivalente à celles qui lui sont attribuées dans la société scindée ou encore que les informations relatives au rapport d'échange des actions n'étaient pas conformes aux exigences légales.

⁷⁸⁹ Ce qui semble aussi opportun, en dépit du fait qu'une application distributive des lois puisse ainsi rester applicable (*Ibid.*).

⁷⁹⁰ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160 quaterdecies.

⁷⁹¹ *Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 quaterdecies, 8. à 10.

les autorités désignées par les États membres qui porte notamment sur la vérification du respect des règles sociétaires propres à la constitution ou encore à la participation des travailleurs⁷⁹². Ce n'est qu'à l'issue de ces diverses étapes que la directive impose l'accomplissement des formalités d'immatriculation de l'entité issue de l'opération⁷⁹³.

473. Dès lors, le texte adopté présente un intérêt certain notamment dans la mesure où il devrait conférer davantage de cohérence et d'efficacité au contrôle des concentrations de manière incidente. Il soulève cependant certaines incertitudes qu'il pourrait être utile de corriger.

B. Les limites de la directive modificative

474. Les nouvelles règles européennes⁷⁹⁴ semblent porteuses d'un certain nombre de limitations, qu'il s'agisse tant de leur domaine (1) que du régime applicable (2). Elle ne confie ainsi au règlement « concentrations » qu'un support limité de règles supplémentaires.

1) Un domaine restreint

475. D'abord et d'autant plus que le règlement « concentrations » n'opère aucune distinction s'agissant des formes sociales des sociétés parties à l'opération de concentration envisagée, il aurait pu être intéressant de s'assurer que le régime harmonisé révisé par la directive (UE) n°2019/2121 bénéficie, à tout le moins, à toutes les sociétés définies par l'article 54 du TFUE. La définition que le Traité réserve à la notion de « société » présente en effet le mérite de dépasser les conceptions nationales de chaque État membre⁷⁹⁵.

476. Or, le texte se limite, à l'instar des dispositions en vigueur relatives aux fusions transfrontalières, aux seules sociétés de capitaux, délaissant ainsi les sociétés de personnes et les sociétés mixtes.

477. Le texte final de la directive répare cependant un amendement surprenant qui avait été adopté par le Parlement européen le 18 avril 2019. Aux conditions en vertu desquelles la société de capitaux doit être constituée conformément à la législation d'un État membre et avoir son siège social, son administration centrale ou son

⁷⁹² *Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 sexdecies.

⁷⁹³ *Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 septedecies.

⁷⁹⁴ V. aussi à propos de la proposition de directive, M. Menjucq, « Les scissions transfrontalières », *art. préc.*

⁷⁹⁵ M. Luby-Gaucher, « Le droit communautaire des sociétés : au carrefour des normes », *LPA*, 6 octobre 2004, n°200, p. 36.

principal établissement au sein de l'Union, la résolution en ajoutait une troisième. En effet, le Parlement amendait l'article 160 bis en prévoyant il fallait « qu'au moins deux des sociétés *anonymes*⁷⁹⁶ impliquées dans la scission soient régies par les législations d'États membres différents »⁷⁹⁷. *A contrario*, il en résultait que les opérations de scission transfrontalière satisfaisant aux deux premiers critères échappaient à la nouvelle directive dès lors qu'elles mettaient en scène des sociétés autres qu'anonymes. Le texte final de la directive modifie opportunément cette condition supplémentaire en édictant qu'il est nécessaire qu'« au moins deux des sociétés de *capitales* impliquées dans la scission so[ie]nt régies par le droit d'États membres différents »⁷⁹⁸.

478. Ensuite, la directive prête à discussions s'agissant des opérations de scission visées. Certes, le texte final se fait l'écho de la résolution du Parlement européen qui ajoutait utilement aux hypothèses de scission complète et partielle figurant dans la proposition initiale, le cas de la scission par séparation⁷⁹⁹. Relève ainsi également du droit européen l'opération par laquelle « une société scindée transfère une partie de ses éléments d'actif et de passif à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires moyennant l'attribution à la société scindée de titres ou d'actions dans les sociétés bénéficiaires »⁸⁰⁰.

479. La distinction opérée entre la scission complète et la scission partielle s'explique. Dans le premier cas, la société scindée, au moment de sa dissolution, procède au transfert de l'intégralité de son patrimoine au profit d'une ou de plusieurs sociétés nouvellement créées. Dans le second, la condition de la dissolution n'est pas requise dans la mesure où seule une partie du patrimoine est transférée. Cela étant, la différence qui oppose la scission partielle de la scission par séparation est plus délicate : dans les deux cas, seule une partie du patrimoine de la société scindée est transférée à une ou plusieurs sociétés nouvelles. Dans le premier cas, ce sont toutefois les associés de la société scindée qui peuvent se voir attribuer des actions ou titres des sociétés bénéficiaires, de la société scindée ou de l'ensemble de ces sociétés, en sus du paiement éventuel d'une soulte. Le second s'apparente davantage à une filialisation : outre le fait qu'aucune soulte ne soit expressément

⁷⁹⁶ Nous soulignons.

⁷⁹⁷ Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019, art. premier, 22) portant modification de l'article 160 bis de la directive.

⁷⁹⁸ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160 bis, 1.

⁷⁹⁹ Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019, art. premier, 22) portant modification de l'article 160 ter de la directive.

⁸⁰⁰ Directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160 ter, 4), c).

visée, il s'agit de l'hypothèse où la société scindée elle-même se voit attribuer des actions ou titres dans les sociétés bénéficiaires.

480. Si l'intégration de cette technique de scission, dans le champ de la directive, présente un intérêt certain, il est surprenant que d'autres formes en soient absentes. En particulier, comme dans la proposition de directive⁸⁰¹, la scission au profit de sociétés bénéficiaires, non pas seulement nouvelles, mais aussi préexistantes, fait défaut. Le texte final de la directive justifie cependant cette absence en préambule : « la présente directive établit des règles en matière de scissions transfrontalières, partielles ou complètes, *mais ces règles ne concernent que les scissions transfrontalières qui impliquent la formation de nouvelles sociétés.* La présente directive ne prévoit pas de cadre harmonisé pour les scissions transfrontalières dans le cadre desquelles une société transfère des éléments d'actif et de passif à plus d'une société *existante, car les cas de ce type sont considérés comme étant très complexes, nécessitant la participation d'autorités compétentes de plusieurs États membres et entraînant des risques supplémentaires en termes de contournement des règles de l'Union et des règles nationales* »⁸⁰². L'explication reste à tout le moins surprenante dans la mesure où elle pourrait consister à admettre qu'un risque de contournement du droit applicable implique de ne pas légiférer sur la question. Ce rejet peut sembler d'autant plus discutable que la directive (UE) n°2019/2121 impose notamment aux autorités nationales d'identifier les opérations menées à des fins abusives ou frauduleuses, que ce soit en présence d'une fusion ou d'une scission transfrontalière⁸⁰³.

481. Par ailleurs, s'il est possible de percevoir une certaine consécration de l'apport partiel d'actif par l'adoption des règles propres à la scission partielle⁸⁰⁴, il reste que cette qualification n'est pas expressément visée. De plus, en toute hypothèse, il ne s'agirait au mieux que de l'admission des apports partiels d'actif au profit de sociétés nouvelles et non préexistantes, ce qui ne saurait embrasser l'intégralité de ces opérations éventuellement notifiables au titre du contrôle des concentrations. Le manque dont le droit européen fait preuve à l'égard de ces opérations semble ainsi

⁸⁰¹ M. Menjucq, « Les scissions transfrontalières », *art. préc.*, et spécialement, §7.

⁸⁰² Nous soulignons ; directive (UE) n°2019/2121, (8).

⁸⁰³ V. nos développements précédents (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant modification de l'art. 127, 8. à 10. et portant insertion de l'art. 160 quaterdecies, 8. à 10.).

⁸⁰⁴ V. aussi à propos de la proposition de directive, M. Menjucq, « Les scissions transfrontalières », *art. préc.* et spécialement, §8.

manifeste, alors même qu'il avait déjà été souligné dès l'adoption de la directive « fusions » de 2005⁸⁰⁵.

482. En dehors du domaine que la directive réserve aux scissions transfrontalières, le régime qu'elle édicte à leur endroit semble également limité et soulever des interrogations dans le cadre d'une scission soumise au contrôle des concentrations.

2) Un régime contraint

483. La directive (UE) n°2019/2121 introduit en premier lieu un mécanisme de protection au profit des associés lors d'une opération de scission qui ne semble pas trouver d'écho dans les nouvelles dispositions propres aux fusions⁸⁰⁶, ce qui atténue la cohérence de l'ensemble normatif et conduit à conférer une garantie supplémentaire au profit d'un mécanisme précis de concentration sans justification apparente.

484. Surtout, des critiques analogues à celles qui ont pu être émises à propos des fusions transfrontalières peuvent en second lieu être opposées aux nouvelles dispositions propres aux scissions transfrontalières. Il en va ainsi des difficultés d'ordre linguistique ou de la date comptable⁸⁰⁷ que le texte final de la directive n'envisage plus, du défaut d'harmonisation des méthodes d'évaluation des actifs et

⁸⁰⁵ M. Luby-Gaucher, « Impromptu sur la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *Dr. soc.*, juin 2006, n°6, étude 11.

⁸⁰⁶ Le texte final reprend à cet égard un amendement qui avait été adopté par le Parlement (Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019, art. premier, 22) portant modification de l'art. 160 duodecies). Ainsi, lorsque l'opération conduit à accroître les « engagements économiques d'un associé à l'égard de la société ou de tiers », lorsque cet associé ne bénéficie pas du droit de sortie régi par l'article 160 decies, l'acte en étant à l'origine doit être approuvé par l'associé concerné (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160 nonies, 4.). Si une telle mesure paraît renforcer la protection des associés, il reste toutefois surprenant que cette disposition n'ait pas, semble-t-il, été intégrée s'agissant des fusions transfrontalières et la qualification d'« économique » des engagements concernés peut susciter une certaine perplexité en raison de son caractère potentiellement restrictif. S'il est possible d'imaginer que les droits financiers et patrimoniaux des associés intègrent aisément cette qualification, l'admettre s'agissant de leurs droits politiques est plus délicat. Or, une telle interprétation serait susceptible de nuire à la protection des associés de la société scindée : il semble difficilement justifiable d'admettre que la directive édicte que le consentement des associés ne soit pas requis en présence, par exemple, de nouvelles conditions statutaires d'exclusion plus souples que celles auxquelles ils s'étaient obligés.

⁸⁰⁷ La date d'effet de la scission transfrontalière est définie par le nouvel article 160 octodecies, alors que la proposition de directive envisageait aussi d'aligner la date comptable et la date d'effet en matière de scissions (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018, art. premier, (20), portant insertion de l'art. 160 septies).

de parité des titres⁸⁰⁸, de la protection des associés et du droit de retrait octroyé à certains d'entre eux⁸⁰⁹, de la protection des créanciers⁸¹⁰ et, plus généralement, de l'articulation potentiellement délicate de ces nouvelles dispositions avec le règlement « concentrations »⁸¹¹.

485. Par conséquent, les modifications apportées à la directive (UE) n°2017/1132 conduisent à doter les entreprises de l'Union en général, et le contrôle des concentrations en particulier, d'un nouveau mécanisme de concentration harmonisé au sein du marché unique. Cette directive modificative peut toutefois surprendre par son domaine relativement restreint. Elle implique ainsi que les parties notifiantes soucieuses de réaliser une opération de scission qui ne serait pas couverte par la directive en raison de leur forme sociale ou de la forme même de l'opération, aient à se livrer encore à une application distributive, si ce n'est cumulative, des lois des États membres qui en admettent le principe. En ce sens et également lorsqu'elle tente de protéger les droits des associés et créanciers, la directive (UE) n°2019/2121 paraît ne doter le contrôle des concentrations que d'un corps partiel de règles harmonisées en matière de scissions.

CONCLUSION DU CHAPITRE

486. Le désintérêt relatif de la part des groupes à l'égard des fusions et scissions paraît manifeste et la directive modificative ne semble pas à même d'ôter tout intérêt aux autres mécanismes de croissance externe. En effet, qu'il s'agisse de mettre en œuvre les règles applicables jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions introduites par la directive (UE) n°2019/2121 ou d'anticiper la mise en œuvre de celle-ci, la conclusion de ces opérations opération peut susciter des difficultés diverses, induire des délais assez longs, en sus de coûts assez élevés.

⁸⁰⁸ La directive prévoit seulement que ces aspects figurent dans le projet de scission transfrontalière (directive (UE) n°2019/2121, art. premier, 23), portant insertion de l'art. 160 quinquies) et s'agissant des actions, dans le rapport de l'organe dirigeant et de l'expert indépendant (*Ibid.*, portant insertion des art. 160 sexies et septies).

⁸⁰⁹ v. en particulier le renforcement de leur droit à l'information, s'agissant du rapport de l'organe de direction (*Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 sexies) et des informations contenues dans le rapport de l'expert indépendant (*Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 septies). Surtout, à l'instar des modifications portées aux dispositions applicables aux fusions transfrontalières, la directive consacre des dispositions destinées à conférer aux actionnaires un droit de retrait dans le cadre d'une scission transfrontalière (*Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 decies), lequel est rappelé dans l'article consacré aux effets de l'opération (*Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 novodecies).

⁸¹⁰ *Ibid.*, portant insertion de l'art. 160 undecies.

⁸¹¹ V. *Supra*, cette Section, §1.

487. Alors que le droit européen des sociétés aurait pu fournir une certaine assise au règlement « concentrations » en facilitant opportunément la conclusion d'opérations que celui-ci a pour objet d'évaluer, il semble ne présenter qu'une efficacité limitée à cet égard. La directive (UE) n°2017/1132 écarte par exemple de son champ les opérations conclues par des sociétés cotées, en plus de ne s'intéresser qu'à certaines opérations de fusion et scission précises. Lorsqu'elle est applicable, elle oblige dans tous les cas les parties à faire application du droit européen, puis des droits internes, puis des pratiques habituellement requises par les administrations de chaque État. Parce qu'elle n'offre qu'un corps partiel de règles aux parties comme aux autorités intéressées par l'opération, elle présente un caractère dissuasif et elle peut être de nature à favoriser un éventuel abandon de l'opération. Dans leur effort pour améliorer les règles définies par la directive (UE) n°2017/1132, les dispositions de la directive (UE) n°2019/2121 soulèvent des interrogations supplémentaires. Par l'importance des formalités qu'elle introduit, elle renforce la longueur des délais attendus et se prête ainsi peu au jeu de l'objectif de célérité que le règlement « concentrations » poursuit. Elle soulève également plusieurs incertitudes lorsqu'il s'agit d'articuler la procédure sociétaire et la procédure de contrôle, que ce soit par exemple s'agissant des droits qu'elle confie aux actionnaires minoritaires ou aux créanciers.

488. Quoi qu'il en soit, le droit européen des concentrations ne fait en aucun cas preuve d'une timidité analogue s'agissant du type d'opération conclue sur le marché qu'il convient d'apprécier. Parce que les groupes se livrent régulièrement à d'autres formes de concentration, le règlement (CE) n°139/2004 ne se limite pas aux seules fusions et scissions envisagées par le législateur européen. La diversité des mécanismes de concentration auxquels les groupes recourent en l'absence de règles européennes peut être analysée à l'appui d'une typologie complémentaire. Leur appréhension effective par le droit européen des concentrations en l'absence de droit européen des sociétés mérite ainsi d'être interrogée (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 2 :

LE SUPPORT INEXISTANT DU DROIT EUROPÉEN DES SOCIÉTÉS POUR LES AUTRES MÉCANISMES DE CONCENTRATION

489. Au vu des modifications introduites par la directive (UE) n°2019/2121, les sociétés devraient plus que jamais être titulaires d'un véritable « droit à la mobilité transfrontalière » comprenant des règles communes aux fusions *de jure* et scissions et des règles spéciales pour chacune d'elles⁸¹². Il n'en demeure pas moins cependant que le droit européen des sociétés ne régit que quelques opérations de concentration, dans des limites strictes, tenant notamment à la forme juridique des sociétés parties. En ce sens, outre les limites propres à cette réglementation déjà évoquées, d'autres opérations pouvant conduire au changement durable du contrôle d'une entreprise peuvent être qualifiées de mécanismes de concentration, tels l'acquisition de titres ou bien encore l'apport partiel d'actifs. Elles restent en effet en marge du droit européen des sociétés, y compris dans le cas où elles sont de dimension transfrontalière alors qu'elles sont susceptibles d'être à l'origine d'une ou de plusieurs procédures de contrôle des concentrations.

490. Or, la pertinence de cette absence de réglementation à l'échelle de l'Union européenne interroge en particulier lorsqu'elle est mise en perspective avec le droit européen des concentrations. Si celui-ci n'appréhende pas non plus expressément certains de ces mécanismes de croissance externe, il en vise cependant d'autres alors même que la directive (UE) n°2017/1132, y compris après sa modification par l'effet de la directive (UE) n°2019/2121, reste silencieuse à leur sujet. Aussi, dans le cadre de ce Chapitre, l'étude de la réglementation applicable conduit au constat suivant : les formes juridiques des opérations de concentration, autres que les fusions *de jure* et scissions régies par la directive sociétaire, sont expressément identifiées par le droit européen des concentrations, ou s'inscrivent au moins dans le cadre de l'une des qualifications qu'il retient, alors que le droit européen des sociétés ne fournit aucun support permettant d'en faciliter la conclusion.

491. Le fait que les groupes puissent décider d'opter pour ces mécanismes en raison de l'absence de réglementation au niveau européen, en particulier avant l'exercice du contrôle, se comprend. Ces mécanismes semblent, en effet, de prime

⁸¹² Pour reprendre l'expression employée par le Professeur Michel Menjucq à propos de la proposition de directive (M. Menjucq, « Les scissions transfrontalières », *art. préc.*, et spécialement, §4).

abord, laisser une place plus conséquente à la liberté contractuelle des parties que ne le permet la directive sociétaire en présence d'une fusion *de jure* ou scission. Cette liberté, conjuguée à l'absence de contrôles de légalité ou de conformité imposés par le droit européen des sociétés, est ainsi susceptible de se traduire, en pratique, par des gains de temps et de coûts. Le défaut de réglementation apparaît, en ce sens, comme un outil au service d'une « concurrence dynamique »⁸¹³, sans pour autant constituer une entrave à l'effectivité du droit européen des concentrations.

492. Toutefois, ce défaut de réglementation soulève les difficultés classiques attribuées au défaut d'harmonisation. Il soulève d'abord un risque de déficit de sécurité juridique. Également, en présence d'une opération transfrontalière, les parties sont plus susceptibles d'être au cœur d'un conflit de lois. Celui-ci peut résulter tant de l'hypothèse où les États membres des parties admettent tous l'opération projetée mais lui assignent des modalités distinctes que du cas où l'un ou plusieurs de ces États ne reconnaissent pas le mécanisme de concentration envisagé. Dans le premier cas, les prétendus bénéfiques en termes de délais et de coûts ne sont plus nécessairement avérés : l'application distributive des règles applicables implique que les parties se soumettent aux délais et formalités requis par les diverses autorités compétentes, éventuellement en se déplaçant *in situ*. Dans le second, en cas de contradiction flagrante, les parties peuvent être encore plus tentées d'abandonner leur projet si le droit de l'un des États concernés, et en particulier celui de l'entité issue de l'opération envisagée, s'oppose à son admission. Par conséquent, la mobilité des entreprises et le décloisonnement des marchés nationaux peuvent s'en trouver menacés. Le droit des concentrations peut, quant à lui, porter sur une opération dont les ressorts ne sont pas pleinement maîtrisés, que ce soit, par exemple, parce que les autorités ont à apprécier une opération dont les modalités dépendent essentiellement de la volonté des parties, ou parce que les parties elles-mêmes s'exposent à un risque ultérieur de nullité.

493. Aussi, semble-t-il utile de s'intéresser aux mécanismes de concentration dans ce cadre. Ils peuvent être scindés en deux groupes. Le premier peut porter sur les opérations qui, si elles sont en marge du droit européen des sociétés, sont toutefois assimilables à des opérations de fusion, au moins pour partie (**Section 1**). Le second peut, quant à lui, regrouper les concentrations qui conduisent autrement au changement durable du contrôle d'une ou de plusieurs entreprises, à l'appui d'une typologie subsidiaire (**Section 2**).

⁸¹³ Règlement « concentrations », (4).

Section 1 :

L'intégration ambivalente par le droit européen des concentrations des opérations de fusion en dehors du champ d'application de la directive (UE) n°2017/1132

494. En vertu de l'article 3, 1., a) du règlement « concentrations », « une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte : a) de la *fusion* de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises »⁸¹⁴. Par conséquent, le contrôle des concentrations peut tant porter sur une fusion *de jure* que *de facto* et la communication consolidée de la Commission s'y réfère expressément⁸¹⁵.

495. Ainsi, le droit européen des concentrations identifie sans détour les opérations de fusion relevant de la directive (UE) n°2017/1132. Il se réfère aussi explicitement à l'opération de fusion *de jure* envisagée par des sociétés ignorées par la directive (UE) n°2017/1132⁸¹⁶. Il désigne également le mécanisme simplifié que constitue la fusion de fait (§1).

496. Ladite communication présente particulièrement le mérite de définir les opérations couvertes par la qualification générale de « fusion » figurant dans le règlement « concentrations », ce qui a l'avantage de rendre le contrôle plus lisible, notamment au profit des groupes éventuellement amenés à notifier cette opération. L'inconvénient de cette approche cependant est que l'absence de référence expresse à d'autres types de fusion peut s'apparenter à une lacune. En ce sens, les opérations dites de « fusion triangulaire » semblent laissées en marge de la lettre du corpus de normes propre au contrôle des opérations de concentration alors qu'elles ont aussi vocation à faire l'objet d'une telle appréciation par les autorités de concurrence (§2).

⁸¹⁴ Nous soulignons ; règlement « concentrations », art. 3, 1., a).

⁸¹⁵ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 9 et 10.

⁸¹⁶ Cette question a déjà été abordée dans le cadre de l'examen des limites de la directive (UE) n°2017/1132 et les textes l'ayant précédée (v. *Supra*, ce titre, Chapitre I).

Paragraphe 1 : La fusion *de facto*, un mécanisme admis par le droit européen des concentrations

497. Dans la mesure où il s'agit de recenser les mécanismes de concentration et d'analyser leur appréhension par le droit européen des concentrations, il semble utile de présenter la notion de fusion *de facto* (A.) avant d'en exposer quelques exemples issus de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence (B.).

A. La notion de fusion *de facto*

498. Les fusions *de facto*, ou fusions de fait, sont qualifiées de concentrations notifiables non seulement parce qu'elles répondent à la notion de « fusion » régie par ledit article 3, 1., a) du règlement « concentrations » mais aussi parce qu'elles conduisent à un changement de contrôle de fait, et non de droit à l'instar des fusions *de jure* et scissions précédemment décrites. Si le règlement « concentrations » ne fournit aucune définition de ce cas précis, la communication consolidée y remédie de manière utile.

499. Ainsi, une opération est qualifiée de fusion de fait lorsqu'elle conduit, notamment par l'effet d'un contrat, à combiner des activités économiques, pourtant exercées par des entreprises dotées de personnalités distinctes et indépendantes. Dès lors, sauf à être qualifiée de simple opération de restructuration interne exempte du contrôle des concentrations, les parties ne doivent pas être intégrées dans un même groupe d'entreprises. Plus précisément, pour être qualifiée de fusion de fait, l'opération doit conduire à une « gestion économique unique et permanente »⁸¹⁷. D'autres facteurs peuvent également contribuer à la caractérisation d'une opération de fusion de fait, tels la responsabilité solidaire, la compensation des profits et des pertes entre les parties ou encore le partage des risques externes entre elles. La fusion de fait peut enfin s'accompagner de participations croisées entre les entreprises concernées.

⁸¹⁷ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 10 ; v. aussi S. Poillot-Peruzzetto, *Concentration*, Rép. eur., *op. cit.* et spécialement, §66-67 ; C. Vilmart, *Fasc. 35-30 : Contrôle communautaire des concentrations sous le règlement n°139/2004*, JCI Sociétés Traités, 7 mars 2013, et spécialement, §9 ; C. Vilmart, *Fasc. 273 : Contrôle communautaire des concentrations sous le règlement n°139/2004*, JCI Commercial, 7 mars 2013, et spécialement, §9 ; C. Vilmart, *Fasc. 470 : Contrôle communautaire des concentrations sous le règlement n°139/2004*, JCI Concurrence - Consommation, 7 mars 2013, et spécialement, §9.

500. Quelques exemples de ce type d'opérations peuvent être proposés à l'appui de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence.

B. Illustrations

501. Le caractère étendu de la définition conférée à la fusion *de facto* a permis à la Commission d'intégrer dans le champ de l'article 3, 1., a) du règlement certaines opérations étrangères aux opérations de fusion régies par la directive (UE) n°2017/1132, y compris dans sa version issue de la directive (UE) n°2019/2121, mais produisant des effets similaires.

502. Par exemple, pour des raisons tenant notamment à la disparité des législations nationales, plusieurs opérations ont été nécessaires pour conclure la fusion des entreprises Price Waterhouse et Coopers & Lybrand, alors géantes dans le secteur du commissariat aux comptes⁸¹⁸. En l'espèce, ces opérations étaient susceptibles de conduire ensemble à la détention d'une position dominante individuelle à l'issue de l'opération équivalant à près de 40% des parts de marché ainsi qu'à une position dominante oligopolistique. Pour parvenir à cette conclusion, la Commission les a assimilées à une seule et même opération de concentration dans le but de les apprécier conjointement. Or, trois types de mécanismes avaient été envisagés par les parties : celui d'une fusion par absorption, celui d'une fusion par constitution d'une société nouvelle et celui consistant en l'acquisition d'activités et d'actifs d'une société par l'autre. Si cette dernière opération différait juridiquement des deux précédentes au vu des législations applicables et ne pouvait être qualifiée de fusion *de jure*, la Commission l'a qualifiée de concentration au sens de l'article 3, 1., a) dans la mesure où elle conduisait également à créer une entité économique unique.

503. La Commission a attribué la qualification de fusion *de facto* à d'autres opérations dont seuls les effets étaient similaires à leurs cousines *de jure*. Tel a été le cas, notamment, s'agissant d'une opération qui reposait sur un accord de coopération aux termes duquel d'autres entreprises de commissariat aux comptes, en Allemagne, géraient en commun leurs activités⁸¹⁹.

504. Telle a également été la position retenue par la Commission, dans une autre affaire impliquant une entreprise anglaise et une entreprise australienne qui souhaitaient d'une part, mutualiser leurs directions ainsi que leurs *managements* et

⁸¹⁸ Commission, 20 mai 1998, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, aff. M.1016, JOCE L50, 26 février 1999, p. 27.

⁸¹⁹ Commission, 27 août 2002, *Ernst & Young/Andersen Germany*, aff. M.2824, JOCE C246, 12 octobre 2002, p. 21.

d'autre part, établir une procédure commune pour la prise de décisions stratégiques⁸²⁰.

505. En France, l'Autorité de la concurrence identifie également expressément l'opération de fusion de fait dans ses lignes directrices⁸²¹. Ladite qualification a régulièrement été retenue par l'Autorité, en particulier dans le secteur des assurances⁸²². Notamment, une fusion de fait a été caractérisée eu égard aux « liens étroits » qui avaient été tissés entre les entreprises parties et qui consistaient en une direction commune de longue durée. La création de filiales communes de plein exercice et la conclusion d'accords de coopération aboutissaient notamment à la constitution de groupements d'intérêts économiques chargés de fixer la stratégie du groupe nouvellement constitué⁸²³.

506. Aussi, l'admission des fusions de fait dans le champ du contrôle des concentrations ne soulève guère de difficultés en ce sens que tant les textes applicables que les autorités chargées d'en faire application ont su l'identifier explicitement. Tel ne semble pas être le cas en revanche d'autres opérations de concentration éventuellement notifiables, à savoir les fusions triangulaires.

⁸²⁰ Commission, 7 décembre 1995, RTZ/CRA, aff. M.660, JOCE C22, 26 janvier 1996, p. 10.

⁸²¹ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 25 (anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 27) ; v. aussi C. Vilmart et C. Vilmart, *Fasc. 400 : Contrôle français des concentrations*, JCI Concurrence – Consommation, 1^{er} octobre 2013, et spécialement, §14 ; C. Vilmart et C. Vilmart, *Fasc. 271 : Contrôle français des concentrations*, JCI Commercial, 1^{er} octobre 2013, et spécialement, §14 ; C. Vilmart et C. Vilmart, *Fasc. 35-20 : Contrôle français des concentrations par l'Autorité de la concurrence*, JCI Sociétés Traités, 1^{er} octobre 2013, et spécialement, §14 ; P. Wilhelm et F. Vever, « La notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition », CCC, novembre 2007, n°11, étude 13 et spécialement, §17.

⁸²² Cette qualification a été retenue dans d'autres secteurs également, v. not. Autorité de la concurrence, 21 juillet 2017, *décision relative à la fusion de fait entre Colis Privé et Hopps Group*, n°17-DCC-115.

⁸²³ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 21 novembre 2003, *lettre aux conseils des sociétés MAAF Assurances et La Mutuelle du Mans IARD, relative à une concentration dans le secteur des assurances*, C2003-155, BOCCRF n°8 du 30 septembre 2004, p. 617 ; obs. M.-L. Malaurie-Vignal, « Précisions sur la notion de fusion de fait », CCC, décembre 2004, n°12, comm. 174 ; pour des cas similaires dans le secteur des assurances, v. aussi Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 9 août 2006, *lettre aux conseils de la société SMABTP, relative à une concentration dans le domaine des assurances non vie dans le secteur du BTP*, C-2006-36, BOCCRF n°7 bis du 15 septembre 2006 ; Autorité de la concurrence, 2 juin 2010, *décision relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT*, n°10-DCC-52.

Paragraphe 2 : La fusion triangulaire, un mécanisme difficilement qualifiable par le droit européen des concentrations

507. Semblables aux opérations de « fusion-filialisation », les fusions triangulaires sont fréquentes lorsque des entreprises américaines⁸²⁴, néerlandaises ou japonaises comptent parmi les entités des groupes parties à l'opération⁸²⁵. Ces mécanismes, de même que leurs homologues britanniques et canadiens qualifiés de « *schemes of arrangement* », ne sont pas expressément visés ni par le corpus de textes relatif au contrôle européen des concentrations, ni par la directive (UE) n°2017/1132, y compris après sa modification par la directive (UE) n°2019/2121, alors même qu'ils sont susceptibles de conduire à un changement durable de contrôle.

508. Aussi, afin d'appréhender le mécanisme simplifié de croissance externe que constitue l'opération de fusion triangulaire par le prisme du contrôle européen des concentrations, il importe d'en analyser la notion (A.) avant d'en présenter l'admission par certaines législations nationales (B.) et d'en déduire les difficultés d'articulation avec le droit européen des concentrations (C.).

A. La notion de fusion triangulaire

509. Dans le but de définir la notion de fusion triangulaire en tant qu'opération de concentration éventuellement notifiable, il paraît nécessaire d'en détailler le domaine (1) et les effets (2).

1) Domaine

510. Les fusions triangulaires peuvent être de deux types : elles peuvent être simples (a) ou inversées (b).

a) La fusion triangulaire simple

511. Dans le cadre d'une fusion triangulaire simple (« *forward triangular merger* »), la société cible B est absorbée par une filiale préexistante ou créée à cet effet A'. Par suite de cette absorption, l'intégralité de l'actif et du passif de B est transmise à A'. En contrepartie de l'opération, les associés de B reçoivent des parts, non de l'absorbante A' comme dans une fusion-absorption traditionnelle, mais de la mère de A', A.

⁸²⁴ Et ce, à tel point que le législateur fédéral a admis que ces opérations devaient bénéficier du régime fiscal de faveur propres aux fusions *de jure* (Internal Revenue Code, §368).

⁸²⁵ A. Kalaani, *La fusion des sociétés commerciales en droit interne et international. Contribution à la notion de « contrat-organisation »*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2017, 638 p. ; A. Kalaani, « Les fusions triangulaires : vers une intégration dans le droit positif français ? », *JCP E*, 27 octobre 2016, n°43-44, 1573.

512. Par conséquent, la fusion triangulaire simple présente des avantages certains en termes de coûts et de délais, en ce qu'elle conduit à fondre en une seule opération deux mécanismes théoriquement distincts : d'une part, la fusion-absorption A'/B et d'autre part, l'échange d'actions entre B et A ou l'apport d'actions de B à A. Pour la société mère A, elle est également plus susceptible d'être couronnée de succès qu'une opération de fusion classique : la conclusion de la fusion triangulaire simple est en effet assurée, y compris en cas d'opposition des associés minoritaires de l'absorbante A' et de la cible B, dès lors que l'opération a été approuvée par l'assemblée générale extraordinaire de B aux conditions de majorité requises.

513. La fusion triangulaire inversée, également fréquente en pratique, est similaire à l'opération de fusion triangulaire simple.

b) La fusion triangulaire inversée

514. La fusion triangulaire inversée (« *reverse triangular merger* ») obéit à une logique similaire à celle qui gouverne la fusion triangulaire simple, à l'exception du fait que la filiale préexistante ou créée à cet effet A' est, cette fois-ci, absorbée par la société cible B. Par suite de cette absorption, la société mère obtient des titres de la société cible B. Les associés de la société cible B, pour leur part, voient leurs titres chez B annulés mais obtiennent en contrepartie des titres de la société mère A. Plus précisément, l'opération conduit, en effet, à ce que la société mère effectue un apport au capital de B, moyennant l'attribution de parts sociales de B. Pour y parvenir, la société mère est incitée à commanditer un « coup d'accordéon »⁸²⁶ : elle ordonne la réduction du capital de B à 0 moyennant l'attribution de certaines de ses parts aux associés de B – ce qui annule, de ce fait, l'ensemble des parts sociales de B – avant de

⁸²⁶ La formule proposée par les Professeurs Maurice Cozian, Florence Deboissy et Alain Viandier est éloquente : « Il n'est pas rare d'associer une réduction et une augmentation du capital : c'est ce que l'on appelle le « coup d'accordéon », s'accompagnant parfois au préalable de la... valse des dirigeants. [...] Dans un premier temps, les pertes comptables sont imputées sur le capital social, la réduction du capital à zéro entraînant une annulation des actions existantes ; dans un second temps, le capital social est augmenté par émission d'actions nouvelles en numéraire. » (M. Cozian, F. Deboissy et A. Viandier, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29^e éd., Paris, 2016, 867 p., et spécialement, n°1138). Le « coup d'accordéon » se décline, plus précisément, sous diverses formes (R. Mortier, « La réalisation du coup d'accordéon », *JCP E*, mai 2011, n°19, 1365). En particulier, en France, la Cour de cassation a confirmé la validité de ce type d'opérations, quand bien même lorsque celle-ci a pour effet d'exclure des actionnaires minoritaires qui s'y étaient opposés (Cass., com., 17 mai 1994, *Usinor*, n°91-21364, *Bull. civ. IV* 1994, n°183, p. 145, obs. S. Dana-Démaret, « Licéité du « coup d'accordéon » et libération des souscriptions par compensation avec des obligations convertibles », *Rev. soc.*, 1994, p. 485 ; conf. not. par Cass. com., 18 juin 2002, *Association Adam c/L'Amy SA*, n°99-11999, *Bull. civ. IV* 2002, n°108, p. 16, obs. not. A. Lienhard, « La Cour de cassation réaffirme la validité des réductions de capital à zéro », *Rec. D.*, 2002, p. 2190).

décider de l'augmentation du capital de B à une valeur égale à celle des parts qui lui ont été remises par suite de l'absorption de sa filiale A'.

515. Contrairement à une fusion-absorption traditionnelle, une telle opération n'entraîne pas la perte de la personnalité morale de B, ce qui produit des avantages pratiques non-négligeables. Elle permet en effet le maintien des contrats, licences et agréments de B. Elle réduit également de manière considérable les coûts et délais induits par les formalités de publicité habituellement requises dans le cadre du transfert de certains droits détenus par l'ancienne personne morale, dont ses droits de propriété intellectuelle et industrielle.

516. En toute hypothèse, les fusions triangulaires simples et inversées occasionnent des effets semblables. Elles constituent, notamment pour cette raison, l'un des outils privilégiés des groupes désireux de se livrer à une opération de croissance externe.

2) Effets

517. Qu'il s'agisse d'une fusion triangulaire simple ou inversée, les associés de la cible B reçoivent en principe, en contrepartie de l'opération, des parts sociales de la société mère A. En vertu de certaines législations toutefois, telles celles du Delaware⁸²⁷ ou de l'État de New York⁸²⁸ par exemple, ou de la loi type sur les sociétés commerciales qui a inspiré plus de vingt États des États-Unis⁸²⁹, les parties peuvent fixer une contrepartie autre que le seul échange de titres dans le traité de fusion, à l'image d'un paiement pécuniaire ou de titres de propriété.

518. De tels mécanismes présentent un intérêt singulier lorsque l'opération envisagée revêt une dimension transfrontalière : cette technique permet en effet à la société mère A de créer sa filiale A' – qui aura la qualité d'absorbante dans le cadre d'une fusion triangulaire simple ou d'absorbée s'il s'agit d'une fusion triangulaire inversée – sur le territoire de la cible B, ce qui a pour effet de soumettre l'opération à une seule et même législation.

519. L'ensemble des difficultés que nous avons pu relever précédemment n'est certes pas levé en pareil cas : en particulier, cet instrument ne permet pas, à lui seul, de résoudre les conflits éventuels qui peuvent survenir s'agissant de la détermination

⁸²⁷ General Corporation Law of Delaware, §251, (b), (5) et (6).

⁸²⁸ New York Consolidated Laws, Business Corporation Law, §902, (a), (3).

⁸²⁹ La loi type sur les sociétés commerciales, dite « Model Business Corporation Act » (« MBCA »), est un recueil modèle de lois en droit des sociétés dressé par l'American Bar Association ; la disposition visée figure au §11.02, (c), (3) dudit MBCA.

du rapport d'échange des titres de A et de B⁸³⁰. Il suscite également des préoccupations de patriotisme économique⁸³¹ et il est particulièrement susceptible de porter atteinte aux intérêts des associés minoritaires.

520. Les avantages que les opérations de fusion triangulaire suscitent sont toutefois manifestes, ce qui explique l'intérêt que lui portent les groupes. Par rapport à une fusion transfrontalière classique qui ne relève pas du champ d'application de la directive (UE) n°2017/1132, y compris dans sa version issue de la directive (UE) n°2019/2121, cet outil permet en effet d'éviter l'application mécanique des principes de droit international privé qui conduisent à retenir la loi la plus stricte en présence d'un conflit mobile. En comparaison avec une opération qui relève du champ d'application de la directive (UE) n°2017/1132, la préférence pour la fusion triangulaire se comprend également. Elle permet de contourner l'application distributive, voire cumulative, des règles induites par la réalisation d'une fusion transfrontalière classique que nous avons préalablement exposées. Elle permet aussi aux parties de se dispenser des contrôles de légalité et de conformité institués par la directive⁸³². Plus encore et il s'agit aussi de la raison pour laquelle la protection des intérêts des associés minoritaires est susceptible d'être mise en péril, cette opération semble, du point de vue de la société mère A, plus avantageuse qu'une prise de contrôle exclusif résultant d'une simple cession d'actions de B à A dans la mesure où il n'est pas nécessaire de recueillir l'unanimité des consentements des associés de B pour la conclusion de l'opération, alors que celle-ci est régulièrement requise en cas de cession.

521. Pourtant, en dépit de la pratique qui est faite de ces instruments de concentration, le droit européen des sociétés demeure silencieux à ce sujet et peu de législations nationales en admettent le principe.

⁸³⁰ H. Segain, « Fusions transfrontalières : va-t-on vers plus de confiance ? », *Journal des sociétés*, 2008, n°58, p. 38.

⁸³¹ En ce sens qu'il pourrait conduire organiser la fuite des entreprises nationales à l'étranger. Ce type de préoccupation explique notamment les réticences qu'ont les législateurs internes à reconnaître les fusions triangulaires (tel est en particulier le cas de la France ; v. A. Bonnasse, O. Diaz et H. Le Nabasque, « Pour une réforme du droit français des fusions », *Bull. Joly*, avril 2018, p. 236).

⁸³² Sans préjudice, toutefois, de la possibilité pour le droit national concerné d'édicter ses propres contrôles de l'opération réalisée sur son territoire.

B. La reconnaissance de l'opération par les règles sociétaires

522. En l'état actuel du droit positif, y compris après analyse de la directive (UE) n°2019/2121, le droit européen n'offre pas et ne paraît pas à même de pouvoir offrir un cadre harmonisé de règles propres au mécanisme de la fusion triangulaire.

523. En effet, à titre principal, la définition que la directive (UE) n°2017/1132 réserve à l'opération de fusion transfrontalière lui est hermétique, en ce sens qu'elle impose la dissolution de l'absorbée et l'attribution de parts de l'absorbante à l'absorbée en contrepartie de l'opération⁸³³. À titre subsidiaire, étendre aux fusions triangulaires le régime propre aux fusions transfrontalières tel qu'édicte à ce jour par la directive est impossible, en particulier s'agissant des contrôles qu'elle impose. En effet, le certificat qu'elle rend obligatoire a peu de chances d'être remis aux parties⁸³⁴ qui se sont livrées à une opération qui ne produit pas les effets attribués aux fusions-absorptions⁸³⁵.

524. Par ailleurs, parmi les États membres de l'Union, seuls les Pays-Bas reconnaissent expressément l'opération de fusion triangulaire simple⁸³⁶. La raison de cet état du droit est relativement simple : les législations des États membres s'opposent le plus souvent à la reconnaissance de ce mécanisme en raison des définitions des fusions qu'elles édictent. Notamment, les fusions triangulaires ne sauraient être régies par le droit français des sociétés, dans la mesure où en présence d'une fusion, celui-ci impose la dissolution de l'absorbée et la détention de parts de l'absorbante comme contrepartie de l'opération au profit des associés de l'absorbée⁸³⁷.

⁸³³ Directive (UE) n°2017/1132, art. 119, 2., a).

⁸³⁴ Ou à l'une d'elles, dans le cas où la modification introduite par la directive (UE) n°2019/2121 à l'article 127 de la directive (UE) n°2017/1132 conduirait à ne plus imposer cette délivrance à l'ensemble des parties (v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §1).

⁸³⁵ Pour une analyse similaire par le prisme du droit français, v. A. Kalaani, « Les fusions triangulaires : vers une intégration dans le droit positif français ? », *art. préc.*, et spécialement, §16 et s.

⁸³⁶ Code civil néerlandais, art. 333, a) qui admet que les associés de la société absorbée puissent être rémunérés par des parts sociales autres que celles de l'absorbante, sous réserve que celles-ci aient été émises au profit d'une autre société du groupe de l'absorbante ; I. MacElhone et Q. Lagier, « Mise en œuvre de la directive sur les fusions transfrontalières en Europe », *Actualité des M&A*, 14 novembre 2008.

⁸³⁷ C. com., art. L.236-1 et s.

525. Ainsi considéré, les entreprises concluent ce type d'opération de concentration en l'absence quasi parfaite de règles⁸³⁸. Le défaut d'admission des fusions triangulaires en droit français n'a cependant pas empêché la conclusion d'opérations similaires alors que la société acquéreur était de nationalité française⁸³⁹. Tel semble d'ailleurs aussi avoir été le cas⁸⁴⁰, en mai 2016, lors de la fusion du groupe français Technip et du groupe nord-américain FMC Technologies, qui s'est compliquée d'une fusion transfrontalière, avant que ne s'opère une nouvelle scission entre ces groupes en 2019⁸⁴¹.

526. Au vu du fossé actuel qui sépare la pratique des groupes du législateur en la matière, il est logique que plusieurs tentatives aient été élaborées en vue d'adapter le droit positif. Ainsi, s'agissant des *schemes of arrangement*, le « modèle de loi européenne sur les sociétés » a proposé leur intégration dans les législations des États membres⁸⁴². Dans le cas précis des fusions triangulaires, la nécessité d'une adaptation notamment du droit positif français a pu être relevée par la doctrine⁸⁴³ en dépit de l'existence d'opérations qui pourraient théoriquement leur être substituées⁸⁴⁴. Un Ministère Français de la justice et un Ministre de l'économie ont reconnu la lacune du droit positif à cet égard dans leur réponse à la consultation publique lancée par la

⁸³⁸ J. Heymann, *Concentration*, Rép. internat., avril 2019 et spécialement, n°32 et s. ; F. Barrière, « Un apport sans apport : la fusion triangulaire à l'envers », *Joly*, 2009, n° spécial, p. 1173.

⁸³⁹ V. not. COB, 22 décembre 2000, décision, n°002079 ; AMF, 7 août 2006, décision, n°06287.

⁸⁴⁰ Selon l'analyse proposée par M. le Professeur Jeremy Heymann (J. Heymann, *Concentration*, *op. cit.* et spécialement, §33). Notons cependant que dans la décision par laquelle la Commission a déclaré l'opération entre FMC et Technip compatible avec le marché commun, il est seulement mentionné que FMC & Technip, lors de leur notification, avaient pour projet de se livrer à une opération de fusion par création d'une société nouvelle dite « TechnipFMC ». À l'issue de l'opération, il était convenu que la société mère de FMC détienne 49.1% de TechnipFMC et la société mère de Technip, les 50.9% restants (Commission, 22 novembre 2016, *FMC Technologies/Technip*, aff. M.8132, *JOUE* C9, 12 janvier 2017, p. 1).

⁸⁴¹ N. Wakim, « TechnipFMC : trois ans après la fusion, l'entreprise se sépare », *Le Monde*, 26 août 2019.

⁸⁴² Les dispositions de cette « loi modèle » s'inspirent, à cet égard, des opérations couramment utilisées en Irlande et au Royaume-Uni, étant précisé cependant que l'opération de *scheme of arrangement* y est entendue au sens large et couvre plus généralement l'ensemble des opérations occasionnant une restructuration (*European Model Companies Act*, art. 13.02).

⁸⁴³ C. Cathiard et A. Lecourt, *La pratique du droit européen des sociétés, Structures européennes et réorganisations transfrontalières*, Joly éd., 2017, 2^{ème} éd., 853 p. ; P. Derouin, « Les fusions triangulaires de sociétés », *Bull. Joly*, Décembre 2008, p. 1026 ; A. Kalaani, « Les fusions triangulaires : vers une intégration dans le droit positif français ? », *art. préc.*

⁸⁴⁴ À l'image d'une concentration semblable réalisée au moyen d'opérations de conversion d'actions de préférence, v. T. Allain, « Les fusions triangulaires, une illustration du potentiel des actions de préférence « dissociés » », *Journal des sociétés*, juin 2013, n°109, p. 34 ; A. Kalaani, « Les fusions triangulaires : vers une intégration dans le droit positif français ? », *art. préc.*, et spécialement, §22 et 23.

Commission sur les fusions transfrontalières⁸⁴⁵. Le rapport relatif à la modernisation du droit français des fusions dressé sous l'égide du Haut comité juridique de la Place financière de Paris a également souligné la nécessité d'admettre ces mécanismes⁸⁴⁶.

527. Rapporté au contrôle européen des concentrations, l'état actuel de ce droit et de la pratique peut susciter plusieurs remarques.

C. Les difficultés tenant à la qualification de l'opération par le droit européen des concentrations

528. Le silence du législateur vis-à-vis des fusions triangulaires ne semble pas constituer un obstacle majeur susceptible d'empêcher leur conclusion et l'exercice du contrôle des concentrations (1). Il reste toutefois que leur consécration pourrait présenter des avantages certains (2).

1) Un défaut de consécration expresse en apparence indifférent pour le marché

529. Certes, une conclusion semblable à celle que nous avons pu proposer s'agissant des fusions *de jure* et scissions au sens de la directive (UE) n°2017/1132 et ses évolutions, peut aussi être opposée aux fusions triangulaires : en l'absence de règles plus harmonisées, les entreprises notifiantes se trouvent dans l'impossibilité de recourir à un instrument de regroupement d'entreprises plus lisible, si ce n'est unique, à l'appui du droit européen des sociétés.

530. Cependant, en soi, ce défaut de réglementation à l'échelle européenne pourrait ne soulever aucune difficulté pour les groupes pour deux séries de raisons.

531. D'une part, contrairement à une fusion transfrontalière, les entreprises sont peu confrontées, en présence d'une fusion triangulaire, à des conflits de lois. L'un des intérêts principaux suscités par cette opération réside en effet dans le fait de soumettre l'opération à une seule législation nationale en s'assurant que la filiale, qu'elle ait vocation à agir en qualité d'absorbante ou d'absorbée, soit implantée sur le même territoire que la cible.

532. D'autre part et surtout, cette absence ne semble pas particulièrement à même d'entraver le contrôle dévolu à la Commission européenne dans le cas où l'opération de fusion triangulaire aurait des effets sur le marché unique et que les seuils édictés

⁸⁴⁵ Réponse du Ministère de la Justice et du Ministère de l'économie, « Fusions et scissions transfrontalières – Consultation organisée par la Commission européenne », 2014.

⁸⁴⁶ A. Bonnasse, O. Diaz et H. Le Nabasque, « Pour une réforme du droit français des fusions », *art. préc.*

par le règlement « concentrations » seraient atteints ; à la question de savoir si un mécanisme de ce type est ou non susceptible d'empêcher l'exercice habituel du contrôle européen des concentrations par suite de son défaut de réglementation, la réponse est *a priori* négative.

533. En effet, le fait que les opérations induites par un tel instrument soient appréhendées individuellement et non sous la qualification unique de « fusion triangulaire » ne semble soulever aucune difficulté puisque la Commission peut qualifier plusieurs opérations de concentration d'« opérations liées »⁸⁴⁷, donc d'opérations de concentration unique⁸⁴⁸, lorsqu'elles présentent un lien d'interdépendance suffisant⁸⁴⁹, appréciable à l'aune de la réunion de deux conditions. En premier lieu, la preuve d'un lien conditionnel réciproque entre les opérations doit être rapportée : les opérations sont envisagées comme un tout dès lors qu'elles poursuivent des objectifs économiques communs et conduisent ensemble à modifier la structure du marché. Si l'une de ces opérations peut être réalisée en cas d'échec des autres, elles ne sont cependant plus considérées comme interdépendantes et par conséquent, liées. Il fait peu de doutes qu'une telle condition est remplie dans le cadre d'une fusion triangulaire simple ou inversée. Chaque étape de la procédure semble nécessaire et toutes paraissent poursuivre des buts identiques : soumettre l'opération à une seule législation, acquérir le contrôle de la cible B et conférer à B, en contrepartie, des parts sociales de la société mère A. En second lieu, il faut que ces opérations conduisent la même ou les mêmes entreprises à acquérir le contrôle de la cible, ce qui est effectivement l'un des buts poursuivis par les fusions triangulaires.

534. Il reste que l'intégration de ce type de mécanisme en droit européen semble nécessaire pour diverses raisons.

⁸⁴⁷ Règlement « concentrations », (20) et communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises,, pts 38 et s.

⁸⁴⁸ Pour des exemples, v. not. Commission, 29 août 1994, *Gencor/Shell*, aff. M.470, JOCE C271, 29 septembre 1994, p. 3 ; Commission, 8 octobre 2004, *Total/Gaz de France*, aff. M.3410, JOUE C4, 7 janvier 2005, p. 3 ; Commission, 19 septembre 1997, *L'Oréal/Procasa/Cosmetique Iberical/Albesa*, aff. M.957, JOCE C374, 10 décembre 1997, p. 4 ; Commission, 18 décembre 1996, *Textron/Kautex*, aff. M.861, JOCE C110, 9 avril 1997, p. 8 ; Commission, 12 juin 2006, *Sonae Industria/Tarkett*, aff. M.4048, JOUE C187, 10 août 2006, p. 18.

⁸⁴⁹ TPICE, 23 février 2006, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. T-282/02, *Rec.*, 2006, II, p. 319.

2) Présentation des raisons susceptibles de justifier l'admission expresse des fusions triangulaires

535. Il pourrait être intéressant que le législateur européen s'empare des fusions triangulaires dans le but d'en encadrer tant la conclusion en droit des sociétés que le contrôle en droit de la concurrence. Ainsi, le droit européen des sociétés pourrait être amendé en ce sens **(a)**. Le droit européen des concentrations pourrait quant à lui s'y référer peut-être plus expressément afin de les appréhender avec plus d'aisance **(b)**.

a) L'utilité de l'intégration des fusions triangulaires en droit européen des sociétés

536. Dans une approche sociétaire et dans la perspective de renforcer la cohérence du droit européen des affaires dans son ensemble, adapter le droit européen des sociétés en intégrant les opérations de fusion triangulaire pourrait permettre de faciliter le recours par les sociétés à ces mécanismes plus avantageux que les fusions traditionnelles.

537. À l'image des raisons pour lesquelles l'instauration d'un cadre harmonisé propre aux fusions et scissions transfrontalières a été généralement saluée en droit européen, une telle modification du droit applicable conduirait en effet à imposer aux États membres de lever les obstacles intrinsèques à leurs législations dans le but d'appréhender utilement des opérations de regroupement de sociétés fréquentes en pratique. Cette évolution semblerait d'autant plus justifiée que la directive (UE) n°2017/1132 autorise les États, s'agissant des fusions de sociétés anonymes, à appliquer les règles y afférant aux opérations qui n'entraînent pas la disparition de la cible⁸⁵⁰.

538. Encadrer les fusions triangulaires pourrait également apaiser les critiques qui sont émises à leur encontre, en ce sens que les règles y afférant pourraient éventuellement renforcer la protection des intérêts des associés minoritaires en leur reconnaissant, par exemple, un droit de sortie similaire à celui que la directive modificative consacre s'agissant des fusions et scissions transfrontalières⁸⁵¹.

539. Enrichir le droit européen des sociétés en intégrant ces opérations permettrait également de fournir aux parties notifiantes dans le cadre du contrôle des concentrations, comme aux autorités de contrôle, un ensemble de règles qui pourrait

⁸⁵⁰ Directive (UE) n°2017/1132, art. 117 (anciennement, directive 2011/35/UE, art. 31).

⁸⁵¹ Ce qui n'empêche pas néanmoins que le nouveau droit de sortie reconnu aux associés dans une fusion ou scission transfrontalière soit discutable (V. *Supra*, ce Titre, Chapitre I, Section 2).

en faciliter la conclusion. Le droit des concentrations bénéficierait ainsi d'un support sociétaire.

540. Qu'une évolution du droit européen des sociétés ait ou non lieu en ce sens, il pourrait être utile que le droit européen des concentrations s'attache à s'y référer plus explicitement dans tous les cas.

b) L'utilité de l'intégration des fusions triangulaires en droit européen des concentrations

541. Du point de vue du droit de la concurrence et au vu de la potentielle qualification de concentration qui pourrait être attribuée à l'opération de fusion triangulaire, son absence de référence expresse, au moins dans la communication consolidée relative au contrôle des concentrations, paraît peu pertinente. La Commission semble déjà peiner en effet à percer l'enveloppe des groupes alors que cette tâche lui est nécessaire pour garantir l'efficacité du contrôle. Reconnaître explicitement ce type de qualification en droit européen des concentrations, en prenant idéalement appui sur le droit européen des sociétés, serait par conséquent judicieux pour affiner sa connaissance non seulement de l'opération mais aussi des entreprises concernées par elle. Cette admission serait ainsi plus respectueuse de la réalité des opérations sur le marché et garante de simplification en ce qu'elle éviterait à la Commission de devoir caractériser à suffisance le lien d'interdépendance entre les opérations induites par la fusion triangulaire. Pour ces diverses raisons, l'admission de ces opérations pourrait contribuer à renforcer la cohérence du contrôle.

542. Davantage, l'absence de toute référence à ce mécanisme soulève des interrogations évidentes en termes de prévisibilité du contrôle et de son exercice. Cette situation interroge d'autant plus que faciliter la conclusion d'opérations de concentration répond aux objectifs du règlement « concentrations » lui-même : celui-ci ne cherche pas à remettre en cause le fait qu'il faille « augmenter la compétitivité de l'industrie européenne »⁸⁵².

543. La consécration de ce mécanisme pourrait aussi se justifier au vu de l'affaire *Cendant/Galileo*⁸⁵³ dans laquelle l'opération s'apparentait à une fusion triangulaire inversée. En effet, en l'espèce, Galaxy Acquisition Corp., une filiale détenue en intégralité par la société cotée américaine Cendant, avait fait l'objet d'une fusion-

⁸⁵² Règlement "concentrations", préambule, (4).

⁸⁵³ Commission, 24 septembre 2001, *Cendant/Galileo*, aff. M.2510, JOCE C321, 16 novembre 2001, p. 8.

absorption dans la société cible, laissant ainsi survivre l'absorbante et cible américaine Galileo. Or, cette opération a conduit à conférer le contrôle de Galileo à la société mère Cendant. Cette opération, en raison de ses effets sur le marché intérieur, a été autorisée par la Commission, une fois notifiée.

544. Toutefois, la qualification précise de cette opération semble avoir suscité quelques incertitudes. Postérieurement à sa décision⁸⁵⁴, la Commission est seulement parvenue à ne pas lui attribuer la qualification de « fusion » au sens de l'article 3, 1., a) du règlement « concentrations ». Elle l'a seulement rattachée de manière discrète aux opérations listées à l'article 3, 1., b) de ce même règlement. Pourtant, la qualification de fusion triangulaire est, pour l'heure, absente de celles figurant à cet alinéa. La référence au « contrat » ou « autre moyen » conduisant à un changement de contrôle⁸⁵⁵ ne paraît pas satisfaisante, bien qu'elle soit porteuse d'une souplesse d'interprétation certaine.

545. Par conséquent, le droit européen des concentrations intègre de manière ambivalente les opérations de fusion qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive (UE) n°2017/1132 et ses évolutions. En plus des fusions *de jure* et scissions laissées en marge de la directive en raison de ses limites intrinsèques⁸⁵⁶, le droit européen des concentrations admet sans difficulté les fusions *de facto*. Il réserve cependant un traitement incertain aux fusions triangulaires, quitte à les rapprocher timidement de l'article 3, 1., b) du règlement alors que l'article 3, 1., a) vise indistinctement les « fusions ». Ce constat peut d'autant plus surprendre que les autres mécanismes de concentration, qui n'ont pas à se conformer au formalisme édicté par la directive (UE) n°2017/1132, sont explicitement susceptibles de relever du droit européen des concentrations.

546. Une typologie complémentaire prenant appui sur le corpus de normes relatives au contrôle des concentrations peut désormais être proposée pour ces mécanismes.

⁸⁵⁴ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises,, note de bas de page (8).

⁸⁵⁵ Règlement « concentrations », art. 3, 1., b).

⁸⁵⁶ V. *Supra*, ce Titre, Chapitre I, Section 2.

Section 2 :

Les prises de contrôle admises par le droit européen des concentrations en dehors du champ d'application de la directive (UE) n°2017/1132

547. Après les fusions, l'article 3, 1., b) admet qu'est une concentration l'opération consistant en « *l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen* »⁸⁵⁷. L'article 3, 4. vise quant à lui la création d'une entreprise commune de plein exercice.

548. Comme nous l'avons évoqué, ces dispositions s'interprètent conjointement avec le paragraphe 2. de ce même article, en vertu duquel le contrôle précité « 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 ». Une ou plusieurs entreprises est réputée exercer une « influence déterminante » sur une autre en raison, notamment, des liens qui les unissent et résultant soit « des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise »⁸⁵⁸, soit « des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise. »⁸⁵⁹. Par conséquent, les parties peuvent être tentées de recourir à des mécanismes de croissance externe répondant à ces critères qui, s'ils sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle, présentent la particularité de ne pas relever de la directive (UE) n°2017/1132, y compris dans sa version issue de la directive (UE) n°2019/2121.

549. Il est plus précisément possible de distinguer les opérations conduisant à un changement de contrôle induit par des liens de nature capitalistique (§1) de celles dont le changement de contrôle résulte de liens de nature contractuelle ou empirique (§2).

⁸⁵⁷ Nous soulignons.

⁸⁵⁸ Règlement « concentrations », art. 3, 2., a).

⁸⁵⁹ *Ibid.*, art. 3, 2., b) ; ces définitions couvrent ce que nous qualifions ultérieurement de « contrôle matériel » de la cible (v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I).

Paragraphe 1 : Les opérations conduisant à un changement de contrôle induit par des liens de nature capitalistique

550. En vertu de l'article 3, 1., b) du règlement « concentrations », constitue une opération de concentration « l'acquisition, par une ou plusieurs personnes (...) du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, (...) par *prise de participations* »⁸⁶⁰. Selon l'article 3, 4. dudit règlement, tel est encore le cas de « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ». Ces dispositions visent ainsi des opérations qui conduisent au contrôle capitalistique de la cible.

551. À cet égard, l'une des opérations de concentration les plus fréquentes consiste en l'achat de titres qui confèrent le contrôle de la cible à son auteur (A.).

552. Le contrôle de nature capitalistique peut également être obtenu par la création d'une entreprise commune de plein exercice (B.). Précisons cependant qu'une telle qualification, qui désigne la forme juridique de l'opération, est distincte de la « prise de contrôle en commun ». Celle-ci désigne, en effet, le fait pour plusieurs entreprises d'acquérir en commun le contrôle de la cible, y compris par prises de participation, achats d'éléments d'actif ou contrats. Elle s'oppose, pour cette raison, à la « prise de contrôle exclusif » relative aux cas dans lesquels la prise de contrôle de la cible est réalisée par une seule entreprise.

A. Les prises de participations « contrôlantes »

553. L'acquisition, par le biais d'un contrat de vente régulièrement qualifié en pratique de *share purchase agreement* (« SPA »), de l'intégralité ou de la majorité des titres de la cible induit nécessairement son changement de contrôle. Dès lors que les seuils définis par le règlement « concentrations » sont atteints, cette prise de participations doit faire l'objet d'une notification par les entreprises concernées auprès de la Commission.

554. En présence d'une opération qui conduit à l'acquisition de titres qui ne représente ni la majorité ni l'unanimité des actions de la cible, la question se pose rapidement de savoir si elle entraîne néanmoins un changement de contrôle et si elle doit, pour cette raison, faire l'objet d'un contrôle. Il s'entend par conséquent que la question de l'éventuelle intégration des prises de participations minoritaires dans le

⁸⁶⁰ Nous soulignons ; règlement « concentrations », art. 3, 1., b).

champ du contrôle soit régulièrement discutée, notamment par les autorités de contrôle, dans le but d'en garantir l'effectivité. Envisagée sous cet angle, cette question fera l'objet de développements dans le cadre de la Seconde Partie de l'étude⁸⁶¹.

555. La question présente cependant un intérêt singulier pour les groupes et pour cette raison, il semble aussi utile d'y consacrer quelques éléments d'analyse ici.

556. En effet, lorsque les groupes tentent d'anticiper l'exercice du contrôle des concentrations et de s'y préparer, il leur est nécessaire de déterminer, en amont, si la prise de participations envisagée relève de ses règles constitutives. L'auteur ou les auteurs doivent ainsi déterminer, préalablement et à l'appui des stipulations contractuelles convenues en l'absence de réglementation sociétaire sur la question, si l'opération est susceptible de leur conférer une influence déterminante, en dépit de la faiblesse éventuelle du nombre de participations acquises. Il s'agit, plus précisément, d'apprécier en amont si l'opération peut conduire à conférer aux dirigeants ou associés le pouvoir de « bloquer les décisions stratégiques de l'entreprise (...), telles que celles relatives à la nomination des organes de décision de l'entreprise (...) que sont le conseil d'administration et le conseil de surveillance »⁸⁶².

557. Par conséquent, pour être « contrôlante », la prise de participations doit être prépondérante. Elle l'est non seulement lorsqu'à l'issue de l'opération, l'acquéreur obtient la majorité des actions mais aussi lorsque le nouvel actionnaire est minoritaire et qu'il détient une minorité de blocage capable de lui permettre d'exercer un « contrôle exclusif négatif », que ce soit par l'effet d'un droit de veto ou de droits de vote double ou triple. Tel peut également être le cas lorsque le reste de l'actionnariat présente un caractère dispersé et que seul un taux de participation des plus élevés empêche le minoritaire considéré de jouir de la majorité absolue des voix en assemblée générale⁸⁶³. La frontière reste cependant ténue et les prises de participations minoritaires sont régulièrement considérées comme insuffisantes pour

⁸⁶¹ v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2.

⁸⁶² Commission, 26 juin 2002, *Haniel/Cementbouw/JV (CVK)*, aff. M.2650, *JOUE* L282, 30 octobre 2003, p. 1, rectifié par *JOUE* L285, 1^{er} novembre 2003, p. 52 ; confirmé par TPICE, 23 février 2006, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. T-282/02, *Rec.*, 2006, II, p. 319 ; confirmé par CJCE, 18 décembre 2007, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. C-202/06 P, *Rec.* 2007, I, p. 12129.

⁸⁶³ Commission, 10 juin 2009, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, aff. M.4994 ; Commission, 10 juin 2009, « Mergers: Commission fines Electrabel 20 million euros for acquiring control of Compagnie Nationale du Rhône without prior Commission approval », Communiqué de presse, IP/09/895 ; confirmé par Trib. UE, 12 décembre 2012, *Electrabel SA c/ Commission*, aff. T-332/09, *Rec.* ; confirmé par CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel SA c/ Commission*, aff. C-84/13 P, *Rec.*

entraîner le changement durable de contrôle d'une entreprise, y compris au vu de la pratique décisionnelle des autorités nationales de concurrence. C'est ainsi, par exemple, qu'en France, le fait qu'une entreprise détienne 42.4% des votes ainsi qu'une minorité de blocage est insuffisant pour caractériser la titularité du contrôle de l'entreprise considérée, dès lors que cette minorité ne lui permet que de s'opposer aux décisions requérant la majorité des deux tiers⁸⁶⁴.

558. Davantage, lorsque l'opération est réalisée par plusieurs entreprises et qu'il est prévisible qu'à son issue, aucune d'elles ne sera susceptible de disposer du pouvoir de bloquer, à elle seule, les prises de décision de la nouvelle entité, l'opération n'est pas qualifiée de concentration contrôlable. En pareil cas, il s'agit en effet de « majorités fluctuantes » où nul ne dispose du contrôle durable de l'entreprise. La Commission l'a admis dans sa communication consolidée : en présence d'actionnaires minoritaires qui n'adoptent aucune ligne de conduite commune, le contrôle n'est pas réputé être exercé en commun⁸⁶⁵. En ce sens, il ne s'agit ni d'une prise de contrôle exclusif ni d'une prise de contrôle en commun au sens du règlement « concentrations »⁸⁶⁶. L'opération de concentration n'est, ainsi, guère perçue à l'aune du seul changement qu'elle opère : pour être caractérisée, l'opération doit donc non seulement consister en un changement d'actionnariat mais aussi en l'exercice d'un contrôle exclusif ou commun.

559. Dans le cadre des opérations de concentration qui ne constituent pas des fusions relevant ou non de la directive (UE) n°2017/1132 et ses évolutions, outre les prises de participations contrôlantes, plusieurs entreprises peuvent également acquérir le contrôle capitalistique de la cible en se livrant à l'opération visée par l'article 3, 4. du règlement « concentrations ».

B. La création d'une entreprise commune de plein exercice

560. L'article 3, 1., b) du règlement « concentrations » vise notamment l'acquisition du contrôle en commun d'une ou de plusieurs entreprises préexistantes. L'article 3, 4. du règlement prévoit pour sa part qu'est une concentration susceptible de contrôle, la création d'une entreprise commune de plein exercice, soit l'opération par laquelle deux ou plusieurs entreprises en créent une autre dotée de sa propre autonomie

⁸⁶⁴ Conseil de la concurrence, 1^{er} juillet 1997, *avis relatif à la prise de participation de la société Carrefour dans le capital de la société Grands Magasins B (GMB)*, n°97-A-14.

⁸⁶⁵ communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 80.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, (88).

opérationnelle tout en maintenant leurs activités économiques initiales⁸⁶⁷. L'entreprise de plein exercice, pour être qualifiée comme telle, doit être dotée de ses propres moyens financiers, exercer une activité pour ses besoins propres (et non seulement pour ceux de ses fondatrices), et être vouée à fonctionner durablement⁸⁶⁸. Le fait que l'entreprise soit de plein exercice, et donc économiquement autonome, n'implique pas cependant qu'elle jouisse d'une autonomie lors de la prise de ses décisions stratégiques⁸⁶⁹. Dans sa communication, la Commission détaille un faisceau d'indices⁸⁷⁰ qui conduit à caractériser l'existence d'une activité économique autonome d'un point de vue fonctionnel.

561. Si le juge a admis que l'opération était contrôlable sur le fondement du règlement en cas de création d'une entreprise *greenfield* ou non dès lors que l'entreprise commune remplissait toutes les conditions d'une entité économique autonome⁸⁷¹, il reste que les conditions imposées par le règlement « concentrations » pour que ces opérations entrent dans le champ du contrôle sont impératives. Toutes les opérations tendant à l'acquisition d'une entreprise commune ne sont pas notifiables en effet, faute pour l'entité en résultant d'être de « plein exercice ».

⁸⁶⁷ La distinction que la Commission opère dans ses décisions entre les opérations relevant de l'article 3, 1. b) et celles régies par l'article 3, 4. n'est cependant pas toujours nette (F. Viala, « La notion d'entreprise commune de plein exercice : Analyse comparative des pratiques décisionnelles de l'Union et française », *Concurrences*, 2016, n°2, p. 81 et spécialement, § 11 et s).

⁸⁶⁸ Le caractère durable du fonctionnement de l'entreprise commune est cependant apprécié avec souplesse, la qualité de « plein exercice » semblant être davantage au cœur des préoccupations de la Commission. En effet, la Commission a notamment déduit le « fonctionnement durable » des autres critères (Commission, 29 avril 2013, *Aegon/Santander/Santander Vida/Santander Generales*, aff. M.6848, JOUE C187, 29 juin 2013, p. 6) et elle s'abstient parfois d'en faire une quelconque mention (Commission, 19 septembre 2014, *SNCF/SNCB/Thalys JV*, aff. M.7011, JOUE C436, 5 décembre 2014, p. 1).

⁸⁶⁹ TPICE, 23 février 2006, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. T-282/02, *Rec.*, 2006, II, p. 319, et spécialement, pt 62 ; conf. par Trib. UE, 5 octobre 2020, *HeidelbergCement and Schwenk Zement c/ Commission*, aff. T-380/17, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pt 112.

⁸⁷⁰ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 94 et s. ; c'est la raison pour laquelle la Commission estime que le seul fait que les membres de l'organe de direction de la nouvelle entité commune soient nommés par ses fondatrices ne conduit pas à lui dénier le caractère de plein exercice (Commission, 16 juillet 2012, *EADS/Israel Aerospace Industries/JV*, aff. M.6490, JOUE C286, 22 septembre 2012, p. 6 ; Commission, 31 mars 2015, *Holtzbrinck Publishing Group/Springer Science+Business Media GP Acquisition SCA/JV*, aff. M.7476, JOUE C145, 1^{er} mai 2015, p. 1).

⁸⁷¹ Une entreprise commune est qualifiée de *greenfield* lorsque son activité est créée. La constitution d'une entreprise non *greenfield* implique ainsi que l'entreprise soit nouvellement créée mais que l'activité qu'elle exerce lui soit préexistante ; CJUE, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt GmbH & Co OG c/ Bundeskartellamt*, aff. C-248/16, non encore publié au *Rec.* ; obs. O. Billard et G. Fabre, *Chron. sous CJUE*, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt GmbH & Co OG c/ Bundeskartellamt*, aff. C-248/16, *Concurrences*, 2017, n°4, p. 127.

562. Si la Commission tend à apprécier de manière extensive la notion de « plein exercice »⁸⁷², l'opération à l'issue de laquelle la filiale est dépendante de ses sociétés mères ou aura pour unique objet d'accomplir un objet précis à leur profit demeure exclue du champ d'application du contrôle⁸⁷³. Davantage, la pratique décisionnelle semble parfois osciller quelque peu entre des méthodes diverses : si la Commission veille parfois au respect scrupuleux de la notion de « plein exercice » en cherchant à déterminer si l'entreprise commune bénéficie effectivement d'une autonomie fonctionnelle⁸⁷⁴, elle écarte aussi quelques fois une telle vérification en se concentrant seulement sur l'acquisition du contrôle en commun de la cible⁸⁷⁵.

563. Par ailleurs, ce type d'opération, qualifiée également de *joint-venture*, ne fait guère l'objet de réglementation sociétaire à l'échelle européenne et repose ainsi sur la conclusion d'un contrat en particulier lorsque les fondatrices sont rattachées à des États membres distincts. La nécessité pour les parties de rédiger avec soin une telle convention se traduit par conséquent aussi en présence de cette opération. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que le partenariat induit par un tel contrat entre les parties peut se confondre avec une entente anticoncurrentielle⁸⁷⁶.

⁸⁷² Par exemple, le fait pour des fondatrices de recourir aux activités de recherche et développement menées par la filiale commune ne conduit à dénier à celle-ci le critère de plein exercice (Commission, 25 novembre 2008, *Ericsson/STM/JV*, aff. M.5332, *JOUE* C14, 21 janvier 2009, p. 3). De même, la Commission a admis que l'entreprise commune pouvait être de plein exercice et donc que l'opération était contrôlable, alors même que celle-ci avait notamment pour activité d'être une sous-traitante de l'une de ses fondatrices. En l'espèce, la Commission a cependant relevé que l'activité de sous-traitance était mineure et que les fondatrices n'exerçaient pas sur les marchés où la filiale allait exercer ses autres activités (Commission, 28 octobre 2010, *EADS DS/Atlas/JV*, aff. M.5936, *JOUE* C312, 17 novembre 2010, p. 10). Par ailleurs, si dans sa communication, la Commission limite à trois ans la durée de démarrage au cours de laquelle l'entreprise commune peut dépendre de ses sociétés mères pour ses achats et ventes sans que ce constat conduise automatiquement à remettre en cause le caractère de plein exercice (communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 97), la pratique de la Commission montre parfois cependant que la spécificité du marché concerné l'emporte sur cette limite de durée (Commission, 6 octobre 2004, *Areva/Urenco/ETC JV*, aff. M.3099, *JOUE* L61, 2 mars 2006, p. 11 ; Commission, 14 mai 2009, *Lonza/Teva/JV*, aff. M.5479, *JOUE* C9, 15 janvier 2010, p. 4).

⁸⁷³ M. Giner Asins et M. Pflieger, « Gérer les risques concurrence dans les opérations de fusion-acquisition Kit de survie pragmatique pour une gestion efficace », *JCP E*, décembre 2015, n°50, 1614.

⁸⁷⁴ Commission, 30 août 2011, *Hochtief/Geosea/Beluga Hochtief Offshore JV*, aff. M.6315, *JOUE* C297, 8 octobre 2011, p. 1 ; Commission, 29 novembre 2013, *Blackstone/Cambourne/Goldman Sachs/Rothesay*, aff. M. 7044, *JOUE* C373, 20 décembre 2013, p. 19.

⁸⁷⁵ Commission, 17 juin 2010, *Cathay Pacific Airways/Air China/ACC*, aff. M. 5841, *JOUE* C208, 31 juillet 2010, p. 3.

⁸⁷⁶ Tel a, par exemple, été le cas d'une affaire sur le marché européen de la télévision et plus particulièrement, des programmes sportifs. Une société anglaise et plusieurs membres de l'Union Européenne de Radiodiffusion regroupés par l'effet d'un accord de consortium, avaient créé la chaîne

564. Relevons cependant dès à présent que des contrats d'affaires impliquant une certaine collaboration entre les parties sont susceptibles de caractériser cette opération en dépit de l'objet auquel les parties ont explicitement consenti. Pour éviter ce type d'écueil et une sanction pour défaut de notification d'une opération de concentration résultant d'une situation de fait qui n'aurait pas été souhaitée par les parties⁸⁷⁷, celles-ci sont incitées en pratique, sous une influence d'origine anglo-saxonne, à rédiger des clauses dites de « *non-agency* » ou intitulées plus sobrement « *relationship of parties* » afin d'affirmer que la convention considérée n'a pas pour objet d'instaurer de quelconque forme de partenariat, de contrat d'agence ou de *joint-venture*. Ce type de stipulation a pour finalité d'écartier toute représentation qui n'aurait pas été souhaitée, un partage de responsabilité, ou encore la création de devoirs fiduciaires.

565. Cependant et à défaut pour le droit européen des sociétés de fournir un cadre harmonisé propre à la question, l'interprétation de ces clauses relève de la compétence des juges des États membres. Un traitement différencié peut ainsi être réservé à des situations semblables. Par exemple, en France, les juges interprètent strictement le critère de l'*affectio societatis*⁸⁷⁸ dans le but de caractériser une société créée de fait⁸⁷⁹, sauf lorsque l'apparence d'une société créée de fait est considérée

Eurosport diffusée via le satellite Astra. Les accords régissant l'organisation de l'entreprise commune Eurosport ont été qualifiés par la Commission de concertation anticoncurrentielle au sens de l'article 85§1 du Traité, devenu désormais 101§1 du TFUE (Commission, 19 février 1991, *Screensport/Membres de l'UER*, aff. IV/32.524, JOCE L63, 9 mars 1991, p. 32, obs. C. Bolze, « Règles de concurrence. Droit des Ententes, Accords horizontaux, Consortium et accord de *joint-venture*. Secteur de la télévision », *RTD com.*, 1992, p. 957 ; TPICE, 28 novembre 1991, ordonnance, *Eurosport c/ Commission*, aff. T-91/130, *Rec.* 1991, II, p.1359) ; v. aussi *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1.

⁸⁷⁷ Il s'agit en pareil cas d'une pratique dite de « *gun jumping* » ; à ce propos, v. *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre I.

⁸⁷⁸ Selon une jurisprudence classique, l'*affectio societatis* suppose de « *collabor[er] de façon effective à l'exploitation [du] fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec son associé aux bénéfices tout en participant dans le même esprit aux pertes* » (Cass., com., 3 juin 1986, *Roth c/Reynaud*, n°85-12118, *Bull. civ.* IV 1986, n°116, p. 98, obs. Y. Guyon, *Chron. sous Cass., com.*, 3 juin 1986, *Roth c/Reynaud*, n°85-12118, *Rev. soc.*, 1986, p. 585). Il s'agit d'une notion objective, distincte des mobiles des associés (Cass., com., 10 février 1998, *SA ED Le Maraîcher et autre c/ SA ED Le Maraîcher La Courneuve et autres*, n°95-21906, *Bull. civ.* IV 1998, n°71, p. 55, obs. J.-J. Daigre, « L'*affectio societatis* consiste dans la volonté de s'associer, qui ne se confond pas avec les motifs et motivations des parties », *Joly*, juillet 1998, n°7-8, p. 767). Dans le cadre d'une cession de droits sociaux, la Cour a cependant admis que le défaut d'*affectio societatis* de la part du cessionnaire de ces droits n'entraînait pas la révocation du contrat (Cass., com., 11 juin 2013, *Adjemian c/Arnodinot, épse Chasserieu*, n°12-22296, *Bull. civ.* IV 2013, n°100, obs. R. Mortier, « L'indifférence de l'*affectio societatis* dans une cession de droits sociaux », *Dr. soc.*, novembre 2013, n°11, p. 175).

⁸⁷⁹ Les conditions relatives à la caractérisation d'une société créée de fait ont été définies par la jurisprudence essentiellement dans le cadre d'affaires impliquant des concubins : v. not. Cass., 1^{ère} civ.,

comme suffisante⁸⁸⁰. De leur côté, les juridictions anglo-saxonnes identifient pour leur part avec plus de souplesse l'existence d'un partenariat constitutif d'une opération de croissance externe en dépit de la présence de ce type de stipulation contractuelle⁸⁸¹. En pareil cas toutefois et pour éviter une sanction prononcée en application du droit européen des concentrations, il revient aux parties, qui atteindraient également les seuils requis, de prouver que même dans l'hypothèse où une telle opération a été constituée à leur insu, les critères de la création d'une entreprise commune de plein exercice au sens de l'article 3, 4. du règlement ne sont pas pleinement remplis. Il leur revient de montrer à suffisance le défaut d'autonomie de l'entité ainsi créée et le rôle d'auxiliaire des sociétés mères qui lui est exclusivement assigné.

566. Quoi qu'il en soit, les prises de participations contrôlantes et la création d'une entreprise commune de plein exercice sont des opérations de concentration dans la mesure où elles conduisent au changement durable de la cible par la modification des liens capitalistiques qu'elles induisent. Faute de réglementation sociétaire harmonisée, les entreprises sont certes libres de définir contractuellement les modalités de leurs opérations mais elles sont particulièrement incitées à faire preuve d'une vigilance singulière, y compris lorsque l'opération conduit à ne leur conférer qu'un actionnariat minoritaire. Un postulat semblable peut être proposé s'agissant

12 mai 2004, *Deguisme c/ Martel*, n° 01-03909, *Bull. civ. I* 2004, n° 131, p. 108, obs. not. G. Trébulle, « Précisions sur l'appréciation des éléments constitutifs du contrat de société », *Dr. soc.* octobre 2004, n°10, comm. 163 ; confirmé not. par Cass., com., 23 juin 2004, *Gamba c/ Bonnard*, n° 01-10106, *Bull. civ. IV* 2004, n°134, p. 148, obs. not. G. Trébulle, « Précisions sur l'appréciation des éléments constitutifs du contrat de société », *art. préc.*, C. Champaud et D. Danet, *Chron. sous Cass., com.*, 23 juin 2004, *Gamba c/ Bonnard*, n° 01-10106, *RTD com.* 2004, p. 740, D. Vigneau, « L'existence d'une société créée de fait entre concubins exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société », *Recueil D.* 2004, p. 2969 et F.-X. Lucas, « Conditions d'existence des sociétés dites "créées de fait" entre concubins : la mise au point de la Cour de cassation », *Rev. soc.* 2005, p. 131 ; ou encore Cass., com., 23 juin 2004, *Jolbit c/ Liroy*, n°01-14275, *Bull. civ. IV* 2004, n° 135, p. 149, obs. not. F.-X. Lucas, « Conditions d'existence des sociétés dites "créées de fait" entre concubins : la mise au point de la Cour de cassation », *art. préc.*

⁸⁸⁰ Cass., 1^{ère} civ., 13 novembre 1980, *Thibault c/Aucanne MBM*, n°79-13895, *Bull. civ. I* 1980, n°293, obs. J. Calais-Auloy, *Chron. sous Cass., 1^{ère} civ.*, 13 novembre 1980, *Thibault c/Aucanne MBM*, n°79-13895, *Rev. soc.*, 1984, p. 542 et C. Philippe, *Chron. sous Cass., 1^{ère} civ.*, 13 novembre 1980, *Thibault c/Aucanne MBM*, n°79-13895, *Rev. soc.*, 1981, p. 788 ; Cass., com., 3 novembre 1988, *Nmaimme c/ Parreau*, n° 87-11795, *Bull. civ. IV* 1988, p. 197, obs. J. Prieur, « Les créanciers peuvent invoquer l'apparence d'une société créée de fait entre époux sans avoir à établir l'existence des éléments constitutifs du contrat de société », *Rev. soc.*, 1990, p. 242 ; confirmé par Cass., com., 11 juillet 2006, *SARL Bron course c/ SA TCS*, n°05-15736, obs. F.-X. Lucas, « Apparence d'une société créée de fait », *Dr. soc.*, novembre 2006, n°11, comm. 159.

⁸⁸¹ F. X. Testu, *Contrats d'affaires*, D., coll. Dalloz Référence, Paris, 2010, 717 p. et spécialement, Chapitre 32, pts 32.31 et s.

des prises de contrôle de nature contractuelle ou empirique susceptibles de relever du droit européen des concentrations.

Paragraphe 2 : Les opérations conduisant à un changement de contrôle induit par des liens de nature contractuelle ou empirique

567. Selon l'article 3, 1., b) du règlement « concentrations », est une opération de concentration « l'acquisition, par une ou plusieurs personnes (...) du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par (...) *achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen* »⁸⁸². Ces dispositions visent ainsi les opérations qui conduisent au contrôle de la cible par l'effet d'un ou de plusieurs contrats, ayant ou non pour objet l'achat d'éléments d'actif, ou d'une situation de fait.

568. Les entreprises peuvent ainsi être amenées à notifier une opération de croissance externe résultant, dans certaines conditions, de l'acquisition d'éléments d'actif (A.) ou d'autres moyens (B.).

A. L'achat d'éléments d'actif

569. Si l'achat d'éléments d'actif ne fait l'objet d'aucune réglementation au niveau de l'Union, le droit européen des concentrations assimile cette opération à une concentration sous certaines conditions.

570. Une telle acquisition peut revêtir plusieurs qualifications, à l'instar de l'apport partiel d'actif français. Ce type d'opération, réalisé au sein d'un État membre qui en régit les principes constitutifs, peut ainsi ne soulever guère de difficultés (1). En revanche, la conclusion d'une telle opération de dimension transfrontalière présente tant des avantages que des inconvénients pour les entreprises parties éventuellement amenées à en notifier le projet dans le cadre du contrôle européen des concentrations (2).

1) Les formes de l'achat d'éléments d'actif

571. L'acquisition d'éléments d'actif peut faire l'objet d'un contrôle au sens du règlement « concentrations » lorsque ladite cession porte sur un actif qui permet l'exercice d'une activité susceptible d'aboutir à l'obtention d'un chiffre d'affaires⁸⁸³. Les éléments concernés peuvent être tant corporels qu'incorporels ; il importe

⁸⁸² Nous soulignons.

⁸⁸³ Commission, 22 décembre 2005, *Vattenfall / Elsam and E2 Assets*, aff. M.3867, JOUE C184, 8 août 2006, p. 8.

seulement que l'acquisition confère à l'acquéreur le pouvoir de contrôler la gestion et les ressources financières de la cible.

572. Symétriquement, le seul transfert d'éléments d'actifs qui ne conduit pas l'entreprise bénéficiaire à acquérir le contrôle de l'entreprise apporteuse semble échapper au contrôle, en particulier si la société apporteuse a fait l'objet préalablement d'une dissolution sans liquidation : faute d'exister, aucune influence déterminante ne saurait désormais être exercée sur elle. Ce type de problématique peut se produire au sein d'un groupe et présenter une certaine proximité avec le droit de pratiques anticoncurrentielles. Dans la mesure où l'article 3 du règlement « concentrations » vise « l'achat d'éléments d'actifs », objet de la présente analyse, et où un tel transfert d'actifs est susceptible d'induire un changement de compétences de la Commission, celui-ci est traité dans le cadre de la Seconde Partie⁸⁸⁴.

573. Relevons dès à présent que faute de dispositions harmonisées à l'échelle de l'Union portant sur l'achat d'éléments d'actifs, il revient aux parties d'en définir les modalités contractuelles, dans des conventions régulièrement qualifiées en pratique d'*asset purchase agreement* ou encore de *stock and asset purchase agreement*. Cependant, ledit contrat doit être négocié, conclu et exécuté conformément aux dispositions édictées par un État membre lorsque la loi de celui-ci est retenue pour régir le contrat.

574. Il en va ainsi par exemple lorsque l'opération est gouvernée par le droit français en vertu des articles L. 236-6-1, L. 236-22 et L. 236-24 du Code de commerce qui régissent l'apport partiel d'actif. Il s'agit de « l'opération par laquelle une société fait apport à une autre (nouvelle ou déjà créée) d'une partie de ses éléments d'actif et reçoit, en échange, des titres émis par la société bénéficiaire des apports. L'apport partiel d'actif peut porter sur un ou plusieurs éléments d'actif isolés (par exemple, un immeuble ou des titres en portefeuille) ou sur un ensemble de biens (par exemple, les éléments actifs et passifs d'une branche d'activité déterminée). Dans ce second cas, l'opération est comparable à une fusion ou à une scission en ce qui concerne l'actif (et le passif) apporté(s) »⁸⁸⁵. En ce sens et dans la mesure où tout type d'actif peut être concerné, il est nécessaire que l'apport partiel d'actif en cause occasionne le changement durable du contrôle de la société apporteuse par la société bénéficiaire aux fins d'application du règlement.

⁸⁸⁴ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1, §2.

⁸⁸⁵ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Paris, 2001, 449 p., et spécialement, p. 229, citant B. Mercadal et Ph. Janin, *Sociétés commerciales*, Memento Lefèbvre, 2001, n°26770.

575. C'est le cas lorsque l'opération porte sur la quasi-totalité des actifs de la cible dans la mesure où, dans cette hypothèse, celle-ci cesse quasiment d'exister⁸⁸⁶. De même, lorsque l'apport porte sur une partie des activités de la société apporteuse, l'opération de concentration peut également être constituée. En contrepartie, l'entreprise bénéficiaire procède à une augmentation de son capital et attribue des titres à l'entreprise apporteuse. En pareil cas, lorsque les parties conviennent contractuellement de soumettre leur opération au régime juridique des scissions, l'ensemble des droits, obligations et biens rattachés à la branche d'activité sont aussi transmis à titre universel⁸⁸⁷.

576. Enfin, l'acquisition d'éléments d'actif peut se traduire par une filialisation par apport partiel d'actif⁸⁸⁸, soit l'opération par laquelle l'entreprise apporteuse apporte à l'entreprise bénéficiaire les participations qu'elle détient dans l'une de ses filiales. En France, le Conseil d'État en a précisé les conditions dans l'affaire *Sté GDF Suez Energie Services*⁸⁸⁹ où une entreprise avait procédé à un apport partiel d'actif en transmettant à sa filiale 51% de la participation qu'elle détenait dans un groupe d'intérêt économique. Ainsi, pour être assimilé fiscalement à une scission conduisant à transférer le contrôle de la branche d'activité considérée durablement à l'entreprise bénéficiaire, l'apport de la participation doit, d'abord, s'accompagner de celle d'une branche complète d'activité, c'est-à-dire d'une activité distincte de celles qu'exerce par ailleurs l'entreprise apporteuse. Elle doit également être effective lors du transfert. Les éléments nécessaires à son exercice doivent aussi faire l'objet de l'apport, peu important que la preuve de la dépendance économique de la division interne à l'entreprise soit rapportée.

577. L'acquisition d'éléments d'actif constitutive d'une opération de concentration présente ainsi une souplesse singulière et constitue un outil intéressant en pratique. Il reste toutefois que l'analyse de ce type d'opération suscite plusieurs remarques

⁸⁸⁶ Commission, 5 décembre 2013, *General Electric/Agfa Ndt*, aff. M.3136, JOUE C66, 16 mars 2004, p. 4.

⁸⁸⁷ Cass., com., 16 février 1988, n°86-19645, *Bull. civ. IV*, 1988, n°69, p. 48, obs. J.-J. Caussain et A. Viandier, *Chronique sous Cass., com.*, 16 février 1988, n°86-19645, *Bull. civ. IV*, 1988, n°69, p. 48, *JCP E*, 1988, I, p. 15177 ; confirmé par Cass., com., 31 mars 2015, *Sté Diderot Holding c/ P*, n°14-16339, obs. J.-M. Moulin, « La délicate délimitation de la TUP dans un apport partiel d'actif », *Rev. soc.*, 2015, p. 724.

⁸⁸⁸ Opération qui, selon certains auteurs, se rapproche davantage de l'apport en nature (M. Cozian, F. Deboissy et A. Viandier, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29^e éd., Paris, 2016, 867 p.).

⁸⁸⁹ C.E., 16 mai 2012, *Société GDF Suez Energie Services*, n°325370, *Rec. tables* ; s'agissant de l'apport de la décision dans le domaine fiscal, v. not. obs., J.-L. Pierre, « Régime spécial de fiscalité directe », *Dr. soc.*, octobre 2012, n°10, comm.175 ou encore M. Chadefaux, « Une participation majoritaire dans un GIE a-t-elle la nature d'élément assimilé à une branche complète et autonome d'activité ? », *Droit fiscal*, septembre 2012, n° 39, comm. 453.

lorsqu'il revêt une dimension transfrontalière et ce, notamment en raison du défaut d'harmonisation de ses règles constitutives à l'échelle de l'Union.

2) L'utilité relative de l'absence d'un ensemble harmonisé de règles propre à l'acquisition d'éléments d'actif constitutive d'une concentration transfrontalière

578. Le défaut de règles régissant l'acquisition d'éléments d'actif constitutive d'une opération de concentration notifiable présente tant des avantages **(a)** que des inconvénients **(b)** lorsque celle-ci est de dimension transfrontalière.

a) Les avantages du défaut de règles harmonisées

579. En pratique, l'acquisition de l'intégralité des actifs de la cible peut constituer une alternative intéressante aux opérations de fusion.

580. Il suffit en effet de conclure l'un desdits *asset purchase agreements* afin de définir les modalités de la cession des actifs au profit de l'entreprise bénéficiaire, puis de procéder, dans un second temps, à la dissolution de la société apporteuse. En pareil cas, les associés de l'entreprise dissoute auront à tout le moins bénéficié d'une compensation financière en contrepartie de l'opération.

581. Bien que l'opération n'entraîne pas la transmission des titres de la société apporteuse, il semble logique que les groupes soient tentés de se livrer à une opération semblable. Ce type d'opération peut en effet présenter un intérêt singulier pour les entreprises soucieuses d'éviter le formalisme induit par les règles applicables aux fusions, lorsque la loi applicable n'étend pas les dispositions propres aux scissions à ce type d'opération. Tel est également le cas lorsque la cible est rattachée à un État tiers à l'Union européenne qui n'admet pas le mécanisme de la fusion. Au-delà, le défaut de règles harmonisées propre à ce type d'opération ne soulève pas de difficulté pour l'application du droit européen des concentrations, dans la mesure où le large champ d'application aux termes de l'article 3 du règlement « concentrations » et la théorie des effets en garantissent l'effectivité.

582. Toutefois, dans la mesure où l'absence de règles harmonisées propres à ce type d'opération conduit à faire application des principes de droit international privé, les entreprises désireuses d'utiliser un tel mécanisme peuvent être confrontées à diverses difficultés.

b) Les inconvénients du défaut de règles harmonisées

583. En plus des incertitudes éventuelles tenant à la fiscalité de l'opération⁸⁹⁰, la conclusion d'une opération transfrontalière d'acquisition d'éléments d'actif constitutive d'une opération de concentration ne permet pas d'écarter pleinement les conflits mobiles de règles applicables. En présence d'un apport en nature, la loi de l'entreprise bénéficiaire a vocation en pareil cas à s'appliquer en tant que *lex societatis* s'agissant de la prise de décision et *lex rei sitae* pour les conditions et effets du transfert ; la dissolution de la société apporteuse est, quant à elle, soumise à la loi de rattachement de celle-ci. Cependant, la loi de la société apporteuse a également vocation à s'appliquer s'agissant de la prise de décisions afférentes à l'opération qui lui incombe.

584. Par conséquent et en particulier lorsque la loi de l'entreprise bénéficiaire applique le régime propre aux scissions à ce type d'opérations, la rédaction du traité d'apport, la mission du commissaire aux apports ainsi que les formalités de publicité et d'opposition des créanciers ont vocation à être régies cumulativement par les deux lois.

⁸⁹⁰ La question s'est notamment longtemps posée en présence d'une opération par laquelle une société française apporte des éléments d'actif à une société rattachée à un autre État. Le droit français prévoyait en effet, en pareil cas, que les conséquences fiscales de la cessation partielle d'activité s'appliquent à l'opération par principe mais que par exception, il puisse être fait application du régime fiscal de faveur applicable aux fusions après obtention d'un agrément de l'administration fiscale dans les conditions de l'article 210 C du CGI (Cons. constit., 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, n°99-424, *Rec.* p. 156, *JORF* du 31 décembre 1999, p. 19991). Or, l'exigence d'un tel agrément n'était pas prévue par la directive 90/434/CE et la CJUE avait su préciser en 2008 que l'article 8§1 et 2 de ladite directive s'opposait à l'établissement de conditions fiscales par un État membre qui ne seraient pas prévues par la directive (CJCE, 11 décembre 2008, *A.T. c/ Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, aff. C-285/07, *Rec.* 2008, I, p. 9329). Aussi, le Conseil d'État a-t-il transmis une question préjudicielle à la CJUE sur la conformité de l'article 210 C à la directive au regard de l'exigence d'un agrément pour les apports transfrontaliers (C.E., 30 décembre 2015, *Société Euro Park Service*, n°369311). En 2017 (CJUE, 8 mars 2017, *Euro Park Service c/ Ministre des Finances et des Comptes publics*, aff. C-14/16, *Rec.*), la Cour a confirmé la position soutenue par l'Avocat Général Melchior Wathelet selon laquelle une telle disposition contrariait la directive et entravait la liberté d'établissement des sociétés françaises souhaitant se livrer à de telles opérations transfrontalières (Conclusions de l'Avocat Général M. Wathelet présentées le 26 octobre 2016 sous l'affaire *Euro Park Service c/ Ministre des Finances et des Comptes publics*, préc.). Le Conseil d'État a donc rendu sa décision par la suite en conséquence (C.E., 26 juin 2017, *Société Euro Park Service*, n°369311 ; obs. O. Fouquet, « Droit des fusions transfrontalières européennes : le législateur français a mal interprété le droit dérivé et le droit primaire de l'Union », *RTD com.*, 2017, p. 733). L'exigence d'agrément posée par l'article 210 C du CGI a été par la suite supprimée par l'article 23 de la loi de finances rectificative pour 2017 pour les opérations conclues à compter du 1^{er} janvier 2018 (loi n°2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017, *JORF* n°303 du 29 décembre 2017).

585. Précisons cependant qu'en présence d'un apport universel, seule la *lex societatis* des sociétés parties à l'opération est applicable⁸⁹¹.

586. En tout état de cause, de tels conflits peuvent, en pratique, conduire à allonger les délais requis par la conclusion de l'opération, alourdir les coûts y afférant, si ce n'est conduire à l'abandon du projet.

587. Plus largement, nos propos précédents peuvent également être émis dans ce cadre : alors que le droit européen des concentrations impose un contrôle à un large panel d'opérations, le droit européen des sociétés ne fournit pas de support susceptible de faciliter l'atteinte de telles finalités.

588. Par ailleurs, si l'article 3, 1., b) du règlement « concentrations » vise « l'achat d'éléments d'actif » comme opération susceptible de constituer une concentration contrôlable, il désigne également les opérations conduisant au changement durable du contrôle de la cible résultant d'un « *contrat ou [de] tout autre moyen* »⁸⁹².

B. L'acquisition du contrôle par d'autres moyens

589. En visant les opérations résultant de « contrat ou [de] tout autre moyen », l'article 3, 1., b) du règlement « concentrations » tend à étendre le contrôle à toutes les formes de concentration envisagées entre entreprises antérieurement indépendantes qui conduisent au changement durable du contrôle de l'une d'elles.

590. La spécificité du recours à la voie contractuelle (1) ou à d'autres moyens (2) pour conclure une opération de concentration semble nécessiter quelques éléments de commentaire.

1) La délicate acquisition du contrôle par contrat

591. Les contrats conférant à une ou à plusieurs entreprises le contrôle d'une ou de plusieurs autres entreprises doivent répondre à des conditions restrictives.

592. Ils doivent ainsi être d'une « *durée extrêmement longue* »⁸⁹³ pour être réputés entraîner une modification structurelle du marché.

⁸⁹¹ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Issy-les-Moulineaux, 2018, *op. cit.*, et spécialement, p. 330.

⁸⁹² La distinction que pose cet article entre, d'un côté, « l'achat d'éléments d'actif » et de l'autre, le « contrat » peut, en soi, paraître discutable : l'achat, soit la vente, est un contrat.

⁸⁹³ Nous soulignons ; communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, (18).

593. Notamment, la Commission⁸⁹⁴ et, par exemple, l'Autorité de la concurrence en France⁸⁹⁵, ont admis qu'un contrat de location-gérance était une concentration susceptible de contrôle. Aux termes de ce contrat, le locataire-gérant, qui est une société de gérance – dite également « société d'exploitation » –, assure la gestion du fonds de commerce mis à sa disposition par le propriétaire du fonds moyennant paiement d'une redevance⁸⁹⁶. Le locataire-gérant en contrôle donc les orientations stratégiques de manière décisive. Il est logique que le droit européen des concentrations couvre ce type de convention : le contrat de location-gérance, en tant qu'outil permettant de conclure une opération de concentration, présente en effet des intérêts singuliers en pratique : « d'une part, la société d'exploitation n'a pas besoin de capitaux élevés pour débiter l'activité, d'autre part, *l'opération est nettement moins contraignante et onéreuse qu'une fusion ou une prise de participation* et, enfin, ce montage présente de nombreux avantages. En effet, la société de gérance prend en location-gérance les fonds des entreprises désireuses de se regrouper ; ces dernières vont donc percevoir des loyers de la société d'exploitation. Puis chaque entreprise propriétaire d'un fonds peut ne donner en location-gérance que la portion d'activité qu'elle souhaite : la concentration peut donc n'être que partielle en fonction des besoins exprimés. Et, surtout, si le regroupement ne donne pas satisfaction, chaque entreprise peut sortir du montage très facilement, la location-gérance n'étant jamais irréversible »⁸⁹⁷.

594. D'autres contrats ont été considérés comme constitutifs d'une opération de concentration. Notamment, tandis par exemple qu'à l'échelle de l'Union l'admission des conventions de portage a suscité de vives discussions⁸⁹⁸, en France, l'existence

⁸⁹⁴ Commission, 12 janvier 2001, *Bosch/Rexroth*, aff. M.2060, JOUE L043, 13 février 2004, p. 1 ; Commission, 11 février 2002, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots*, aff. M.2632, JOCE C81, 4 avril 2002, p.18.

⁸⁹⁵ V. not., Autorité de la concurrence, 28 septembre 2009, *décision relative à la prise en location-gérance par la société Distribution Casino France d'un hypermarché détenu par la société Doremi*, n°09-DCC-46 ; à propos d'un contrat de location-gérance intégrant la qualification de concentration unique, v. Autorité de la concurrence, 14 janvier 2010, *décision relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Arige et Douprim par la société CSF (groupe Carrefour)*, n°10-DCC-04 ; à propos d'un contrat de location-gérance qui n'induisait pas de modification structurelle du marché, v. Autorité de la concurrence, 27 avril 2018, *décision relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Zormat, Les Chênes et Puech Eco par la société Carrefour Supermarchés France*, n°18-DCC-65.

⁸⁹⁶ À propos du contrat de location-gérance, v. not. A. Lecourt, *Droit des affaires*, Ellipses, Paris, 2006, 240 p. et spécialement, p. 129 et s.

⁸⁹⁷ Nous soulignons ; A. Lecourt, *Groupe de sociétés*, Rép. sociétés, mars 2015 et spécialement, §26.

⁸⁹⁸ V. en particulier l'arrêt rendu par le Tribunal de l'Union européenne dans le cadre de l'affaire Odile Jacob (Trib. UE, 13 septembre 2010, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. T-279/04, Rec. 2010, II, p.185, obs. D. Tayar, « Le Tribunal de l'Union européenne confirme la validité de la décision de la Commission autorisant le rachat d'un groupe dans le secteur de l'édition au moyen d'une opération

d'une telle influence a été déduite⁸⁹⁹ d'une relation liant une centrale ou une super centrale d'achat à ses adhérents, en se fondant notamment sur la conclusion d'une convention de ducroire⁹⁰⁰. En revanche, ne constitue pas une concentration l'opération par laquelle des distributeurs créent en commun une centrale d'achat dont l'unique but est de référencer leurs fournisseurs et faciliter leurs opérations d'achats. En pareil cas en effet, l'entité est dépourvue d'autonomie ; l'opération s'extrait classiquement du contrôle des concentrations⁹⁰¹. En Allemagne, c'est également un contrat de location qui a, prudemment, été considéré comme constitutif d'une opération de concentration dans le secteur des compagnies aériennes par le Bundeskartellamt⁹⁰².

595. La Commission admet aussi qu'un tel contrôle puisse résulter d'un contrat de distribution de longue durée couplé avec des liens structurels. Tel est le cas lorsque le contrat a pour effet de conférer à l'entité à la tête du réseau de distribution une influence déterminante sur l'activité du distributeur. Placé en état de dépendance économique, le distributeur peut en effet faire l'objet d'un contrôle de fait⁹⁰³.

596. La Commission l'a plus précisément illustré en matière de franchise : un contrat de franchise ne s'analyse pas en opération de concentration dans la mesure où le franchiseur n'est pas réputé exercer une influence déterminante sur son franchisé⁹⁰⁴ sauf cas d'acquisition⁹⁰⁵ ou si l'entreprise qui exploite des magasins franchisés acquiert la majeure partie des actifs du franchiseur⁹⁰⁶.

de portage », in L. Idot (dir.), *Grands arrêts du droit de la concurrence. Vol. II. Concentrations et aides d'État, Concurrences*, Paris, 2016, 228 p. et spécialement, p. 6).

⁸⁹⁹ La Commission de la concurrence l'a admis dans un avis du 14 mars 1985 (F. Marty et P. Reis, « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs économiques par l'abus de dépendance économique », *RIDE*, 2013/4, p. 579 citant Commission de la concurrence, *Rapport. 1985.*, pp. 12 et s. voir Rapport pour 1985, pp.12 et s.).

⁹⁰⁰ Le ducroire est en effet responsable tant de la solvabilité de son commettant que de celle du tiers avec lequel le commettant entretient une relation commerciale, ce qui lui confère donc une place centrale y compris dans la relation qu'entretient son commettant avec le tiers.

⁹⁰¹ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 12 août 1999, *lettre aux conseils des sociétés Casino Guichard Perrachon et Cora relative au dépôt d'une notification de concentration dans le secteur des centrales d'achats de la grande distribution*, BOCCRF n°11 du 18 octobre 2000 ; C.E., Sect., 31 mai 2000, *Sociétés Cora/ Casino-Guichard-Perrachon*, n°s 213161 et 213352, Rec. p. 194.

⁹⁰² *Bundeskartellamt*, 30 janvier 2017, « Lufthansa may lease aircraft from Air Berlin », Communiqué de presse, aff. B9-190/16, obs. W. Chaiehloudj, « Le droit des concentrations doit-il s'appliquer au contrat de location ? Étude cursive à partir de l'affaire *Air Berlin/Lufthansa* », *AJ contrat*, 2017, p. 211.

⁹⁰³ Communication consolidée, (18).

⁹⁰⁴ Commission, 9 juillet 1997, *UBS/Mister Minit*, aff. M.940, JOCE C232, 31 juillet 1997, p.5.

⁹⁰⁵ Cette exception a également trouvé écho dans les États membres. Notamment, en France, il a été admis que tel était le cas notamment, s'il acquiert des titres de l'entreprise qui exploite un magasin franchisé (Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 11 avril 2003, *lettre au directeur*

597. Toutefois, faute de disposition édictée en la matière, la limite entre les contrats de distribution susceptibles de caractériser un contrôle de fait et les autres peut être tenue. Ce type d'accord de distribution est pourtant fréquent en pratique et le défaut de cadre normatif précis incite les parties à faire preuve d'une vigilance singulière.

598. Notamment, il est possible d'imaginer l'hypothèse d'un contrat conclu entre un important distributeur de produits sur un marché déterminé et un fournisseur dont l'essentiel du chiffre d'affaires repose sur la commercialisation de l'un de ses produits. Ce contrat pourrait, dans un premier temps, caractériser un lien de dépendance suffisant pour en déduire la constitution d'une opération de concentration. Pareille qualification peut en effet s'entendre si le contrat est conclu pour une durée de dix ans tacitement renouvelable pour des périodes successives de plusieurs années, si le produit du fournisseur est distribué en exclusivité par le distributeur sous sa marque, si le territoire géographique prévu pour la distribution concerne la plupart des États de l'Union et si, en plus, une option d'achat est ouverte au distributeur sur les droits afférant au produit du fournisseur à l'issue d'une période donnée. Or, les parties peuvent, en pareil cas, être tentées de convenir de la mise en place de divers comités dans le but de surveiller la correcte distribution du produit. En fonction du pouvoir dévolu à chaque partie dans ces comités, lesquels sont par ailleurs fréquents dans les contrats d'affaires, la preuve d'une éventuelle dépendance économique pourra éventuellement être renversée et la démonstration être faite du défaut de caractérisation d'un contrôle de fait du distributeur sur le fournisseur à même de qualifier l'opération de concentration. La question peut en particulier être soulevée dans le cas où, par exemple, le comité principal de cette organisation serait présidé par le fournisseur. Celui-ci disposerait alors également d'une voix prépondérante en cas de partage des voix ou encore de droits de véto.

599. Ce type d'hypothèse est également révélatrice des difficultés auxquelles les autorités de contrôle sont confrontées lorsqu'elles tentent d'appréhender la réalité économique d'une opération, fût-elle contractuelle, sur le marché. La structure des groupes comme l'opacité des négociations contractuelles conjuguées au défaut d'harmonisation des règles au niveau européen semblent à même, dans une certaine mesure, d'offrir aux groupes la possibilité de s'ériger face à ces autorités en

juridique de la société ATAC relative à une concentration dans le secteur de la grande distribution alimentaire, BOCCRF n°1 du 13 février 2004).

⁹⁰⁶ V. not. la décision d'incompatibilité de la Commission dans l'affaire *Blokker/Toys « R » Us* (Commission, 26 juin 1997, *Blokker/Toys « R » Us*, aff. M.890, JOCE L316, 25 novembre 1998, p. 1).

s'assurant que certaines opérations échappent à leur compréhension dans le cadre du contrôle des concentrations.

600. De semblables considérations peuvent être émises s'agissant des accords de licence. Il a en effet été admis qu'ils peuvent être constitutifs d'une concentration dès lors qu'ils sont de longue durée et qu'ils occasionnent une modification structurelle du marché. La Commission a par exemple qualifié de concentration l'opération par laquelle Coca-Cola acquérait le contrôle d'une autre entreprise par suite de diverses prises de participations et d'un contrat de licence confiant à Coca-Cola l'exclusivité de production et de distribution de certains produits de l'entreprise cible⁹⁰⁷.

601. Il en va ainsi également d'un emprunt assorti d'une faculté d'achat de la moitié des actions de l'emprunteur⁹⁰⁸.

602. De même, la Commission a déduit d'un ensemble de liens structurels (détention de la moitié des actions d'une entreprise par une autre, assortie de restrictions relatives à l'augmentation de ses titres et à sa faculté d'influencer la composition de l'organe dirigeant et identité de certains membres des organes dirigeants des deux entreprises précitées) et contractuels (engagement de porte-fort souscrit par l'actionnaire détenteur de la moitié des actions, accord de licence portant sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle de l'actionnaire et la fourniture d'une assistance technique par l'actionnaire) l'existence d'une concentration⁹⁰⁹.

603. L'appréciation de la Commission reste cependant délicate et particulièrement dépendante de l'espèce qui lui est soumise : elle a ainsi pu conclure au défaut de caractérisation d'une concentration en présence de contrats de prêts et de licence convenus pour des durées de 10 ans⁹¹⁰.

604. Enfin et à côté des mécanismes contractuels, l'opération de concentration peut aussi être constituée « par tout autre moyen »⁹¹¹.

⁹⁰⁷ Commission, 22 janvier 1997, *Coca-Cola Enterprises / Amalgamated Beverages Great Britain*, aff. M.794, JOCE L218, 9 août 1997, p. 15.

⁹⁰⁸ Commission, 23 août 1995, *Nordic Capital/transpool*, aff. M.625, JOCE C243, 20 septembre 1995, p. 5.

⁹⁰⁹ Commission, 27 mars 1996, *Lockheed Martin/ Loral Corporation*, aff. M.697, JOCE C 314, 24 octobre 1996, p. 9.

⁹¹⁰ L'actionnariat entre les parties restait cependant minoritaire (19%) ; Commission, 25 septembre 1992, *CCIE/GTE*, aff. M.258, JOCE C258, 7 octobre 1992, p. 10.

⁹¹¹ Règlement « concentrations », art. 3, 1., b).

2) L'acquisition « balai » du contrôle par tout autre moyen

605. En visant l'opération permettant à une ou plusieurs entreprises d'acquérir le contrôle d'une ou de plusieurs autres entreprises « par tout autre moyen », l'article 3, 1. b) du règlement « concentrations » confirme définitivement que le contrôle a vocation à s'appliquer à toutes les opérations qui occasionnent le changement durable du contrôle d'une ou de plusieurs entreprises sans s'embarrasser néanmoins de qualifications précises. Cette opération qui pourrait être qualifiée d'« acquisition balai » ne semble pas appeler de remarques particulières.

606. Elle permet simplement à une opération de revenir dans le giron du contrôle, y compris lorsque les parties n'ont pas nécessairement voulu que celle-ci soit conclue. Par exemple, lorsque Suez s'est démise de la plupart de ses actions chez M6, RTL s'est vue décerner un contrôle exclusif de l'entreprise, et non plus conjoint. En dehors de toute action de RTL, l'opération a ainsi été qualifiée de concentration susceptible de contrôle⁹¹².

⁹¹² Commission, 12 mars 2004, *RTL/M6*, aff. M. 3330, *JOCE* C95, 20 avril 2004, p. 35 ; v. aussi Commission, 9 juin 1994, *Avesta (II)*, aff. M.452, *JOCE* C179, 1^{er} juillet 1994, p. 7.

CONCLUSION DU CHAPITRE

607. Par conséquent, parmi les opérations qui se situent dans l'angle mort du législateur européen au niveau sociétaire, une classification semble pouvoir se dessiner, selon que l'opération est une fusion au sens de l'article 3, 1., a) qui échappe au droit européen des sociétés, ou une opération qui relève des paragraphes 1., b) et 4. de l'article 3. Ce second sous-groupe d'opérations peut quant à lui être classé selon qu'elles conduisent, d'une part, à un changement de contrôle capitalistique et d'autre part, à un changement de contrôle contractuel ou empirique d'une ou de plusieurs entreprises.

608. Cet état du droit est discutable. En effet, lorsque l'opération concernée ne relève pas du droit européen des sociétés, le règlement « concentrations » opte pour de larges qualifications, si ce n'est de simples formules. La *soft law* européenne tente pour sa part d'accentuer la prévisibilité et la lisibilité du contrôle en détaillant quelque peu ces dernières opérations, en se fondant sur la pratique décisionnelle de la Commission. Ces tentatives sont bienvenues, notamment parce qu'elles permettent aux groupes d'anticiper davantage l'exercice du contrôle des concentrations et aux autorités de contrôle de bénéficier d'une vision élargie des pratiques de concentration sur le marché. Il reste qu'elles sont vouées à être mécaniquement lacunaires, en laissant de côté des opérations de croissance externe pourtant récurrentes. À l'inverse, lorsque des opérations ont été identifiées avec précision, leur défaut d'encadrement par le législateur européen soulève diverses interrogations, en particulier en termes de sécurité juridique. Ce défaut d'harmonisation ne semble ni favoriser le développement d'un plein « droit à la mobilité » des entreprises au sein du marché en dépit de l'augmentation de la liberté contractuelle qu'il induit, ni faciliter l'atteinte, par le droit des concentrations, de l'équilibre auquel il tente de parvenir entre maintien de la concurrence et préservation de la compétitivité sur le marché.

CONCLUSION DU TITRE

609. L'article 3 du règlement « concentrations » adopte de larges qualifications qui conduisent à intégrer dans le champ du contrôle des concentrations tous les mécanismes de croissance externe envisagés entre des entreprises antérieurement indépendantes. C'est la raison pour laquelle la littérature s'intéresse relativement peu aux limites dont pourrait souffrir le droit européen des concentrations et qui résulteraient d'une part, des lacunes du droit européen des sociétés s'agissant des fusions *de jure* et scissions de sociétés de capitaux et d'autre part, du défaut de réglementation harmonisée au niveau de l'Union, principalement sous un angle sociétaire, des autres formes de concentration.

610. Or, l'enjeu nous semble au contraire mériter une attention spécifique, en particulier lorsqu'est en cause une opération de dimension transfrontalière.

611. Une typologie a été proposée afin d'examiner en détail les opérations concernées. Le droit européen des concentrations cherche en effet à intégrer dans son champ d'application deux grandes familles d'opérations : d'un côté, figurent les fusions *de jure* et scissions visées par la directive (UE) n°2017/1132 et de l'autre, toutes les opérations qui se situent en marge du droit européen des sociétés.

612. D'une part, les opérations de fusion *de jure* et scission régies par la directive (UE) n°2017/1132 présentent un intérêt relatif pour les parties. L'adoption des règles les gouvernant, longtemps restées dispersées au gré de plusieurs directives, a certes été utile. Elle a permis de résoudre certains conflits de loi induits par ces opérations et de doter certains États membres de dispositions en la matière. La mobilité des entreprises, au sein du marché unique, s'en est ainsi trouvée renforcée. En raison du travail de codification qui a été assigné à la directive (UE) n°2017/1132, celle-ci n'a cependant guère remédié à la lourdeur et à la complexité des procédures applicables, ni au caractère restreint du champ d'application des règles européennes. Au contraire, elle semble même avoir jeté un certain trouble sur l'intégration ou l'exclusion de son champ des opérations réalisées entre sociétés cotées. La directive (UE) n°2019/2121 issue du « paquet "droit des sociétés" » tente d'atténuer les défauts traditionnellement reprochés aux règles européennes propres aux fusions et scissions. Les modifications qu'elle introduit paraissent néanmoins limitées non seulement d'un point de vue sociétaire, en dépit du caractère *a minima* traditionnellement conféré aux directives en la matière, mais

aussi lorsque leur articulation est mise en perspective avec la procédure du contrôle des concentrations.

613. D'autre part, l'absence de règles harmonisées, au niveau de l'Union, pour les opérations de croissance externe qui échappent au champ d'application de la directive (UE) n°2017/1132 et ses évolutions, peut expliquer l'intérêt que les entreprises leur portent. Ce défaut est toutefois dommageable, en particulier en présence d'opérations transfrontalières. La liberté qui leur est en apparence offerte peut constituer une entrave à leur mobilité effective. Cette analyse se heurte pourtant aux finalités poursuivies par le droit européen des concentrations : le contrôle vise précisément à garantir le maintien d'une « concurrence dynamique »⁹¹³, sans entraver la compétitivité de l'industrie européenne.

614. Par conséquent, dans la mesure où les pratiques des groupes se déploient en l'absence d'un droit des sociétés harmonisé à l'échelle européenne, cette situation contribue peu au développement d'un véritable « droit à la mobilité » des entreprises et partant, à l'objectif de maintien de la compétitivité dans un contexte de saine concurrence que le règlement (CE) n°139/2004 poursuit.

615. Cette situation a des effets concrets, d'abord du côté des autorités de contrôle : parce que les dispositions applicables au plan sociétaire restent par trop partielles et risquent de freiner la croissance des entreprises, ces autorités perdent une partie des moyens qui leur permettraient d'apprécier la réalité de l'opération projetée. Ensuite, faute d'être soumises à un droit européen des sociétés abouti, les entreprises sont dépourvues du bénéfice d'une norme prévisible à même de les aider à préparer leur opération dans des délais restreints et à faibles coûts.

616. Ceci étant, cette situation conduit à ce que les groupes restent également dépositaires de la faculté d'opacifier le squelette du groupe en cours de développement et l'opération elle-même. En raison de la procédure même du contrôle et de l'entrelacs de règles et de pratiques qui régissent l'opération, les autorités de concurrence n'ont d'autre recours que d'appréhender une opération déjà solidement élaborée. Les motivations des parties, comme les rapports de force qui peuvent avoir présidé à la conclusion de l'opération, leur échappent du fait de l'état, certes des pratiques sur le marché, mais aussi du droit lui-même.

⁹¹³ Règlement « concentrations », (4).

617. La forme de l'opération n'est toutefois pas la seule à soulever ce type de difficultés en l'absence d'un droit de l'Union plus harmonisé. Au contraire, une fois que la forme de l'opération envisagée a été choisie, un bilan analogue peut être proposé à propos du contrat de concentration qui en régit les modalités (**Titre 2**).

– Titre 2 –

Le contrat à l'épreuve du contrôle européen des concentrations

618. Il semble que les groupes concernés par une opération de concentration soient en mesure d'anticiper sensiblement l'exercice du contrôle en raison non seulement de la liberté de choix dont ils bénéficient s'agissant du mécanisme de croissance externe envisagé⁹¹⁴, mais aussi de celle qui leur est offerte lors de la négociation du contrat qui en est à l'origine.

619. Parce qu'ils peuvent prévoir tant les conditions de l'opération envisagée que l'exercice d'un éventuel contrôle, la notification de l'opération auprès d'une ou de plusieurs autorités de concurrence est précédée d'une phase qui s'inscrit quasiment dans l'angle mort des autorités de contrôle et qui relève majoritairement des seules décisions des groupes contractants. En dépit de son indifférence apparente, cette phase appelle un examen : la ou les autorités saisies ont en effet vocation à s'emparer d'un tel contrat, que ce soit indirectement au vu de l'influence que le droit européen de la concurrence est susceptible d'exercer sur le contenu du contrat avant la procédure de contrôle, ou directement, par la soumission du contrat à l'appréciation des autorités lors de la notification de l'opération projetée.

620. Aussi convient-il d'envisager la manière dont les règles propres au droit des concentrations parviennent ou non à intégrer le contenu du contrat et plus précisément, si la négociation de celui-ci est de nature à compromettre ou non l'exercice ultérieur du contrôle.

621. Cette question mérite d'être envisagée dans la mesure où le contrôle des concentrations et le contrat exercent mutuellement une influence réciproque.

⁹¹⁴ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I.

622. D'un côté en effet, le degré de concentration du marché, que le règlement (CE) n°139/2004 cherche à maîtriser, résulte de la conclusion d'opérations de concentration entre entreprises susceptibles d'étendre le pouvoir de marché de leurs groupes. Or, dans la mesure où les contrats sont à l'origine de ces opérations, la négociation, la conclusion et l'exécution de ce type de convention conduit à les ériger, de manière incidente, en outils de structuration du marché⁹¹⁵. Les groupes à l'origine de ces contrats sont ainsi, dans une certaine mesure, les acteurs de cette structuration.

623. D'un autre côté, le droit des concentrations implique un contrôle des structures du marché⁹¹⁶, ce qui induit un phénomène de rétroaction sur les contrats. Par les règles impératives qu'il édicte, le droit des concentrations tend à exercer une certaine incidence sur le contrat dont la conclusion en conditionne pourtant le déclenchement.

624. En dépit de cet équilibre apparent, l'analyse suivante peut être proposée : la liberté contractuelle dont jouissent les entreprises permet d'aménager certains principes du contrôle au stade des négociations entre les parties, ce qui conduit les autorités de contrôle à analyser de manière prospective les effets d'une opération dont les principes contractuels sont déjà organisés.

625. Cette idée ne surprend que dans une certaine mesure : elle puise sa source dans l'emprise réciproque qu'exercent plus généralement le droit des contrats et le droit des concentrations, ce qui nécessite d'en rappeler succinctement le cadre théorique à titre préliminaire. Ces éléments se justifient par ailleurs car ils tendent aussi à rappeler l'état de l'harmonisation du droit des contrats au niveau européen, ce qui contribue à expliquer le degré de latitude laissé aux parties à l'opération lors de la rédaction du contrat de concentration (§ préliminaire). Qui plus est, les rapports qui lient le droit des contrats au droit des concentrations sont à l'image de ceux qui unissent les acteurs du contrôle européen des concentrations. Les parties sont en effet amenées à anticiper les effets que le droit des concentrations pourrait occasionner sur l'opération projetée lors de la négociation du contrat qui en définit les principes constitutifs. Si la liberté contractuelle qui leur est reconnue leur garantit, comme à tout sujet de droit, la liberté de fixer seules le contenu contractuel, cet état

⁹¹⁵ Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche a, d'ailleurs, montré que le contrat constitue un moyen de structuration des organisations économiques sur le marché (M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 451).

⁹¹⁶ Au contraire du droit des pratiques anticoncurrentielles qui, lui, induit un contrôle des comportements (v. *Supra*, Chapitre préliminaire).

du droit peut interroger tant il leur permet aussi d'influencer pour partie le contrôle dont leur opération fera l'objet (**Chapitre 1**). Pourtant, la mise en œuvre du droit des concentrations empêche régulièrement les autorités de contrôle de s'y immiscer, y compris lors de la négociation des engagements (**Chapitre 2**).

Paragraphe préliminaire : Le contrat et le contrôle des concentrations

626. Les groupes concernés par une opération de concentration susceptible d'affecter le marché jouissent de la faculté de fixer le contenu du contrat⁹¹⁷ qui en est à l'origine dans la mesure où de nombreux textes leur reconnaissent, plus largement, le bénéfice de la liberté contractuelle.

627. En effet, si elle est prévue au frontispice des Principes d'Unidroit depuis 1994 en droit international⁹¹⁸ et s'il était envisagé qu'elle compte parmi les « principes généraux » propres au droit commun européen de la vente⁹¹⁹, cette liberté a également été intégrée dans les divers projets d'harmonisation du droit européen des contrats. Tel a ainsi été le cas, par exemple⁹²⁰, dans le premier *Code européen des contrats. Avant-projet* publié par l'Académie des privatistes européens présidée par le Professeur Giuseppe Gandolfi⁹²¹, les *Principes Lando*⁹²², le *Cadre commun de référence*

⁹¹⁷ Sans préjudice des autres réalités que recouvre la liberté contractuelle, telle la liberté de contracter ou de ne pas contracter et celle de choisir le contractant (v. par exemple la définition proposée dans Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations.*, D., coll. Sirey, 16^{ème} éd., Paris, 2018, 1269 p., et spécialement, n°865).

⁹¹⁸ Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, art. 1.1.

⁹¹⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011, COM(2011) 635 final et spécialement, Section 1 « Principes généraux », art. 1.

⁹²⁰ Rappelons que récemment, le Parlement européen a envisagé l'adoption d'un « Code européen des affaires » en prenant appui sur les articles 50 et 114 du TFUE. Un projet de « Code européen des affaires » avait en effet été présenté à la commission des affaires juridiques du Parlement européen par l'association Henri Capitant le 20 novembre 2018 (EPRS, Service de recherche du Parlement européen, « *Libérer le potentiel des traités de l'Union européenne. Une analyse article par article des possibilités d'action* », éd. Etienne Bassot, Service de recherche pour les députés, mai 2020).

⁹²¹ J.-P. Gridel, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats: les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, 22 février 2003, n°53, p. 3 ; si la liberté contractuelle ne figure qu'incidemment dans ce projet (« Dans les conditions générales du contrat, [...] sont sans effet [...] les clauses qui établissent en faveur de celui qui les a préparées [...] des restrictions à la liberté contractuelle dans les rapports avec les tiers [...] », art. 30, 3.), il a été admis que « le texte commence de manière classique par la définition du contrat, de la liberté contractuelle » (A. Debet, « Le Code européen des contrats. Avant-projet », *Revue des contrats*, décembre 2003, n°1, p. 217).

⁹²² Commission pour le droit européen du contrat (dir. O. Lando), *Principes du droit européen des contrats*, La Documentation française, Paris, 1997, 293 p. et spécialement, art. 1 : 102 en vertu duquel « les parties peuvent exclure l'application d'un quelconque des présents Principes ou y déroger ou en modifier les effets, à moins que les Principes n'en disposent autrement ». Autrement dit, les *Principes du droit européen des contrats* admettent que les dispositions qu'ils tendent à instaurer sont, pour la

dressé sous l'égide du groupe présidé notamment par Christian von Bar⁹²³ ou encore les *Principes contractuels communs*⁹²⁴ proposés⁹²⁵ par l'Association Henri Capitant et la Société de Législation Comparée. Par ailleurs, la liberté contractuelle a intégré diverses législations au sein de l'Union et l'examen du droit allemand, britannique et français semble en attester⁹²⁶. Ainsi, l'Allemagne⁹²⁷, le Royaume-Uni⁹²⁸ et la France⁹²⁹ en admettent le principe. Dans ce dernier État, elle bénéficie d'une valeur

plupart, supplétives de volonté et par conséquent, aménageables au titre de la liberté contractuelle dont jouissent les parties. Toutefois, ainsi qu'il est classique de le préciser en la matière, celle-ci ne saurait pour autant faire obstacle aux dispositions impératives que lesdits *Principes* prévoient.

⁹²³ Study Group on a European Civil Code et Research Group on EC Private Law (dir. C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier. European law publishers, Munich, 2009, 650 p. et spécialement, principe 3.

⁹²⁴ Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et Société de Législation Comparée, *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, Paris, 2008, 853 p. et spécialement, Section I.

⁹²⁵ En 2001 (Commission, Communication au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, 11 juillet 2001, COM(2001) 398 final) puis en 2003 (Commission, Communication au Parlement européen et au Conseil, « *Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action* », 2003/C 63/01, JOUE C63, 15 mars 2003, p. 1), la Commission européenne invitait dans deux Communications à ce que soit adopté un « cadre commun de référence » comprenant des règles modèles, des clauses types, des principes gouvernant les relations contractuelles transfrontalières dans l'UE. Les orientations de 2003 ont ensuite été confirmées par une Communication de la Commission et du Parlement européen (Commission, Communication au Parlement européen et au Conseil, « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre* », 11 octobre 2004, COM(2004) 651 final). Dans ce cadre, un « Réseau commun pour le droit européen des contrats » a été créé à l'initiative de la Commission afin d'élaborer ledit cadre. Deux groupes ont été constitués à cette occasion et c'est dans ce contexte qu'ont été publiés, d'une part, les *Principes contractuels communs* par le groupe présidé par l'Association Henri Capitant et la Société de Législation Comparée et d'autre part, le *Cadre commun de référence* sous l'égide du groupe dirigé par Christian von Bar.

⁹²⁶ Bien que d'autres classifications soient aussi justifiées (R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative.*, LexisNexis, Paris, 2016, 3^{ème} éd., 583 p. et spécialement, pp. 7 et s. et pp. 107 et s.). Précisons que d'autres États membres ont effectivement consacré la liberté contractuelle, à l'image de l'Italie (*Codice civile*, art. 1322) ou bien encore de l'Espagne (*Código civil*, art. 1255).

⁹²⁷ BGB, art. 311.

⁹²⁸ Le concept de « *freedom of contract* » est apparu dans le cadre d'un litige portant sur des droits de propriété intellectuelle dans l'affaire *Printing and Numerical Registering Co v. Sampson* (Court of appeal, 1875, *Printing and Numerical Registering Co v. Sampson*, 19 Eq 462) avant que les principes constitutifs n'en soient revus sous l'effet du *Unfair Contract Terms Act* de 1977 et du *Sale of Goods Act* de 1979 (v. le lien établi entre ces *Acts* et les principes constitutifs de la liberté contractuelle dans la note sous l'art. 1 :102 ; Commission pour le droit européen du contrat (dir. O. Lando), *Principes du droit européen des contrats, préc.*, et spécialement, art. 1 :102) et de l'affaire *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd* (Court of appeal, 1983, *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd*, QB 284).

⁹²⁹ C. civ., art. 1102.

constitutionnelle en ce qu'elle découle des articles 4 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁹³⁰.

628. Or, classiquement, la liberté contractuelle des groupes cesse en présence de règles impératives. L'articulation du droit des contrats et du droit des affaires est ainsi, logiquement, régulièrement discutée. Tel est d'abord le cas des rapports qu'entretiennent le droit des contrats et les règles sociétaires, en particulier lorsque celles-ci tendent à régir la conclusion d'une opération de concentration (A.). Il en va ainsi également lorsque le droit de la concurrence se heurte au contrat, ce qui explique la place dévolue au contrôle des concentrations face à l'accord prévu par les parties. Le droit de la concurrence en général, puis le droit des concentrations en particulier, ont progressivement investi la sphère contractuelle (B.) avant d'en venir à n'exercer qu'une incidence relative sur celle-ci (C.).

629. L'analyse de ce paradoxe paraît nécessaire dans la mesure où il conduit d'une part, à imposer et permettre aux parties d'anticiper l'exercice du contrôle et d'autre part, à une immixtion relative des autorités de contrôle dans le contrat.

A. Les rapports du droit des contrats et du droit des sociétés

630. Les relations que le droit des contrats et le droit des sociétés entretiennent animent depuis longtemps tant le législateur, que le juge et la doctrine et le débat qu'elles suscitent gagne en vigueur au fil des réformes. Par exemple, en France, de nouvelles discussions ont eu lieu lors de l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁹³¹. La ratification de cette ordonnance par la loi du 20 avril 2018⁹³² a

⁹³⁰ Après avoir relevé que la liberté contractuelle n'a pas en elle-même valeur constitutionnelle (Cons. constit., 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, n°97-388 DC, *Rec.* p.31, *JORF* du 26 mars 1997, p. 4661), il a admis qu'elle en bénéficiait seulement parce qu'elle découle, d'abord, du principe de liberté consacré à l'art. 4 de la DDHC (Cons. constit., 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, *Rec.* p. 190, *JORF* du 24 décembre 2000, p. 20576) puis, également du principe de garantie des droits de l'art. 16 de la DDHC (Cons. constit., 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, n°2002-465 DC, *Rec.* p. 43, *JORF* du 18 janvier 2003, p. 1084 et Cons. constit. 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, n° 2013-672 DC, *Rec.* p. 817, *JORF* du 16 juin 2013 p. 9976, t. n° 2) et ce, sans préjudice pour le législateur de déroger à la liberté contractuelle pour des motifs d'intérêt général (Cons. constit., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n°2006-543 DC, *Rec.* p. 120, *JORF* du 8 décembre 2006, p. 18544, t. n° 2).

⁹³¹ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, t. n°26 ; s'agissant de l'incidence de la réforme en droit des sociétés, v. not., M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup. » *Recueil D.*, 2016, p. 608 ; M. Mekki, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou

également occasionné de vifs échanges sur le sujet⁹³³. En effet, si celle-ci a tantôt été qualifiée de « réforme de la réforme »⁹³⁴ et tantôt non⁹³⁵, elle ne s'est dans tous les cas pas limitée à rester en marge de l'ordonnance en dépit d'invitations en ce sens⁹³⁶.

631. Ceci étant, l'influence réciproque que ces deux branches du droit exercent l'une sur l'autre n'est ni nouvelle, ni circonscrite à l'exemple français. Le contrat de société a en effet historiquement contribué à étendre la vision classique du contrat assimilé à un simple instrument d'échange⁹³⁷. Qui plus est, il est désormais admis⁹³⁸, y compris par des économistes⁹³⁹, que la réalité contractuelle du monde des affaires ne saurait, dans toutes les hypothèses possibles, intégrer la classification bipartite traditionnelle qui oppose le contrat-échange au contrat-organisation⁹⁴⁰, si ce n'est au

continuité ? », *Rev. soc.*, 2016, p. 711 ; S. Lequette, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, p. 1148 ; M. Germain, « La contractualisation du droit des sociétés depuis le 24 juillet 1966 », *Rev. soc.*, 2019, p. 295.

⁹³² Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0093 du 21 avril 2018, t. n°1.

⁹³³ V. not., A. Lecourt, « Incidences de la loi de ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sur le droit des sociétés », *RTD com.*, 2018, p. 365 ; M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *Recueil D.*, 2018, p. 900 ; B. Saintourens, « Les aspects de droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *Joly*, juin 2018, n°6, p. 373 ; B. Saintourens, « Les incidences sur les cessions de droits sociaux de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *Defrénois*, octobre 2018, p. 24 ; R. Mortier, « Sociétés et loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance réformant le droit des contrats », *Dr. soc.*, juillet 2018, n°7, étude 9 ; J. Heinrich, « Réforme de la réforme du droit des contrats : l'influence des praticiens du droit des sociétés », *Dr. soc.*, avril 2018, n°4, repère 4.

⁹³⁴ V. not., D. Mazeaud, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.*, 2018, p. 912.

⁹³⁵ M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *art. préc.* ; D. Houtcieff, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.*, avril 2018, n°15, p. 14.

⁹³⁶ M. Mekki, « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, octobre 2017, p. 11 ; N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP G*, 2017, p. 1045.

⁹³⁷ R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », p. 211-233 in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert.*, D., Paris, 2005, 527 p.

⁹³⁸ S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, Economica, 2012, 513 p.

⁹³⁹ Dont les travaux sont notamment cités par S. Lequette, « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », *Revue de droit d'Assas*, février 2013, p. 66 et spécialement, pp. 67-68.

⁹⁴⁰ Les premiers impliquant un rapport dans lequel l'une des parties gagne ce que l'autre perd, en dépit de quelques points de convergence ponctuels tandis que les seconds impliquent une forme de coopération de long terme, en dépit de quelques éléments ponctuels de divergence (P. Didier, « Brèves

« contrat à long terme »⁹⁴¹, et dont le principe est reconnu dans de nombreuses législations⁹⁴².

632. Or, au vu des contrats négociés, conclus et exécutés dans le cadre du droit européen des concentrations, ce constat appelle deux remarques.

633. D'une part, le contrat portant conclusion d'une opération de concentration semble particulièrement s'inscrire dans cette évolution. Celui-ci ne saurait, en effet, se limiter à concilier les intérêts divergents des parties ; il paraît, au contraire, « revêtir une dimension synergique » en ce qu'il conduit à créer de nouvelles richesses qui leur sont communes⁹⁴³. Comme il l'a été montré, le « contrat-concentration » dépasse la distinction bipartite classique des contrats en ce qu'il a pour objet de concentrer des moyens économiques dans un même intérêt commun, qui dépasse les intérêts individuels des associés contractants⁹⁴⁴. Tel paraît en effet être le cas, bien qu'il puisse conduire à faire prévaloir les intérêts individuels de l'un des contractants au détriment de l'autre, notamment lors de la répartition ultérieure des bénéfices⁹⁴⁵. Parce qu'ils ne se limitent pas à traduire des rapports de production et

notes sur le contrat-organisation », p. 636 in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-classeur, Paris, 1999, 868 p.). Les contrats-échange renvoient ainsi aux contrats spéciaux d'échange, tels la vente, la location, le contrat d'entreprise tandis que les contrats-organisations désignent les actes à l'origine de la naissance d'un groupement de personnes ou de biens, tels les contrats de société ou d'association, par exemple (S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit., et spécialement, p. 23).

⁹⁴¹ C. Delforge, « Le contrat à long terme entre firmes, un contrat relationnel exemplaire ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, vol .76, p. 57.

⁹⁴² Si la distinction entre le contrat-échange et le contrat-organisation est classique en France, le *soft law* incarné notamment par les principes d'Unidroit comprend tant un volet propre au contrat-échange qu'au contrat à long terme et la pleine intégration de ces derniers a encore été renforcée lors de leur récente révision en 2016. Or, cet exemple semble à même d'illustrer une certaine convergence entre législations sur ce sujet, ceux-ci ayant pour objet, depuis 1994, de « reflète[r] des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous » (Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2016 et spécialement, p. XXIX). La composition et les missions dévolues à cette organisation intergouvernementale semblent, par ailleurs, à même de fonder une telle déduction (B. Fauvarque-Cosson, « Les principes Unidroit », p.737 in *Le Code de commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, D., Paris, 2007, 834 p.).

⁹⁴³ Pour reprendre l'expression employée par le Professeur Suzanne Lequette à propos de la fonction économique du contrat ; S. Lequette, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *art. préc.*

⁹⁴⁴ En ce sens, v. aussi L. Boy, « Les utilités du contrat », *LPA*, septembre 1997, n°109, p. 3.

⁹⁴⁵ S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit., et spécialement, p. 56 et s.

d'échange, la multiplication des contrats de concentration conduit à organiser des secteurs entiers de l'économie⁹⁴⁶.

634. D'autre part et à l'image d'autres contrats courants en droit des affaires, la spécificité de son objet conduit à interroger sa relation avec le droit commun des contrats. Par exemple, si les principes constitutifs du contrat de fusion-absorption sont gouvernés par de telles règles, la spécificité de cette convention cause une atteinte certaine au principe fondateur de l'effet relatif des contrats⁹⁴⁷.

635. En ce sens, le contrat de concentration paraît présenter une « utilité »⁹⁴⁸ certaine : la spécificité de son objet conduit à dépasser les conceptions et classifications classiques du droit des contrats. Il n'en reste pas moins que les parties au contrat de concentration jouissent de leur liberté contractuelle, comme pour toute convention. Par l'entremise de cet acte, il revient ainsi aux groupes, avant toute intervention des autorités, d'organiser les secteurs de l'économie : la concentration d'un secteur donné est avant tout dépendante de la multiplication des contrats qui y sont conclus, en particulier lorsqu'ils conduisent au rapprochement des acteurs, si ce n'est à la suppression de certains d'entre eux par le biais d'une fusion-absorption, par exemple. Le droit des concentrations intervient dans un second temps : par l'objectif de protection des structures du marché qui lui est assigné, il a vocation à endiguer un taux de concentration sur le marché qui nuirait à l'état de la concurrence sur celui-ci.

636. Les rapports qu'entretiennent le droit des concentrations et le droit des contrats semblent ainsi devoir être analysés pour comprendre le degré de latitude laissé aux parties à l'opération dans la rédaction de leur contrat de concentration et réciproquement, celui dont les autorités bénéficient pour aménager ou non le contrat dans le but de répondre aux objectifs poursuivis par le contrôle.

⁹⁴⁶ F. Riem, « L'analyse substantielle » in J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au 21^{ème} siècle. Notions et enjeux*, LGDJ, Extensio-éditions, collection *Droit & Économie*, 2020.

⁹⁴⁷ Tel est par exemple le cas vis-à-vis des créanciers de l'absorbée, en dépit des mécanismes de protection garantis par le droit européen ou le droit des États membres.

⁹⁴⁸ L. Boy, « Les utilités du contrat », *art. préc.*

B. L'emprise progressive du droit des concentrations sur le droit des contrats

637. Le droit des concentrations a progressivement intégré la sphère contractuelle en raison de la relation complexe qui unit, plus généralement, le contrat et le marché depuis longtemps. Leurs rapports ont en effet évolué d'une manière telle, que le droit de la concurrence, et le droit des concentrations en particulier, se sont peu à peu dressés contre les excès permis par la liberté contractuelle.

638. La manière dont le droit des concentrations a progressivement acquis une emprise sur le droit des contrats semble ainsi devoir être rapidement retracée, afin de comprendre comment le contrat parvient ou non à se dégager finalement du contrôle des concentrations.

639. Rappelons ainsi qu'au XVIII^{ème} siècle notamment, sous l'influence d'Adam Smith, marché et contrat étaient réputées converger. L'idée la plus répandue était la suivante : tandis que le marché libéral devait être porteur de cohésion, prospérité et paix, le contrat le complétait utilement en organisant et en apaisant la confrontation entre les intérêts individuels⁹⁴⁹. La doctrine économique libérale du « laisser faire, laisser passer », soit, implicitement, le « laisser contracter », s'opposait ainsi à ce que des interventions puissent corriger les écarts de la pratique⁹⁵⁰. Dans cette veine, le Professeur Emmanuel Gounot écrivait au début du XX^{ème} siècle que « la justice contractuelle est un fait naturel déterminé par la libre concurrence, non une exigence idéale à laquelle les faits doivent se plier »⁹⁵¹. Le droit des contrats et le droit de la concurrence ont, dès lors, longtemps entretenu des rapports paisibles, en ce sens que le droit s'articulait autour du principe de libre concurrence, comme pendant à la liberté d'entreprendre et associé à une liberté d'action garantie par la liberté contractuelle⁹⁵².

640. Au moment où le modèle de concurrence parfaite a montré ses limites et où celui de la concurrence imparfaite s'est imposé pour traduire la réalité du marché – et donc que l'appréciation pratique des situations de marché a semblé plus opportune

⁹⁴⁹ M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *Arch. phil. droit* 40, 1995, p. 286.

⁹⁵⁰ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

⁹⁵¹ J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : la formation.*, LGDJ, Paris, 1988, 2^{ème} éd., 1096 p. et spécialement, pp. 22-23 citant E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, th. Dijon, 1912, pp. 44-45.

⁹⁵² B. Opettit, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241.

que leur simple appréhension théorique⁹⁵³ –, le droit a évolué en fonction. De nouvelles pratiques, dont les concentrations, sont peu à peu entrées dans son giron au fil du développement simultané de l'ordre public économique. À côté de l'ordre public politique, moral ou social⁹⁵⁴, s'est ainsi imposé un « ensemble des mesures prises par les pouvoirs publics, tendant à organiser les relations économiques »⁹⁵⁵ composé de deux pôles. Tandis que le premier, l'ordre public économique de protection, s'attache aux mesures qui protègent un contractant « et qui modifient les relations contractuelles des parties en accordant un droit à l'une d'entre elles »⁹⁵⁶, le second, l'ordre public économique de direction, contribue « à une certaine organisation – plus mollement dit, *orientation* – de l'économie nationale en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier »⁹⁵⁷. Si le droit de la concurrence, lorsqu'il tend à protéger certains agents économiques se pare d'« un léger “parfum” d'ordre public de protection »⁹⁵⁸, le droit des concentrations relève bien, en tant qu'objet du droit de la concurrence, de l'ordre public de direction dans la mesure où ses dispositions « autoritaires »⁹⁵⁹ cherchent avant tout à protéger la concurrence et non les concurrents⁹⁶⁰.

641. Par conséquent et puisque les contrats ne sauraient déroger à l'ordre public, la liberté contractuelle cesse également là où commence le droit des concentrations, lequel, au titre de l'ordre public économique de direction, est chargé de garantir le maintien d'une concurrence effective.

642. Dans ces conditions, contrat et marché nouent des liens ambivalents. D'un côté, ils semblent aux antipodes : tandis que le premier cherche à fixer en amont les rapports qui lient les parties, le second est en perpétuelle mutation. De l'autre, ils

⁹⁵³ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

⁹⁵⁴ Lesquels forment les diverses conceptions de l'ordre public (A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien – Lextenso éd., coll. Domat droit privé, Paris, 2012, 13^{ème} éd., 726 p. et spécialement, p. 124). Dans la mesure où l'étude analyse ici les rapports qu'entretiennent les concentrations avec l'ordre public, elle se concentre sur son volet économique et sur les travaux qui y ont trait. Il ne s'agit cependant pas de nier l'existence d'un éventuel ordre public de l'Union (v. not., L. Gard (dir.), *Droit de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2013, 476 p., et spécialement, pp. 325 et s).

⁹⁵⁵ G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 (1^{ère} éd. 1971), 783 p., et spécialement, p. 49.

⁹⁵⁶ *Ibid.* et spécialement, p. 50.

⁹⁵⁷ Souligné dans le texte ; J. Carbonnier, *Droit civil. Tome 2. Les biens. Les obligations.*, PUF, Paris, 1955, éd. refondue janvier 2017, 1058 p. et spécialement, p. 2040.

⁹⁵⁸ F. Dreiffus-Netter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.*, 1990, p. 369.

⁹⁵⁹ Pour reprendre l'expression du Professeur Gérard Farjat à propos des dispositions du droit de la concurrence (G. Farjat, *Droit économique*, *op. cit.*, et spécialement, p. 50).

⁹⁶⁰ M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 451.

partagent un but semblable car ils cherchent tous deux à organiser les rapports sociaux au travers de règles objectives et générales. Surtout, l'un dépend de l'autre : le marché concurrentiel ne saurait fonctionner sans droit, sauf à risquer sa propre destruction⁹⁶¹. Josserand⁹⁶², Ripert⁹⁶³ et des auteurs plus récents⁹⁶⁴ ont montré par exemple que la concurrence affecte la formation, la reconduction et le contenu du contrat, que ce soit en frappant de nullité certaines clauses ou en les réécrivant.

643. Ce constat s'observe particulièrement en matière de concentrations et il est possible à cet égard de faire écho aux propos du Professeur Bruno Opettit qui a montré l'influence qu'exerce le droit de la concurrence sur les deux volets de la liberté contractuelle, soit celui de la « liberté de contracter et de ne pas contracter et [celui] de [la] liberté d'aménager à sa guise le contenu du contrat »⁹⁶⁵.

644. D'une part en effet, si le droit de la concurrence conduit « paradoxalement à la pérennisation de certaines relations contractuelles »⁹⁶⁶, dans le cadre du contrôle des concentrations, le contrat induit aussi une autre forme de pérennité qui prend toute sa traduction lors de l'immatriculation de l'entité issue de la concentration réalisée par les parties contractantes. D'autre part, alors que le droit de la concurrence provoque sur le contrat « un amenuisement pour les contractants d'en aménager librement les modalités par les stipulations de leur choix »⁹⁶⁷, il semble que la liberté contractuelle doive faire sienne des dispositions propres au droit des concentrations. Le droit européen des concentrations repose en effet sur un système préventif qui empêche les parties d'exécuter leur contrat avant que la Commission ne l'ait autorisé. Le droit des concentrations apparaît, en ce sens, comme un frein à la liberté contractuelle. L'analyse générale des diverses législations nationales qui a été proposée par Pieter Verloren Van Themaat, Professeur émérite, ancien Avocat

⁹⁶¹ M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *art. préc.*

⁹⁶² J.-P. Chazal, « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *Revue des contrats*, 2003, n°1, p. 325.

⁹⁶³ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1946, 348 p., et spécialement, pp. 190 et s.

⁹⁶⁴ B. Opettit, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *art. préc.* ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations.*, D., coll. Précis, Paris, 2005, 9^{ème} éd., 1474 p. et spécialement, p. n°382 et s. ; J.-L. Aubert, J. Flour et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique.*, D., coll. Sirey, Paris, 1975, 13^{ème} éd., 475 p. et spécialement, pp. 49-50 ; B. Fages et J. Mestre, « Droit du marché et droit commun des obligations. L'emprise du droit de la concurrence sur le droit des contrats. », *RTD com.*, 1998, p. 71 ; F. Dreiffus-Netter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *art. préc.* ; D. Brault, *L'État et l'esprit de concurrence*, Economica, Paris, 1987, 234 p. et spécialement, p. 63.

⁹⁶⁵ B. Opettit, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *art. préc.*, et spécialement, p. 243.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, et spécialement, p. 244.

⁹⁶⁷ *Ibid.*

Général à la CJCE et ancien Directeur général de la concurrence à la Commission, paraît pouvoir être transposée au cas particulier du droit européen des concentrations : « tantôt par voie préventive tantôt par voie de répression, l'autorité publique modèle la liberté contractuelle ou lui imprime une direction donnée pour l'adapter à ses objectifs ou encore aux conceptions divergentes qui se sont fait jour en matière de dérégulation, de privatisation ou de décentralisation de la décision économique. »⁹⁶⁸.

645. En ce sens, le droit des concentrations a acquis une emprise certaine sur le contrat. Au vu de l'ordre public que cette branche du droit protège, son emprise devrait théoriquement avoir des conséquences radicales : il devrait ralentir la conclusion des contrats de concentration dans le but de maintenir une concurrence entre les divers acteurs sur le marché et il devrait en conditionner le contenu, de telle manière que les parties se trouvent dans l'obligation d'adapter l'intégralité de leur projet aux règles impératives qu'il édicte.

646. Cette conception radicale ne semble cependant pas se vérifier : les autorités de contrôle ne sont pas en mesure, dans le cadre précis du droit européen des concentrations, de pleinement « modeler » la liberté contractuelle dévolue aux entreprises. Au contraire, la place de celle-ci au sein du contrat constitutif de l'opération soumise à leur appréciation est certaine, à tel point que l'intervention des autorités semble parfois devoir rester quelque peu en marge de celui-ci.

647. Autrement dit, l'adaptation du droit des contrats au droit des concentrations semble n'être que relative.

648. Dans la mesure où cette articulation contribue à laisser en marge du contrôle une partie des pratiques qui devraient pourtant en relever, il semble utile d'accorder quelques développements complémentaires au cadre théorique portant sur le caractère nécessairement relatif de l'emprise du droit des concentrations sur le droit des contrats.

⁹⁶⁸ P. Verloren Van Themaat, « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE*, 1989, n°2, p. 134, et spécialement, p. 146.

C. L'emprise relative du droit des concentrations sur le droit des contrats

649. Tandis que le contrôle des concentrations repose sur un équilibre subtil entre préservation de la concurrence et maintien de la compétitivité⁹⁶⁹, le contrat de concentration semble aussi jouer les équilibristes. Il est en effet laissé aux parties la liberté, outre de choisir leur cocontractant, de fixer le contenu du contrat en aménageant ponctuellement certains aspects de leurs conventions.

650. Dans la mesure où ce constat peut expliquer que certains contrats et clauses échappent au contrôle, en dépit de leur éventuelle incidence sur la correcte mise en œuvre de celui-ci, il paraît nécessaire d'en rappeler quelques traits fondateurs. Précisons ainsi que malgré l'influence acquise par le droit des concentrations sur le contrat, ce dernier semble, de son côté, à même également de faire face à la concurrence (1). Le contrat de concentration fait ainsi l'objet de compromis, ces deux pôles étant en réalité complémentaires (2).

1) Le contrat face à la concurrence

651. La concurrence, de manière plus générale, n'exerce pas, unilatéralement, une influence sur le contrat. Leurs rapports présentent au contraire une certaine confrontation dans la mesure où « le contrat fait concurrence à la concurrence »⁹⁷⁰.

652. En effet, les intérêts que servent, d'un côté, la concurrence et de l'autre, le contrat sont distincts. Pour le Professeur Muriel Chagny, « la concurrence est le fait d'une infinité d'opérateurs (...) et doit contribuer au mieux-être de la collectivité, au service de l'intérêt général »⁹⁷¹ tandis que le contrat, issu de la rencontre des volontés des parties, ne tend qu'à protéger leurs seuls intérêts. Il a aussi été avancé que la concurrence rejette le contrat, que ce soit lorsque les offreurs se trouvent dans l'obligation de contracter en raison de la prohibition des refus de vente ou lors de la fixation d'un prix, laquelle dépendrait plus du marché que de la seule volonté des parties. Le contrat rejette aussi la concurrence : l'autonomie des volontés impliquerait que le contenu du contrat soit seulement dicté par la réalité du marché dont il relève⁹⁷². Il pourrait aussi être considéré qu'en dépit de la théorie de l'autonomie des volontés qui se contente de la rencontre des consentements pour la conclusion du contrat, la prise en compte des volontés des parties en conditionne davantage le

⁹⁶⁹ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

⁹⁷⁰ M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *art. préc.*, et spécialement, §20.

⁹⁷¹ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, D. coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Paris, 2004, 1108 p. et spécialement, p. 287.

⁹⁷² M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *art. préc.*

contenu, comme leurs pouvoirs de marché réciproques⁹⁷³. Ce type de rapport de forces reste au demeurant dans l'angle mort des autorités de contrôle et pourrait expliquer qu'elles n'influencent que de manière relative les engagements souscrits par les entreprises concernées par l'opération de concentration⁹⁷⁴.

653. Quoi qu'il en soit, le droit des concentrations, en tant qu'objet du droit de la concurrence, ne paraît pas en mesure de pleinement prendre le pas sur le droit des contrats : les rapports qu'entretiennent ces deux corps de règles « sont complexes, faits à la fois de convergences et de divergences »⁹⁷⁵. La menace d'interdiction que le droit européen des concentrations fait peser n'est également que relative, le nombre de décisions en ce sens restant mineur⁹⁷⁶. À l'image de la complémentarité qui a été reconnue entre le droit des contrats et le droit de la concurrence, une relation semblable paraît lier la liberté contractuelle au contrôle des concentrations.

654. Cette question est essentielle dans la mesure où de l'articulation de la liberté contractuelle et du droit des concentrations, dépend la latitude laissée aux parties pour fixer contractuellement l'opération avant que celle-ci ne soit soumise pour examen aux autorités de concurrence.

2) La complémentarité du droit des contrats et du droit des concentrations

655. La complémentarité du contrat et du droit de la concurrence n'a pas seulement été montrée par les juristes. Elle a, au contraire, été constatée par l'économiste Ronald Coase à travers sa théorie de la firme, qui a par la suite été relayée⁹⁷⁷. Dès lors, le contrat et la concurrence forment un « vieux couple »⁹⁷⁸ amené, certes, à s'opposer mais aussi à s'associer dans la mesure où le marché implique la propriété privée et la circulation des marchandises et capitaux et que ceux-ci reposent sur des contrats. Si « le droit de la concurrence est devenu un perturbateur du droit commun »⁹⁷⁹ par son pouvoir de contrainte, l'évolution du droit des contrats a également permis d'assurer une convergence entre eux dans certains cas. Souvent

⁹⁷³ M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573 ; L. Boy, « Les utilités du contrat », *LPA*, septembre 1997, n°109, p. 3.

⁹⁷⁴ V. *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II.

⁹⁷⁵ J.-L. Aubert, J. Flour et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique.*, *op. cit.*, et spécialement, p. 50.

⁹⁷⁶ Entre 1990 et décembre 2019, seules 30 opérations de dimension communautaire ont été frappées d'incompatibilité.

⁹⁷⁷ O. Weinstein, « Les théories de la firme », *Idées économiques et sociales*, 2012, n°170, p. 6.

⁹⁷⁸ M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *art. préc.*

⁹⁷⁹ B. Fages et J. Mestre, « Droit du marché et droit commun des obligations. L'emprise du droit de la concurrence sur le droit des contrats. », *art. préc.*

perçu comme un « envahisseur »⁹⁸⁰ du droit civil, le droit de la concurrence est devenu complémentaire du droit des contrats : la libre concurrence est bien liée à la propriété privée et à la liberté contractuelle en ce qu'elle induit la possibilité pour les acteurs du marché d'agir librement et pour les consommateurs, de choisir en toute liberté⁹⁸¹. Le Professeur Muriel Chagny a, par ailleurs, relevé qu'il existait une profonde complémentarité entre le contrat et le droit des concentrations, dans la mesure où celui-ci compte parmi les « trois piliers du droit de la concurrence »⁹⁸².

656. Les problématiques suscitées par le contrôle européen des concentrations paraissent en effet présenter une telle interdépendance avec le droit commun des contrats, sans pour autant que leurs divergences soient annihilées. Pour s'en convaincre, il suffit de songer, par exemple, à la contractualisation dont le droit de la concurrence a fait l'objet ces dernières années, notamment en raison de l'augmentation de la négociation des engagements entre les groupes et les autorités auquel il a conduit⁹⁸³. De son côté, le contrat, en tant qu'outil de structuration du marché permet de sécuriser l'opération projetée.

657. Ces éléments expliquent ainsi qu'avant même que les autorités de concurrence ne soient appelées à intervenir, lorsqu'il est vraisemblable qu'une opération fera l'objet d'un contrôle, les parties à l'opération doivent parvenir à un certain équilibre entre la liberté contractuelle dont elles jouissent et les règles concurrentielles auxquelles elles sont soumises.

658. Complémentarité n'est cependant pas synonyme d'égalité. Ce n'est pas parce que deux corps de règles ont vocation à coexister l'un avec l'autre qu'ils sont placés sur un pied d'égalité. De prime abord, l'un – le contrôle des concentrations – devrait soumettre l'autre – le contrat – par ses dispositions impératives. La question mérite pourtant d'être posée.

659. Les parties doivent ainsi, non soumettre pleinement au droit des concentrations le contrat qui régit l'opération qu'elles entendent mener, mais faire preuve d'une certaine prudence lors de son élaboration dans le but de tirer les meilleurs résultats possibles de ce « vieux couple »⁹⁸⁴. Cet état du droit permet ainsi

⁹⁸⁰ L. Idot, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *Revue des contrats*, 2004, n°3, p. 882.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² Les deux autres étant les ententes et abus de position dominante (*Ibid.*, et spécialement, p. 564 citant G. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, p. 225, n°405).

⁹⁸³ V. *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 2.

⁹⁸⁴ M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *art. préc.*

de notifier aux autorités de contrôle une opération déjà solidement établie au plan contractuel, en dépit de l'influence que celui-ci peut exercer sur le contrôle (**Chapitre 1**). Ces autorités restent ainsi dans une certaine impossibilité de pénétrer la sphère contractuelle, y compris lorsque le droit des concentrations le leur permet par le truchement de la technique de négociation des engagements (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 :

L'INFLUENCE CERTAINE DU CONTRAT SUR LE CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS

660. Quel que soit l'objet considéré, les parties usent de l'outil contractuel dans le but de sécuriser leur relation. Dans cette veine, le contrat a même été envisagé comme un véritable instrument de gestion des risques⁹⁸⁵. Plus précisément, le Professeur Jean-Marc Mousseron en détaillait les principes fondateurs après avoir relevé que « les parties vont (...) s'efforcer d'imaginer le contenu de ce futur pour rendre leur accord compatible avec l'évolution des variables dont l'opération contractuelle dépend.⁹⁸⁶ [...] La prise en compte des risques se fait, d'abord, à la formation même du contrat. Le souci de risques encore très chauds conduit les partenaires à différer sa conclusion jusqu'à ce qu'un certain nombre d'inconnues, d'aléas soient écartés.⁹⁸⁷ [...] Le contrat doit essentiellement se préoccuper des risques tenant à son exécution, à la réalisation du projet conventionnel.⁹⁸⁸ ».

661. Le constat est analogue dans le cadre des opérations de concentration : les parties recourent à la technique contractuelle afin d'en encadrer les principes constitutifs. La liberté contractuelle dont elles jouissent prend alors tout son sens puisqu'elles peuvent librement en définir les modalités mais aussi, simplement, la forme, « [l]es grands contrats traditionnels (vente, mandat...) s'adapt[a]nt très facilement à la vie économique »⁹⁸⁹. L'opération de concentration peut ainsi être encadrée par un contrat de fusion (« *mergers and acquisitions* » dites « *M&A* »), de cession d'actions (« *share purchase agreement* »), voire d'actifs (« *asset purchase agreement* »), etc.⁹⁹⁰

662. Toutefois, lorsque l'opération à laquelle les parties entendent se livrer est susceptible de contrôle, celles-ci ont tout intérêt à ce que la procédure se solde par une décision d'autorisation, idéalement pure et simple ou *a minima* octroyée

⁹⁸⁵ Ainsi que l'a constaté le Professeur Gilles J. Martin qui y a même vu un « substitut à l'assurance » (G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », *RIDE*, 1990, n°2, p. 173 et spécialement, p. 195).

⁹⁸⁶ J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481 et spécialement, n°2.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, et spécialement, n°5.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, et spécialement, n°6.

⁹⁸⁹ A. Lecourt, *Groupes de sociétés*, Rép. sociétés, mars 2015, et spécialement, n°19.

⁹⁹⁰ V. *Supra.*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2.

moyennant l'exécution d'engagements qu'elles auront proposés, ou assortie de conditions et charges imposées par l'autorité ou les autorités saisies. À cette fin, la phase précontractuelle qui précède la conclusion du contrat de concentration peut être cruciale, comme peuvent l'être certaines clauses figurant dans l'accord définitif. Le défaut ou la mauvaise exécution de l'obligation de notification qui est imposée aux parties fait d'ailleurs l'objet de sanctions. La Cour a ainsi érigé au rang d'« objectif du règlement n°139/2004 » le fait qu'il s'attache « à assurer un contrôle efficace des concentrations (...) en obligeant les entreprises à notifier préalablement leurs concentrations et en prévoyant que la réalisation de celles-ci soit suspendue jusqu'à l'adoption d'une décision »⁹⁹¹.

663. Il n'en reste pas moins que cet état du droit et des pratiques exerce une certaine influence sur la cohérence du contrôle des concentrations. Il paraît en effet peu contribuer à l'objectif de préservation des structures de la concurrence qui est assigné au contrôle.

664. Ce risque paraît particulièrement présent lorsque les entreprises et leurs groupes cherchent à sécuriser leur opération afin de se prémunir contre un éventuel refus, si ce n'est contre l'abandon simple de l'opération⁹⁹². Il se traduit plus précisément lorsque les parties préparent la conclusion du contrat de concentration lors de la phase précontractuelle (**Section 1**) et lorsqu'elles fixent le contenu de l'accord final (**Section 2**).

⁹⁹¹ CJUE, 4 mars 2020, *Mowi ASA c/ Commission*, aff. C-10/18, *Rec.* et spécialement, pt 108.

⁹⁹² Sur cette question, v. aussi J.-C. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », *RTD. com.*, 2013, p. 439.

Section 1 :
L'influence de la phase précontractuelle

665. Les groupes ne s'accommodent qu'avec difficulté des règles dotées d'un caractère impératif et suffisamment contraignant pour ralentir leur expansion. Pour cette raison, ils manifestent une préférence nette pour les techniques qui leur confèrent le plus fort degré de liberté contractuelle et qui leur permettent de « ficeler » l'opération avant d'avoir à la notifier lorsque celle-ci entre dans le champ d'application du contrôle des concentrations.

666. Dans la mesure où cette phase précontractuelle précède cependant l'exercice du contrôle des concentrations, il convient d'analyser son influence sur le contrôle.

667. En effet, avant même qu'il ne commence après avoir été déclenché par la prénotification ou la notification de l'opération, les parties jouissent d'une liberté considérable pour organiser leur opération. Elles ont par exemple la possibilité d'écarter dans une certaine mesure la concurrence que pourrait leur opposer d'autres offreurs. Puisque le droit des concentrations ne saurait avoir pour objet ni de nuire à la liberté d'établissement et d'entreprendre des parties, ni d'entraver leur liberté contractuelle, les autorités de concurrence saisies ensuite n'ont d'autre choix que d'apprécier une situation qui a été rigoureusement modelée avant leur intervention.

668. Cet état du droit découle de l'affirmation suivante : la phase précontractuelle de l'opération aurait dans la plupart des cas, un impact neutre sur les structures du marché, ce qui justifie le plein exercice de la liberté contractuelle des parties (§1).

669. Les avant-contrats ont pourtant, au moins pour partie, pour objet de faciliter la conclusion de l'opération, ce qui conduit à interroger la pertinence de la déconnexion avec le droit des concentrations qui leur est reconnue (§2).

Paragraphe 1 : L'indifférence alléguée de la phase précontractuelle sur les structures du marché

670. Le règlement « concentrations » institue un contrôle qui conduit à ne porter obligatoirement à la connaissance des autorités de contrôle que les seuls contrats qui ont pour effet d'entraîner le changement de contrôle de la cible.

671. L'analyse des règles relatives à la notification de l'opération semble par conséquent nécessaire (A.) dans la mesure où celles-ci conduisent à laisser aux parties la faculté d'aménager, dans une certaine mesure, la date de la notification de leur projet (B.).

A. Les critères tenant à la notification de l'opération de concentration

672. L'article 4 du règlement « concentrations » s'intitule « Notification préalable des concentrations et renvoi en prénotification à la demande des parties notifiantes »⁹⁹³. En dépit de son titre et du fait que l'article permette que soient notifiés de simples « projets de concentration »⁹⁹⁴, celui-ci ne détaille toutefois pas la procédure de prénotification de l'opération de dimension communautaire que les parties peuvent déclencher. Ce mécanisme figure seulement dans le document de droit mou de la Commission « *Best practices on the conduct of EC merger control proceedings* » du 20 janvier 2004⁹⁹⁵, auquel le Règlement d'application (CE) n°802/2004 renvoie néanmoins en annexe⁹⁹⁶. Par ce Guide de bonnes pratiques relatives à la procédure de contrôle communautaire des concentrations, la Commission invite les parties à prénotifier leur opération, c'est-à-dire à discuter avec elle de l'opération qu'elles comptent réaliser, au moins deux semaines avant sa notification. Cet échange se fait de manière informelle et confidentielle. Il permet aux entreprises de discuter avec la Commission des aspects juridiques et juridictionnels du contrôle susceptible d'être exercé, d'identifier plus précisément les documents requis lors de la procédure, voire d'évaluer plus justement les risques d'atteinte à la concurrence que leur opération présente.

⁹⁹³ Nous soulignons.

⁹⁹⁴ Règlement « concentrations », art. 4, 1., al. 3.

⁹⁹⁵ *Best practices on the conduct of EC merger control proceedings*, 20 janvier 2004, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>; à propos de la procédure de prénotification, v. également : N. Jalabert-Doury, N. Mouy et alii, « La procédure de prénotification », *Concurrences*, 2012, n°4.

⁹⁹⁶ Règlement (CE) n°802/2004, art. 1.1.

673. Dans la mesure où les parties sont appelées à pleinement coopérer lors de cette prénotification, elles sont invitées à transmettre toutes les informations à leur disposition portant sur l'opération, ce qui par conséquent ne semble pas s'opposer à ce qu'elles soumettent à la Commission les avant-contrats qu'elles ont éventuellement conclus.

674. Il reste cependant qu'une telle procédure n'est qu'une faculté offerte aux parties. L'article 4 précité du règlement « concentrations » rend seulement obligatoire la notification, auprès de la Commission, des opérations de dimension communautaire « avant leur réalisation et après la conclusion de l'accord, la publication de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle. ».

675. Cette disposition édicte ainsi deux conditions relatives au moment auquel doit survenir la notification de l'opération.

676. D'une part, l'article 4 impose que les opérations soient notifiées « avant leur réalisation ». Afin de garantir l'efficacité du contrôle des concentrations, le règlement institue en effet une procédure préventive à caractère suspensif : en vertu de l'article 7, 1. du règlement, l'opération de dimension communautaire ne saurait être réalisée avant qu'elle soit autorisée par la Commission. Les législations des États membres prévoient quasiment tous des mécanismes similaires. Deux exceptions sont toutefois à relever. Outre le Luxembourg qui ne dispose pas de contrôle des concentrations, le système applicable au Royaume-Uni repose sur un dispositif de notification volontaire : celle-ci est possible lorsque le chiffre d'affaires de l'entreprise cible excède 70 millions de livres ou qu'à la suite de l'opération, au moins 25% des biens ou services produits ou consommés au Royaume-Uni ou dans une partie substantielle du Royaume-Uni sont fournis par les entreprises parties à l'opération⁹⁹⁷. Relevons à cet égard que si le dispositif britannique se distingue de ceux qui ont par ailleurs été adoptés au sein de l'Union, d'autres États de tradition anglo-saxonne partagent des mécanismes analogues, tels l'Australie⁹⁹⁸ et Singapour⁹⁹⁹. Quoi qu'il en soit, au sein du marché unique et en dehors des cas ci-avant exposés, la notification suspend les effets de l'opération, laquelle, pour cette raison, doit être portée à la

⁹⁹⁷ Enterprise Act, art. 23.

⁹⁹⁸ L'Australie dispose aussi d'un contrôle reposant sur un système de notification volontaire où aucun seuil n'est requis mais où l'autorité nationale de concurrence en recommande l'exécution lorsque les parts de marchés après l'opération excèdent 20% du marché pertinent.

⁹⁹⁹ Singapour dispose aussi d'un système de notification volontaire dépourvu de seuils impératifs et où la Commission de la concurrence estime seulement qu'en deçà de certains seuils, l'opération ne soulève potentiellement aucun problème de concurrence.

connaissance des autorités de contrôle au moment de la conclusion de l'opération et avant sa réalisation. En ce sens, il a été considéré que le règlement organise minutieusement « un phénomène de ralentissement du temps par altération de la structure du contrat »¹⁰⁰⁰.

677. D'autre part, selon l'article 4 du règlement, la notification doit également intervenir « après la conclusion du contrat ». Si, contrairement à son prédécesseur en 1989, le règlement « concentrations » n'encadre plus dans le temps cette seconde modalité¹⁰⁰¹, il impose donc de notifier l'accord constitutif de l'opération une fois celui-ci signé, soit, plus précisément, le contrat qui « confèr[e] (...) la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise »¹⁰⁰².

678. Cette analyse de la procédure de prénotification et de notification invite à formuler certaines observations.

B. Les effets du mécanisme de notification

679. Pour notre propos, deux séries de déductions peuvent être émises au vu des règles régissant les mécanismes de notifications institués par le règlement.

680. D'un côté, les entreprises peuvent avoir intérêt à user de la procédure de prénotification de l'opération dans le but d'adapter plus finement l'opération à naître. Le dispositif de prénotification semble en effet servir l'ensemble des acteurs principaux du contrôle européen des concentrations. La Commission peut, pour sa part, évaluer sa charge de travail et s'entourer des praticiens nécessaires. Surtout, il permet aux entreprises parties d'anticiper avec plus de rigueur la procédure de contrôle qui va leur être opposée, voire les engagements qu'elles gagneraient à proposer pour voir leur opération autorisée. Elle leur offre aussi la possibilité de bénéficier d'une aide pour remplir le formulaire de notification et fournir les informations nécessaires. Cet outil peut même les alerter sur un risque d'interdiction de leur opération et les conduire ainsi à appréhender avec plus de mesure et de prudence le contenu de leur contrat définitif dans le but de voir leur opération autorisée.

¹⁰⁰⁰ J.-M. Cot, « Les contraintes de temps et l'organisation de procédures efficaces », p. 26 et spécialement, §8 in (dir. DGCCRF), *Atelier de la concurrence. Le facteur temps dans le droit de la concurrence : le temps de la procédure et le temps des entreprises*, Rev. conc. consom., 2003, n°136.

¹⁰⁰¹ Règlement (CEE) n°4064/89, art. 4, 1. : « Les opérations de concentration de dimension communautaire visées par le présent règlement doivent être notifiées à la Commission dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle ».

¹⁰⁰² Règlement « concentrations », art. 3, 2.

681. D'un autre côté, l'examen du système de notification obligatoire prévu par le règlement « concentrations » peut aussi mener à la lecture suivante : les parties ne sont pas dans l'obligation de notifier les accords qui n'induisent pas, à eux seuls, un changement de contrôle. Or, certains avant-contrats peuvent n'être destinés qu'à régir une partie de l'opération et, partant, ne pas avoir à être notifiés aux autorités. Les parties jouissent ainsi, dans ce cadre, de leur pleine liberté contractuelle.

682. L'objectif poursuivi par le système de notification fait écho à l'un des buts poursuivis par le droit européen des concentrations en général : ne *doivent* être notifiés que les accords dont la conclusion, et surtout l'exécution, est susceptible d'affecter les structures du marché. Par conséquent, les autres n'ont pas à être notifiés aux autorités de contrôle, ils *peuvent* l'être, tout au plus.

683. Pourtant, ces avant-contrats peuvent être utiles aux parties puisqu'ils leur permettent d'organiser pour partie leur opération. Dans certaines hypothèses, leur exclusion de principe du champ du contrôle des concentrations semble cependant pouvoir être interrogée.

Paragraphe 2 : Des avant-contrats aux frontières du droit européen des concentrations

684. Avant que ne soit conclu l'accord définitif entre elles, les groupes concernés par une opération de concentration bénéficient d'une liberté contractuelle quasi-pleine, en dépit des menaces que cet état du droit pourrait faire peser sur le droit des concentrations.

685. Cette analyse peut s'observer tout au long de la phase précontractuelle.

686. En effet, lors de la négociation d'une opération de concentration notifiable, les parties sont, d'abord, incitées à échanger des informations entre elles parfois sensibles, éventuellement en recourant à des moyens opérationnels spécialement prévus à cette fin. Or, de tels échanges peuvent susciter quelques préoccupations de concurrence, en particulier lorsque l'opération se solde par un échec (A.). Les entreprises sont invitées, ensuite, à sécuriser d'autant plus leurs opérations en recourant aux promesses unilatérales (B.).

A. Le temps des négociations

687. En dehors des négociations envisagées par le droit commun qui n'appellent pas de remarques particulières¹⁰⁰³, le contexte spécifique des concentrations implique une évaluation préalable de l'opportunité de la transaction qui repose sur des mécanismes originaux. Tel est le cas du processus de *due diligence*, en général, et des *data rooms*, en particulier, par lesquels les parties à une opération de concentration sont susceptibles d'échanger des informations stratégiques. La littérature sur la question est assez rare¹⁰⁰⁴. Le contexte spécifique des concentrations serait somme toute résiduel, comparé au vaste champ que recouvrent les règles propres à ce type d'échanges¹⁰⁰⁵.

688. La question semble pourtant présenter un intérêt certain dans la mesure où toutes les opérations de concentration sont susceptibles d'être précédées par une telle phase et où celle-ci est appréhendée de manière assez favorable par les autorités de contrôle (1).

689. Pourtant, faute d'entrer dans le champ d'application du droit européen des concentrations, la licéité de ce type de pratiques peut interroger au regard de l'article 101§1 du TFUE (2).

690. Dans ces conditions, les parties à l'opération sont incitées à mettre en œuvre certains mécanismes opérationnels destinés à accentuer les chances de conclusion de l'accord final, ce qui menace une nouvelle fois la cohérence du contrôle (3).

1) Le recours aux *due diligence* et *data rooms* en droit des concentrations

691. Dans le cadre des *due diligence*, des *data rooms* peuvent être constituées (a). Elles ne sont appréhendées que faiblement par les autorités de contrôle (b).

¹⁰⁰³ Sont ainsi écartées les questions tenant à la rétractation de l'offre, à la rupture des pourparlers, etc. dont le traitement spécifique sous l'angle du droit des concentrations ne paraît pas utile et dont les dispositions relèvent du droit commun des États concernés (à propos du contexte spécifique d'une cession de titres, v. not., P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat, Paris, 2009, 1088 p. et spécialement, n°540).

¹⁰⁰⁴ Sur cette question, v. cependant M. Béhar-Touchais, « Les échanges d'information entre concurrents à la faveur d'entente ou à l'occasion d'opérations de concentration », in « Séminaire procédure et concurrence », 10 avril 2015, *Concurrences*.

¹⁰⁰⁵ J. Michel, *Les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, thèse, Publications de l'Université de Toulouse I Capitole, Toulouse, 2015, 353 p., et spécialement, p. 17.

a) Le recours aux *due diligence* et *data rooms* par les entreprises

692. Lorsqu'un groupe ou une entreprise désire acquérir le contrôle d'une cible, leurs conseils (notaires¹⁰⁰⁶, avocats ou juristes d'affaires) sont invités, en pratique, à établir un calendrier prévisionnel détaillant l'ensemble des opérations requises jusqu'à la conclusion de l'opération.

693. Parmi les options offertes aux parties, celles-ci peuvent, en tout premier lieu, conclure un accord de confidentialité (dit encore « *confidentiality agreement* », « *confidentiality non-disclosure agreement* », « *secret agreement* », etc.). Un tel contrat a pour objet d'encadrer l'échange d'informations à venir entre l'acquéreur et la cible, en particulier dans le cadre de la *due diligence*, c'est-à-dire à l'occasion des diverses vérifications juridiques, économiques, fiscales, sociales et environnementales que l'acquéreur pourra réaliser sur les données de la cible afin d'évaluer la transaction.

694. Ces préalables peuvent mener à la création d'une « *data room* » spécialement organisée à cette fin. En dehors du fait que cette *data room* puisse également être constituée au sein même des entités dans le but de faciliter les échanges entre l'employeur et les institutions représentatives du personnel dans le cadre de l'opération de restructuration¹⁰⁰⁷, les parties à l'opération peuvent user d'un outil de ce type entre elles, éventuellement dans les mêmes conditions de délais¹⁰⁰⁸, afin d'accéder à d'importants documents et données dans le cadre de leurs engagements réciproques de confidentialité. Une fois l'évaluation de la viabilité économique de l'opération admise, ces *data rooms* peuvent aussi faciliter la constitution du dossier de notification. Qu'elle soit sur support électronique ou sur support papier dans une pièce spécialement prévue à cet effet, cette « chambre d'informations » peut recueillir de nombreuses informations sensibles sur la cible. Afin d'évaluer notamment le prix de la prise de contrôle et l'opportunité de l'opération, il va en effet dans l'intérêt mutuel des parties que l'acquéreur ait connaissance des données afférentes aux chiffres d'affaires de la cible, de l'identité de ses principaux contractants, qu'ils soient fournisseurs, clients, consultants, sous-traitants, etc.

695. Or, cette *data room* ne fait l'objet que d'un encadrement légal limité.

¹⁰⁰⁶ V. not., M. Freche-Thibaud et X. Fromentin, « Le mécanisme global d'une cession de contrôle », *Deffrénois*, 30 novembre 2016, n°22, p. 1197.

¹⁰⁰⁷ Sur cette question, v. P. Morvan, « Aspects sociaux de la confidentialité dans les restructurations », *Droit social*, 2010, p. 541, et spécialement, n°15 et s.

¹⁰⁰⁸ P. Mousseron, *Cession de contrôle*, Rép. sociétés, octobre 2017, et spécialement, n° 29.

b) Le recours aux *data rooms* selon les autorités de contrôle

696. La pratique des *data rooms* n'échappe certes pas pleinement au droit. Elle doit notamment se conformer aux exigences du Règlement (UE) n°2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel¹⁰⁰⁹ – ce qui implique de nombreuses obligations, dont celles d'informer les tiers concernés que leurs données sont traitées dans le cadre de ladite *data room*¹⁰¹⁰ –, et le cas échéant, à certaines lois nationales¹⁰¹¹.

697. Toutefois, elle échappe globalement au contrôle des concentrations en tant que telle. En raison de leur indifférence apparente pour le marché, les autorités de contrôle recommandent même l'utilisation de ces *data rooms*. Bien que leur utilité ne semble pas contestable, leur conformité au droit de la concurrence peut pourtant interroger.

698. La Commission estime en effet que ce type de pratique peut être non seulement inoffensif pour le marché mais qu'il est aussi habituel : « l'échange d'informations commerciales entre un acquéreur potentiel et un vendeur peut être considéré, s'il est correctement mené, comme une partie normale du processus d'acquisition, si la nature et l'objet de tels échanges sont directement liés au besoin du potentiel acquéreur d'évaluer la transaction. De telles situations naissent généralement dans le cadre d'une procédure de *due diligence* »¹⁰¹². Autrement dit, comme pour les autres actes auxquels peuvent se livrer les parties avant la décision de l'autorité saisie du contrôle, les *data rooms* et les accords qui les gouvernent ne

¹⁰⁰⁹ Règlement (UE) n°2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *JOUE* L119, 4 mai 2016, p. 1.

¹⁰¹⁰ F. Bourgeois, G. Cordier, P. Despres, S. Scemla, « Les réformes législatives récentes. Quels impacts sur vos opérations de M&A ? », *Cah. dr. entr.*, juillet 2018, n°4, entretien 4.

¹⁰¹¹ Tel est par exemple le cas en France, en vertu des récentes dispositions destinées à lutter contre la corruption (loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 »), *JORF* n°0287 du 10 décembre 2016 ; loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF* n°74 du 28 mars 2017, t. n°1 ; étant précisé que cette dernière loi avait fait l'objet d'une censure partielle par le Conseil constitutionnel, Cons. constit., 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n°2017-750 DC, , *JORF* n°74 du 28 mars 2017, t. n°2). L'Agence Française Anticorruption a récemment publié un *Guide pratique* décrivant les vérifications anticorruption à réaliser dans le cadre d'opérations de fusions-acquisitions (Agence Française Anticorruption, « *Guide pratique. Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions.* », janvier 2020 ; obs. P. Dufourq, « Présentation des vérifications anticorruption à mener dans le cadre d'opération de fusion-acquisition », *D. actualité*, 29 janvier 2020).

¹⁰¹² Nous soulignons ; Commission, 24 avril 2018, *Altice/PT Portugal*, aff. M.7993.

doivent simplement pas conduire à un contrôle de fait de la cible alors même que l'autorité ne s'est pas prononcée.

699. De même, en France, l'utilisation de ces *data rooms* a été explicitement recommandée par l'Autorité de la concurrence afin d'éviter aux entreprises d'être sanctionnées par la suite¹⁰¹³. Était en cause la décision *SFR/OTL*¹⁰¹⁴ rendue à propos de la réalisation anticipée d'une opération de concentration préalablement notifiée, laquelle est qualifiée de pratique de « *gun jumping* »¹⁰¹⁵ dans sa première acception¹⁰¹⁶.

700. Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence, pour la première fois au monde¹⁰¹⁷, avait sanctionné à hauteur de quatre-vingt millions d'euros des entreprises qui avaient notifié leur opération de concentration. Il leur était reproché, notamment lors de la phase précontractuelle, d'avoir accompli un certain nombre d'actes qui conduisaient à anéantir leurs indépendances respectives. Interrogée à propos de cette affaire, la Présidente de l'Autorité de la concurrence, Isabelle de Silva, a pu considérer que cette décision tendait à alerter les entreprises sur la vigilance dont elles devaient nécessairement faire preuve dans le cadre de la conclusion d'une opération susceptible de contrôle. Or, afin de tirer les conclusions de cette décision et d'orienter les entreprises en conséquence, la Présidente a pu souligner, non seulement l'importance des échanges entre entreprises avant la conclusion de l'opération, mais aussi l'utilité de recourir aux *data rooms* : « L'Autorité

¹⁰¹³ L'Autorité de la concurrence doit également être informée de leur constitution (clause figurant dans le modèle d'engagement de cession proposé par l'Autorité : lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 859 [anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 14, p. 194]) et ces *data rooms* doivent être communiquées au mandataire en charge de la cession, le cas échéant (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 882 [anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 29, p. 200]).

¹⁰¹⁴ Autorité de la concurrence, 8 novembre 2016, *décision relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce*, n°16-D-24 ; à propos de cette décision et des pratiques de *gun jumping*, v. aussi, I. de Silva, « *Gun jumping* : Quelles sont les pratiques à éviter ? Réflexions sur la mise en œuvre anticipée des opérations de concentration », *Concurrences*, 2018, n°3, p. 55.

¹⁰¹⁵ C. Ferrier et P. Thomas, « Le *gun jumping* », *Revue de Droit bancaire et financier*, mai 2018, n°3, étude 9 ; L. Binet, « Un an de régulation du marché des communications électroniques », *Communication Commerce électronique*, juin 2017, n°5, chron. 7, et spécialement, n°10.

¹⁰¹⁶ Pour la seconde, v. *Infra*, ce paragraphe, B., 2), b).

¹⁰¹⁷ Autorité de la concurrence, 8 novembre 2016, *décision relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce*, préc. ; Autorité de la concurrence, « *Rapport d'activité. 2016* », 2017 ; à l'heure de la publication de la nouvelle version des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence, c'est aussi la seule fois où cette procédure a été mise en œuvre (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 182).

ne nie pas pour autant que les entreprises aient besoin de communiquer pour élaborer des rapprochements et les mettre en œuvre avec succès (...). (...) [S]i l'élaboration d'un plan d'intégration est souhaitable, les échanges d'informations stratégiques à cette occasion ou sa mise en œuvre avant la date d'autorisation sont en contradiction avec le caractère suspensif de la procédure. Les entreprises et leurs conseils ont, de longue date, rédigé des protocoles d'accord contenant des clauses équilibrées ou élaboré des systèmes pour contrôler l'accès aux informations sensibles (*data room*, accès réservé à des conseils externes). *Il existe donc des solutions opérationnelles pour concilier le respect de la procédure du contrôle des concentrations et la préparation des opérations, dans le respect des intérêts légitimes de chaque partie* »¹⁰¹⁸.

701. Pourtant, l'objet de ce type de pratiques interroge sa conformité avec le droit de la concurrence à d'autres égards. Il semble en particulier que leur licéité puisse être mise en perspective avec les règles applicables aux ententes.

2) Proposition d'analyse des *data rooms* au regard de l'article 101§1 du TFUE

702. Certes, la Commission a pu relever que des échanges d'informations résultant de l'opération de concentration étaient susceptibles de nuire aux concurrents dont les informations sont détenues par l'une des parties¹⁰¹⁹. Il semble toutefois qu'elle se soit questionnée en ce sens uniquement dans le cadre du contrôle, afin d'étayer la démarche prospective qui est la sienne, qui lui permet d'apprécier les effets de l'opération et le caractère ou non suffisant des engagements proposés par les parties soucieuses de voir leur opération autorisée¹⁰²⁰.

703. À propos de l'échange d'informations portant sur les données des parties et induit par une concentration notifiable en soi, la Commission a, tout au plus, donné des clés d'interprétation. Elle s'est en effet limitée à encadrer et rassurer les entreprises sur la divulgation de leurs informations confidentielles auprès d'elle avant la communication des griefs et préalablement à leur audition orale¹⁰²¹. Dans ce

¹⁰¹⁸ Nous soulignons ; I. de Silva, « 3 questions - Réalisation anticipée d'opérations de concentration notifiées à l'Autorité de la concurrence », *JCP E*, 17 novembre 2016, n°46, 908.

¹⁰¹⁹ V. en ce sens, not., Commission, 13 juillet 2005, *Siemens/Va Tech*, aff. M. 3653, *JOUE* L353, 13 décembre 2006, p. 19 ; Commission, 19 septembre 2006, *Toshiba/Westinghouse*, *JOUE* C10, 16 janvier 2007, p. 1.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ Étant précisé que ces orientations portent également sur les procédures mises en œuvre dans le cadre des enquêtes menées par la Commission au titre des articles 101§1 et 102§2 : *Best practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation*, 2 juin 2015, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf.

Guide de bonnes pratiques, la Commission sous-entend pourtant que cette problématique peut susciter quelques craintes au regard du droit des ententes et détaille notamment pour cette raison semble-t-il les missions dévolues aux conseils disposant d'un accès à ces *data rooms*¹⁰²².

704. Il est vrai que ce type d'échanges est peu susceptible de soulever des difficultés dans le cas où l'opération de concentration serait autorisée par l'autorité de contrôle. Il devient en revanche nettement plus problématique dans l'hypothèse où l'opération est abandonnée par les parties et dans celle où la concentration fait l'objet d'une décision d'incompatibilité.

705. Certes, à l'image des gains d'efficacité attribués plus généralement aux échanges d'informations, y compris par la Commission dans ses lignes directrices¹⁰²³, ce procédé sert non seulement les entreprises mais encore la concurrence. Outre la seule incitation à l'investissement que nous avons évoquée, ces échanges peuvent aussi favoriser l'innovation, informer l'acquéreur sur les éventuelles améliorations à apporter aux sites de production du groupe après l'opération, l'état de la demande, les volumes prévisionnels de production, etc. Ils peuvent aussi induire une plus forte transparence du marché et une baisse des prix profitables aux consommateurs¹⁰²⁴.

706. Leurs effets restrictifs sur la concurrence sont toutefois également avérés, en particulier lorsqu'ils ont lieu entre entreprises concurrentes : en fonction de la structure du marché concerné, ils peuvent en effet faciliter une coordination néfaste à la concurrence par les effets coordonnés¹⁰²⁵ ou non-coordonnés¹⁰²⁶ qu'ils provoquent.

¹⁰²² *Ibid.* et spécialement, (19) et (20).

¹⁰²³ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, p. 13.

¹⁰²⁴ V. not. M. Benett, J. Fingleton, A. Fletcher, L. Hurley et D. Ruck, « What does Behavioral Economics Mean for Competition Policy? », *Competition Policy International*, mars 2010, vol. 6, n°1 ; P. Kemplerer, « Competition when Consumers Have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade », *Review of Economic Studies*, 1995, n° 62, p. 515.

¹⁰²⁵ En ce sens que l'échange peut faciliter une collusion et mener à une réelle coordination, à des mécanismes de surveillance et de sanction entre les membres du cartel.

¹⁰²⁶ Dans la mesure où les échanges d'informations peuvent verrouiller le marché : les nouveaux entrants sont susceptibles d'être désavantagés par rapport à leurs concurrents déjà installés et mieux informés ; sur ces questions, v. not. G. J. Stigler, « A Theory of oligopoly », *The Journal of Political Economy*, février 1964, vol. 72, n° 1, p. 44.

707. Leur « rôle ambivalent »¹⁰²⁷ peut ainsi les conduire à la qualification de pratique concertée prohibée au sens de l'article 101§1 du TFUE.

708. Tel est en effet le cas lorsqu'est en cause, conformément à l'arrêt emblématique *Suiker Unie*, « une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence »¹⁰²⁸. Les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable « plan », sont remplis lorsqu'il est prouvé que des concurrents n'ont pas adopté de manière autonome leur comportement sur le marché¹⁰²⁹. Il ne leur est pas interdit de s'adapter intelligemment aux décisions prises par leurs rivaux mais tous contacts directs ou indirects entre eux sont prohibés s'ils influencent leurs stratégies commerciales et s'ils restreignent la concurrence¹⁰³⁰. Pour apprécier le caractère ou non anticoncurrentiel des échanges, la Commission, comme les autorités nationales de concurrence, apprécie le marché concerné, les informations et les échanges eux-mêmes¹⁰³¹. En particulier, la pratique sera susceptible d'être sanctionnée au titre de l'article 101§1 du TFUE en présence d'informations portant sur la stratégie¹⁰³² actuelle¹⁰³³ ou future¹⁰³⁴ de l'entreprise,

¹⁰²⁷ K. Schallenberg, « Commission européenne : nouvelles lignes directrices mais peu de surprises », *LPA*, 17 juin 2011, n°120, p. 4.

¹⁰²⁸ CJCE, 16 décembre 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et autres c/ Commission* (« entente sur le sucre »), aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, *Rec.* 1975, p. 1663 et spécialement, pt 26 ; confirmé à de multiples reprises par la suite (v. par exemple, CJCE, 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres c/ Commission* [« Pâte de bois »], aff. jtes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, *Rec.* 1993, I, p. 1307 ; CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV c/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, aff. C-8/08, *Rec.* 2009, I, p. 4529, et spécialement, pt 26).

¹⁰²⁹ CJCE, 16 décembre 1975, *entente sur le sucre, préc.*, et spécialement, pt 173 et CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. C-7/95P, *Rec.* 1998, I, p. 3111 et spécialement, pt 86.

¹⁰³⁰ CJCE, 16 décembre 1975, *entente sur le sucre, préc.*, et spécialement, pt 174.

¹⁰³¹ A. Bonnet, *Les échanges d'informations entre concurrents : entre collusion et transparence. Perspectives européennes et internationales*, Mémoire, Centre de documentation et de recherches européennes, Bayonne, 2013, 115 p. et spécialement, pp. 20 et s.

¹⁰³² Dans la mesure où de telles informations sont de nature à réduire l'incertitude sur le marché nécessaire à l'exercice d'une concurrence non-faussée ; tel est en particulier le cas des données sur les prix, les remises et rabais, les clients, les coûts de production, les quantités, le chiffre d'affaires, les ventes, les capacités, les qualités, les stratégies commerciales, les risques, les investissements, les technologies et projets de R&D (lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, pt 86).

¹⁰³³ Dans la mesure où l'incertitude sur les pratiques actuelles des entreprises sont levées et où les auteurs de ces échanges sont incités à adapter leur comportement à venir en conséquence (*Ibid.*, pt 105 ; pour un exemple en droit français, v. la célèbre affaire des *Palaces Parisiens* : Conseil de la concurrence, 25 novembre 2005, *décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens*, n°05-D-64).

dotées d'un caractère individualisé et précis¹⁰³⁵, échangées régulièrement dans certains cas¹⁰³⁶ et en toute confidentialité¹⁰³⁷. Comme l'article précité le prévoit, de tels échanges peuvent en effet engendrer des restrictions de concurrence par objet¹⁰³⁸ ou des effets restrictifs de concurrence¹⁰³⁹.

709. Or, les échanges d'informations auxquels se livrent les parties à une opération de concentration avant la conclusion du contrat régissant l'opération semblent répondre à ces définitions. Au vu de ce qui précède, il fait peu de doutes, par exemple, que soient qualifiées de stratégiques, individualisées et précises, les informations contenues dans une *data room* qui détailleraient le volume de chiffre d'affaires ventilé par client que la cible réalise habituellement. Si de telles données peuvent ne pas directement définir la stratégie envisagée pour l'avenir par la cible, celles-ci portent *a minima* sur sa stratégie actuelle. Ces échanges sont susceptibles de constituer une restriction de concurrence par objet : en plus de lever toute incertitude sur la stratégie adoptée actuellement par la cible, ils peuvent aussi inciter

¹⁰³⁴ En particulier, l'échange de données individualisées sur les prix ou quantités futures de produits mis sur le marché constitue une restriction de concurrence par objet (Commission, 15 octobre 2008, *Bananes*, aff. COMP/39.188, JOUE C189, 12 août 2009, p. 12 ; conf. par Trib. UE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce Inc. c/ Commission*, aff. T-587/08, Rec. et Trib. UE, 14 mars 2013, *Dole Food Company Inc et Dole Germany OHG c/ Commission*, aff. T-588/08, Rec., obs. L. Idot, « Infraction unique et continue et échanges d'informations », *Europe*, mai 2013, n°5, comm. 217).

¹⁰³⁵ Ainsi que l'ont montré, par exemple, les décisions rendues dans le cadre de l'affaire *John Deere* (Commission, 17 février 1992, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, aff. IV/31.370 et 31.446, JOCE L68, 13 mars 1992, p. 19 ; conf. par TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere c/ Commission*, aff. T-35/92, Rec. 1994, II, p. 957 ; puis par CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. C-7/95P, Rec. 1998, I, p. 3111).

¹⁰³⁶ L'appréciation de la régularité des échanges est dépendante des faits soumis. La fréquence des discussions dépend ainsi de « la nature, de l'ancienneté et du caractère agrégé des données » (lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, pt 91).

¹⁰³⁷ La Commission apprécie de manière extensive un tel critère. Les lignes directrices sur la question en fournissent une illustration éloquentes en recourant à l'exemple d'informations divulguées par des stations-services, d'où il se déduit que des informations puissent être écartées du domaine public même lorsqu'elles font l'objet d'un affichage public (*Ibid.*, pt 63).

¹⁰³⁸ Ce sont celles qui sont « considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence » (CJCE, 20 novembre 2008, *Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brother (Carrigmore) Meats Ltd*, aff. C-209/07, Rec. 2008, I, p. 8637, et spécialement, pt 17).

¹⁰³⁹ Les autorités de concurrence doivent déterminer l'existence d'effets restrictifs de concurrence occasionnés par l'échange d'informations lorsqu'il n'est pas démontré que la pratique a un objet restrictif de concurrence (CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig*, aff. jtes 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 429). En pareil cas, les autorités apprécient si la pratique a pour effet réel et potentiel de réduire l'autonomie décisionnelle des concurrents et de diminuer sensiblement la concurrence (v. not., CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c/ Commission*, préc., pt 88).

l'interlocuteur à adapter son comportement en conséquence¹⁰⁴⁰. Dans le cas où l'opération serait mise en échec, il ne semble pas possible d'écarter d'emblée la possibilité que l'ancienne entreprise qui envisageait d'acquérir le contrôle de l'auteur de ces divulgations se livre à ce type de démarche. La confidentialité de l'échange ne suscite pas davantage d'incertitude. Il semble en aller de même pour l'application des principes tirés de la fréquence de ce type de discussions : en reprenant l'exemple précédent, la conclusion d'un accord de confidentialité et la mise en place d'une *data room* sont susceptibles de nécessiter la tenue de plusieurs rencontres et réunions entre les parties. Quand bien même un seul échange suffirait aux parties pour parvenir à un tel résultat, la qualification devrait être identique puisqu'il a été admis qu'en fonction de la structure du marché et du but recherché par la concertation, une seule prise de contact peut être anticoncurrentielle¹⁰⁴¹.

710. Certes, la divulgation d'informations sensibles en pareille hypothèse n'a pas, *a priori*, pour objet de coordonner les actions de l'éventuel acquéreur et de la cible sur le marché en dehors des aspects relevant de la concentration. Elle ne devrait pas davantage s'accompagner d'une menace de représailles s'il l'un se détourne de ses annonces. Ce constat ne semble cependant pas à même d'écarter, à lui seul, la qualification de pratique concertée prohibée.

711. D'une part en effet, il est admis qu'« une *pratique concertée* (...) n'implique pas que les parties soient parvenues à un accord sur ce que chacune d'elles doit ou ne doit pas faire sur le marché »¹⁰⁴² et, partant qu'« on peut donc considérer qu'il y a "pratique concertée" au sens de l'article 85 paragraphe 1 lorsque les parties n'ont pas convenu ou décidé à l'avance entre elles ce que chacune fera sur le marché, mais que, en toute connaissance de cause, elles adoptent un mécanisme collusoire qui encourage ou facilite la coordination de leur comportement commercial ou se rallient à un tel mécanisme »¹⁰⁴³. Le fait de convenir d'échanger des informations sensibles au moyen d'une *data room* spécialement prévue à cet effet paraît répondre à cette définition, quand bien même les parties n'auraient pas explicitement convenu d'en tirer un profit actuel ou ultérieur qui excéderait la seule négociation de l'opération.

¹⁰⁴⁰ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, pt 105.

¹⁰⁴¹ CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV c/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, préc.

¹⁰⁴² Souligné dans le texte ; Commission, 13 juillet 1994, *Carton*, aff. IV/C/33.833, JOCE L243, 19 septembre 1994, p. 1 et spécialement, pt 126.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, et spécialement, pt 127, confirmant CJCE, 16 décembre 1975, *entente sur le sucre*, préc., et CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, aff. 48-69, Rec. 1972, p. 619.

712. D'autre part, l'existence de mécanismes de représailles a, il est vrai, été discutée dans le cadre du contrôle des concentrations. Si la question ne s'est, semble-t-il, pas posée au juge à propos d'échanges d'informations préalables au contrôle, elle mérite cependant d'être envisagée ici pour interroger la pertinence d'un tel critère dans le cas des *data rooms*. Ainsi, dans ces affaires, était en cause la potentialité d'abus de position dominante collective en présence d'opérations de concentration. Il importait de caractériser les éventuels oligopoles collusifs qui pouvaient en résulter et d'apprécier notamment, à cette fin, s'il était nécessaire que la preuve soit rapportée de menaces de représailles. Plus précisément, dans l'affaire *Airtours*, les requérantes soutenaient, afin de dénoncer la décision d'incompatibilité dont leur opération avait fait l'objet, que la Commission n'avait pas assez caractérisé la probabilité de représailles, dont la détermination était prétendument nécessaire pour en déduire un risque d'oligopole collusif. Or, le Tribunal a effectivement considéré que la Commission n'avait pas suffisamment montré ce risque après avoir relevé cependant que « la Commission ne doit pas nécessairement établir l'existence d'un "mécanisme de représailles" déterminé, plus ou moins strict, mais elle doit démontrer, en tout état de cause, l'existence de facteurs de dissuasion suffisants pour que chacun des membres de l'oligopole dominant n'ait pas intérêt à dévier du comportement commun aux dépens des autres membres de l'oligopole »¹⁰⁴⁴. En tirant les conclusions de ses constatations dans l'affaire *Airtours*, le Tribunal a confirmé dans son arrêt *Impala*¹⁰⁴⁵ que la preuve d'« une forme de mécanisme de dissuasion »¹⁰⁴⁶ comptait effectivement parmi les conditions permettant de caractériser une position dominante collective¹⁰⁴⁷ et même que « la simple existence de mécanismes de dissuasion efficaces suffit, (...) en principe, dès lors que, si les membres de l'oligopole se conforment à la politique commune, il n'y a pas lieu de recourir à l'exercice de sanction »¹⁰⁴⁸. Si l'existence de ces mécanismes a pu être perçue comme une condition, non alternative, mais cumulative pour caractériser un tel risque¹⁰⁴⁹, leur

¹⁰⁴⁴ TPICE, 6 juin 2002, *Airtours plc c/ Commission*, aff. T-342/99, *Rec.* 2002, II, p. 2585, et spécialement, pt 195.

¹⁰⁴⁵ TPICE, 13 juillet 2006, *Independent Music Publishers and Labels Association (« Impala ») c/ Commission*, aff. T-464/04, *Rec.* 2006, II, p. 2289, obs. G. Decocq, « Création et renforcement de la position dominante collective des grandes maisons de disques », CCC, octobre 2006, n°10, comm. 190.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, et spécialement, pt 247.

¹⁰⁴⁷ Aux côtés de la transparence du marché et l'indifférence, pour la coordination, des réactions des tiers.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, et spécialement, pt 466.

¹⁰⁴⁹ Tel est par exemple la position que le Conseil d'État a adoptée en France (C.E., 31 juillet 2009, *Société Fiducial Audit, Société Fiducial Expertise*, n°305903, *Rec.* p. 313 ; obs. D. Bosco, « Cabinets d'audit : le Conseil d'État s'aligne sur la jurisprudence *Airtours* », CCC, octobre 2009, n°10, comm. 249).

nécessaire démonstration en pareil cas, alors qu'existent d'autres mécanismes permettant de discipliner les actions des membres, ne semble pas certaine¹⁰⁵⁰.

713. La caractérisation de ces menaces de dissuasion en matière de concentrations est par conséquent discutable. Rapportée aux échanges précédant l'opération, la question semble d'autant moins soulever de difficultés sérieuses que la Commission admet que l'échange d'informations individualisées permette plus facilement d'identifier le caractère déviant d'un comportement¹⁰⁵¹, en particulier lorsque la structure du marché se prête à ce type de collusion¹⁰⁵².

714. Dès lors, les échanges d'informations auxquels des entreprises peuvent se livrer lors de la période de négociations qui précède la conclusion d'une opération de concentration semblent pouvoir être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles au sens de l'article 101§1 du TFUE.

715. Il est vrai qu'aucune décision ne paraît avoir sanctionné un tel échange dans le cadre spécifique du contrôle des concentrations. La question a toutefois été soulevée en particulier dans le cadre de l'examen récent de l'opération *Altice/IT Portugal*¹⁰⁵³ où la Commission a conclu à l'exercice d'une influence décisive de l'acquéreur sur la cible avant l'issue du contrôle, justifiant par là-même le prononcé d'une sanction. Les échanges d'informations stratégiques auxquels les parties se sont livrées ont contribué à caractériser l'exercice de ce contrôle¹⁰⁵⁴. D'autres éléments ont été

¹⁰⁵⁰ A.-L. Sibony, « Caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations confidentielles périodiques sur un marché oligopolistique », *JCP G*, décembre 2006, II 10204.

¹⁰⁵¹ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, pts 67 et 89.

¹⁰⁵² *Ibid.*, pt 85.

¹⁰⁵³ Commission, 24 avril 2018, *Altice/PT Portugal*, aff. M.7993.

¹⁰⁵⁴ En filant une métaphore portant sur la vente d'une maison, la Commissaire européenne à la concurrence Margrethe Vestager a par la suite expliqué qu'il était attendu des parties qu'elles distinguent les cas dans lesquels l'acheteur exige que son approbation soit donnée avant que le vendeur n'abatte un mur, de celles où son avis sur l'arrangement des fleurs est aussi nécessaire. En d'autres termes, un échange d'informations entre les parties au contrat trop prononcé conduirait à conférer à l'acheteur un réel contrôle sur la cible ; or, faute de l'avoir préalablement notifié à la Commission, ce changement de contrôle prématuré est constitutif d'une pratique de *gun jumping* sanctionnable (« there have to be limits on how far that can go. It's one thing to insist that the seller of a house doesn't knock down a wall without checking with you. But that doesn't mean you need a say in how the flowers are arranged. And it's the same with a merger agreement. There's a difference between the day to day decisions a company makes, and the ones that really change the whole nature of the business. And if buyers want to be sure they don't jump the gun in a merger, they shouldn't have control over decisions in the ordinary course of business. », M. Vestager, « *Competition and a fair deal for consumers online* », discours, 26 avril 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://wayback.archive->

nécessaires pour parvenir à cette conclusion, dont le fait que les échanges aient excédé le strict cadre de la procédure de *due diligence* ou encore l'absence de contrat de confidentialité les gouvernant.

716. En ce sens, les échanges d'informations précédant la conclusion de l'opération semblent susciter un intérêt renouvelé qu'il paraît effectivement utile de ne pas occulter au vu de leur infraction aux dispositions de l'article 101§1 du TFUE. Cette question paraît d'autant plus pertinente dans le cas où l'opération échouerait finalement : elle conduirait ainsi à interroger le devenir des informations préalablement divulguées.

717. Dans ces conditions, le fait que ce type de pratique échappe au droit des concentrations ne nuit pas simplement à son application cohérente en droit de la concurrence ; cet état du droit permet aussi qu'il soit porté atteinte à l'entreprise qui a divulgué ses informations avant que l'opération n'échoue, voire à son groupe.

718. Ce type de considérations peut expliquer que les entreprises et leurs groupes recourent régulièrement à d'autres mécanismes opérationnels. Il n'en reste pas moins que ces dispositifs ont également vocation à échapper au contrôle.

3) Réflexions sur les mécanismes alternatifs susceptibles d'être mis à la disposition des parties à l'opération

719. Lorsque l'opération est finalement conclue puis autorisée par la ou les autorités de contrôle saisies, les échanges d'informations auxquels les parties se sont livrées avant la conclusion de l'opération peuvent, comme exposé précédemment, soulever également des préoccupations de concurrence. Tel est en particulier le cas lors de la création d'une entreprise commune¹⁰⁵⁵ ou lorsque les données affectent les concurrents principaux de la nouvelle entité. Dans cette dernière hypothèse, il ressort des affaires *Airtours* et *Impala* que la question est d'autant plus vive lorsque l'opération présente un risque de création ou de renforcement d'une position dominante collective.

720. Aussi, l'échange d'informations est-il apprécié à ce niveau de la procédure par les autorités de contrôle, voire par le juge, et des remèdes structurels de type

it.org/12090/20191129211410/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-fair-deal-consumers-online_en.).

¹⁰⁵⁵ M. Béhar-Touchais, « Les échanges d'information entre concurrents à la faveur d'entente ou à l'occasion d'opérations de concentration », in « Séminaire procédure et concurrence », 10 avril 2015, *Concurrences*.

« murailles de chine »¹⁰⁵⁶ peuvent notamment être exécutés. Ces « murailles » conduisent en effet à garantir l'étanchéité des activités au sein de la nouvelle entité et empêcher une diffusion excessive d'informations sensibles à l'intérieur même d'un groupe. La Commission paraît y recourir plus volontiers en droit des ententes : elle a par exemple autorisé une pratique sur le fondement de l'ancien article 85§3 du Traité CEE à l'appui de cet outil¹⁰⁵⁷. La pratique décisionnelle de la Commission invite cependant à se demander si les engagements auxquels elle consent parfois en droit des concentrations ne pourraient pas aussi bénéficier de cette qualification¹⁰⁵⁸. La question se pose d'autant plus que l'Autorité de la concurrence, en France, y fait régulièrement appel lorsqu'elle apprécie des opérations de concentration¹⁰⁵⁹.

721. Quoiqu'il en soit, la technique de la « muraille de Chine » reste sans effet par définition lorsque l'opération envisagée est soit, abandonnée par les parties soit, frappée d'une décision d'incompatibilité émise dans le cadre du contrôle. En pareil cas en effet, il n'est plus possible d'obliger plusieurs entités à respecter une certaine étanchéité au sein du groupe, faute justement pour ce groupe de ne pas exister.

722. Les parties peuvent ainsi recourir à d'autres moyens alternatifs pour éviter non seulement que la négociation de l'opération n'aboutisse à divulguer sur le marché un nombre excessif d'informations sensibles mais aussi que l'échange entre

¹⁰⁵⁶ Sur cette question, v. not. P. Arhel, *Concentration*, Rép. com., 2017 et spécialement, n°122 et s. ; v. aussi nos réserves sur la nature structurelle ou comportementale de ce type de mesures, *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1, B., 1).

¹⁰⁵⁷ En l'espèce, la Commission a autorisé une exemption au bénéfice de la pratique qui était soumise à son examen et impliquait une entreprise commune en imposant que « les sociétés mères établissent des procédures et sauvegardes appropriées afin d'éviter que toutes les informations confidentielles, sensibles sur le plan de la concurrence (notamment le volume de leurs besoins annuels, les programmes et stratégies en matière commerciale, les politiques de distribution, les prix de gros et de détail, ainsi que leurs intentions concernant l'équipement standard et les options) ne parviennent pas aux employés de l'autre société mère et ne soient communiquées qu'aux collaborateurs de l'entreprise commune qui doivent les connaître pour assurer le bon fonctionnement de celle-ci. Les membres du personnel en question signent un accord de confidentialité » (Commission, 23 décembre 1992, *Ford/Volkswagen*, aff. IV/33.814, *JOCE* L20, 28 janvier 1993, p. 14, et spécialement, article premier, 2.).

¹⁰⁵⁸ Commission, 20 juillet 2016, *ASL/Arianespace*, aff. M.7724, *JOUE* C438, 19 décembre 2017, p. 31 ; à ce propos, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1, B., 1).

¹⁰⁵⁹ Pour des exemples, v. not., l'affaire *The Coca-Cola Company* où le Conseil d'État, saisi à la suite de la décision rendue par le Ministre de l'économie, a fait preuve d'une vigilance soutenue vis-à-vis de la mise en place d'une structure indépendante qui avait pour mission, à l'appui d'une licence exclusive, de distribuer des produits clés (C.E., Sect., 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*, n°201853, *Rec.* p. 119) ou encore la prise de contrôle conjointe de TMC par les sociétés TF1 et AB où le Conseil d'État, saisi en recours, a adopté une approche plus souple à l'égard d'une mesure similaire (C.E., 27 juin 2007, *Société Métropole Télévision (M6)*, n°278652, *Rec.* p. 280 ; obs. P.-A. Jeanneney, S. Nicinski et L. Richer, *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, *AJDA*, 2007, p. 1737).

les parties avant l'opération ne soit sanctionné sur le fondement de l'article 101§1 du TFUE par suite d'une utilisation ultérieure des informations échangées.

723. Elles peuvent, d'abord, avoir pris la précaution d'étendre contractuellement la durée de leurs engagements de confidentialité pour la période post-contractuelle. De telles stipulations étant cependant, en pratique, souvent assorties d'un terme, d'autres dispositifs peuvent être mis en œuvre.

724. Notamment, au lieu d'intégrer, *ab initio*, dans la *data room*, l'ensemble des informations sensibles de la cible, celle-ci peut en constituer une première qui ne comprendrait que des données générales¹⁰⁶⁰ et lui permettrait d'entamer des négociations avec plusieurs acquéreurs potentiels. Après ce préalable, une phase de négociations exclusive peut ainsi s'ouvrir avec l'acquéreur ou les acquéreurs finaux et s'accompagner d'une seconde *data room* plus dense, reflétant plus précisément les données stratégiques de la cible. Des *cleans teams*¹⁰⁶¹, dites aussi « *compliance officers* »¹⁰⁶² ou « *integration teams* »¹⁰⁶³, peuvent également être nommés en complément dans le but de s'assurer que les informations confidentielles soient diffusées de manière limitée à l'intérieur même des structures et groupes concernés par l'opération. Ce type de procédé a d'ailleurs été recommandé par la Commission dans la décision précitée *Altice/PT Portugal*.

725. Il reste cependant que dans un contexte où l'opération a échoué, les anciennes parties à l'opération – et en particulier la cible, voire le nouveau groupe avec lequel l'opération a finalement été conclue – n'ont toujours d'autre choix que de miser sur le respect des engagements de confidentialité préalablement souscrits. Ce vœu peut être motivé tant par des motifs licites qu'illicites : il peut aussi bien s'agir de la simple volonté de s'assurer du maintien d'une concurrence stable entre elles que de celui de veiller à ce qu'aucune pratique concertée ne soit ni dévoilée auprès des autorités de concurrence, ni sanctionnée par elles.

¹⁰⁶⁰ M. Hindré, « Échanges d'informations à l'occasion d'opérations de concentration : risques encourus et précautions à prendre », in « Séminaire procédure et concurrence », 10 avril 2015, *Concurrences*.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*

¹⁰⁶² Étant précisé que des missions plus larges sont généralement attribuées aux *compliance officers* dans la mesure où il peut également leur être demandé de veiller au déroulement de la *due diligence* et plus généralement, au cours de la vie sociale, au respect des procédures de vigilance édictées par les textes.

¹⁰⁶³ Les missions qui leur sont assignées peuvent, plus généralement, porter sur l'ensemble du processus d'intégration en interne consécutif à l'opération de restructuration.

726. Des théories telles que celles des jeux dynamiques¹⁰⁶⁴ et du dilemme du prisonnier¹⁰⁶⁵, lesquelles expliquent notamment le succès des programmes de clémence en droit européen¹⁰⁶⁶, ont cependant montré le caractère éminemment fragile de la confiance que des concurrents peuvent se porter mutuellement.

727. Dans tous les cas, seul le droit des pratiques anticoncurrentielles paraît à même de se saisir de ce type de pratiques, dont la conclusion aura été facilitée sinon par les groupes, du moins par le droit des concentrations lui-même. Ce corps de règles édicte certes un contrôle en amont des structures de la concurrence et laisse au droit des pratiques anticoncurrentielles le soin d'appréhender en aval de leur exécution les comportements anticoncurrentiels. Admettre néanmoins que le droit des concentrations puisse, parfois et dans une certaine mesure, faciliter la conclusion

¹⁰⁶⁴ Selon cette théorie, les échanges entre adversaires reposent sur deux dynamiques : la contrainte de participation (le bilan coûts/avantages auquel se livre l'entreprise tend à démontrer que le profit pécuniaire du cartel est supérieur aux amendes encourues) et la contrainte d'incitation (l'entreprise estime qu'elle ne tirerait aucun avantage à se défaire du cartel) ; en ce sens, v. F. Lévêque, « L'efficacité multiforme des programmes de clémence », *Concurrences*, 2006, n°4, p. 31.

¹⁰⁶⁵ L'hypothèse est la suivante : deux complices sont isolés chacun dans une geôle et sont interrogés sur un délit commis de concert généralement puni d'un an d'incarcération, par exemple. Il leur est alors promis que si l'un d'eux avoue, il bénéficiera d'une remise de peine tandis que l'autre subira la peine maximale encourue, dix ans. Si les deux avouent, ils écoperont chacun de la moitié de la peine maximale, soit cinq ans. Bien qu'ils aient mutuellement intérêt à ne rien avouer, la méfiance à l'égard du coauteur et l'intérêt qu'ils portent à une éventuelle remise de peine les amèneraient finalement à avouer chacun (sur la question, v. *Ibid.*).

¹⁰⁶⁶ Il s'agit de la procédure permettant à « un participant à une entente secrète, indépendamment des autres entreprises participant à l'entente, [de] coopérer avec l'autorité de concurrence dans le cadre de son enquête en présentant spontanément des éléments concernant sa connaissance de l'entente et le rôle qu'il y joue, en échange de quoi ce participant bénéficie, par voie de décision ou du fait de l'arrêt de la procédure, d'une immunité d'amendes ou d'une réduction d'amendes pour sa participation à l'entente » (Directive (UE) n°2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, *JOUE* L 11, 14 janvier 2019, p. 3 et spécialement, art. 2, 16)). Le premier programme européen de clémence a été introduit en 1996 mais en raison de son faible succès, le programme a été révisé par la Commission en 2002, puis en 2006 (Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *JOUE* C 298, 8 décembre 2006, p. 17). Le Réseau européen de concurrence (« REC »), composé des autorités nationales de concurrence et de la Commission et dont le but est de faciliter la coopération entre autorités, a ensuite publié un « Programme modèle en matière de clémence » dans le but d'inciter les autorités nationales de concurrence à adopter un dispositif similaire (ECN, « Programme modèle du REC en matière de clémence », 29 septembre 2006) qui a été révisé en 2012 (sur la question, v. C. Lemaire, « Clémence - Programme du REC : Le Réseau européen de Concurrence publie une version révisée de son programme modèle de clémence (ECN, Model Leniency Programme as revised in nov. 2012) », *Concurrences*, 2013, n° 1, p. 164). La directive ECN+ tend, quant à elle, à harmoniser l'ensemble des procédures nationales de clémence.

de collusions anticoncurrentielles et les laisser perdurer jusqu'à leur divulgation éventuelle, reste peu satisfaisant.

728. Quoi qu'il en soit, cet état des pratiques et du droit implique notamment, du point de vue des groupes concernés par l'opération, qu'ils soient incitées à se prémunir contractuellement contre un éventuel abandon des négociations, voire contre une issue défavorable du contrôle. Des stipulations en ce sens peuvent ainsi figurer, dans le premier cas, dans l'avant-contrat conclu après l'évaluation de l'opération permise par la *due diligence* et dans le second, dans le contrat de concentration final¹⁰⁶⁷.

729. Le recours à certains contrats préparatoires, et en particulier à ceux qui comprennent des promesses unilatérales, peut par conséquent leur être des plus utiles. Elles ont d'autant moins de raisons de ne pas y recourir que ces avant-contrats n'ont pas nécessairement à être notifiés dans le cadre du contrôle.

B. Le temps des promesses

730. Avant la conclusion du contrat de concentration, il est fréquent qu'au moins l'une des parties ou les deux promettent par écrit l'exécution de leurs engagements. Dès lors qu'ils ne traduisent pas un changement de contrôle, ces avant-contrats n'ont pas à être divulgués aux autorités de contrôle, laissant ainsi les parties, à cet égard également, dépositaires d'une liberté contractuelle quasi-pleine (1). La pertinence de cette règle peut toutefois interroger (2).

1) La primauté conférée à la liberté contractuelle

731. Dans le cadre d'une promesse unilatérale d'achat, l'acquéreur potentiel s'engage à prendre le contrôle de la cible. Cette dernière dispose alors d'un droit d'option lui permettant, à l'issue d'un certain délai, de consentir à la conclusion de l'opération. À l'inverse, dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente, la cible s'engage à céder ses titres au profit d'un bénéficiaire. Comme précédemment, celui-ci peut ensuite lever l'option dans un certain délai et accepter ainsi, que l'opération soit conclue. Ces promesses unilatérales de vente ou d'achat intègrent régulièrement des accords plus larges, qu'il s'agisse de lettres d'intention, de « *memorandum of understanding* », de protocoles, etc.

732. Ces accords sont souvent enrichis de clauses plus strictes dans la mesure où il peut être utile pour le bénéficiaire de la promesse de vente ou d'achat de s'assurer,

¹⁰⁶⁷ v. *Infra*, ce Chapitre, Section 2.

en plus des sanctions de droit commun éventuellement applicables, que le promettant maintienne son engagement jusqu'à la conclusion de l'accord définitif, voire jusqu'à la décision rendue par l'autorité de contrôle saisie. Réciproquement, le promettant peut avoir intérêt à tenter de circonscrire la liberté laissée au bénéficiaire. Il a été montré que la question est d'importance. En effet, cette situation est généralement peu problématique en présence d'une opération de fusion où les deux parties ont potentiellement intérêt à l'opération mais elle est en revanche nettement plus délicate pour d'autres opérations, dont les prises de participations, car, d'autres repreneurs peuvent y avoir intérêt et proposer des prix de cession à la cible plus élevés¹⁰⁶⁸.

733. Dans tous les cas, ces avant-contrats n'ont généralement pas à être notifiés dans le cadre du contrôle des concentrations. Une analyse de l'articulation entre, d'un côté, ces promesses et certaines clauses qui peuvent y figurer et de l'autre, le droit européen des concentrations peut permettre de s'en convaincre.

734. Dans des cas exceptionnels certes, la levée d'une option peut, en soi, traduire l'exercice d'un contrôle de fait par une entreprise sur un autre. Par exemple, Ford avait notifié à la Commission son intention d'acquérir 5% d'actions supplémentaires d'Hertz, alors qu'elle détenait déjà 49% des actions de la cible avant l'opération. En dépit du fait que Ford détenait la majorité des actions d'Hertz et qu'elle était titulaire de droits de veto, la Commission a refusé de déduire de ces seuls éléments l'exercice d'un contrôle de Ford sur Hertz préalablement à l'opération notifiée. Elle a en effet relevé que ces participations ne tendaient pas à lui conférer la majorité des voix et que les droits de veto ne portaient pas sur la stratégie commerciale de la filiale. Elle a toutefois considéré que l'existence d'un accord assorti d'une option permettait à Ford, en cas de levée de celle-ci, de convertir ses actions dans d'autres actions d'une autre nature. Cette conversion lui permettait d'augmenter sa représentation au sein de l'organe dirigeant d'Hertz. Parce que l'option lui offrait dans ces conditions la possibilité à tout instant de bénéficier de la majorité des voix au sein de l'organe de direction, la Commission a finalement attribué à Ford la titularité d'un contrôle de fait sur Hertz qui préexistait à l'opération notifiée. Celle-ci, faute d'entraîner une quelconque modification dans le contrôle dont Hertz faisait déjà l'objet, ne relevait donc pas du champ d'application du règlement « concentrations »¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁸ J.-C. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », *RTD. com.*, 2013, p. 439.

¹⁰⁶⁹ Commission, 7 mars 1994, *Ford/Hertz*, aff. M.397, *JOCE* C121, 3 mai 1994, p. 4.

735. En dehors de ce cas très spécifique où la présence d'une option traduisait, conjointement avec d'autres indices, l'exercice d'un contrôle d'une entité par une autre, le fait de convenir d'une option ne saurait à lui seul imposer aux parties de notifier leur projet.

736. Par conséquent, les promesses unilatérales n'ont pas à être notifiées dans la plupart des cas : dans la mesure où elles ne reflètent pas le consentement du bénéficiaire de la promesse à l'opération de concentration, leur seule signature n'est pas assimilable à la conclusion d'une opération de concentration notifiable.

737. Dans l'affaire *E.ON/MOL*¹⁰⁷⁰, la Commission l'a d'ailleurs expressément admis, sans toutefois dénier tout intérêt aux options. En l'espèce, E.ON, spécialisée dans la fourniture de gaz et d'électricité, avait notifié à la Commission son projet d'acquérir plusieurs entités du groupe pétrolier et gazier MOL. Dans le cadre du projet, E.ON s'abstenait cependant d'acquérir les actions de MOL Transmission, une filiale MOL. Vis-à-vis de cette entité, E.ON bénéficiait seulement d'une option de vente. MOL pouvait ainsi demander à E.ON la cession de certaines participations de cette entreprise pendant un certain délai. Or, la Commission a estimé que cette opération précise « n'entraîne aucune modification du contrôle de MOL Transmission et cette société ne fait donc pas partie de la concentration évaluée dans la présente affaire »¹⁰⁷¹. Tout en admettant qu'au vu du secteur en cause, celle-ci devait cependant être intégrée dans l'appréciation pour évaluer les effets de l'opération notifiée, elle a considéré dans ce contexte que seul l'exercice de cette option conduisait à un changement de contrôle de MOL Transmission et donc, à la mise en œuvre supplémentaire d'une éventuelle nouvelle appréciation distincte¹⁰⁷².

738. De son côté, le TPICE a aussi admis ce principe assez tôt, dans la mesure où le règlement (CEE) n°4064/89 était alors applicable. Ainsi a-t-il affirmé à propos de l'opération *British Airways/TAT* qu'« il ressort du dossier que la levée par British Airways de l'option qui lui est ouverte, présente un caractère hypothétique en ce sens, d'une part, qu'il est constant que British Airways n'avait pas à la date à laquelle est intervenue la décision utilisé cette option, et d'autre part, que la partie requérante n'a pas établi que British Airways aurait à cette date, ni qu'elle a désormais, l'intention de l'utiliser. Dans ces circonstances, c'est à juste titre que la Commission n'a pas pris en compte cette transaction potentielle pour porter une appréciation sur l'opération

¹⁰⁷⁰ Commission, 21 décembre 2005, *E.ON/MOL*, aff. M.3696, *JOUE* L253, 16 septembre 2006, p. 20.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, et spécialement, pt (12).

¹⁰⁷² *Ibid.*, et spécialement, p (14).

de concentration dont elle était saisie »¹⁰⁷³. La Commission l'a par ailleurs confirmé dans sa Communication consolidée¹⁰⁷⁴.

739. Des principes analogues ont également été admis dans le cadre de certains contrôles internes des concentrations, notamment en droit français¹⁰⁷⁵. Dans ce dernier cas, les modifications apportées par l'ordonnance du 10 février 2016 peuvent toutefois susciter de nouvelles interrogations dans la mesure où la rétractation du promettant pendant le délai laissé au bénéficiaire pour opter est désormais sanctionnée par la réalisation forcée du contrat promis¹⁰⁷⁶ et non plus par l'allocation de dommages et intérêts¹⁰⁷⁷, au moins pour les promesses consenties à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance¹⁰⁷⁸. Cette situation est certes moins susceptible de

¹⁰⁷³ Nous soulignons ; Dans cette affaire, British Airways jouissait d'une option d'achat après s'être livrée à une première opération de concentration (TPICE, 19 mai 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission*, aff. T-2/93, *Rec.* 1994, II, p. 323, et spécialement, pts 71 et 72, obs. D. Berlin et H. Calvet, « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD eur.*, 1996, p. 333).

¹⁰⁷⁴ Communication consolidée sur la compétence de la Commission, pt 60.

¹⁰⁷⁵ V. en ce sens not. Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 12 août 2004, *lettre au conseil du groupe Elios relative à une concentration dans le secteur de la restauration collective*, C2004-136, BOCCRF n°2005-09 du 28 octobre 2005 ; Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 19 juillet 2004, *lettre au conseil de la société Avenance, relative à une concentration dans les secteurs de la restauration collective et des services de nettoyage*, C 2004-119, BOCCRF n°2005-04 du 26 avril 2005.

¹⁰⁷⁶ C. civ., art. 1124 al. 2.

¹⁰⁷⁷ Avant l'entrée en vigueur de cette ordonnance, seule cette sanction était effectivement possible, en particulier en présence d'une promesse portant sur une opération de fusion (v. not. P.-Y. Bérard, « Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personae », *RTD com.*, 2007, p. 279). Cette solution résultait de la jurisprudence *Consorts Cruz*, confirmée par la suite (Cass., 3^{ème} civ., 15 décembre 1993, *Consorts Cruz*, n°91-10199, *Bull. civ. III*, N°174, p. 115, obs. not. L. Aynès, « Dans une promesse de vente, l'obligation du promettant est une obligation de faire », *Rec. D.*, 1995, p. 87 ; à propos d'une opération de cession de titres, v. Cass., com., 13 septembre 2011, n°10-19526, obs. not., A. Gaudemet, « Promesse unilatérale de contrat : pitié aussi pour le droit des sociétés ! », *Rec. D.*, 2012, p. 130).

¹⁰⁷⁸ Pour les promesses consenties avant le 1^{er} octobre 2016 et à propos desquelles le juge est appelé à se prononcer alors que l'ordonnance a été adoptée, la solution retenue ne s'impose pas avec évidence. La Cour de cassation a ainsi régulièrement admis, à propos d'autres cas, qu'il était nécessaire d'interpréter le droit antérieur au vu de « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 » (v. par ex. Cass., ch. mixte, 24 février 2017, n° 15-20411, *Bull.* obs. not., B. Fauvarque-Cosson, « Première influence de la réforme du droit des contrats », *Rec. D.*, 2017, p. 793). Pourtant, s'agissant spécifiquement des promesses unilatérales de vente, la position de la Cour semble fluctuante. Si elle a tantôt admis la réalisation forcée de la vente pour des faits relevant du droit antérieur (à propos d'une promesse consentie par une commune : Cass., 3^{ème} civ., 13 juillet 2017, n°16-17625, *Bull.* ; à propos d'une promesse d'embauche : Cass., soc., 21 septembre 2017, n° 16-20103, *Bull.* et Cass., soc., 21 septembre 2017, n°16-20104, *Bull.*), voire fixé incidemment la date de l'engagement du promettant à la conclusion de la promesse et non à la levée de l'option par le bénéficiaire (Cass., 3^{ème} civ., 6 décembre 2018, 17-23321, *Bull.* obs. not. B. Waltz-Teracol, « Précisions quant au moment d'appréciation de la violation d'un pacte de préférence en présence d'une promesse unilatérale de vente », *Gaz. Pal.*, octobre 2019, n°3, p. 21), elle l'a aussi rejetée par ailleurs au profit du maintien de sa jurisprudence antérieure (Cass., 3^{ème} civ., 6 décembre 2018, nos 17-21171 et 17-21170,

se produire dans l'hypothèse où la cible aurait simplement rompu son engagement tendant à accorder la préférence au bénéficiaire dans le cas où elle se déciderait à céder ses titres¹⁰⁷⁹. En présence d'une promesse unilatérale soumise au droit français en revanche, le risque de sanction au titre du droit des concentrations pour défaut de notification est par conséquent accru. En effet, si l'acquéreur par l'exemple se rétracte de sa promesse d'achat avant que le délai laissé à la cible pour opter soit échu, celle-ci pourra solliciter la réalisation forcée de la vente. Dans cette hypothèse donc, un changement de contrôle de la cible aura potentiellement eu lieu alors même qu'aucun contrôle n'aura été exercé au préalable puisque la promesse n'avait pas à être notifiée. Le montant de l'indemnité d'immobilisation payé, éventuellement en contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire¹⁰⁸⁰, peut également interroger, les juges requalifiant l'acte en promesse synallagmatique de vente lorsque celui-ci correspond à une certaine proportion du montant de la cession envisagée¹⁰⁸¹.

obs. not. D. Houtcieff, « La levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant exclut la rencontre de volontés », *AJ contrats*, 2019, p. 94). Relevons enfin que la Cour a refusé de procéder au renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité du nouvel article 1124 alinéa 2 du Code civil à la liberté contractuelle et au droit de propriété (Cass., 3^{ème} civ., 17 octobre 2019, n°19-40028, *Bull. obs. not. M. Lagelée-Heymann*, « De la constitutionnalité de l'article 1124, alinéa 2, du code civil », *AJ contrats*, 2019, p. 550).

¹⁰⁷⁹ La violation d'un pacte de préférence par la cible débitrice du pacte est sanctionnée différemment selon que le tiers contractant est ou non de bonne foi. S'il l'est, seule la responsabilité contractuelle de la débitrice pourra être engagée par le bénéficiaire du pacte (Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 1957, *Bull. civ. I*, n°197 ; Cass., 1^{ère} civ., 16 juillet 1985, n°84-13745, *Bull. civ. I*, n°224, p. 204) mais s'il ne l'est pas et que le bénéficiaire prouve que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, le bénéficiaire peut solliciter la nullité de l'acte conclu ou sa substitution dans les droits du tiers acquéreur (C. civ., art. 1123 al. 2, confirmant partiellement les effets attachés en cas d'apport de la *probatio diabolica* selon Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n°03-19376, *Bull. n°4*, p. 13, obs. not., D. Mainguy, « Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ? », *Rec. D.*, 2006, p. 1864). En tout état de cause, toute conclusion d'un accord portant cession de titres nécessitera que l'opération soit préalablement notifiée si ladite cession atteint les seuils requis.

¹⁰⁸⁰ Lorsqu'une exclusivité est accordée au bénéficiaire et qu'une indemnisation d'immobilisation également prévue, la jurisprudence a effectivement admis que « l'indemnité d'immobilisation, stipulée dans une promesse unilatérale de vente comme acquise au promettant en cas de défaut de réalisation de la vente constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse » (Cass., 1^{ère} civ., 5 décembre 1995, n°93-19874, *Bull. civ. I*, n°452, p. 315).

¹⁰⁸¹ La jurisprudence l'a notamment admis alors que l'indemnité représentait seulement 10% du prix total de l'opération (Cass., com., 20 novembre 1962, *Bull. civ. IV*, n°470 ; à propos d'affaires semblables, v. not., G. Paisant, « L'importance de l'indemnité d'immobilisation convenue transforme la promesse unilatérale de vente en promesse synallagmatique », *Rec. D.*, 1993, p. 234) mais elle a aussi rejeté une telle requalification en présence d'une indemnité dont le montant avoisinait celui de l'opération (Cass., 1^{ère} civ., 1 décembre 2010, n°09-6573, *Bull. civ. I*, n°252, obs. not. B. Fages, « L'importance de l'indemnité d'immobilisation n'enlève rien au caractère unilatéral de la promesse », *RTD civ.*, 2011, p. 346).

740. Quant aux clauses, certaines suscitent certes peu de difficultés dans le cadre du contrôle européen des concentrations : lorsqu'elles risquent d'induire l'exercice d'un contrôle, l'accord doit être notifié à la Commission, ou aux autorités nationales de concurrence le cas échéant. Il en va ainsi des effets attachés aux clauses de *buy or sell*¹⁰⁸² ou d'entraînement (dites également « *drag along* »¹⁰⁸³). D'autres à l'inverse intéressent peu le droit des concentrations, à l'image des clauses de sortie, éventuellement conjointes (dites aussi « *tag along* »¹⁰⁸⁴), dans les pactes d'actionnaires qui ont essentiellement vocation à protéger les droits des associés¹⁰⁸⁵.

741. En revanche, d'autres clauses peuvent être prévues et échapper au droit des concentrations alors qu'elles peuvent éventuellement susciter des préoccupations de concurrence.

742. Tel est notamment le cas de la clause d'exclusivité : la cible, qui agit en qualité de promettant dans une promesse unilatérale de vente ou de bénéficiaire dans une promesse unilatérale d'achat, n'est dans cette hypothèse plus en mesure de négocier une éventuelle cession de ses titres avec un tiers. De même, elle peut se voir imposer

¹⁰⁸² Chaque partie peut proposer à l'autre d'acquérir les actions de cette autre partie à un prix déterminé. Cette autre partie peut accepter l'offre en cédant ses actions mais si elle ne le fait pas, elle se voit dans l'obligation d'acquérir les actions de la partie émettrice de l'offre au prix que celle-ci a indiqué. La mise en œuvre d'une telle clause traduisant le consentement tant du cédant que du cessionnaire, il fait peu de doutes que l'accord dans lequel elle figure doit être préalablement notifié dans le cadre du contrôle (à propos de ces clauses, v. not. J. Prieur, « Les PME et le capital-risque », octobre 1998, n°10, p. 1033 ; J.-F. Prat, « L'importation des pratiques étrangères », *LPA*, 27 novembre 2003, p. 33 ; pour un exemple de cession impliquant une telle clause en droit français, v. Cass., com., 20 septembre 2011, *SAS Hi Trois c/ Sté Sodexho*, n°10-27186, obs. T. Massart, « La mise en œuvre d'une clause buy or sell », *Joly sociétés*, mars 2012, p. 198).

¹⁰⁸³ Elle permet à un ou plusieurs associés qui détiennent des participations importantes dans le capital d'une société et qui s'appêtent à les céder à un tiers, d'obliger leurs co-associés à les céder également au profit de celui-ci. Une telle clause, fréquente dans les pactes d'actionnaires, a ainsi vocation à être exécutée dans un second temps, une fois le principe de la cession établi. En pareil cas, avant sa mise en œuvre, l'opération doit vraisemblablement être notifiée (à propos de ces clauses, v. not., X. Vamparys, « Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *Joly sociétés*, juillet 2005, n°7, p. 820).

¹⁰⁸⁴ Particulièrement prisées par les actionnaires minoritaires, elles fixent les conditions dans lesquelles plusieurs actionnaires cèdent aux mêmes conditions tout ou partie de leurs participations (à propos de ces clauses, v., *Ibid.*, et pour un exemple de cession impliquant une telle clause en droit français, v. not. CA Paris, 6 juillet 2004, *Sté Civile Consultants Associés c/ Sté Harrison et Wolf*, obs. C. Champaud et D. Danet, *RTD com.*, 2004, p. 744).

¹⁰⁸⁵ Relevons cependant que les pactes d'associés ne sont pas toujours dépourvus d'effet sur la validité de l'opération de cession de titres. Un récent arrêt, en France, a ainsi donné plein effet à une clause des statuts qui prévoyait que l'opération serait frappée de nullité si elle était conclue en violation d'un pacte d'associés (Cass., com., 27 juin 2018, n°016-14097, obs. not., A. Lecourt, « Nullité d'une cession de titres effectuée en violation d'un pacte d'associés : la force obligatoire des statuts restaurée ? », *RTD com.*, 2019, p. 162).

une limitation contractuelle de la jouissance de ses actifs jusqu'à la conclusion complète du contrat. Afin d'éviter une déperdition de la valeur de celle-ci, le consentement préalable de l'acquéreur potentiel peut en effet être requis en cas de cession d'une partie des actifs de la cible, de distribution des dividendes, etc. Cependant, ainsi que nous l'avons montré précédemment, ces clauses ne doivent pas avoir pour effet de créer un contrôle de fait de la cible, sauf, pour les parties, à être sanctionnées au titre d'une opération réalisée prématurément. Le risque que soulèvent ces clauses n'est pas anecdotique : par exemple, aux États-Unis, dans l'affaire *Qualcomm*, le contrat comportait des clauses en vertu desquelles la cible devait demander l'accord préalable du cocontractant pour un ensemble d'opérations quotidiennes. Or, les autorités de contrôle ont conclu à la caractérisation d'un contrôle de fait qui nécessitait, ainsi, une notification préalablement à la conclusion de ce contrat. Une sanction de près de deux millions de dollars a été infligée à Qualcomm¹⁰⁸⁶. Il reste que ce type de pratiques se comprend : le principe même sur lequel reposent les promesses conduit non seulement à geler les actions du promettant pendant le délai laissé au bénéficiaire pour opter mais aussi à échapper au contrôle des concentrations, bien que l'option puisse finalement être examinée dans le cadre du contrôle¹⁰⁸⁷. Cet état du droit facilite dès lors d'autant plus l'insertion des clauses précitées d'exclusivité ou de limitation de jouissance des actifs lorsqu'elles n'induisent pas un contrôle supplémentaire, ce qui repose néanmoins parfois sur des considérations assez ténues¹⁰⁸⁸.

743. Ainsi, un accord comprenant une promesse unilatérale assortie d'une option et éventuellement accompagnée d'une clause d'exclusivité ou de limitation de la jouissance des actifs de la cible n'a généralement pas à être notifié aux autorités de contrôle. Ces accords n'entraînent pas en effet à eux seuls le changement de contrôle de la cible. Dans ces conditions, le fait qu'ils échappent¹⁰⁸⁹ au droit des concentrations surprend peu de prime abord.

744. En plus du risque de sanction que cet état du droit peut soulever, sa pertinence peut interroger par ailleurs.

¹⁰⁸⁶ U.S. District Court for the District of Columbia, 19 avril 2006, *United States v. Qualcomm Incorporated and Flarion Technologies, Inc.*, n° 1-06 CV00672.

¹⁰⁸⁷ V. en ce sens, Commission, 21 décembre 2005, *E.ON/MOL*, aff. M.3696, *JOUE* L253, 16 septembre 2006, p. 20.

¹⁰⁸⁸ V. par exemple Commission, 19 mai 1993, *IBM France / CGI*, aff. M.336, *JOCE* C151, 2 juin 1993, p. 5.

¹⁰⁸⁹ À condition toutefois et à nouveau que l'accord ne permette par ailleurs un contrôle de fait.

2) Réflexions sur la pertinence de la primauté conférée à la liberté contractuelle

745. Dans la mesure où le droit des concentrations cherche à contrôler les structures du marché, il s'attache aux seuls contrats à même de les affecter. Pour cette raison, notre étude a montré que la promesse n'avait pas à être notifiée, en dépit du risque de sanction que les parties sont susceptibles d'encourir dans certaines hypothèses.

746. La Cour s'étant récemment positionnée sur la question à l'appui d'un argumentaire original, il semble utile d'interroger par ailleurs la pertinence de cet état du droit (a)).

747. De même, le fait qu'une promesse n'ait pas en principe à être notifiée peut être interrogé plus précisément sous l'angle des sanctions applicables : comme nous l'avons montré, il y a des cas dans lesquels elle conduit à l'exercice d'un contrôle de la cible. Dans cette hypothèse, les entreprises concernées doivent en notifier la conclusion ; symétriquement, si elles s'abstiennent de le faire, que ce soit volontairement ou par négligence, elles encourent des amendes. Ces sanctions devraient être suffisamment dissuasives pour inciter les groupes à faire preuve d'une vigilance soutenue vis-à-vis des promesses qu'ils concluent et du contrôle éventuel qui peut en résulter. Néanmoins, l'efficacité et l'effectivité des sanctions applicables par suite du défaut de notification d'une promesse peuvent être discutées (b)).

a) Le défaut de lien fonctionnel direct unissant la promesse et la réalisation de l'opération

748. Lorsque l'accord ne traduit pas le consentement des parties, le contrôle de la cible ne devrait pas s'en trouver modifié. Dans ces conditions, sauf en cas de levée de l'option par le bénéficiaire, l'opération ne saurait être conclue au sens du droit des concentrations et n'est par conséquent pas notifiable par principe.

749. La CJUE l'a récemment rappelé à propos d'une éventuelle pratique de *gun jumping* dans le cadre de l'affaire *Ernst & Young/KPMG*¹⁰⁹⁰. Après avoir relevé que l'article 7, 1. du règlement « concentrations » impose qu'une opération ne puisse être réalisée ni avant d'avoir été notifiée, ni avant la décision l'autorisant (obligation dite de « *standstill* »), elle a d'abord pris soin de souligner l'imprécision de cette disposition. En interprétant cet article au vu des objectifs poursuivis par le contrôle

¹⁰⁹⁰ CJUE, 31 mai 2018, *Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet*, aff. C-633/16, Rec. ; obs. I. Girgenson, J.-F. Bellis et S. Sorinas, Chron. ss CJUE, 31 mai 2018, *Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet*, aff. C-633/16, *Concurrences*, 2018, n°3, p. 130.

des concentrations, elle a ainsi affirmé que « dès lors que de telles opérations, bien qu'accomplies dans le cadre d'une concentration, ne sont pas nécessaires pour parvenir à un changement du contrôle d'une entreprise concernée par cette concentration, elles ne relèvent pas de l'article 7 du règlement n° 139/2004. En effet, *ces opérations, même si elles peuvent être accessoires ou préparatoires à la concentration, ne présentent pas de lien fonctionnel direct avec la réalisation de celle-ci, de telle sorte que leur mise en œuvre n'est en principe pas susceptible de porter atteinte à l'efficacité du contrôle des concentrations.* (...) au regard des objectifs poursuivis par le règlement n° 139/2004, l'article 7, paragraphe 1, de celui-ci doit être interprété comme interdisant la mise en œuvre par les parties à la concentration de toute opération contribuant au changement durable de contrôle sur l'une des entreprises concernées par cette concentration »¹⁰⁹¹. En l'espèce, la Cour a pris le contrepied de la position que l'autorité de la concurrence danoise avait retenue. Cette dernière avait en effet estimé que le fait, pour les parties, d'avoir résilié un accord de coopération lié au contrat de concentration violait l'obligation de suspension de la réalisation de l'opération. Selon elle, cette violation était en effet constituée dès lors qu'un comportement était propre à l'opération, définitif et à même d'avoir des effets sur le marché. Or, par suite de la question préjudicielle posée par les juridictions danoises saisies en annulation, l'Avocat général a proposé à la Cour de justice d'écarter les critères qui avaient été dégagés par l'autorité. Ainsi, pour lui, l'obligation de suspension édictée par l'article 7, 1. du règlement « concentrations » ne saurait être imposée en présence d'une mesure qui précéderait le changement durable de contrôle et qui serait distincte de celles qui permettent l'exercice d'une telle influence déterminante¹⁰⁹². La Cour a ainsi confirmé cette analyse en substituant aux critères définis par l'autorité danoise l'exigence d'un lien fonctionnel direct entre le comportement incriminé et la réalisation de l'opération.

750. Cet argument interroge cependant au vu des exceptions dont il fait l'objet et des préoccupations de concurrence que la mise en œuvre de certaines clauses peut susciter. Certes, l'appréciation des effets de l'opération sur le marché relève des missions assignées aux autorités de contrôle. Néanmoins, de tels accords n'ont pas obligatoirement à être soumis à leur examen et postuler de leur indifférence pour le marché en estimant que l'appréciation ultérieure des autres aspects de la concentration sera suffisante ne semble pas pleinement convaincant.

¹⁰⁹¹ Nous soulignons ; *Ibid.*, et spécialement, pts 49 et 52.

¹⁰⁹² Conclusions de l'Avocat général M. Nils Wahl présentées le 18 janvier 2018 sous l'affaire *Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet*, aff. C-633/16 ; obs. E. Xueref-Poviac, *Concurrences*, 2018, n°2, p. 114.

751. Ce postulat soulève d'autant plus de questionnements après examen des sanctions applicables en l'absence de notification de l'opération, dont le principe figure aux articles 4, 1. et 7, 1. du règlement « concentrations ».

b) L'efficacité et l'effectivité relatives des sanctions des pratiques de *gun jumping*

752. Les sanctions prévues en cas de manquement aux obligations définies par les articles 4, 1. et 7, 1. du règlement « concentrations » sont destinées à se prémunir contre la pratique de *gun jumping*, laquelle, dans sa seconde acception, vise la réalisation anticipée d'une opération qui n'a pas été notifiée alors qu'elle aurait dû l'être¹⁰⁹³. En droit européen, que ce manquement à l'obligation de notifier l'opération ait résulté de la bonne ou de la mauvaise foi des entreprises, autrement dit de « propos délibéré ou [de] négligence »¹⁰⁹⁴, importe peu à cet égard : les entreprises ayant manqué à leur obligation encourent, au sens de l'article 14, 2., a) du règlement, une amende pouvant atteindre « 10% du chiffre d'affaires total des entreprises concernées », *i.e.* des groupes concernés¹⁰⁹⁵.

753. Deux amendes de vingt millions d'euros ont, par exemple, été infligées à propos de deux opérations. Saisi dans la première, le Tribunal¹⁰⁹⁶ a estimé que le montant arrêté par la Commission¹⁰⁹⁷ n'était pas excessif au regard de l'objectif poursuivi de dissuasion et dans le cadre de la seconde, la Commission a arrêté ce montant en prenant en considération la nature, la gravité et la durée de l'infraction ainsi que ses circonstances atténuantes et aggravantes, avant que sa décision ne soit confirmée par le juge¹⁰⁹⁸. C'est également une amende de vingt-huit millions d'euros que la Commission a prononcé à l'encontre de Canon s'agissant du rachat de Toshiba

¹⁰⁹³ Rappelons que dans sa première acception (v. *Supra*, ce paragraphe, A.), la pratique de *gun jumping* vise l'hypothèse dans laquelle l'opération a été notifiée mais où elle a été réalisée avant la décision l'autorisant. Dans ce second cas, l'opération a certes été réalisée avant la décision mais elle n'a pas fait l'objet d'une notification. Ces deux facettes du *gun jumping* ont été déduites après examen de plusieurs pratiques dans divers États et dans l'Union européenne (Y. Comtois, A. Hamilton, C. Hatton, *Gun jumping in Merger Control. A jurisdictional guide.*, Concurrences, New York, 2019, 471 p. et spécialement, p. 3).

¹⁰⁹⁴ Art. 14, 2., du Règlement « concentrations »

¹⁰⁹⁵ Sur la notion d' « entreprises concernées » toutefois, v. *Infra* 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1.

¹⁰⁹⁶ Trib. UE, 12 décembre 2012, *Electrabel SA c/ Commission*, aff. T-332/09, *Rec.* ; confirmé par CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel SA c/ Commission*, aff. C-84/13 P, *Rec.*

¹⁰⁹⁷ Commission, 10 juin 2009, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, aff. M.4994.

¹⁰⁹⁸ Commission, 23 juillet 2014, *Marine Harvest/Morpol*, aff. M.7184, *JOUE* C455, 18 décembre 2014, p.5 ; confirmé par Trib. UE, 26 octobre 2017, *Marine Harvest ASA c/ Commission*, aff. T-704/14, *Rec.* et par CJUE, 4 mars 2020, *Mowi ASA c/ Commission*, aff. C-10/18, *Rec.*

Medical Systems¹⁰⁹⁹. Dans le cadre de l'affaire *Altice/PT Portugal*, ce sont, cette fois-ci, plus de cent vingt-quatre millions d'euros d'amende qui ont été imposés à Altice par la Commission pour avoir réalisé l'opération avant sa notification et le prononcé de la décision l'autorisant¹¹⁰⁰.

754. En dépit du montant en apparence élevé de ces amendes et qui, semble-t-il, tend à augmenter¹¹⁰¹, leur caractère punitif peut être interrogé au vu de la proportion du chiffre d'affaires qu'elles représentent.

755. Certaines autorités nationales de concurrence envisagent pour cette raison la possibilité d'imposer, outre une pénalité à l'échelle du groupe, une sanction individuelle¹¹⁰². D'autres pistes pourraient être explorées, dont l'augmentation du taux permettant de calculer l'amende. Cette dernière mesure paraît cependant susceptible de nuire à la cohérence globale du droit européen de la concurrence¹¹⁰³. La question peut néanmoins rester ouverte : ce seuil de 10% est aussi parfois envisagé en droit européen comme un taux plancher minimal¹¹⁰⁴. La révision de ces

¹⁰⁹⁹ Commission, 27 juin 2019, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, aff. M.8179, Commission, « Mergers : Commission fines Canon €28 million for partially implementing its acquisition of Toshiba Medical Systems Corporation before notification and merger control approval », communiqué de presse, IP/19/3429.

¹¹⁰⁰ Commission, 24 avril 2018, *Altice/PT Portugal*, aff. M.7993.

¹¹⁰¹ Étant précisé qu'il est soumis à l'appréciation du juge : pour un exemple en France, v. not., l'arrêt *Castel Frères/Patriarche* où le Conseil d'État a réduit à trois millions d'euros le montant de l'amende que l'Autorité avait infligée en raison d'un défaut de notification et qui s'élevait initialement à quatre millions d'euros. Le juge a en effet estimé que pour fixer le montant de l'amende, il est nécessaire de tenir compte « notamment, du caractère plus ou moins évident de l'existence d'une obligation (...) de notifier l'opération de concentration, de la taille de l'entreprise concernée 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 financière ». En relevant que le groupe avait rectifié la situation en notifiant finalement l'opération, le juge a abaissé le montant de l'amende (C.E., 15 avril 2016, *Castel Frères/Patriarche*, n°375658, *Rec. tables* ; obs. M. de La Droitière et S. Sorinas, « Le Conseil d'État réduit à 3 millions d'euros le montant d'une sanction infligée pour défaut de notification d'une opération de concentration », *Concurrences*, 2016, n°3, p. 116).

¹¹⁰² C'est le cas notamment de la France, de l'Allemagne, de l'Israël, de la Corée et de la Suisse, (Y. Comtois, A. Hamilton, C. Hatton, *Gun jumping in Merger Control. A jurisdictional guide.*, *op. cit.*).

¹¹⁰³ Le taux de 10% est fréquemment retenu en droit européen de la concurrence. Tel est en particulier le cas dans des situations analogues impliquant des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, c'est également une amende ne pouvant excéder 10% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent par chaque membre que la Commission peut infliger lorsque des entreprises ou associations ont, délibérément ou par négligence, commis un manquement aux articles 101 et 102 du TFUE, contrevenu à une décision assortie de mesures provisoires ou manqué au respect des engagements souscrits au cours de la procédure (Règlement (CE) n° 1/2003, art. 23, 2.).

¹¹⁰⁴ La directive ECN+ oblige notamment les États membres à s'assurer que les amendes prononcées par leurs autorités nationales de concurrence dans le cadre des ententes et abus de position dominante

sanctions semble, dans tous les cas, intéressante, bien qu'il ne s'agisse pas d'admettre que l'aggravation d'une sanction conduise mécaniquement à garantir l'effectivité de la norme qu'elle protège¹¹⁰⁵. Aussi, la proposition émise par les États membres semble à même d'accentuer le caractère dissuasif du contrôle, et partant, de contribuer à la cohérence du droit européen des concentrations. En ce sens, il ne semble pas déraisonnable de considérer qu'elle puisse concerner utilement aussi les opérations de dimension communautaire.

756. Quoi qu'il en soit, en l'état actuel, les groupes concernés par une opération semblent finalement prendre peu de risques en considérant comme acquis le fait que la majorité des actes préparatoires n'ait pas à être notifiée auprès des autorités de contrôle.

757. Le risque est d'autant moins constitué que ce défaut ne saurait remettre en cause l'autorisation éventuelle que la Commission pourrait accorder ultérieurement à l'opération. En d'autres termes, ce type de manquement ne mène pas nécessairement à la déconcentration de l'opération.

758. L'affaire *Odile Jacob* l'a notamment montré alors qu'était en cause non pas seulement un avant-contrat mais bien un contrat¹¹⁰⁶. En l'espèce, Lagardère souhaitait acquérir les actifs de Vivendi Universal Publishing (VUP), mis en vente par Vivendi Universal, ce que ce dernier a accepté quelques mois plus tard. Afin de réaliser l'opération dans un délai restreint, Lagardère avait conclu une convention de portage¹¹⁰⁷ avec Natexis Banques Populaires (« NPB »). Par suite de la détention à titre provisoire de ces actifs par NPB, il était ainsi convenu que ces actifs soient revendus à Lagardère après autorisation du projet de rachat des actifs cibles et la notification de l'opération auprès de la Commission est intervenue par la suite. La Commission a prononcé la compatibilité de l'opération avec le marché intérieur, sous réserve de l'exécution de plusieurs engagements, dont la rétrocession de certains actifs par Lagardère auprès d'un tiers¹¹⁰⁸. La candidature de l'entreprise Wendel

ne soient pas inférieures à 10% du chiffre d'affaires mondial total réalisé par les entités concernées (directive (UE) n°2019/1, art. 15). Le but poursuivi est en effet de « faire en sorte que les ANC puissent infliger des amendes dissuasives » (directive (UE) n°2019/1, (49)).

¹¹⁰⁵ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997, 302 p.

¹¹⁰⁶ À propos des enseignements de cette affaire s'agissant de l'impartialité des mandataires nommés dans le cadre d'engagements structureaux, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1, B.).

¹¹⁰⁷ Soit l'« opération par laquelle une personne, le porteur, acquiert des titres sur instructions d'un donneur d'ordre, les détient puis les rétrocède à un bénéficiaire pour un prix et à une date fixés ab initio » (F.-X. Lucas, *Fasc. 2128 : Conventions de portage*, JCI Sociétés Traité, 7 juin 2017).

¹¹⁰⁸ Commission, 7 janvier 2004, *Lagardère/Natexis/VUP*, aff. M. 2978, *JOUE* L124, 28 avril 2004, p. 54.

ayant été retenue, son concurrent Odile Jacob a tenté d'obtenir l'annulation de la décision autorisant l'opération au motif que l'obligation de notification préalable avait été violée. Le juge a rejeté les arguments d'Odile Jacob. Le Tribunal a, d'abord, détaillé minutieusement le montage contractuel dans le but de montrer que n'était pas constituée l'influence déterminante que Lagardère aurait exercée sur la cible par l'intermédiaire de l'acheteur provisoire, ainsi que le plaidait Odile Jacob¹¹⁰⁹. Saisie d'un recours, la Cour a prolongé le raisonnement du Tribunal en estimant que n'était pas entaché d'erreur de droit le fait de considérer qu' « à supposer même que l'opération de portage en cause ait permis à Lagardère d'acquérir (...) le contrôle unique ou conjoint, avec [l'intermédiaire], des actifs cibles, une telle circonstance ne saurait affecter la légalité de la décision litigieuse »¹¹¹⁰. Cette circonstance se résume en effet à « la constatation du retard avec lequel la notification de l'opération de concentration en cause a été effectuée ou, éventuellement, (...) la constatation de la réalisation prématurée (...) de cette opération »¹¹¹¹. Or, puisque ces éléments ne conduisent pas à compromettre la compatibilité de l'opération avec le marché intérieur, seules les sanctions pécuniaires prévues par le règlement peuvent être prononcées¹¹¹². Le défaut de notification préalable ne conduit donc pas nécessairement à entraver la réalisation de l'opération dès lors que celle-ci est compatible avec le marché et la sanction la plus probable reste le paiement d'une amende.

759. Pourtant, l'impact financier des sanctions demeure limité pour les raisons précédemment évoquées. Le règlement prévoit, il est vrai, que la Commission peut, en plus de prononcer une amende voire une éventuelle astreinte¹¹¹³, leur imposer de revenir à l'état antérieur à l'opération si de tels actes conduisent au changement durable du contrôle de l'entité alors qu'ils n'ont pas été notifiés. C'est le sens qui semble devoir être attribué à l'article 8, 5., a) lu conjointement avec le paragraphe 4 de ce même article, lorsque celui-ci dispose que la Commission peut « prendre des mesures provisoires appropriées pour rétablir ou maintenir les conditions d'une

¹¹⁰⁹ Trib. UE, 13 septembre 2010, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. T-279/04, *Rec.* 2010, II, p. 185 ; obs. D. Tayar, « Le Tribunal de l'Union européenne confirme la validité de la décision de la Commission autorisant le rachat d'un groupe dans le secteur de l'édition au moyen d'une opération de portage », in L. Idot (dir.), *Grands arrêts du droit de la concurrence. Vol. II. Concentrations et aides d'État, Concurrences*, Paris, 2016, 228 p. et spécialement, p. 6.

¹¹¹⁰ Nous soulignons ; CJUE, 6 novembre 2012, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. C-551/10 P, *Rec.*, et spécialement, pts 34 et 25, obs. Idot (dir.), *Grands arrêts du droit de la concurrence. Vol. II. Concentrations et aides d'État, Concurrences*, Paris, 2016, 228 p., et spécialement, p. 9.

¹¹¹¹ Nous soulignons ; CJUE, 6 novembre 2012, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 37.

¹¹¹² *Ibid.* et spécialement, pt 38.

¹¹¹³ Règlement « concentrations », art. 15, 1., d).

concurrence effective »¹¹¹⁴. Toutefois, cette lecture semble imposer que la déconcentration soit, *in fine*, soumise à la double condition que l'opération « a déjà été réalisée et qu'elle a été déclarée incompatible avec le marché commun »¹¹¹⁵. Cette interprétation paraît d'autant plus avérée qu'aucune des affaires précitées, par exemple, n'a donné lieu au prononcé de leur déconcentration alors même que des amendes ont été infligées par suite de la réalisation de ces opérations avant leur notification. La raison de ce défaut soulève peu d'incertitudes : la Commission a pris soin, pour chacune, de relever leur compatibilité avec le marché.

760. Le fait qu'une mesure de déconcentration ne puisse être décidée que de manière restrictive se justifie, certes, au vu des objectifs poursuivis par le règlement qui tendent à préserver, non seulement les structures de la concurrence sur le marché, mais encore la compétitivité des entreprises. Il reste toutefois qu'aucune décision de déconcentration prononcée sur le fondement de l'article 8, 4. du règlement « concentrations » ne semble avoir été prononcée à ce jour par la Commission à notre connaissance. Ce n'est que sous l'empire de l'article 8, 4. du règlement de 1989 que ce type de décision a, par quatre fois, été adopté¹¹¹⁶. Tandis que deux d'entre elles ont fait l'objet d'une censure par le juge¹¹¹⁷, les deux autres mesures de déconcentration n'ont certes pas été annulées. Il importe cependant de relever que dans l'une de ces affaires, les parties avaient renoncé à intenter un recours sur ce fondement¹¹¹⁸ et que dans l'autre, qui n'a pas fait l'objet d'un recours devant le juge, la décision de séparation correspondait en réalité au contenu des engagements qui avaient été spontanément proposés par les parties¹¹¹⁹.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, art. 8, 5.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, art. 8, 4., a).

¹¹¹⁶ Commission, 26 juin 1997, *Blokker/Toys « R » Us*, aff. M.890, JOCE L316, 25 novembre 1998, p. 1 (obs. S. Poillot-Peruzzetto, « Autorisation de concentrations sous condition d'engagements imposés aux entreprises », *RTD com.*, 1999, p. 239 et D. Berlin, « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD. eur.*, 2000, p. 139) ; Commission, 19 février 1997, *Kesko/Tuko*, aff. M.784, JOCE L174, 2 juillet 1997, p. 47 ; Commission, 30 janvier 2002, *Schneider-Legrand*, aff. M.2283, JOUE L101, 6 avril 2004, p. 134 ; Commission, 30 janvier 2002, *Tetra Laval/Sidel*, aff. M.2416, JOUE L38, 10 février 2004, p. 1.

¹¹¹⁷ TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider II*, aff. T-77/02, *Rec.* 2002, II, p. 4201 ; TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-80/02, *Rec.* 2002, II, p. 4519, confirmé par CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-13/03, *Rec.* 2005, I, p. 1113.

¹¹¹⁸ Kesko a en effet renoncé à ce recours, portant par là-même l'instance enregistrée initialement sous le numéro T-134/97 à celle portant le numéro T-22/97 (TPICE, 15 décembre 1999, *Kesko Oy c/ Commission*, aff. T-22/97, *Rec.* 1999, II, p. 3775, obs. S. Poillot-Peruzzetto, « Contrôle des opérations de concentrations », *RTD com.*, 2000, p. 1060).

¹¹¹⁹ V. not. en ce sens la note du Professeur Dominique Berlin à propos de l'opération *Blokker/Toys « R » Us* (D. Berlin, « Concentrations : chronique d'actualité », *préc.*).

761. L'examen des sanctions instituées par le règlement « concentrations » conduit ainsi à la conclusion suivante : l'audace ou l'imprudence des groupes n'a, très largement, vocation à être sanctionnée que sur le seul terrain financier et ce, de manière limitative. L'effectivité du droit des concentrations à cet égard, ou tout du moins le caractère dissuasif du contrôle qu'il institue, interroge d'autant plus que la question de l'éventuelle ouverture aux tiers d'une action en nullité à l'encontre d'une opération qui n'a pas été notifiée alors qu'elle aurait dû l'être ne semble pas non plus tranchée¹¹²⁰.

762. Dès lors, la phase précontractuelle échappe le plus souvent au droit des concentrations, laissant ainsi les parties dépositaires d'une liberté contractuelle quasi-pleine. Il révèle au demeurant le défaut de cohérence dont cette branche du droit souffre parfois. Notamment, parce qu'il se préoccupe peu des échanges d'informations que la conclusion d'une opération nécessite, il laisse au droit des pratiques anticoncurrentielles le soin de se saisir, ou non, de ces pratiques ultérieurement. Il contribue en ce sens peu à la préservation de la concurrence sur le marché. De même, son respect ne nécessite pas de notifier les avant-contrats qui peuvent précéder la conclusion du contrat de concentration en dépit des préoccupations de concurrence qu'ils peuvent soulever. Lorsque ces contrats préparatoires traduisent une pratique de *gun jumping*, il prévoit certes que des sanctions puissent être infligées à leurs auteurs mais leur relative faiblesse en atténue considérablement la portée.

763. Le contenu de l'accord final peut, pour sa part, traduire une influence plus nette du droit des concentrations. La manière dont celui-ci peut s'en trouver parfois compromis mérite néanmoins d'être interrogée : tandis qu'il se désintéresse aussi des clauses que le contrat contient, les parties sont quant à elle incitées à insérer des clauses dont le but consiste à prévenir l'exercice du contrôle jusqu'à son issue.

¹¹²⁰ L. Idot, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *Revue des contrats*, 2004, n°3, p. 882. Relevons par ailleurs, qu'en droit commun, la nullité semble être la sanction la plus adaptée face à une opération de concentration qui serait affectée d'un vice résultant du défaut d'exercice ou de l'exercice du contrôle. L'analyse de cette problématique semble particulièrement sensible en présence d'une opération frappée d'interdiction (à ce propos, v. *Infra*, ce Chapitre, Section 2, §2, B., 2)).

Section 2 : L'influence du contrat de concentration

764. La cohérence du droit européen des concentrations convient d'être interrogée au vu des clauses contenues dans l'accord final : parce que cette branche du droit s'attache aux seuls effets éventuels que l'opération pourrait occasionner sur le marché, elle se préoccupe relativement peu du contenu contractuel. Son impact sur la mise en œuvre effective du contrôle convient néanmoins d'être interrogé.

765. Cette analyse peut être scindée en deux temps, en fonction de l'objet que les parties ont souhaité assigner aux clauses considérées.

766. Afin de garantir le succès de leur transaction, les parties sont incitées à insérer d'une part, particulièrement dans le contrat de concentration, des stipulations destinées à éviter que l'opération n'échoue pour des motifs ne tenant pas au contrôle. Sous certaines réserves, la perte de cohérence dont le droit des concentrations pourrait souffrir à cet égard semble peu constituée (§1).

767. Ce risque semble en revanche nettement plus probable lorsque les parties cherchent, d'autre part, à prévenir contractuellement l'exercice et l'issue de la procédure (§2).

Paragraphe 1 : Les clauses tendant à prévenir l'abandon éventuel de l'opération

768. Pendant la procédure de contrôle, l'opération peut être abandonnée pour des raisons qui ne tiennent pas à la décision de l'autorité : il peut s'agir d'une opportunité avec un tiers jugée plus intéressante par l'un des contractants, de difficultés économiques rencontrées par l'acquéreur, de changement de stratégie commerciale, etc. Le déroulement de la procédure de contrôle peut aussi ralentir l'opération, en particulier lorsque l'autorité saisie décide d'ouvrir une phase d'examen approfondie¹¹²¹.

769. Il est donc compréhensible que les parties tentent de se prémunir contractuellement contre un abandon de l'opération (A.). Si les autorités de contrôle ne sauraient veiller à la validité de ce type de convention, elles ont en revanche pour

¹¹²¹ J.-C. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », *RTD. com.*, 2013, p. 439.

charge d'appréhender les effets qu'occasionne un abandon du projet. Cet état du droit paraît relativement cohérent (B.).

A. L'appréhension par les parties des causes de l'abandon de l'opération

770. Les parties au contrat peuvent maîtriser le risque d'abandon de l'opération à l'aide notamment de deux outils. Il y a, d'un côté, les clauses dites de « *material adverse change* » (« MAC ») et celles qualifiée de « *hardship* » (1). Il y a de l'autre, la *lex contractus* elle-même, *i.e.* la loi applicable au contrat. L'exemple du droit français en témoigne (2).

1) Les clauses MAC et de hardship

771. Les parties peuvent prévoir une clause dite « MAC »¹¹²² qui confère à l'une d'elles, ou aux deux, un droit d'option permettant à la ou les parties d'abandonner unilatéralement l'opération en cas de changement significatif de leurs situations (perte de clients, grève du personnel, pandémie, etc.)¹¹²³. Parce qu'elle est fréquemment prévue dans le but de se prémunir contre le risque que la cible perde sa valeur, elle fait peser en principe les risques sur celle-ci et permet à l'acquéreur de s'exonérer de toute responsabilité s'il décide de la mettre en œuvre. Si l'insertion de ce type de clause est régulièrement subordonnée à la détermination d'hypothèses précises, voire de délais dans lesquels elle peut être mise en œuvre, les parties peuvent par ailleurs opter pour une rédaction plus large qui assouplit la portée de leur engagement. Notamment, le contrat conclu entre Google et Motorola, prévoyait en son article 8.09, (g) que l'opération pouvait être abandonnée en présence d'un événement défini comme : « tout événement, évolution, occurrence, effet ou circonstance, qui, individuellement ou collectivement avec d'autres événements, évolutions, occurrences, effets ou circonstances, compromet substantiellement ou est raisonnablement de nature à empêcher ou à substantiellement retarder ou nuire à la capacité de l'entreprise d'exécuter ses obligations dans les conditions prévues au présent contrat ou à celle de parfaire l'opération de concentration ou toute autre

¹¹²² Les parties peuvent aussi la prévoir dans une lettre d'intention. En droit français, cette précaution peut être utile dans le but d'éviter au bénéficiaire de la clause de voir sa responsabilité mise en jeu en raison d'une rupture abusive des pourparlers au sens de l'article 1112 du Code civil.

¹¹²³ À propos de ces clauses dans un contexte de pandémie, v., C. Dureau-Hazera, « Validité d'une MAC clause dans les opérations de fusions-acquisitions en cas de pandémie », *JCP E*, octobre 2020, n°41, 1370.

opération visée par le présent contrat »¹¹²⁴. Une telle clause peut être enrichie de dispositions tendant à indemniser l'autre partie.

772. Les parties peuvent également convenir de l'insertion d'une clause, proche de la stipulation *MAC*, celle qui est dite de *hardship* ou de renégociation. Cette clause permet à l'une des parties ou aux deux de solliciter la révision du contrat en cas de changement qui affecterait leur situation et qui serait susceptible de menacer l'équilibre contractuel initial. Comme la clause *MAC*, elle est ainsi soumise à la survenance d'un événement imprévisible. Elle en diffère néanmoins dans la mesure où elle suppose une renégociation, contrairement à la clause *MAC*.

773. En dehors des clauses, la *lex contractus* elle-même peut aussi faciliter la renégociation du contrat conclu qui, en cas de refus ou d'échec peut conduire à un abandon de l'opération. Le cas d'un contrat soumis au droit français en est une illustration.

2) La *lex contractus*, l'exemple français

774. En France, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, sauf stipulation contraire, le contrat est réputé soumis à une clause proche de la stipulation *MAC* et de la clause de *hardship*. Le nouvel article 1195 du Code civil consacre en effet la théorie de l'imprévision¹¹²⁵ en permettant au juge de réviser ou mettre fin, dans les conditions qu'il fixe, à un contrat frappé d'imprévision et dont la renégociation à l'amiable aurait échoué. Les parties peuvent toutefois y faire échec, que ce soit en écartant purement et simplement l'application de cette disposition par l'insertion d'une clause, en prévoyant que les parties ont accepté les risques inhérents au contrat ou encore, en limitant l'issue de l'imprévision à la résiliation de l'accord pour empêcher

¹¹²⁴ Traduction libre de : « any occurrence, change, event, effect or circumstance, that, individually or when taken therewith with all other occurrences, changes events, effects or circumstances, materially impaired or would be reasonably likely to prevent or materially delay or materially impair the ability of the Company to perform its obligations under this Agreement or to consummate the Merger and the other transactions contemplated by this Agreement » (Google et Motorola, « Agreement and Plan of Merger by and Among Google Inc., RB 89 INC. And Motorola Mobility Holdings, Inc. », 15 août 2011 et disponible sur le site de Security and Exchange Commission à l'adresse suivante : <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1495569/000119312511225807/dex21.htm>).

¹¹²⁵ L'article 1195, al. 1 du Code civil définit comme suit l'imprévision : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ».

l'immixtion du juge dans le contrat de concentration. La légitimité pour le juge d'intervenir dans ce type de contrat est en effet discutée¹¹²⁶.

775. En tout état de cause, si le droit des concentrations ne s'intéresse guère aux motifs qui ont conduit à l'échec de l'opération, sauf si celui-ci est consécutif à une décision d'incompatibilité¹¹²⁷, il s'attache en revanche à en régir les effets.

B. L'appréhension par les autorités de contrôle des effets de l'abandon de l'opération

776. Par le traitement qu'il réserve aux cas d'abandon de l'opération, la cohérence du règlement « concentrations » semble peu menacée par le fait qu'il se soucie peu de la manière dont les parties ont tenté de prévenir cette éventualité (1). Le défaut harmonisation du droit des contrats au niveau européen appelle néanmoins quelques réserves (2).

1) L'abandon de l'opération dans le cadre du contrôle européen des concentrations

777. L'article 6 du règlement « concentrations » prévoit que la procédure de contrôle cesse en cas d'abandon de l'opération, lequel est apprécié « à la satisfaction de la Commission ». Il en résulte qu'un abandon précédant la notification de l'opération n'a pas à être notifié, faute, toujours, d'avoir permis le « changement durable de contrôle » de la cible. À l'inverse, en cas d'échec après le début de la procédure de contrôle, les parties doivent notifier à l'autorité leurs intentions d'abandonner le projet¹¹²⁸ de manière non seulement claire mais encore commune. Le fait qu'une partie souhaite abandonner le projet n'est effectivement pas à même de mettre un terme au contrôle¹¹²⁹.

778. À cet égard, la cohérence du droit des concentrations suscite peu d'incertitudes : au vu des objectifs qu'il poursuit, il ne saurait vraisemblablement

¹¹²⁶ J.-J. Ansault et D. Swinburne, « Réforme du droit des contrats. Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition », *JCP E*, 2016, n°21, 1307.

¹¹²⁷ En pareil cas, les entreprises parties peuvent tenter un recours en annulation à l'encontre de la décision d'incompatibilité, à condition toutefois qu'elles montrent que leur décision d'abandonner l'accord résulte directement de ladite décision d'incompatibilité (TPICE, 15 décembre 1999, *Kesko Oy c/ Commission*, aff. T-22/97, *Rec.* 1999, II, p. 3775).

¹¹²⁸ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, telle que modifiée par Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 117 et s.

¹¹²⁹ Commission, 10 mai 2007, *JCI/FIAMM*, aff. M.4381, *JOUE* C241, 8 octobre 2009, p. 12.

excéder la question du changement de contrôle de la cible et de telles clauses ne semblent pas à même de soulever des préoccupations sérieuses de concurrence.

2) Les difficultés soulevées par l'absence de droit européen des contrats

779. Le défaut d'harmonisation des droits des États membres au niveau européen oblige les parties à une opération de dimension communautaire à articuler, seules, leur liberté contractuelle avec les dispositions éventuelles de la loi applicable au contrat qui porteraient sur l'abandon de l'opération. L'enjeu pour elles, en pareil cas, est en effet d'éviter que leur contrat ne fasse l'objet d'une sanction sur le terrain du droit interne alors que le droit européen des concentrations leur oppose une réponse unique¹¹³⁰.

780. Les risques que le contenu du contrat peut faire peser sur la cohérence du droit des concentrations paraissent dans tous les cas plus nets après analyse des clauses destinées à prévenir l'exercice du contrôle.

Paragraphe 2 : Les clauses tendant à prévenir l'exercice du contrôle des concentrations

781. Afin d'augmenter les chances de succès de l'opération, le seul maintien de la relation contractuelle en présence d'une opération de concentration contrôlable est insuffisant. Les parties sont par conséquent incitées à anticiper contractuellement tant la constitution du dossier de notification (A.) que l'exercice du contrôle jusqu'à son issue (B.), les conduisant ainsi à user de leur liberté contractuelle dans les limites de l'ordre public de direction que le droit des concentrations a vocation à protéger. L'influence de ce corps de règles sur ces clauses reste néanmoins limitée, alors même que l'insertion de certaines stipulations suscite quelques préoccupations pour la cohérence du contrôle des concentrations.

A. L'anticipation de la notification de l'opération

782. La mauvaise constitution du dossier de notification étant sanctionnée par le règlement « concentrations », les parties sont incitées à insérer des clauses permettant de diminuer autant que faire se peut le risque de sanction (1)). De telles stipulations n'ont pas non plus vocation à être examinées par les autorités de contrôle, ce qui peut toutefois interroger sous l'angle du droit des ententes (2)).

¹¹³⁰ Bien qu'elle soit vraisemblablement résiduelle, la question de la nullité de l'opération peut en particulier être posée (à ce propos, v. nos développements à propos de l'opération frappée d'incompatibilité : v. *Infra*, cette Section, §2, B., 2)).

1) Des clauses destinées à limiter un risque de sanction

783. La procédure du contrôle impose que la notification de l'opération mette l'autorité de contrôle en mesure d'apprécier l'opération envisagée. Les parties doivent par conséquent fournir une série de renseignements sur leurs structures et les marchés concernés, l'omission ou l'inexactitude de telles données étant sanctionnée.

784. L'article 14, 1. du règlement « concentrations » fait en effet peser sur les parties une menace de sanction pouvant aller jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées en cas de fourniture, délibérée ou par négligence, d'informations erronées, incomplètes ou inexacts. La Commission a par exemple infligé une amende de cent dix millions d'euros à Facebook lors de la notification de son projet d'acquisition de WhatsApp pour avoir déclaré qu'il n'était techniquement pas possible de mettre en correspondance les identités des utilisateurs de Facebook et WhatsApp alors qu'il était établi qu'elle y avait procédé en 2016 et qu'elle avait déjà connaissance de cette possibilité lors de la notification de l'opération en 2014¹¹³¹. C'est également sur ce fondement qu'elle a prononcé une amende de cinquante-deux millions d'euros à l'encontre de General Electric lors de sa prise de contrôle de LM Wind¹¹³².

785. Les entreprises ont ainsi intérêt à se prémunir contre de telles situations. À cette fin, elles peuvent notamment convenir de l'insertion d'une clause dite de « *full disclosure* », c'est-à-dire de « divulgation », afin de s'imposer contractuellement de fournir les informations requises à l'autorité de contrôle. Il peut également s'agir d'une clause de coopération en vertu de laquelle les parties s'engagent à collaborer individuellement auprès de l'autorité de contrôle dans le cadre de la procédure. Elle peut aussi imposer à la cible de communiquer à l'acquéreur ses informations afin de permettre à ce dernier de constituer le dossier de notification. Le degré de détail porté à une telle clause peut également les amener à organiser un certain nombre de

¹¹³¹ C'était d'ailleurs la première fois que la Commission rendait une décision sur le fondement de l'article 14, 1., a) du règlement « concentrations » ; Commission, 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M. 8228, *JOUE* C286, 30 août 2017, p. 6, obs. J.-F. Bellis, « La Commission européenne inflige une amende à une entreprise détentrice d'un réseau social en raison du caractère inexact ou dénaturé des renseignements fournis par cette dernière dans le cadre de l'examen de son acquisition d'un service de communications grand public », *Concurrences*, 2017, n°2, p. 108.

¹¹³² Commission, 8 avril 2019, *General Electric Company/LM Wind Power Holding*, aff. M.8436 ; Commission, 8 avril 2019, « Mergers: Commission fines General Electric €52 million for providing incorrect information in LM Wind takeover », communiqué de presse IP/19/2049; obs. D. Bosco, « Nouvelle sanction pour fourniture de renseignements inexacts lors de la notification d'une opération de concentration », *CCC*, mars 2020, n°3, comm. 48.

rencontres entre elles, définies selon un calendrier préalablement établi et ce, éventuellement sous l'égide d'un organe *ad hoc* comprenant les représentants des parties et dont la composition est également définie par le contrat. Dans le cadre de l'opération *Google/Motorola*, les parties avaient prévu des dispositions analogues mais sous la qualification de clause de « *best efforts* »¹¹³³.

786. Or, de telles clauses, faute de provoquer le « changement durable du contrôle »¹¹³⁴ de la cible, ne sauraient pleinement être appréciées dans le cadre du contrôle des concentrations.

2) Des clauses dans l'angle mort du contrôle des concentrations

787. Non seulement ces clauses ne semblent pas à même d'être contrôlées au cours de la procédure, mais elles ne semblent pas davantage entrer sous la qualification des « restrictions accessoires »¹¹³⁵ dont la validité est admise par le règlement « concentrations » en présence d'une décision de compatibilité¹¹³⁶. Ces restrictions bénéficient en effet d'une présomption de légalité – dont l'influence est à attribuer aux *Mergers Guidelines* applicables aux États-Unis¹¹³⁷ – lorsqu'elles sont directement liées et nécessaires à la conclusion de la concentration, éventuellement après saisine des autorités internes¹¹³⁸. De prime abord, les stipulations de « *full*

¹¹³³ Ceci pouvant conférer au juge, en particulier français, la possibilité d'en déduire une obligation de moyen ou de résultat (J.-C. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », *RTD. com.*, 2013, p. 439).

¹¹³⁴ Règlement « concentrations », art. 3, 1.

¹¹³⁵ Sur cette question, v. not., S. Poillot-Peruzzetto, *Concentration*, Rép. eur., mars 2010, et spécialement, n°133 et s.

¹¹³⁶ Règlement « concentrations », arts 8, 1., al. 2 et 8, 2., al. 3.

¹¹³⁷ F. Souty, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2013, 4^{ème} éd., 160 p.

¹¹³⁸ Contrairement à la communication de 1990 (communication de la Commission concernant les opérations de concentration et de coopération au titre du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* C203, 14 août 1990, p. 10) qui imposait aux entreprises de notifier à la Commission de telles restrictions, la Commission n'exerce désormais qu'une compétence résiduelle en la matière (le principe étant admis depuis sa communication en 2001 ; communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, *JOCE* C188, 4 juillet 2001, p. 5). En effet, elle ne doit être saisie à propos de la qualification de ces pratiques que lorsque celles-ci présentent un caractère inédit et non résolu (communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, 5 mars 2005, 2005/C 56/03, *JOUE* C 56, 5 mars 2005, p. 24, pts 2 et s.). À titre d'exemple, en France, une clause de non-concurrence n'est considérée comme accessoire que si elle est limitée dans le temps, dans l'espace, dans son objet et qu'elle est personnelle (Autorité de la concurrence, 14 décembre 2009, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Lovefrance SAS par la société Groupe Berto*, n°09-DCC-74).

disclosure », de coopération ou de « *best efforts* » paraissent pourtant liées à l'opération puisqu'elles en facilitent le contrôle et semblent requises pour son bon accomplissement. Il reste que la Commission, dans l'une de ses communications¹¹³⁹, précise que ces critères ne sauraient être remplis au motif que les parties les considèrent comme tels¹¹⁴⁰. Elle s'attache par conséquent aux seules clauses qui limitent la liberté d'action des parties sur le marché, tels que les engagements de non-concurrence, les accords de licence et les obligations d'achat et de vente¹¹⁴¹.

788. De telles clauses semblent pourtant susciter certaines préoccupations de concurrence. À l'image de la pratique de *data room* précédemment évoquée¹¹⁴², elles peuvent en effet impliquer des échanges d'informations sensibles entre les parties et l'organisation de réunions confidentielles dans ce cadre. Si l'opération n'échoue pas, que ce soit pour des raisons tenant au consentement des parties ou à l'issue du contrôle, la mise en œuvre de ces clauses ne saurait vraisemblablement soulever de difficultés puisqu'elle se sera limitée au seul déroulement de la procédure de contrôle. En revanche, si l'opération est abandonnée ou frappée d'une décision d'incompatibilité, le devenir des informations échangées par l'effet de ces stipulations paraît pouvoir être interrogé dans les mêmes termes qu'en matière de *data room*.

789. Les stipulations qui tendent à prévenir l'exercice du contrôle jusqu'à son issue suscitent également quelques interrogations.

¹¹³⁹ Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, *préc.*

¹¹⁴⁰ Le Tribunal a notamment confirmé le rejet d'une telle qualification que la Commission avait décidé à propos d'une exclusivité consentie dans le cadre d'une opération de concentration dans le secteur de l'audiovisuel (TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1)*, aff. T-112/99, *Rec.* 2001, II, p. 2459, obs. D. Bosco, « Le Tribunal de Première Instance précise la position communautaire sur la règle de raison et la théorie des restrictions accessoires en matières d'entente prohibées », *Revue générale du droit*, 2001, n°1).

¹¹⁴¹ La Commission en a fermement admis le principe dès les débuts du contrôle européen des concentrations (Commission, 20 juillet 1994, *Pechiney World Trade/Minemet*, aff. M.473, *JOCE* C212, 3 août 1994, p. 3).

¹¹⁴² V. *Supra*, ce Chapitre, Section 1, §2, A.

B. L'anticipation de l'exercice et de l'issue du contrôle de l'opération

790. Comme évoqué précédemment, le règlement « concentrations » et la plupart des droits des États membres imposent que l'opération soit notifiée avant sa réalisation et après la conclusion de l'accord conduisant au changement de contrôle durable de la cible. Il résulte de l'article 4, 1. du règlement que l'autorisation de la Commission pour les opérations de dimension communautaire n'est pas requise aux fins de validité du contrat mais de validité de ses effets.

791. Les parties doivent ainsi prévoir, dans le contrat, les conditions dans lesquelles les effets de l'opération seront gelés en l'absence d'une décision de compatibilité. La question est d'autant plus sensible en présence d'une opération qui affecte le territoire de plusieurs États membres sans être de dimension communautaire ou en présence d'une concentration d'envergure internationale, en raison du risque accru de positions divergentes entre autorités qu'une telle situation soulève.

792. Les parties sont par conséquent incitées à se prémunir contre un tel prononcé, notamment en répartissant entre elles la charge des risques occasionnés **(1)**. Or, il semble que le droit européen des concentrations n'offre qu'un secours limité en pareil cas, en dépit des sanctions prévues par le règlement « concentrations », si les entreprises manquent à cette obligation **(2)**.

1) La paralysie de l'opération frappée d'incompatibilité

793. Le droit européen des concentrations présente une prévisibilité certaine. Il reste qu'elle ne saurait permettre à elle seule de préserver les parties d'une éventuelle décision frappant leur opération d'incompatibilité **(a)**, les incitant ainsi à prévenir contractuellement l'issue éventuellement défavorable du contrôle qui peut leur être opposée **(b)**.

a) La justification des clauses : la prévisibilité relative de l'exercice du contrôle européen des concentrations

794. Les parties à une opération sont incitées à se prémunir contre le risque suscité par une décision d'incompatibilité. En effet, si le raisonnement suivi par les autorités, et en particulier par la Commission, bénéficie d'une certaine constance **(α .)**, ceci ne saurait empêcher l'éventuel prononcé d'une décision d'incompatibilité **(β .)**.

α. La prévisibilité certaine du contrôle

795. Les parties à l'opération de concentration, en particulier lorsque celle-ci est de dimension internationale, sont d'abord en mesure d'anticiper le contrôle qui pourra leur être opposé par la liberté dont elles sont susceptibles de jouir pour déterminer la *lex contractus*. Il a, par exemple, été montré qu'opter contractuellement, lorsque l'opération s'y prête, pour l'application du droit de l'État du Delaware facilitait la réalisation d'une opération de fusion transfrontalière impliquant des sociétés américaines et françaises¹¹⁴³. Les atouts que la détermination de la *lex contractus* présente restent toutefois limités : dans le cadre du contrôle des concentrations, lorsque l'opération est susceptible d'avoir des effets au sein de l'Union européenne, le droit européen, voire celui des États membres, est applicable.

796. Dans ces conditions, l'enjeu pour les parties, en droit des concentrations, réside dans la nécessité d'anticiper la procédure de contrôle. À cet égard, les indicateurs économiques auxquels recourt le contrôle des concentrations peuvent permettre aux entreprises d'anticiper les conditions du marché et d'adapter le contrat en fonction, voire de soumettre à l'autorité saisie les engagements correspondants.

797. Schématiquement, la méthode suivie par la Commission lors de l'examen d'une opération de concentration s'organise en effet en trois étapes¹¹⁴⁴.

798. En premier lieu, elle s'attache à délimiter le marché pertinent, en évaluant la substituabilité des produits ou services en cause et le marché géographique concerné¹¹⁴⁵. Lorsqu'une telle appréciation ne relève pas d'une analyse exclusivement économique¹¹⁴⁶, la substituabilité des produits ou services est appréciée de plusieurs manières. Les méthodes traditionnellement mises en œuvre peuvent être de divers ordres¹¹⁴⁷ : il peut s'agir d'une analyse descriptive au vu des caractéristiques des produits ou services ; prospective en raison du comportement potentiel que les utilisateurs finaux sont susceptibles d'adopter ; empirique qui repose sur des statistiques antérieures reflétant le comportement des utilisateurs finaux ;

¹¹⁴³ H. Synvet, « L'internationalisation du droit des affaires », p. 727 in *Le Code de commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, D., Paris, 2007, 834 p., et spécialement, p. 733.

¹¹⁴⁴ C. Prieto, *Synthèse 170. Fasc. 1480 et 1490 – Contrôle européen des concentrations*, JCI Europe Traité, 1^{er} février 2018.

¹¹⁴⁵ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 97/C 372/03, JOCE C392, 09 décembre 1997, p. 5.

¹¹⁴⁶ C. Montet, « Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ? » *Revue Lamy droit des affaires*, 2000, Chronique, n°23.

¹¹⁴⁷ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, Paris, 2014, 6^{ème} éd., 366 p.

économétrique afin de déterminer si les augmentations ou baisses de prix se sont traduites par des augmentations ou baisses de la demande¹¹⁴⁸. Rappelons¹¹⁴⁹ que le test du monopole hypothétique, dit « *SSNIP* », permet, en particulier, de vérifier dans quelle mesure les clients d'un monopoleur pourraient se tourner vers des produits de substitution en cas d'augmentation légère et permanente du prix de ses produits. Le marché géographique est, pour sa part, déterminé au regard de l'homogénéité des conditions de concurrence qui y règnent, ce qui permet de distinguer les zones géographiques voisines.

799. En second lieu, la Commission apprécie la structure du marché, en analysant notamment les parts de marché. Bien que les lignes directrices n'imposent pas à la Commission d'y recourir systématiquement, elle peut également faire appel à l'IHH¹¹⁵⁰, lequel est réputé plus adapté que l'indice (R(n))¹¹⁵¹.

800. Enfin, elle se livre en dernier lieu à une analyse plus approfondie pour les opérations sensibles dans le but d'anticiper les effets probables de l'opération et la structure du marché à naître. Dans ce cadre, le pouvoir de marché des entreprises concernées peut être apprécié, soit la « capacité d'une ou de plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence »¹¹⁵². Il peut également s'agir d'apprécier

¹¹⁴⁸ L. Bidaud, « La relation offre-demande et la délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence », *JCP E*, n°50, 14 décembre 2000, p.1.

¹¹⁴⁹ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

¹¹⁵⁰ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

¹¹⁵¹ Il s'agit d'un ratio permettant de rendre compte des parts de marché cumulées des entreprises occupant les premières positions sur un marché. Il a été montré que l'IHH était plus adapté dans la mesure où celui-ci confère un poids plus important aux fortes parts de marché que ne le permet le ratio (R(n)), ce qui implique ainsi qu'il soit plus sensible au phénomène de concentration (J. Zachman, *Le contrôle communautaire des concentrations*, LGDJ, Droit des affaires, Paris, 1994, 424 p.).

¹¹⁵² Commission, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pt 8 ; La Commission précise que le pouvoir de marché peut être exercé tant par les fournisseurs que les acheteurs mais que par souci de clarté, le pouvoir de marché appartient, de manière sous-entendue dans les lignes directrices, au fournisseur tandis que l'acheteur, lui, dispose d'une « puissance d'achat ». Pouvoir de marché et puissance d'achat sont donc synonymes, seule la qualité de son détenteur importe. Le droit européen fournit des définitions analogues du pouvoir de marché dans d'autres domaines du droit de la concurrence (voir not. lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOUE* C101, 27 avril 2004, p. 94, et spécialement, pt 25 ; puis lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *préc.*, et spécialement, pt. 39 ; ou encore lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, *JOCE* C291, 13 octobre 2000, p. 1 et spécialement, pt. 119 puis, lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, 2010,

la possibilité pour les nouveaux concurrents d'entrer sur le marché ainsi que la capacité de ceux qui y sont déjà présents de croître.

801. Une telle présentation ne saurait refléter de manière exhaustive la méthodologie suivie par la Commission et les indices économiques susceptibles d'être employés au cours de la procédure de contrôle. Ce rappel tend cependant à montrer que le contrôle jouit d'une prévisibilité certaine à cet égard et qu'il devrait permettre aux entreprises d'anticiper, lors de la conclusion du contrat, le contenu du contrôle susceptible d'être exercé sur leur opération. Pourtant, cette hypothèse ne semble pas pleinement se vérifier.

β. La prévisibilité insuffisante du contrôle

802. Le seul fait que la méthode d'appréciation employée par la Commission bénéficie d'une certaine transparence ne saurait, à lui seul, permettre aux entreprises de se prémunir contre une éventuelle décision d'incompatibilité.

803. Il leur est d'autant plus nécessaire d'anticiper cette éventualité que les deux recours indemnitaires intentés à l'occasion de décision d'incompatibilité se sont globalement soldés par des échecs¹¹⁵³.

préc., et spécialement, pt. 97). L'indice de Lerner permettrait de mesurer la capacité d'une entreprise de pratiquer un prix au-dessus du coût marginal du produit mais il est critiqué car il ne tient pas compte des performances des entreprises.

¹¹⁵³ Les recours indemnitaires sont régis par l'article 340 du TFUE qui prévoit notamment que « l'Union doi[ve] réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ». En droit des concentrations, la responsabilité extracontractuelle de la Commission n'a été mise en jeu qu'à l'occasion de deux affaires où la Commission avait préalablement conclu à l'incompatibilité de l'opération avec le marché unique. Dans l'affaire *Schneider Electric* (TPICE, 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA c/ Commission*, aff. T-351/03, *Rec.* 2007, II, p. 2237 ; annulé partiellement par CJUE, 16 juillet 2009, *Commission c/ Schneider Electric SA*, aff. C-440/07 P, *Rec.* 2009, I, p. 6413), le recours présentait l'originalité de se fonder sur le statut de la Cour et le règlement de procédure du Tribunal alors applicables. Le Tribunal a admis que Schneider avait démontré à suffisance l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice qu'elle avait subi et la décision d'incompatibilité et que le comportement d'ensemble de la Commission avait empêché de réduire le montant du préjudice. Le Tribunal avait ainsi en particulier admis que la responsabilité de la Commission devait être engagée en raison de son omission, dans la communication des griefs, d'un effet anticoncurrentiel potentiel qui aurait pu permettre aux parties de proposer des engagements et donc, d'obtenir une décision d'autorisation. La Cour a toutefois censuré l'arrêt du Tribunal en ce qu'il condamnait la Commission à réparer les deux tiers du dommage subi par Schneider résultant de la réduction de prix qu'elle avait dû consentir au cessionnaire. Alors que Schneider réclamait le paiement d'une indemnité de deux millions d'euros, la Cour a par conséquent arrêté le montant du préjudice réparable à cinquante mille euros (CJUE, 9 juin 2010, ordonnance, *Commission c/ Schneider Electric SA*, aff. C-440/07 P, *Rec.* 2010, I, p. 73). Dans l'affaire *MyTravel Group plc* (TPICE, 9 septembre 2008, *MyTravel Group plc c/ Commission*, aff. T-212/03, *Rec.* 2008, II, p. 1967), la requérante,

804. De même, si les autorités nationales de concurrence des États membres emploient le plus souvent des méthodes d'appréciation similaires¹¹⁵⁴, il reste que le risque de positions divergentes entre autorités ne peut être écarté sur ce seul constat. Quel que soit l'État ou l'organisation régionale considérée, la politique de concurrence applicable est en constante mutation dans la mesure où elle est établie en fonction de la structure spécifique du marché, des objectifs politiques et économiques poursuivis et des résultats économiques espérés des comportements adoptés par les entreprises¹¹⁵⁵. À propos de l'ordre public de direction en France, le Professeur Jacques Ghestin relevait ainsi que « son efficacité technique impose une adaptation constante à la conjoncture. Les incertitudes de la science économique le rendent essentiellement expérimental, empirique et opportuniste »¹¹⁵⁶. L'histoire du droit européen des concentrations l'a en particulier montré : les réactions normatives de l'Union, des États membres, les décisions des autorités et des juges ont sensiblement varié au fil de sa construction et de la détermination de ses objectifs¹¹⁵⁷. Le risque d'interdiction est d'autant plus grand que les concentrations se sont particulièrement internationalisées depuis les années 1980 : en dépit des efforts que les autorités déploient pour développer leur coopération, chaque droit définit les conditions de son application et de la compatibilité de l'opération au marché

préalablement dénommée Airtours, estimait avoir subi un préjudice résultant du fait que la Commission avait commis une violation suffisamment caractérisée des règles matérielles applicables lors de son appréciation de l'opération de prise de contrôle exclusive de First Choice. Elle tentait également d'établir que la Commission s'était livrée à un comportement illicite au vu de l'obligation de diligence qui lui incombait. Ces arguments n'ont toutefois pas convaincu le juge. Dès lors et outre la faiblesse du nombre de recours indemnitaires qui ont été intentés dans le cadre du contrôle des concentrations, ceux-ci se sont pour l'essentiel soldés par des échecs. Encore, les conditions de recevabilité d'un tel recours sont relativement strictes: notamment et bien que l'autonomie de ce type de recours ait été consacrée par le juge (CJCE, 2 décembre 1971, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt c/ Commission*, aff. 5/71, *Rec.* 1971, p. 975) la recevabilité du recours indemnitaire est soumise à la condition que la requérante prouve l'existence d'une violation suffisamment caractérisée, d'un dommage et d'un lien de causalité entre eux. En d'autres termes, le défaut de l'une de ces conditions conduit au rejet du recours (TPICE, 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA c/ Commission, préc.*, et spécialement, pt 120 ; à propos des recours indemnitaires en droit européen, v. not., O. Speltdoorn, *Responsabilité [de l'Union européenne]*, Rép. eur., juin 2011).

¹¹⁵⁴ Tel est par exemple le cas en France où l'Autorité de la concurrence pratique aussi l'analyse par les structures et celle par les effets (L. Vogel, *Droit de la concurrence européen et français*, Juriscience, Lawlex, 2012, 1812 p.).

¹¹⁵⁵ H. Ullrich, « L'ordre concurrentiel dans la pensée juridique », p. 51 in W. Abdelgawad (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration. Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007*, Lexis Nexis - Litec, coll. Juris-Classeur, Paris, 2008, vol. 30, 533 p.

¹¹⁵⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil. Tome 2. Les obligations. Le contrat : formation.*, LGDJ, Paris, 1988, 2^{ème} éd., 1096 p., et spécialement, n°115.

¹¹⁵⁷ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

considéré, ce qui induit une application concurrente des contrôles. Par exemple, pour l'une des plus importantes fusions internationales en 1998 et 1999, dont le montant avoisinait les vingt-neuf milliards d'euros¹¹⁵⁸, plus de soixante contrôles ont été effectués¹¹⁵⁹. Or, une seule interdiction suffit pour bloquer l'opération.

805. Les parties sont par conséquent incitées à prévoir contractuellement l'éventuelle interdiction qui peut frapper leur opération.

b) Techniques contractuelles tendant à prévenir le prononcé d'une décision d'interdiction

806. Les clauses permettant aux parties de se prémunir contre le prononcé d'une décision d'incompatibilité sont des déclinaisons somme toute classiques des principes gouvernant la liberté contractuelle : elles permettent de modeler l'opération pour éviter un risque de sanction. Leur analyse présente néanmoins un intérêt certain dans la mesure où elles requièrent qu'un soin particulier soit apporté à leur rédaction ; la menace de sanction en la matière est en effet très présente.

807. Deux types de clauses peuvent être identifiés lorsque les parties cherchent à anticiper la situation dans laquelle leur opération serait finalement frappée d'interdiction. Certaines tendent à éviter les conséquences d'une telle décision (α) tandis que les autres ont pour objet de les aménager effectivement (β).

α . Les clauses destinées à éviter les conséquences d'une décision d'incompatibilité

808. Le premier type de clauses tend à éviter qu'une opération soit réalisée alors que le risque du prononcé d'une décision d'incompatibilité est toujours présent. Cette situation peut se produire en particulier lorsque l'opération est réalisée avant d'être notifiée auprès de la ou des autorités compétentes.

809. Pour éviter que les parties ne soient sanctionnées sur le terrain du *gun jumping*, une pratique courante consiste à ériger l'autorisation de la ou des autorités saisies en condition suspensive. Il semble cependant que les parties doivent faire

¹¹⁵⁸ M. Montoussé (dir.), *Analyse économique et historique des sociétés contemporaines*, éd. Bréal, Rosny-sous-Bois, 2007, 637 p. et spécialement, p. 134.

¹¹⁵⁹ Il s'agit de l'affaire *Hoescht/Rhône Poulenc* portant sur la création d'Aventis (L. Idot, « Le contrôle des concentrations », in « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence », *RIDE*, 2002, 2002/2, t. XVI, p. 175). Au sein de l'Union européenne, elle a été autorisée sous conditions par la Commission en 1999 avant de faire l'objet d'un nouvel examen quelques années plus afin de réviser lesdites conditions (Commission, 9 août 1999, *Hoescht/Rhône Poulenc*, aff. M.1378, *JOCE* C254, 7 septembre 1999, p. 5 ; Commission, 30 janvier 2004, *Hoescht/Rhône Poulenc*, aff. M.1378, *JOUE* C42, 18 février 2004, p. 22, obs. D. Berlin, « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD eur.*, 2005, p. 893).

preuve d'une vigilance soutenue en la matière. En effet, dans cette hypothèse, la décision autorisant l'opération emporte mécaniquement l'accomplissement de la condition et partant, le transfert de propriété de la cible. Les parties ont toutefois tout intérêt à s'assurer qu'elle n'ait aucun caractère rétroactif. Si cette précaution ne figure pas dans le contrat alors que la *lex contractus* attache automatiquement cette rétroactivité aux conditions suspensives, l'exécution de ce type de clause est problématique en droit des concentrations : la rétroactivité devrait conduire à admettre que le transfert de propriété au profit du cessionnaire a eu lieu au moment de la conclusion de l'accord, ce qui, par conséquent impliquerait l'exercice d'un contrôle sur la cible avant même la décision d'autorisation de l'opération à l'origine de l'accomplissement de la condition¹¹⁶⁰.

810. Par ailleurs, l'article 7, 2. du règlement « concentrations » confère un régime dérogatoire de notification aux offres publiques d'achat et offres publiques d'échange afin de préserver l'effet de surprise induit par ces opérations et la rapidité que requiert leur réalisation¹¹⁶¹. Ces offres pouvant être contrôlées *a posteriori*, elles peuvent faire l'objet de décisions d'incompatibilité lorsqu'aucune régularisation n'est possible. Il reste que l'introduction d'une condition suspensive peut conduire à la caducité de l'offre lorsqu'une procédure est intentée devant l'autorité¹¹⁶².

811. Le second type de clauses tend, pour sa part, à aménager la répartition des risques induits par l'échec de l'opération.

¹¹⁶⁰ Il importe ainsi de prêter une attention particulière à la *lex contractus* applicable. En droit français, par exemple, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, la rétroactivité n'est désormais qu'une faculté que les parties peuvent stipuler à propos des effets attachés à l'accomplissement de la condition suspensive (C. civ., art. 1304-6), ce qui implique qu'à défaut d'une telle stipulation, l'insertion d'une telle clause et son accomplissement n'entraînent pas, par principe, le transfert de propriété prématuré de la cible.

¹¹⁶¹ J.-C. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », *RTD. com.*, 2013, p. 439.

¹¹⁶² Tel est en particulier le cas en droit français (règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers, art. 231-11).

**β. Les clauses destinées à aménager les conséquences d'une décision
d'incompatibilité**

812. Lorsque les parties tentent d'aménager les conséquences d'une décision d'incompatibilité dans le contexte spécifique des concentrations, il s'agit pour elles, comme dans tout domaine du droit concerné par cette question, de « corriger les déséquilibres qu'entraîne la survenance de l'événement redouté »¹¹⁶³.

813. À cette fin, les parties peuvent prévoir une clause de *termination fees*, dite aussi « *break-up fees* »¹¹⁶⁴, dans le but de définir le principe et le montant des indemnités de résiliation supportées par la cible si l'autorité menace d'interdire ou interdit l'opération. Il peut aussi s'agir de *reverse termination fees* ou *reverse break-up fees* qui, bâties sur le même modèle, font, cette fois-ci, supporter le paiement de l'indemnité à l'acquéreur, ceci permettant de gagner la confiance de la cible. Ces clauses se distinguent des clauses d'indemnités classiques par leur montant et leur automaticité : elles sont applicables dès la décision d'interdiction, en dehors de la manifestation de volonté des parties.

814. De telles stipulations sont fréquentes pour les opérations de dimension internationale et prévoient parfois des montants particulièrement élevés. Par exemple, dans l'affaire *At&T/T-Mobile*¹¹⁶⁵, At&T, une société américaine, envisageait l'acquisition de Deutsche Telekom, filiale allemande, moyennant le paiement de trente-neuf milliards de dollars. Aux termes de la clause d'indemnités, AT&T s'est vue dans l'obligation de payer à Deutsche Telekom la somme de trois milliards de dollars en raison du refus opposé par les autorités de concurrence américaines. De même, dans l'affaire *Google/Motorola*, Google s'était engagée à payer la somme de deux milliards et demi de dollars en cas de refus opposé par les autorités de concurrence¹¹⁶⁶ alors que l'acquisition était évaluée à douze milliards de dollars.

¹¹⁶³ J. Moury, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *Rec. D.*, 2012, p. 1021, et spécialement, §3.

¹¹⁶⁴ Selon l'appellation employée par J.-C. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », *art. préc.*

¹¹⁶⁵ U.S. DoJ, 31 août 2011, *United States of America v. AT&T Inc. and T-Mobile and Deutsche Telekom*, n° 1 :11-CV-01S60, obs. J.-C. Roda, « DOJ – FTC – contrôle des concentrations : la Federal Trade Commission amende les règles concernant la notification des concentrations et le Department of Justice décide de bloquer une fusion dans le secteur de la téléphonie mobile (*AT&T Inc. and T-Mobile, Deutsche Telekom*), *Concurrences*, 2011, n°4, p. 188.

¹¹⁶⁶ Lesquelles (américaine, européenne, canadienne, chinoise, israélienne, russe, taïwanaise et turque) étaient toutes prises en considération dans le contrat.

815. Cependant, si les parties ne prévoient pas à suffisance, dans le contrat, les risques inhérents à une éventuelle interdiction et si l'opération est effectivement frappée de ce type de décision, le droit européen des concentrations n'apporte qu'une réponse limitée.

2) Le caractère limité des sanctions attachées au défaut de paralysie de l'opération frappée d'incompatibilité

816. Les sanctions prévues par le règlement « concentrations » en présence d'une opération dont les effets n'auraient pas été gelés alors qu'elle a été frappée d'une décision d'incompatibilité paraissent limitées (a). Au-delà, le sort réservé à ces opérations au plan civil reste en marge du droit européen des concentrations (b)).

a) L'efficacité et l'effectivité relatives des sanctions prévues par le règlement « concentrations »

817. Comme évoqué précédemment¹¹⁶⁷, le défaut de notification d'une opération de concentration et sa réalisation anticipée sont passibles de sanctions au titre du règlement « concentrations », que ce soit au vu de l'amende, de la mesure de déconcentration ou de l'astreinte que celui-ci prévoit. Or, dans la mesure où le défaut de paralysie d'une opération frappée d'interdiction conduit à sa réalisation fautive, de telles sanctions sont également applicables¹¹⁶⁸. Nos propos qui tendaient à en critiquer la pertinence peuvent, par conséquent, être formulés de manière identique ici¹¹⁶⁹.

818. Plus largement, c'est également l'articulation du droit des concentrations et du droit des contrats qui peut questionner.

b) Le sort incertain au plan civil des opérations frappées d'interdiction

819. L'interdiction de l'opération devrait être assortie de l'anéantissement, au plan civil, du ou des contrats y afférant. La nullité semble la plus appropriée, l'opération étant censée n'avoir jamais existé. Elle est d'ailleurs largement admise dans la plupart des législations et ce, à tel point que les Principes d'Unidroit prévoient que lorsque le refus d'une autorisation compromet la validité d'un acte, celui-ci est automatiquement frappé de nullité, que ce soit intégralement ou partiellement¹¹⁷⁰. De

¹¹⁶⁷ V. *Supra*, ce Chapitre.

¹¹⁶⁸ Règlement « concentrations », arts 14, 2., c) (amende), 8, 4., a) et 8, 5. c) (déconcentration) et 15, 1., d) (astreinte).

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, art. 6. 1. 17.

même, l'Académie des privatistes européens proposait dans son avant-projet de *Code européen des contrats* d'annuler le contrat, notamment lorsqu'il contrarie l'ordre public, les bonnes mœurs ou, plus généralement, toute norme impérative¹¹⁷¹.

820. Pourtant, l'articulation du droit européen des concentrations et du droit des contrats sur ce point n'est pas pleinement tranchée lorsque les parties n'ont pas pris soin de définir contractuellement ce type de situation.

821. Le règlement « concentrations » ne s'y intéresse pas, tandis que son règlement d'exécution relève seulement l'existence de « conséquences dommageables sur le plan civil »¹¹⁷². Faute d'harmonisation, à ce jour, du droit des contrats à l'échelle européenne, seule une réponse timide est proposée par le droit européen des sociétés lorsque l'opération est une fusion. Au sens de la directive (UE) n°2017/1132, une fusion ou scission transfrontalière de sociétés de capitaux ne saurait être frappée de nullité après sa date d'entrée en vigueur, soit une fois la décision de compatibilité avec le marché prononcée par la ou les autorités de contrôle saisies¹¹⁷³. Ces dispositions ne semblent cependant pas épuiser les interrogations qui peuvent en résulter, en particulier en cas d'opposition des créanciers à la réalisation de l'opération¹¹⁷⁴. Davantage, la réponse apportée par la directive (UE) n°2017/1132 en matière de fusion et scission de sociétés anonymes présente une certaine imprécision¹¹⁷⁵. À défaut d'application de ces dispositions, le sort des opérations conclues entre sociétés non cotées au plan civil au sein de l'Union européenne est réglé par le règlement « Rome I »¹¹⁷⁶, lorsque celles-ci résultent de contrats conclus après le 17 décembre 2009¹¹⁷⁷ et que les tribunaux danois ne sont pas appelés à

¹¹⁷¹ Code européen des contrats. Avant projet, art. 140.

¹¹⁷² Règlement (CE) n°802/2004, (4).

¹¹⁷³ Directive (UE) n°2017/1132, art. 134 (fusions transfrontalières) et 160 duovicies (scission transfrontalière).

¹¹⁷⁴ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2.

¹¹⁷⁵ La directive (UE) n°2017/1132 ne semble se référer qu'indirectement au droit des concentrations lorsqu'elle prévoit qu'« il n'est pas porté atteinte aux législations des États membres relatives à la nullité [de l'opération] prononcée à la suite d'un contrôle de celle-ci autre que le contrôle préventif judiciaire ou administratif de légalité. » (s'agissant des fusions de sociétés anonymes : directive (UE) n°2017/1132, art. 108, 3. ; s'agissant des scissions de sociétés anonymes : directive (UE) n°2017/1132, art. 153, 3.) ; en ce sens, v. aussi, *Supra* (*Ibid.*).

¹¹⁷⁶ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *JOUE* L177, 4 juillet 2008, p. 6.

¹¹⁷⁷ Règlement Rome I, art. 28 ; pour les contrats conclus avant cette date, la Convention de Rome est applicable (Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, *JOCE* L266, 9 octobre 1980, p. 1).

l'instance¹¹⁷⁸. Relevons en effet que si le règlement « Rome I » exclut de son champ d'application les aspects relevant du droit des sociétés¹¹⁷⁹, cette exclusion ne saurait concerner les cessions de titres¹¹⁸⁰.

822. Aussi revient-il à la loi applicable au contrat de régir, non seulement l'extinction des obligations du contrat, les prescriptions et déchéances mais aussi le régime de nullité applicable en présence d'une décision d'incompatibilité¹¹⁸¹. Par conséquent et sans préjudice de l'application de la *lex societatis* destinée à encadrer le fonctionnement des sociétés, seule importe la *lex contractus*, y compris si cela conduit à faire application du droit d'un État tiers à l'Union¹¹⁸². Il s'agit, dès lors, de celle qui a été expressément désignée comme telle par les parties pour gouverner tout ou partie de la convention¹¹⁸³ ou, à défaut d'un tel choix, de celle définie par l'article 4 du règlement Rome I. Lorsque l'opération relève du paragraphe 1 de cet article, est en cause la loi du marché¹¹⁸⁴ mais, quand tel n'est pas le cas, le contrat est encadré par « la loi du pays dans lequel la partie doit fournir la prestation caractéristique [et] a sa résidence habituelle »¹¹⁸⁵, c'est-à-dire la loi du cédant¹¹⁸⁶. La « clause d'exception » prévue par cet article peut toutefois faire obstacle à ces principes. Ainsi, lorsqu'il résulte des circonstances que le contrat présente plus de lien étroits avec la loi d'un pays autre que celui désigné par défaut au titre de l'article 4, la loi de cet État est applicable¹¹⁸⁷.

¹¹⁷⁸ À propos de l'application de la Convention de Rome et de l'inapplicabilité du Règlement Rome I au Danemark, v. H. Gaudemet-Tallon, *Fasc. 552-11 : Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement « Rome I » du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales*, JCI Droit international, 1^{er} juillet 2016 et spécialement, n°33.

¹¹⁷⁹ Règlement Rome I, art. 1, 2., f).

¹¹⁸⁰ J. Heymann, *Concentration*, Rép. internat., avril 2019, et spécialement, n° 103 et s.

¹¹⁸¹ Règlement Rome I, art. 12, 1., d) et e).

¹¹⁸² H. Gaudemet-Tallon, *Fasc. 552-11 : Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement « Rome I » du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales*, JCI Droit international, 1^{er} juillet 2016, et spécialement, n°27.

¹¹⁸³ Règlement Rome I, art. 3.

¹¹⁸⁴ À défaut de mention expresse de la cession de titres dans cet article, l'alinéa h) du paragraphe 1 de l'article 4 peut, en effet, être applicable, en ce qu'il prévoit que « le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi. ».

¹¹⁸⁵ Règlement Rome I, art. 4, 2.

¹¹⁸⁶ M. Bode, *Le groupe international de sociétés. Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, thèse, Peter Lang, coll. Publications universitaires européennes, Bern, 2010, 695 p. et spécialement, p. 344.

¹¹⁸⁷ Règlement Rome I, art. 4, 4.

823. Quoi qu'il en soit, le fait qu'aucune disposition spécifique à l'échelle européenne ne s'attache à régir les conséquences au plan civil d'une décision d'incompatibilité pourrait, en apparence, ne pas soulever de difficultés particulières. En effet, l'issue demeure en pratique sensiblement identique à celle d'une nullité : l'autorité qui déclare une opération déjà réalisée incompatible avec le marché, impose des mesures destinées à remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant l'opération, en ordonnant notamment des cessions et séparations. Également, il reste toujours la possibilité, pour le juge, de redessiner « au laser »¹¹⁸⁸ le contrat de concentration afin de frapper de nullité, de manière ciblée, les éventuelles clauses anticoncurrentielles qui pourraient y figurer.

824. Cependant, lorsque la conclusion de l'opération a en particulier requis la conclusion de plusieurs contrats, le devenir de certaines stipulations est incertain¹¹⁸⁹. Par exemple, si une clause interdit à la cible de céder certains actifs, elle disparaît sûrement en cas d'interdiction de l'opération mais la question peut se poser pour d'autres, à l'image d'une clause de non-sollicitation sans limitation de temps prévue dans un contrat distinct du contrat de concentration. Si elle peut éventuellement être envisagée par le juge dans le cadre de l'ensemble contractuel auquel elle appartient, son annulation ne semble pas systématique. Également, les parties peuvent avoir intérêt à obtenir, devant le juge, l'annulation des contrats y afférant afin d'empêcher l'exécution de leurs engagements proposés auprès des autorités de contrôle.

825. Cette question interroge également le régime de nullité éventuellement applicable. Ce point présente par exemple un intérêt certain en droit français. Les juges sont en effet longtemps restés réticents à frapper de nullité absolue un contrat affecté d'un vice¹¹⁹⁰, une telle sanction ayant traditionnellement été réservée à l'ancienne catégorie des choses hors commerce. Il reste que des contrats ont parfois été frappés de nullité absolue en raison du défaut de délivrance d'une autorisation administrative dont la chose devait faire l'objet¹¹⁹¹. La catégorie des choses hors

¹¹⁸⁸ M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 451

¹¹⁸⁹ J.-C. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », *RTD. com.*, 2013, p. 439.

¹¹⁹⁰ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations.*, D., coll. Précis, Paris, 2005, 9^{ème} éd., 1474 p. ; J.-L. Aubert, J. Flour et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique.*, D., coll. Sirey, Paris, 1975, 13^{ème} éd., 475 p.

¹¹⁹¹ Cette catégorie figurait à l'ancien article 1128 du Code civil. En dépit de la typologie habituellement attribuée aux choses hors commerce (nous retenons ici celle proposée par le Professeur Grégoire Loiseau, G. Loiseau, « Typologie des choses hors commerce », *RTD civ.*, 2000, p. 47), le contrat de concentration frappé d'interdiction pourrait éventuellement en relever. L'illicéité d'une chose peut en effet contaminer le contrat dont elle est l'objet et entrer, pour cette raison, dans cette

commerce ayant disparu par l'effet de l'ordonnance du 10 février 2016, la question ne saurait vraisemblablement plus se poser sous cet angle. La nullité relative pourrait être la solution naturellement proposée par le droit commun : le juge a ainsi considéré que la nullité applicable au contrat privé de son objet relevait du régime des nullités relatives dans la mesure où le but poursuivi résidait dans la seule protection des intérêts des parties¹¹⁹². Néanmoins, le prononcé de la nullité absolue semble aussi possible en présence d'un contrat de concentration frappé d'une décision d'incompatibilité : il s'agit en pareil cas de protéger l'ordre public de direction et non de sauvegarder le seul intérêt des parties au contrat¹¹⁹³. Cette issue conduirait cependant à ouvrir la demande en nullité à tout intéressé, y compris aux tiers¹¹⁹⁴. Or, une telle action pourrait conduire à l'anéantissement rétroactif de l'ensemble des stipulations du contrat, y compris celles dont le maintien serait nécessaire pour les parties, voire pour la concurrence sur le marché, telles les clauses de confidentialité ou de non-sollicitation.

826. Aussi et bien que le nombre de décisions d'incompatibilité reste mineur au sein de l'Union, le droit européen des concentrations paraît peiner à appréhender l'ensemble des conséquences du contrôle qu'il institue. Il laisse ainsi aux parties la charge de les prévoir éventuellement dans les contrats eux-mêmes. À l'image de nos propos précédents, si elles échouent à les anticiper au plus juste, le risque de sanction qu'elles encourent reste toutefois limité. Cette difficulté se double dans cette hypothèse d'une autre, celle des conséquences au plan civil de l'opération frappée d'incompatibilité. Le défaut d'harmonisation du droit européen des contrats et des sociétés conjugué au choix du droit des concentrations de se désintéresser de ces questions fait alors peser une menace sur la cohérence du contrôle. Parce qu'il réserve un *a priori* favorable à ces opérations, le règlement « concentrations » en vient à édicter un contrôle dont il maîtrise parfois mal les conséquences.

catégorie (*Ibid.* et pour un exemple à propos de produits contrefaits, v. Cass, com., 24 septembre 2003, n°01-11504, *Bull. civ. IV* 2003, n°147, p. 166) – v. d'ailleurs, à contre-courant de la jurisprudence, un arrêt, très critiqué, où la Cour de cassation a frappé de nullité absolue un contrat dont l'objet portait sur un fichier qui n'avait pas été déclaré auprès de l'autorité administrative indépendante compétente (Cass., com., 25 juin 2013, n°12-17037, *Bull. civ. IV* 2013, n°108, obs. not., A. Debet, « Un fichier non déclaré à la CNIL est une chose hors du commerce », *JCP G*, 9 septembre 2013, n°37, p. 930).

¹¹⁹² Cass., 3^{ème} civ., 24 janvier 2019, n°17-25793, *Bull.*, obs. J.-D. Pellier, « Nullité et prescription », *D. actualité*, 12 février 2019.

¹¹⁹³ C. civ., art 1179.

¹¹⁹⁴ C. civ., art. 1180.

CONCLUSION DU CHAPITRE

827. Parce qu'il s'attache aux seuls effets de l'opération sur le marché, le droit européen des concentrations se désintéresse globalement des avant-contrats et du contrat de concentration conclus par les parties. Cet état du droit est toutefois critiquable au vu de l'objectif de préservation de la concurrence qui est assigné au contrôle.

828. De manière quelque peu paradoxale, sa mise en œuvre nécessite régulièrement la commission de pratiques qui frôlent la qualification d'ententes anticoncurrentielles quand elles n'en constituent pas une traduction fidèle. Ces pratiques, commises au stade précontractuel ou dans le but de préparer la constitution du dossier de notification, sont certes peu susceptibles de nuire à la concurrence sur le marché lorsque l'opération est effectivement autorisée puis réalisée. Le contrôle des concentrations ne se préoccupe cependant pas de l'hypothèse où la réalisation de l'opération serait compromise : il laisse alors le soin au droit des pratiques anticoncurrentielles de s'en saisir, en prenant ainsi le risque que des collusions anticoncurrentielles affectent le marché au moins pendant un certain temps. Si le contrôle en aval des pratiques anticoncurrentielles est certes réservé au droit des pratiques anticoncurrentielles et non au droit des concentrations, le fait que celui-ci puisse faciliter dans une certaine mesure la conclusion de ces pratiques n'en demeure pas moins critiquable.

829. Certes, lorsqu'il se soucie de sa mauvaise exécution, le règlement « concentrations » édicte une série de sanctions à l'encontre des groupes concernés par l'opération. Les parties sont ainsi invitées à faire preuve de vigilance dans la rédaction de leurs actes en s'assurant qu'ils ne provoquent pas le changement prématuré du contrôle de la cible ou à l'inverse, qu'ils soient à même de geler l'opération en cas de décision d'interdiction. Les conditions de mise en œuvre de ces sanctions comme parfois leur *quantum* restent néanmoins des plus discutables et atténuent considérablement le caractère dissuasif du contrôle, si ce n'est sa cohérence d'ensemble. L'état du droit au sein de l'Union est au demeurant encore plus susceptible de la menacer, par exemple lorsqu'il s'agit d'apprécier le régime de nullité applicable à une opération frappée d'incompatibilité au titre du contrôle des concentrations.

830. Aussi les groupes se trouvent-ils dépositaires d'une liberté d'action parfois préjudiciable à la mise en œuvre cohérente du droit des concentrations tout au long de leurs négociations contractuelles. Nous avons par conséquent souligné que le

contrôle pourrait gagner en cohérence, que ce soit dans le cas où le mouvement initié par l'affaire *Altice/IT Portugal*¹¹⁹⁵ se confirmerait, dans celui où les sanctions feraient l'objet d'une révision ou encore dans l'hypothèse où le droit de l'Union se doterait enfin d'un droit des contrats harmonisé.

831. En l'état actuel néanmoins, cette situation semble d'autant plus frappante que le droit des concentrations limite la visibilité des autorités de contrôle jusqu'à ce que l'opération soit pleinement soumise à leur appréciation (**Chapitre 2**).

¹¹⁹⁵ Commission, 24 avril 2018, *Altice/PT Portugal*, aff. M.7993.

CHAPITRE 2 :

L'INFLUENCE RELATIVE DU CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS SUR LE CONTRAT

832. Dans son ouvrage *Droit économique* et alors même que le droit des concentrations n'en est alors qu'à ses débuts¹¹⁹⁶, le Professeur Gérard Farjat distingue quatre formes de concentration économique. L'une d'elles résulte de « l'intégration économique ou contractuelle » qui induit un « contrôle par le marché »¹¹⁹⁷, en ce sens que la concentration du pouvoir de marché résulte de la conclusion de contrats qui placent des entreprises sous l'emprise d'une entreprise dominante. Il identifie également celle qui consiste en une « formule d'union et de coopération », soit la concentration d'un pouvoir de marché exercé collectivement par plusieurs entreprises¹¹⁹⁸. Constitue par ailleurs une concentration économique celle qui réside en une « croissance dimensionnelle de l'entreprise »¹¹⁹⁹, soit la forme « primaire » de la concentration où pouvoir juridique et pouvoir économique augmentent de manière proportionnelle. Enfin, il relève celle qui induit un « contrôle financier et patrimonial »¹²⁰⁰.

833. Cette classification présente une certaine modernité. En effet, si les deux premières font respectivement songer aux abus de position dominante et aux ententes anticoncurrentielles, les deux dernières paraissent répondre aux opérations que le règlement « concentrations » tend à appréhender. Le Professeur Gérard Farjat donne ainsi pour illustrations aux opérations conduisant à une « croissance dimensionnelle de l'entreprise » les prises de contrôle, telles les fusions-absorptions notamment¹²⁰¹. Il cite ensuite les groupes auxquels il lie les prises de participation pour les opérations qui créent un « contrôle financier et patrimonial ». L'opération de

¹¹⁹⁶ La première édition de l'ouvrage date, en effet, de 1971 et son édition refondue de 1982.

¹¹⁹⁷ G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 (1^{ère} éd. 1971), 783 p., et spécialement, p.154.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, et spécialement, p.155.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, et spécialement, p.153

¹²⁰⁰ *Ibid.*, et spécialement, p.154.

¹²⁰¹ Il intègre également dans cette catégorie la stratégie du succursalisme destinée à développer l'entreprise en divers lieux géographiques, au moyen de directions locales. Bien que placées sous l'autonomie juridique de l'entreprise dont les succursales dépendent, elles peuvent bénéficier d'une autonomie comptable, de gestion réelle. Les succursales ne sauraient toutefois répondre aux concentrations visées par le règlement actuel, faute de résulter d'une opération conduisant au changement durable du contrôle d'une entité.

concentration, aujourd'hui, semble toutefois couvrir ces deux réalités. Le but poursuivi reste le même que celui que le Professeur Claude Champaud a isolé, à savoir le fait de conquérir un marché ce qui facilite, ensuite, la possibilité de se « greffe[r] (...) un (...) groupement contractuel qui évite de multiplier les filiales et les investissements tout en arrivant au même résultat économique »¹²⁰².

834. En toute hypothèse, ces quatre formes de concentration ont pour point commun de naître d'un contrat. Ensemble, parce qu'elles résultent de conventions, elles structurent le marché. Elles diffèrent cependant les unes des autres, en dehors de leur objet, au vu de la manière dont le législateur et les autorités les appréhendent. Tandis que les deux premières peuvent être interdites au titre d'un contrôle des comportements, les deux dernières sont appréciées dans le cadre du contrôle des structures édicté par le règlement « concentrations ».

835. C'est par conséquent l'examen de la structure du marché qui est confié, après la négociation et la conclusion de l'accord, aux autorités de concurrence destinataires du dossier de notification d'une opération de concentration. Dès cet instant, le rapport contractuel entre les parties devient triangulaire dans la mesure où les autorités de contrôle s'immiscent dans la relation qui unissait jusqu'à présent les seuls groupes concernés. Présentée ainsi, cette situation devrait presque naturellement relativiser le caractère opaque du contrat comme sa dimension structurante, les autorités ayant *in fine* pour mission de veiller à la correcte structuration du marché envisagé. Cette affirmation semble pourtant peu se vérifier, tant les autorités paraissent jouir d'une position déséquilibrée dans leur rapport avec les groupes concernés par l'opération. Il leur est en effet difficile d'apprécier précisément les enjeux de domination préexistants et existants entre les parties à l'opération.

836. Par conséquent, même lorsque les autorités commencent à intervenir dans le rapport contractuel qui lie les parties, l'influence du contrôle sur le contrat de concentration demeure restreinte. L'opacité du contrat qui leur est soumis se double en effet des rapports de domination qui unissent les auteurs de l'opération et dont les autorités ne sauraient pleinement maîtriser les contours (**Section 1**). Le domaine d'intervention qui leur est reconnu dans le contenu du contrat de concentration et ses enjeux, semble ainsi globalement circonscrit à la négociation, avec les auteurs de

¹²⁰² C. Champaud, *Le pouvoir de concentration des sociétés par actions*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, Paris, 1962, 349 p.

l'opération, des engagements requis pour que l'opération ne nuise pas à la concurrence sur le marché (Section 2).

Section 1 :

L'insaisissabilité des rapports de domination entre les parties

837. Nous avons rappelé que le droit des concentrations, sinon le droit de la concurrence, et le droit des contrats entretiennent des rapports teintés d'ambivalence¹²⁰³. Cette analyse semble devoir être quelque peu étayée dans le contexte spécifique de la réception, par les autorités de contrôle, du dossier de notification incluant le contrat constitutif de l'opération. Le droit des concentrations devrait en effet, dès cet instant, prendre le pas sur le droit des contrats par le contrôle impératif qu'un tel évènement déclenche.

838. Cette idée peut se déduire de certaines dispositions du règlement « concentrations ». Tel est le cas lorsqu'il impose que l'opération soit notifiée lorsqu'elle conduit au changement durable du contrôle d'une entité¹²⁰⁴ et que les seuils sont atteints¹²⁰⁵. Il en va de même quand il oblige les parties à suspendre la réalisation de leur opération au prononcé de la décision¹²⁰⁶ ou à fournir l'ensemble des informations requises pour permettre aux autorités de contrôler avec justesse l'opération¹²⁰⁷. Surtout, en cas de manquement à l'une ou l'autre de ces obligations, les groupes encourent des sanctions¹²⁰⁸, dont la portée demeure certes à relativiser¹²⁰⁹.

839. Il en résulte que les autorités de contrôle doivent être en mesure d'apprécier les effets de l'opération qui leur a été notifiée sur les structures de la concurrence sur le marché, en disposant de l'ensemble des informations requises. Pourtant, leur immixtion dans le contrat semble vouée à rester marginale, en dépit de ce but affiché.

840. Le principe même d'un interventionnisme accru des autorités ne semble certes pas admissible, sauf à nuire aux libertés dont jouissent les entreprises, telle la liberté contractuelle, la liberté de concurrence, la liberté d'établissement et la liberté d'entreprendre. Ce sont aussi les objectifs généraux du règlement « concentrations »

¹²⁰³ V. *Supra*, ce Titre, § préliminaire.

¹²⁰⁴ Règlement « concentrations », art. 4, 1.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, art. 1.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, art. 7, 1.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, art. 11.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, arts 8, 4. et s., 14 et 15.

¹²⁰⁹ V. ce Titre, Chapitre I.

qui paraissent circonscrire l'action des autorités à la seule préservation de la concurrence sur le marché, laquelle ne doit pas avoir pour effet de nuire démesurément à la compétitivité des entreprises.

841. Cependant, l'un des phénomènes qui contribue à expliquer la faible marge de manœuvre dont elles bénéficient, qui est lié à ces divers éléments et qui semble assez peu traité par la littérature spécifique aux concentrations semble tenir à la réalité intrinsèque des groupes et des négociations qu'ils mènent entre eux. La structure interne des groupes est ainsi difficile à saisir dans le cadre du contrôle mais ce type de considérations ne saurait être abordé ici dès lors que seule l'articulation du contrat *stricto sensu* et du contrôle est analysée¹²¹⁰.

842. Les négociations à l'origine du contrat conclu méritent en revanche quelques développements à ce stade de l'étude. Ce sont elles en effet ainsi que les rapports de force entre les parties qui conditionnent le contenu du contrat soumis à l'appréciation des autorités. Analyser ce point semble intéressant puisqu'il conduit ces autorités à apprécier la lettre d'une opération qui a été préalablement organisée et déterminée par leur importance respective. Les démonstrations qui ont été proposées par une partie de la doctrine française méritent dans cette perspective d'être rappelées et transposées au contrôle européen des concentrations actuel.

843. Le caractère insaisissable des rapports de domination entre les parties semble plus précisément découler de deux séries de facteurs. D'une part, les rapports de force qui ont uni les parties lors des négociations précontractuelles conditionnent le contenu du contrat et les autorités de contrôle ne semblent pas en mesure de les apprécier (§1). D'autre part, comme tout contrat, la validité du contrat de concentration est subordonnée à la rencontre des consentements des parties et non leurs volontés (§2).

¹²¹⁰ Sur ces points, v. *infra*, 2^{ème} partie, Titre I.

Paragraphe 1 : L'impossible objectivation des rapports entre les parties

844. Les effets d'une opération de concentration sont globalement appréciés par les autorités de contrôle à l'aune de critères quantitatifs. À titre d'exemple, le calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées permet de caractériser la dimension de l'opération, selon qu'elle est communautaire ou nationale¹²¹¹. De même, les parts de marché et le pouvoir de marché des parties à l'opération peuvent être appréciés au cours de la procédure de contrôle. Or, la définition qui est conférée à ces divers critères repose, comme évoqué, sur des données économiques et tests qui ont vocation à objectiver l'analyse menée. Le contrôle se limite à déterminer si l'opération « entrav[e] de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante »¹²¹².

845. Dans la mesure où l'appréciation ne saurait par conséquent excéder ces seuls aspects, les autorités de contrôle n'ont pas à identifier les autres facteurs sur lesquels le contrat de concentration repose. Or, ainsi que le Professeur Henri Capitant le relevait, c'est bien la « liberté des contractants », soit la liberté contractuelle, en tant que « phare [...] [du] droit contractuel » qui est « la meilleure expression de la concurrence des intérêts »¹²¹³. Le Professeur Jean Paillusseau résumait ainsi la complexité inhérente à la conclusion de tout contrat : « Notre tendance est de souhaiter fortement que soit respectée la plus grande liberté contractuelle. Celui qui est familier des négociations de ce genre sait qu'elles sont en général longues, que leurs différents aspects sont, souvent, âprement discutés, que des compromis interviennent globalement, que ceux qui les conduisent ont en général toutes les qualités techniques et psychologiques nécessaires et qu'ils sont assistés par leurs juristes et leurs experts-comptables. Si la convention ne porte que la signature des parties, la négociation a souvent été le fait de deux équipes. Certes, parfois l'une des parties peut se trouver en position de force par rapport à l'autre, mais c'est là le jeu normal des affaires »¹²¹⁴. Il poursuit en considérant qu'« à part quelques cas marginaux, il ne faut [toutefois] pas en exagérer la portée »¹²¹⁵.

¹²¹¹ Règlement « concentrations », arts 1 et 5.

¹²¹² *Ibid.*, art. 2, 2. et 3.

¹²¹³ H. Capitant, « Le traité des obligations de M. Demogue », *RTD civ.*, 1923, p. 957, et spécialement, p. 961.

¹²¹⁴ J. Paillusseau, « La cession de contrôle », *JCP E*, 14 novembre 1985, n°46, p. 14587, et spécialement, §75.

¹²¹⁵ *Ibid.*

846. Au-delà du fait qu'un certain déséquilibre dans les négociations puisse, *in fine*, relever du « jeu normal des affaires », la question a longtemps été considérée comme marginale en France, au nom du principe de l'autonomie des volontés. Ainsi, dans les années 1930, le Professeur Louis Josserand, dans son *Cours de droit positif français*, érigeait l'échange des consentements en élément essentiel du contrat. Leur simple rencontre suffisait à former le contrat et le fait que les parties en présence soient économiquement inégales importait peu. Il relevait ainsi fermement que « nulle part, la loi n'exige que l'accord contractuel soit précédé d'une libre discussion, de longues tractations ; surtout, aucun texte ne veut que les deux parties aient une part égale dans la genèse du contrat ; tout ce qu'on demande, c'est que les deux intéressés consentent, c'est qu'il y ait entre eux accord en vue de faire naître des obligations (...) ni l'égalité économique ni l'égalité verbale ne sont point conditions de la validité des contrats : l'égalité juridique suffit. »¹²¹⁶.

847. Pour autant, Josserand lui-même ne prônait pas le retrait de l'État de la sphère contractuelle ; bien au contraire et en dépit de la primauté qu'il entendait conférer à l'échange des consentements au détriment de la situation économique des parties, il lui semblait aussi nécessaire que le droit protège ceux qu'il qualifiait de « faibles », entreprises comprises. Surtout, le Doyen de l'Université de Lyon voyait notamment dans le phénomène concentrationnel la justification d'une intervention du législateur : « l'industriel et le commerçant eux-mêmes passent parfois de la catégorie des forts dans celle des faibles, car eux aussi peuvent être victimes du double phénomène de la concentration des capitaux et de la mécanisation de la vie : la constitution de cartels, de syndicats, de *trusts*, aura pour conséquence d'établir des monopoles de fait et de tuer les petites entreprises ; la concurrence, par ses propres excès, va se dévorer elle-même ; il faudra venir au secours des plus faibles qui risquent d'être absorbés, annihilés par les forts »¹²¹⁷. À certains égards¹²¹⁸, la pensée de Josserand fait preuve d'une modernité prononcée.

848. Des conclusions de ce type peuvent en effet être proposées dans le cadre spécifique du contrôle des concentrations. L'équilibre auquel tentent de parvenir les

¹²¹⁶ Souligné dans le texte ; L. Josserand, *Cours de droit positif français. T. II. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés.*, Sirey, Paris, 1939, 3^{ème} éd., 1215 p., et spécialement, p. 23.

¹²¹⁷ Nous soulignons ; Pour l'auteur, il ne s'agissait pas néanmoins de permettre, ni au législateur, ni au juge, de nuire à la force obligatoire du contrat (J.-P. Chazal, « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *Revue des contrats*, 2003, n°1, p. 325, citant *La protection des faibles par le droit*, conférence donnée à Beyrouth en octobre 1934 et publiée in *Évolutions et actualités*, Sirey 1936, p. 159 et spéc. p. 168).

¹²¹⁸ *Ibid.*

parties à un contrat définissant les conditions de conclusion d'une opération de concentration paraît toujours des plus subtils. Si seule importe, par principe, leur égalité juridique pour conclure la convention à l'origine de leur opération, le défaut de prise en compte suffisante de la complexité de ce type de convention, de la nature plurale des liens qui unissent les parties et partant, de l'impact du phénomène concentrationnel, est susceptible d'avoir des conséquences néfastes sur le marché. Par exemple, les acquisitions de WhatsApp par Facebook ou bien encore de Shazam par Apple¹²¹⁹ se sont faites entre des acheteurs dont l'importance du chiffre d'affaires et du pouvoir de marché n'est plus à démontrer et des vendeurs dotés de faibles résultats économiques. À défaut d'atteindre des seuils chiffrés, leur appréhension par les divers contrôles s'est faite de manière particulièrement limitée et ce, probablement au détriment des objectifs assignés au contrôle. Faute de prise en compte suffisante des enjeux de domination entre eux, il est à craindre que la négociation des engagements avec les autorités, si elle avait eu lieu dans des conditions habituelles, s'en soit encore trouvée tronquée¹²²⁰.

849. En ce sens, si le simple échange des consentements permet de caractériser la conclusion du contrat, un tel accord ne saurait cependant refléter la satisfaction pleine et entière des souhaits des parties, pas plus que ne le feraient des données chiffrées. La structuration du marché peut par conséquent se faire au détriment de l'intérêt de certaines entreprises, y compris lorsqu'elles sont parties à l'opération. Cette problématique rejoint plus largement la distinction traditionnelle qu'il importe de faire entre la volonté et le consentement.

Paragraphe 2 : L'insaisissable volonté des parties

850. Selon le Professeur Jacques Ghestin, « chacun étant normalement à même de défendre ses intérêts, il peut être présumé que l'accord des volontés a permis la satisfaction des besoins des parties conformément à la justice contractuelle. Mais il ne s'agit que d'une simple présomption, qui doit être écartée chaque fois que la volonté n'a pas rempli son office. »¹²²¹. Il s'agit, incidemment, de dissocier consentement et volonté.

851. Les deux ne sauraient, particulièrement en présence d'un contrat de concentration, être effectivement assimilés. Ainsi, lorsqu'une partie à un contrat

¹²¹⁹ À ce propos, v. *Infra*, 2^{ème} partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

¹²²⁰ En ce sens, v. aussi *Infra* (*Ibid.*).

¹²²¹ J. Ghestin, *Traité de droit civil. Tome 2. Les obligations. Le contrat : formation.*, LGDJ, Paris, 1988, 2^{ème} éd., 1096 p., et spécialement, n°182.

conduisant à la conclusion d'une opération de ce type exprime sa volonté, elle « manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté ». Autrement dit, elle « domine ». En revanche, lorsqu'elle consent, elle se range à « une sorte de capitulation », elle se « soume[t] »¹²²². Certes, la conclusion d'un contrat repose précisément sur la rencontre des consentements des parties. Il ne fait nul doute cependant que celle-ci aura pour partie été rendue possible à la condition de laisser une place plus conséquente à la volonté de l'une des parties, éventuellement avec le soutien de son groupe. Le rapport de force semble pencher naturellement en faveur de l'acquéreur dans le cadre d'une opération conduisant au changement de contrôle d'une entité. Plus précisément, dans les négociations contractuelles, y compris lorsque sont en cause des opérations de concentration, il ne saurait être fait abstraction, en pratique, du pouvoir de marché du groupe dans son ensemble, voire de son image sur le marché, pour parvenir au compromis que traduit la conclusion de l'accord. En ce sens, déporter le constat suivant du Professeur Marie-Anne Frison-Roche à la problématique spécifique de la négociation des contrats relatifs aux concentrations, paraît justifié : « le contrat, mécanisme méfiant et besogneux, tâtonnant et prudent, est l'instrument pessimiste de cette guerre froide, conflit créateur sur lequel se construit le contrat »¹²²³.

852. Un exemple particulièrement éloquent de cette question peut être tiré des clauses de coopération envisagées précédemment. Ainsi, il peut arriver que la mise en œuvre de ce type de clause soit contractuellement confiée à un organe *ad hoc*, créé spécialement à cette fin. Par le jeu de la désignation des représentants le composant ou plus simplement, des modalités de vote au sein de cet organe, l'une des parties est nécessairement amenée à statuer *in fine* sur tel aspect de l'opération, la transmission de telle information aux autorités chargées du contrôle, etc. Or, comme nous l'avons précédemment montré, ce type de clause échappe au contrôle des concentrations actuel et les sanctions en cas de fourniture insuffisante d'informations restent limitées dans leur portée.

853. Le défaut de prise en compte des facteurs tenant à la détermination du contenu du contrat peut par conséquent interroger. Certes, le droit des concentrations ne saurait vraisemblablement s'attacher à des aspects dont le droit des contrats lui-même peut se désintéresser. Il reste que tel n'est plus nécessairement le cas en droit des contrats, la nécessité de garantir l'équilibre contractuel préoccupant

¹²²² M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573 et spécialement, p. 574.

¹²²³ *Ibid.*, et spécialement, p. 575.

de plus en plus le législateur¹²²⁴. De même, il n'est pas certain que le contrôle des structures institué par le règlement « concentrations » ne gagnerait pas à appréhender la réalité d'une opération, dans toutes ses dimensions, afin d'en apprécier plus justement les enjeux et effets. La question des outils mis à sa disposition pour apprécier plus finement encore les rapports de domination qui ont cours entre les parties mérite ainsi d'être posée. À l'évidence, les autorités de contrôle ne sauraient se voir dotées de prérogatives leur permettant de sanctionner un éventuel déséquilibre contractuel. Cette tâche revient au juge et l'utilité d'un droit des contrats harmonisé au niveau européen pourrait en ce sens servir également la cohérence du contrôle des concentrations. Dans l'attente d'une réforme qui peine à voir le jour, le droit des concentrations pourrait évoluer de son côté en se voyant doté de nouveaux outils destinés à élargir le champ des opérations contrôlables. Ces pistes, qui sont analysées dans la Seconde partie de cette étude¹²²⁵, pourraient ainsi non seulement augmenter le nombre d'opérations soumises à l'appréciation des autorités de contrôle mais aussi, de manière indirecte, apaiser quelque peu les

¹²²⁴ Un tel mouvement se perçoit en droit européen s'agissant par exemple de la protection accordée aux consommateurs dans le cadre des contrats qu'ils concluent avec des professionnels (pour un exemple, v. directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* L304, 22 novembre 2011, p. 64.), lequel a récemment été renforcé (v. not. la directive (UE) n°2019/2161 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs [« directive omnibus »], *JOUE* L328, 18 décembre 2019, p. 7 ou encore les directives renforçant les règles propres à la garantie légale de conformité : directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *JOUE* L136, 22 mai 2019, p. 1 et directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, *JOUE* L136, 22 mai 2019, p. 28, obs. L. Usunier, « Droit uniforme, cuvée 2019 : la quantité et la qualité ? », *RTD civ.*, 2019, p. 820 et S. Bernheim-Desvaux, « De nouvelles règles contractuelles en matière de conformité seront applicables à compter du 1er janvier 2022 ! », *CCC*, juillet 2019, n°7, comm. 130). Ces dernières années, le but recherché n'est plus seulement circonscrit à la seule nécessité de protéger la partie au contrat jugée faible. Au contraire, certains travaux proposés par l'analyse économique du droit aux États-Unis défendent l'idée selon laquelle le caractère obligatoire de tout contrat doit être déterminé par la capacité qu'à celui-ci de créer des richesses ; en d'autres termes, afin de créer des richesses, le maintien de l'équilibre dans le contrat est impératif. Ces travaux ont inspiré notamment la révision du Code civil en France qui a été opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 (Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations.*, D., coll. Sirey, 16^{ème} éd., Paris, 2018, 1269 p., et spécialement, n°885 et s. ; pour un aperçu général de la progression récente de la notion d'équilibre contractuel en droit français, v. not., H. Barbier, « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège des contreparties en tous genres », *RTD civ.*, 2018, p. 102).

¹²²⁵ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 2.

rapports de domination entre les parties au stade précontractuel en soumettant leur opération, au même titre que les autres, à un contrôle de ses effets.

854. Ces divers éléments d'analyse conduisent, quoi qu'il en soit, au constat suivant : l'intervention des autorités de contrôle dans le contrat de concentration lui-même se limite pour l'heure à la détermination des engagements souscrits par les parties à l'opération. La conciliation des libertés en présence semble à cet égard également reposer sur un équilibre subtil.

Section 2 :

La négociation des engagements ou un rapport tripartite déséquilibré

855. L'exécution d'engagements par les parties à un contrat de concentration répond à la démarche prospective du contrôle : les négociers en amont, avant de les mettre en œuvre, a pour but de prévenir les éventuels effets anticoncurrentiels susceptibles de résulter de l'opération. Contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit des concentrations cherche en effet à prévenir et non sanctionner *a posteriori* de tels effets¹²²⁶.

856. La souscription d'engagements par les parties conduit par conséquent à adapter le contrat afin de s'assurer que celui-ci ne porte pas atteinte aux structures du marché. En effet, la souscription d'engagements par les parties leur impose de

¹²²⁶ Cette affirmation ne saurait cependant remettre en question l'importance de la technique des engagements dans le cadre des ententes et abus de position dominante. Le règlement (CE) n°1/2003 en admet en effet le principe. C'est ainsi, par exemple, que le groupe Coca-Cola et ses embouteilleurs ont souscrit divers engagements alors qu'un abus de position leur était reproché : ne plus conclure, « sauf circonstances particulières », d'accords d'exclusivité, de ne plus accorder de remises de quantité, de permettre aux distributeurs de garder une place libre dans leurs réfrigérateurs pour des marques concurrentes, etc. Ces engagements ont été jugés suffisants par la Commission qui a décidé de cesser ses poursuites et d'accepter ces engagements en l'état (Commission, 22 juin 2005, *Coca-Cola*, aff.COMP/A.39.116/B2, JOUE L253, 29 juin 2005, p. 21). De même, des compagnies aériennes avaient créé une entreprise commune dont l'objet était de partager entre ces compagnies les recettes issues des trajets reliant l'Europe à l'Amérique du Nord. Afin de remédier aux suspicions d'entente qui pesaient sur elles, les compagnies ont proposé des engagements auprès de la Commission. Elle a, par la suite, rendu une décision rendant ces engagements contraignants et cessé ses poursuites (Commission, 23 mai 2013, *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*, aff.COMP/AT.39595, JOUE C201, 13 juillet 2013, p. 8). Ainsi que le prévoit le règlement précité, le défaut d'exécution des engagements souscrits est passible de sanctions ; c'est pour cette raison, par exemple, que la Commission a condamné l'entreprise Microsoft au paiement d'une amende de 561 millions d'euros (Commission, 6 mars 2013, *Microsoft*, aff. COMP/39.530, JOUE C 120, 26 avril 2013, p. 6).

modifier le contrat¹²²⁷, résilier d'autres contrats ou d'en conclure d'autres¹²²⁸. Précisons que la qualification de l'intervention d'une autorité de contrôle, pour certaine qu'elle soit, se limite à ce type de considérations. L'engagement proposé, négocié, souscrit et exécuté par une entreprise dans le cadre d'une procédure de contrôle des concentrations ne saurait en effet s'analyser en engagement contractuel, dans la mesure où la décision de l'autorité, et non la rencontre des volontés, le rend exécutoire¹²²⁹.

857. Ajoutons également que la négociation des engagements est non seulement connue de la Commission mais qu'elle est aussi pratiquée au sein des États membres pour les opérations de dimension nationale. Elle peut en effet avoir lieu, comme en droit européen, lors de la phase I ou la phase II, lorsque la législation de l'État concerné prévoit une procédure analogue à celle de l'Union¹²³⁰. Dans ces conditions,

¹²²⁷ Il peut s'agir, par exemple, de l'engagement de la société absorbante qui consiste à réduire la durée d'un contrat ou à accepter la suppression d'une clause d'exclusivité.

¹²²⁸ Il peut s'agir, par exemple, de l'engagement de l'acquéreur de ne plus exercer d'activité dans telle zone géographique. Le plus souvent, il s'agit de la cession de tout ou partie des actifs de l'entreprise partie à l'opération, l'autorité saisie se réservant le droit d'agréer le cessionnaire. Le cocontractant étant conscient du degré de contrainte que suscite l'opération, la cession se fait souvent moyennant un prix en-deçà du marché.

¹²²⁹ D. Bosco, « Introduction », p.12 in *Dossier tendances : Le respect des engagements pris devant les autorités de contrôle*, *Concurrences*, 2012, n°1.

¹²³⁰ Tel ne saurait donc être le cas par exemple au Luxembourg ou avec la même exactitude au Royaume-Uni dont le contrôle *a priori* n'est que facultatif. Dans les autres cas, ce sont les délais uniquement qui diffèrent pour l'essentiel. Par exemple, en France, les parties peuvent proposer des engagements amenés à être négociés avec l'Autorité de la concurrence lors de la notification et avant l'issue de la phase I. En pareil cas, le délai de traitement de la phase I, initialement fixé à vingt-cinq jours ouvrés, est augmenté de quinze jours ouvrés, soit un total de quarante jours et non trente-cinq, comme le prévoit le règlement « concentrations » (C. com., art. L. 430-5, I et II). Lorsque des engagements sont proposés puis négociés lors de la phase II, le délai maximal s'élève à quatre-vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date d'ouverture de la phase d'examen approfondi. Le délai peut toutefois être identique à celui prévu par le règlement « concentrations », soit cent cinq jours, dans la mesure où, à titre dérogatoire et dans le but de finaliser ces engagements, les parties peuvent demander à l'Autorité de suspendre le délai d'examen de ces remèdes dans un délai limité de vingt jours ouvrés. Le délai peut aussi être suspendu à la demande de l'Autorité si celle-ci dispose d'informations incomplètes ou erronées (C. com., art. L. 430-7, II). De même, en Espagne, les parties peuvent proposer des engagements, lesquels sont amenés à être négociés avec le Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, tant lors de la phase I que de la phase II. En pareil cas, le délai d'examen dans la première hypothèse est augmenté de dix jours et dans la seconde, de quinze jours (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE legislación consolidada, arts 57 à 59). Tel est aussi le cas par exemple en Belgique où les parties peuvent soumettre à l'Autorité belge de la concurrence leurs engagements lors des deux phases. Sauf demandes de prolongations supplémentaires, le délai initial de quarante jours ouvrables peut être augmenté en pareil cas de quinze jours (Code de droit économique, art. IV.61, §2). La phase II, d'une durée initiale de soixante jours ouvrables peut aussi être prolongée en pareille hypothèse (Code de droit économique, art. IV.62).

proposer une analyse des négociations de ces remèdes entre les groupes et la Commission semble suffisant pour saisir les enjeux qui sous-tendent ce dispositif.

858. Ces réserves émises, ce mécanisme se caractérise par une certaine ambiguïté. Le recours accentué à cet outil en droit de la concurrence dénote en effet tant une certaine « impuissance des instances de régulation à déceler et à faire cesser certaines pratiques »¹²³¹ qu'une « véritable modernité du droit »¹²³² permettant aux entreprises de participer à la construction de la politique de concurrence. C'est notamment pour cette raison que certaines recommandations ont été proposées ces dernières années dans le but d'améliorer cet instrument¹²³³.

859. En dehors de la question de la révision des règles qui l'encadrent, ce dispositif revêt un intérêt certain au vu de son impact sur le contrat de concentration et du déroulement des négociations qui en sont à l'origine. À l'image des objectifs du contrôle des concentrations qui naviguent entre préservation de la concurrence et maintien de la compétitivité de l'industrie européenne¹²³⁴, ces négociations ont pour but d'aboutir à un compromis entre intérêts divergents. D'un côté, les entreprises cherchent à obtenir de celles-ci qu'elles facilitent le prononcé d'une décision en faveur de la réalisation de leur opération, tout en les obligeant le moins possible à adopter des mesures en réponse. De l'autre, la Commission pénètre pour partie la sphère contractuelle par le biais de cette technique et cherche à modeler l'opération projetée au vu des conditions de concurrence requises sur le marché considéré.

860. En ce sens et en raison de l'opposition dont ils font l'objet, la question de l'équilibre entre ces intérêts mérite d'être analysée. Un déséquilibre pourrait en effet se dessiner lors des négociations : celui-ci pourrait se produire au détriment des groupes concernés par l'opération au vu de la marge d'appréciation dont la Commission bénéficie, comme de la Commission elle-même lorsque les entreprises font preuve d'une certaine habileté. À l'inverse, cette technique pourrait présenter

¹²³¹ F. Riem, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, Avril 2008, 2008/1, p. 67, et spécialement, p. 86 ; l'auteur vise plus précisément les « pratiques anticoncurrentielles » mais cette affirmation semble pouvoir être étendue aux concentrations. En plus de sa « modernité », c'est aussi son « efficacité » qui est parfois soulignée (en ce sens, v. not., L. Fréneaux, « L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations », *RIDE*, 2007, n°1, p. 43).

¹²³² *Ibid.*

¹²³³ Cette question fait l'objet de développements ultérieurs (v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §2, A.).

¹²³⁴ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

des gages tels, que les intérêts de cette institution comme des groupes concernés seraient respectés au plus juste.

861. Pourtant, si la négociation des engagements présente une modernité certaine (§1), le recours à cet outil semble à même de nuire à l'effectivité des missions de la Commission dans certains cas (§2).

Paragraphe 1 : Un dispositif moderne au service des autorités de contrôle

862. La modernité de la technique des engagements semble acquise : la procédure qui sous-tend leur détermination organise un dialogue tripartite (A.) qui présente en apparence de nombreux avantages, en particulier pour la Commission lors de l'examen de l'opération (B.).

A. L'organisation d'un dialogue tripartite lors des diverses phases de la procédure de contrôle

863. La technique des engagements est particulièrement utilisée en droit européen des concentrations et elle s'est imposée très tôt (1). Afin de proposer une analyse de la négociation des engagements entre les parties à l'opération et la Commission, leurs traits principaux gagnent à être envisagés lors des deux phases du contrôle (2).

1) La création des engagements en droit des concentrations

864. La Commission a rapidement recouru à la négociation de ces remèdes pour rendre ses décisions¹²³⁵ et ce, alors même que le règlement (CEE) n°4064/89 ignorait globalement ce mécanisme dans sa version initiale¹²³⁶. C'est en effet le règlement (CE) n°1310/97 qui a entériné cette pratique, notamment en insérant un article 6 bis au règlement de 1989¹²³⁷.

865. Le succès de cet instrument ne s'est pas démenti par la suite : au contraire, le règlement « concentrations » prévoit que des engagements peuvent être négociés tant lors de la phase I que de la phase II du contrôle. Davantage, et bien que le règlement ne fasse pas état de cette faculté, la Commission, dans sa communication¹²³⁸, incite les entreprises à lui soumettre des propositions d'engagements avant même que

¹²³⁵ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, D. coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Paris, 2004, 1108 p., et spécialement, p. 165.

¹²³⁶ Les engagements étaient seulement mentionnés à l'article 8, 2., al. 2 du règlement.

¹²³⁷ Règlement (CE) n°1310/97, art. 1, 5., b).

¹²³⁸ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, 22 octobre 2008, *JOUE* C 267, 22 octobre 2008, p. 1.

l'opération ne soit notifiée. Les aspects principaux de la négociation des engagements lors des deux phases du contrôle gagnent à être analysés.

2) Le principe de la négociation des engagements

866. Afin de déterminer si le rapport est ou non susceptible de glisser en faveur des intérêts des groupes concernés par l'opération ou de ceux des autorités chargées d'apprécier l'opération notifiée, et en particulier la Commission, il semble nécessaire de rappeler les principes fondamentaux qui encadrent la technique des engagements. L'analyse de la procédure à cet égard paraît utile à deux égards. Elle permet d'abord d'identifier l'auteur ou les auteurs des propositions initiales et de leurs révisions. Elle conduit ensuite à déterminer le moment où les engagements font l'objet de négociations entre les parties à l'opération et l'autorité saisie.

867. La phase I du contrôle suit diverses étapes. Après la réception de la notification de l'opération, la Commission publie au Journal Officiel de l'Union européenne une communication destinée à informer les tiers du projet de concentration qui lui a été soumis et les inviter à faire connaître leurs avis dans un bref délai. Concomitamment, la Commission adresse aux entreprises impliquées des questionnaires détaillés ainsi que ses demandes d'informations. Elle peut également ouvrir la procédure simplifiée dans les conditions de sa communication¹²³⁹. Bien que le règlement « concentrations » ne détaille pas avec précision le moment auquel les parties peuvent soumettre des engagements, cette possibilité se déduit de l'article 10, 1. du règlement. Cette disposition prévoit en effet que la Commission bénéficie d'un délai de vingt-cinq jours ouvrables pour se prononcer, lequel peut être porté à trente-cinq jours si les parties proposent des engagements. L'article 19, 1. du règlement (CE) n°802/2004 et la communication de la Commission¹²⁴⁰ fournissent ensemble des précisions : une fois informées par la Commission des préoccupations de concurrence que l'opération soulève, les parties disposent d'un délai de vingt jours à compter de la notification pour soumettre leurs engagements à la Commission.

868. À l'issue de cette phase I, la Commission peut déclarer que l'opération ne relève pas du règlement, la qualifier de compatible avec le marché intérieur en

¹²³⁹ Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du Règlement (CE) n°139/2004, 2013/C 366/04, JOUE C 366, 14 décembre 2013, p. 5, telle que rectifiée par Rectificatif, JOUE C 11, 15 janvier 2014, p. 6.

¹²⁴⁰ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 78.

considérant qu'il n'existe aucun doute sérieux ou relever l'existence de telles préoccupations de concurrence, ce qui conduit à l'ouverture de la phase II¹²⁴¹.

869. Ajoutons que le nombre de décisions déclarant l'opération compatible sous réserve de l'exécution d'engagements en phase I¹²⁴² reste assez faible : sur l'ensemble des opérations examinées par la Commission au cours de cette phase entre 1990 et décembre 2019, ce type de décisions représente seulement près de 3% et semble peu augmenter au fil des périodes considérées¹²⁴³. La phase II¹²⁴⁴ mène nettement plus à ce résultat puisqu'à son issue, plus de 60% des décisions rendues soumettent la réalisation de l'opération à l'exécution d'engagements¹²⁴⁵.

870. Lors de l'ouverture de cette phase II, la Commission communique ses griefs aux entreprises impliquées afin de détailler les doutes que l'opération soulève. Si le contenu de la communication des griefs doit obéir à diverses conditions pour être

¹²⁴¹ Règlement « concentrations », art. 6, 1 ; le juge vérifie à cet égard que les engagements retenus par la Commission à l'issue de la phase I pour ne pas ouvrir la phase II sont « une réponse directe et suffisante de nature à dissiper clairement tous les doutes sérieux » (TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c/ Commission*, aff. T-119/02, *Rec.* 2003, II, p. 1433, et spécialement, pt 79 ; TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177/04, *Rec.* 2006, II, p. 1931, et spécialement, pt 129).

¹²⁴² Règlement « concentrations », art. 6, 1., b) et 6, 2.

¹²⁴³ Sous l'empire du règlement de 1989, soit de 1990 à 2003, cinq décisions déclarant l'opération compatible avec le marché sous réserve de l'exécution d'engagements ont été prononcées en moyenne chaque année par la Commission. Sous l'empire du règlement « concentrations », soit de 2004 à décembre 2019, cette moyenne s'élève certes à treize décisions par an, ce qui représente en soi une augmentation de 160% de cette catégorie de décisions. Cette augmentation ne semble cependant pas significative au vu du nombre total de concentrations contrôlées dans la mesure où le nombre d'opérations appréciées par la Commission en phase I a augmenté de plus de 200%, après comparaison des périodes couvertes par le règlement de 1989 et 2004. Il peut donc raisonnablement en être déduit que le nombre de décisions d'autorisation assorties d'engagements à l'issue de la phase I augmente moins vite que ne le fait le nombre d'opérations appréciées par la Commission (données issues des statistiques fournies par la Commission : Commission, Statistiques relatives contrôle des concentrations, disponibles sur : <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>).

¹²⁴⁴ Règlement « concentrations », art. 8, 2.

¹²⁴⁵ Leur nombre par an semble, en revanche, peu progresser puisque de 1990 à 2003, celui-ci équivaut à 4.7, contre 4.2 sur la période s'écoulant de 2004 à décembre 2019. Relevons à cet égard que le nombre d'opérations examinées par la Commission au cours de la phase II n'a pas non plus sensiblement augmentés par suite de l'entrée en vigueur du règlement « concentrations » dans la mesure où il s'élève à 93 concentrations sur la première période, contre 118 sur la seconde, qui est plus longue de deux ans (Commission, Statistiques relatives contrôle des concentrations, *préc.*). Relevons également que cette proportion peut atteindre 65% en présence d'une décision de retrait (L. Idot, « Une régulation concurrentielle négociée : les engagements », p. 74 in *Conseil d'État. Droits et Débats. Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique. Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen. Un colloque organisé par le Conseil d'État et l'Autorité de la concurrence le 24 septembre 2013 à l'École nationale d'administration*, La Documentation française, 2014, Paris, 116 p.).

valide¹²⁴⁶, il reste que la Commission n'est pas tenue par ces griefs pour le prononcé final de sa décision. Celle-ci doit être motivée par ses seules appréciations définitives à l'issue de la procédure d'enquête¹²⁴⁷. En revanche, lorsqu'un problème de concurrence n'est pas suffisamment discuté et qu'il risque d'entraîner une décision d'incompatibilité, elle doit renoncer à ce grief ou permettre aux entreprises de formuler leurs observations¹²⁴⁸. Quoi qu'il en soit, conformément à l'article 10, 3. du règlement, elle doit se prononcer dans un délai de quatre-vingt-dix jours. Comme lors de la phase I, la négociation des engagements peut également se produire à cette occasion ; ledit article prévoit que le délai soit porté à cent cinq jours en pareil cas. Ce n'est qu'à la fin de cette procédure que la Commission peut prononcer une décision de compatibilité pure et simple, de compatibilité sous condition d'engagement ou d'incompatibilité¹²⁴⁹.

871. Lorsqu'ils ont été souscrits, le respect de ces engagements est garanti par le prononcé de conditions et charges par la Commission¹²⁵⁰. Plus précisément, les « conditions » désignent les mesures destinées à modifier les structures du marché tandis que les « charges » regroupent les étapes de la procédure qui permettent de mettre en œuvre ces mesures. Par exemple, le fait qu'une entreprise concernée par l'opération s'engage à céder une partie de ces activités constitue une condition ; la désignation du mandataire chargé de procéder à cette cession est quant à elle une charge¹²⁵¹.

¹²⁴⁶ Dans l'affaire *Schneider Electric/Legrand*, le Tribunal, dont l'analyse sur ce point a été confirmée par la Cour, estime ainsi que « la communication des griefs doit contenir un exposé des griefs libellés en des termes suffisamment clairs pour pouvoir remplir l'objectif que lui assignent les règlements communautaires et qui consiste à fournir tous les éléments nécessaires aux entreprises pour qu'elles puissent faire valoir utilement leur défense avant que la Commission n'adopte une décision définitive. (...) la communication des griefs n'a pas pour seul objet d'identifier les griefs et de donner à l'entreprise destinataire la possibilité de présenter ses observations en réponse. Cet acte a également vocation à permettre aux parties notifiantes d'envisager l'opportunité de présenter des mesures correctives et, notamment, des propositions de cessions d'actifs et de mesurer suffisamment tôt, compte tenu de l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale du règlement n° 4064/89, l'ampleur nécessaire de ces cessions, en vue de rendre en temps opportun l'opération notifiée compatible avec le marché commun. » (TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider I*, »), aff. T-310/01, *Rec.* 2002, II, p. 4201, et spécialement, pts 440 et 442 ; CJCE, 16 juillet 2009, *Commission c/ Schneider Electric SA*, aff. C-440/07 P, *Rec.* 2009, I, p. 6413).

¹²⁴⁷ CJCE, 10 juillet 2008, *Impala*, aff. C-413/06 P, *Rec.* 2008, I, p. 4951, et spécialement, pts 63 et 64.

¹²⁴⁸ CJCE, 16 juillet 2009, *Commission c/ Schneider Electric SA*, *préc.*, et spécialement, pt 165 ; Trib. UE, 9 mars 2015, *Deutsche Börse AG c/ Commission*, aff. T-175/12, *Rec.*, et spécialement, pt 252.

¹²⁴⁹ Règlement « concentrations », art. 8.

¹²⁵⁰ Règlement « concentrations », art. 8, 2.

¹²⁵¹ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 19.

872. Par ailleurs, le juge a considéré que « le contrôle des concentrations *a pour objet de fournir aux entreprises concernées l'autorisation* nécessaire et préalable à la réalisation de toute opération de concentration de dimension européenne »¹²⁵² avant d'en déduire que la souscription d'engagements poursuivait des finalités distinctes, selon qu'il s'agisse de la phase I ou de la phase II de la procédure. Dans le premier cas, il s'agit d'éviter l'ouverture de la phase d'examen approfondie, tandis que dans le second, elle permet d'éviter que l'opération soit frappée d'incompatibilité¹²⁵³.

873. Cependant, dans le cadre du contrôle européen des concentrations, aussi bien lors de la phase I que de la phase II, la négociation des remèdes est subordonnée à deux conditions identiques. D'une part, il incombe à la Commission d'informer les parties des « préoccupations de concurrence » que l'opération soulève. Une fois celles-ci informées, il leur revient, d'autre part, de proposer des engagements à même d'éliminer ces préoccupations. Ce n'est qu'à cette double condition que les remèdes peuvent être négociés, étant précisé que si les engagements proposés ne sont pas suffisants, la Commission peut interdire l'opération¹²⁵⁴.

874. Dans tous les cas, le fait que les engagements soient négociés lors de la phase I ou de la phase II importe également peu s'agissant du but poursuivi *in fine* : il s'agit de maintenir une concurrence effective sur le marché malgré la réalisation de l'opération, tout en s'assurant du maintien de la compétitivité de l'industrie européenne. La négociation de ces engagements implique que la Commission puisse s'immiscer dans la sphère contractuelle, faculté qui, jusqu'à cette étape du contrôle, lui était niée. Si la souscription d'engagements se distingue d'un engagement contractuel, elle s'apparente néanmoins à une promesse d'exécution de mesures correctives au bénéfice de la Commission.

¹²⁵² Nous soulignons ; TPICE, 9 septembre 2008, *MyTravel Group plc c/ Commission*, aff. T-212/03, *Rec.* 2008, II, p. 1967, et spécialement, pt 116 ; conf. par Trib. UE, 6 juillet 2010, *Ryanair Holdings plc c/ Commission*, aff. T-342/07, *Rec.* 2010, II, p. 3457, et spécialement, pt 448 ; conf. par Trib. UE, 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*, aff. C-162/10, *Rec.*, et spécialement, pt 289 ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *1&1 Telecom GmbH c/ Commission*, aff. T-43/16, *Rec.*, et spécialement, pt 55 ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Multiconnect GmbH c/ Commission*, aff. T-884/16, *Rec.*, et spécialement, pt 52 ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Mass Response Service GmbH c/ Commission*, aff. T-885/16, *Rec.*, et spécialement, pt 50.

¹²⁵³ TPICE, 9 septembre 2008, *MyTravel Group plc c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 117 ; conf. par Trib. UE, 6 juillet 2010, *Ryanair Holdings plc c/ Commission*, *préc.*, pt 449 ; conf. par Trib. UE, 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 290 ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *1&1 Telecom GmbH c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 56 ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Multiconnect GmbH c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 53 ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Mass Response Service GmbH c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 51.

¹²⁵⁴ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 6.

875. Ce dispositif devrait par conséquent permettre soit de maintenir la concurrence dans l'état dans lequel elle se trouvait avant l'opération, soit de contribuer à améliorer la concurrence sur le marché après sa réalisation. Dans ce cadre, les parties peuvent ainsi proposer à la Commission de mettre en œuvre des remèdes structurels, soit ceux qui « visent à la correction des effets d'une concentration horizontale excessive ou d'une intégration verticale de nature à faire obstacle au développement de la concurrence »¹²⁵⁵, voire comportementaux, c'est-à-dire de mesures qui notamment « tiennent à la correction de phénomènes de quasi-intégration verticale au travers de contrats à long terme (d'achat ou de vente d'énergie ou encore de réservation de capacités de stockage et de transports) »¹²⁵⁶.

876. En ce sens, la technique des engagements, telle que régie par les textes applicables, semble *prima facie* reposer sur un juste équilibre entre les intérêts en présence.

877. D'un côté, elle tend à préserver la concurrence sur le marché en laissant à la Commission le soin d'identifier d'abord les préoccupations de concurrence soulevées par l'opération notifiée, puis de s'assurer que les engagements proposés ensuite par les parties au contrat sont suffisants pour y pallier.

878. De l'autre, en laissant aux parties le soin de proposer les remèdes, elle leur permet de se rendre auteurs de mesures compatibles avec leur recherche de performances économiques.

879. Par sa souplesse et son étendue, cette technique présente de nombreux avantages, censés faciliter en particulier la tâche dévolue à la Commission. Pour s'en convaincre cependant, il semble nécessaire à cet égard d'analyser plus avant l'utilité que ce dispositif présente pour chacun.

¹²⁵⁵ F. Marty, M. Mezaguer, « Quelles garanties pour la procédure d'engagements en droit de la concurrence de l'Union européenne ? », *RIDE*, 2016, 1, p. 55 et spécialement, note n°52.

¹²⁵⁶ *Ibid.* et spécialement, note n°51.

B. Un dialogue tripartite marqué du sceau de « l'autorégulation »

880. La technique des engagements est réputée profiter au bien-être des consommateurs en matière de pratiques anticoncurrentielles comme en droit des concentrations¹²⁵⁷. Dans ce dernier cadre, elle comprend par ailleurs de nombreux avantages pour toutes les parties à la négociation et même les tiers (1). Elle présente un intérêt particulièrement soutenu pour la Commission¹²⁵⁸ (2).

1) Un dialogue généralement avantageux pour les parties et les tiers

881. Un certain effet dissuasif peut être attribué à la technique de négociation des engagements, ce qui semble contribuer à l'efficacité du contrôle européen des concentrations.

882. En effet, le fait d'inciter les parties à proposer des engagements avant même la notification de leur opération, au cours de la phase I ou de la phase II, peut les conduire à les soumettre à l'appréciation de la Commission au moment le plus opportun. Il va en effet dans leur intérêt d'obtenir la décision de cette institution au plus vite. Cette procédure les invite par conséquent à proposer le plus rapidement possible les engagements appropriés, ce qui permet non seulement d'accroître leurs chances de voir leur opération autorisée mais aussi, plus largement, de préserver la concurrence sur le marché et de faciliter la tâche de l'autorité.

883. Également, parce qu'elle promeut une forme d'« autorégulation »¹²⁵⁹, la technique des engagements présente des avantages tant pour les entreprises concernées que pour la Commission et les tiers. Dans la mesure où il revient aux entreprises le soin de proposer les engagements qui leur semblent à même de supprimer les préoccupations de concurrence relevées par la Commission, il leur appartient de déterminer à quel point leur projet initial peut être maintenu.

884. En d'autres termes, cette technique les conduit à optimiser les remèdes requis par le contrôle.

885. Par ailleurs, dans la mesure où les engagements sont publiés avant leur acceptation par la Commission, les tiers peuvent aussi émettre leurs avis. Ce « test du

¹²⁵⁷ Pour une analyse d'un économiste sur la question, v. not. : D. Spector, « Quelques éléments d'analyse économique sur les remèdes », *Concurrences*, 2011, n°3, p. 10.

¹²⁵⁸ Ce raisonnement pouvant aussi ici être transposé aux autorités de contrôle des États membres.

¹²⁵⁹ C. Prieto, « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *Rec. D.*, 2006. p. 1603.

marché » tend ainsi à préserver également leurs intérêts¹²⁶⁰. De même, la Commission peut solliciter l'avis des autorités des États membres, voire des États tiers à l'Union, sur la question¹²⁶¹. À cet égard, la technique des engagements semble, plus largement, répondre au mouvement de coopération entre autorités de concurrence¹²⁶².

886. Au-delà, cette technique semble en apparence présenter un intérêt soutenu pour la Commission, étant rappelé que ce constat semble pouvoir être transposé également à propos de la plupart des autorités de contrôle des États membres pour les raisons exposées précédemment.

2) Un dialogue particulièrement avantageux pour la Commission

887. La technique des engagements semble présenter un intérêt particulièrement soutenu pour la Commission. Quand bien même la mise en œuvre des textes applicables n'aboutirait pas au compromis qui en constitue l'objet initial, le dialogue devrait se produire dans le pire des cas en faveur de la Commission. Ce déséquilibre semble d'ailleurs s'inscrire dans les objectifs même du contrôle : le dispositif cherche avant tout à s'assurer que les groupes concernés par l'opération « s'engagent » à adopter certaines mesures au nom de la préservation de la concurrence sur le marché. Dès lors, le fait que l'ordre public de direction puisse prendre le pas, par le biais des engagements, sur le contrat initial pourrait être admis.

888. Dans ces conditions, il semble utile d'identifier les divers intérêts que la technique des engagements présente pour la Commission. Cette analyse semble en effet requise pour pouvoir ensuite en interroger pleinement l'effectivité.

889. À cet égard, les avantages que la technique des engagements soulève pour la Commission sont certains : en plus de nos propos précédents, ce dispositif lui permet en effet d'user de la large marge d'appréciation qui lui est reconnue. Ainsi, comme nous l'avons précédemment montré, avant la phase de négociation des engagements, il revient à la Commission de déterminer si l'opération qui lui a été notifiée risque d'entraver la concurrence sur le marché. À cette fin, conformément à l'article 2,1., a) et 2, 1., b) du règlement « concentrations », elle s'appuie sur des critères d'évaluation tenant au maintien de la concurrence sur le marché et au bien-être des

¹²⁶⁰ Sur cette question, v. D. Bosco, C. Gauer, E. Pfister et alli, « La pratique des tests de marché dans les procédures antitrust et dans le contrôle des concentrations », *Concurrences*, n°1-2013, Tendances.

¹²⁶¹ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 80.

¹²⁶² Cela se perçoit par exemple lorsque la Commission est dans l'obligation d'en informer les autorités des États membres (règlement « concentrations », art. 19, 1.).

consommateurs. Elle se fonde dans ce but sur des analyses économiques sophistiquées du marché concerné, en particulier avec l'aide du bureau du Chef économiste. Le test SIEC est notamment souvent mis en œuvre. Cependant, dans la mesure où le juge a admis que la Commission bénéficie « d'un certain pouvoir discrétionnaire » et d'une « large marge d'appréciation » vis-à-vis des engagements de nature économique¹²⁶³, la pratique de la Commission ne s'arrête pas à la lettre du règlement. La Commission s'appuie en particulier de plus en plus sur une approche qu'elle qualifie de « contrefactuelle »¹²⁶⁴ et qui consiste à apprécier la pertinence de plusieurs scénarios alternatifs au projet des parties. Dans le cadre de sa démarche prospective, cette technique la conduit à comparer l'état de la concurrence sur le marché susceptible de résulter de l'opération à celui qui aurait prévalu en son absence¹²⁶⁵. C'est ainsi, par exemple, que pour contrôler une opération conduisant au changement durable du contrôle d'une compagnie aérienne, la Commission a envisagé l'hypothèse dans laquelle cette opération n'aurait pas eu lieu et où un autre concurrent aurait pris le contrôle de la cible. Cette évaluation a contribué à l'identification des problèmes de concurrence que l'opération notifiée soulevait et partant, à apprécier la proportionnalité des engagements proposés par les parties à l'opération¹²⁶⁶.

890. Par ailleurs, si le test de marché évoqué précédemment sert les intérêts des tiers, il permet avant tout d'enrichir l'analyse de la Commission. Lors de sa consultation, la Commission soumet en effet au tiers concerné un « document de remèdes » comprenant la version non-confidentielle des remèdes proposés par les parties, une explication de la Commission portant sur le contexte des remèdes proposés et la liste des aspects sur lesquels la Commission souhaiterait obtenir l'avis du tiers. La mise en œuvre de ce test reste cependant sensible pour la Commission, comme en témoigne l'intervention du Médiateur européen dans l'affaire

¹²⁶³ CJCE, 31 mars 1998, *Kali und Salz*, aff. C-68/94, *Rec.* 1998, I, p. 1375, et spécialement, pts 223 et 224 ; TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* 1999, II, p. 743, et spécialement, pt 164 et 165 CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-12/03, *Rec.* 2005, I, p. 987, et spécialement, pt 38 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. C-202/06 P, *Rec.* 2007, I, p. 12129, et spécialement, pt 53.

¹²⁶⁴ D. Hoeg, *European Merger Remedies. Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2014, 202 p., et spécialement, p. 35.

¹²⁶⁵ Commission, 6 août 2008, *Delta Airlines/Northwest Airlines*, aff. M.5181, *JOUE* C281, 5 novembre 2008, p. 3, et spécialement, pt 22 ; Commission, 17 juin 2010, *SNCF/LCR/Eurostar*, aff. M.5655, *JOUE* C272, 8 octobre 2010, p. 2, et spécialement, pts 37 et s.

¹²⁶⁶ Commission, 28 août 2009, *Lufthansa/Austrian Airlines*, aff. M.5440, *JOUE* C16, 22 janvier 2010, p. 11, et spécialement, pts 57 et s.

*Ryan Air/Aer Lingus*¹²⁶⁷ où Ryan Air tenait la Commission pour responsable de la fuite de sa proposition d'engagements auprès de certains tiers et dans la presse¹²⁶⁸.

891. Enfin, l'affaire *Cementbouw* a montré combien cette technique permettait l'immixtion de la Commission dans le contrat à l'origine de l'opération. Le juge a en effet « reconn[u] » que si les engagements doivent certes être proposés spontanément par les parties, il reste que la Commission exerce une « certaine influence » sur le contenu de ces remèdes¹²⁶⁹.

892. Par conséquent, la technique des engagements conduit la Commission, comme les autorités internes, à pénétrer la sphère contractuelle. Alors que ce dispositif présente tous les signes d'un dialogue, il s'agit aussi de rappeler aux parties que la liberté contractuelle dont elles jouissent est susceptible de limites.

893. En ce sens, le rapport peut sembler déséquilibré : ce dispositif tend, en apparence, à obliger les parties à adapter leur opération aux conditions du marché, sous la surveillance d'une autorité dépositaire d'une marge d'appréciation suffisamment large pour en apprécier le caractère pertinent ou non.

894. Cependant, ce mécanisme peut aboutir au résultat inversement proportionnel à celui qui était initialement recherché : parce que les parties sont incitées, pour les raisons indiquées précédemment, à présenter au plus vite des engagements suffisants pour voir leur opération autorisée, elles sont naturellement invitées à faire preuve d'habileté dans la construction de ces remèdes. Puisqu'elles sont les auteurs de ces propositions, la Commission, comme les autorités nationales, s'exposent au risque d'en sous-évaluer la proportionnalité. Parce qu'elle est susceptible de nuire à la prise en compte de la réalité de l'opération, la technique de négociation des engagements peut par conséquent menacer la cohérence du contrôle des concentrations.

¹²⁶⁷ Dans cette affaire, la Commission avait frappé d'incompatibilité avec le marché l'opération qui lui avait été soumise (Commission, 27 juin 2007, *Ryan Air/Aer Lingus*, aff. M.4439, JOUE C47, 20 février 2008, p. 6). Plus tard et avant la décision rendue par le Médiateur européen, la Commission a par ailleurs rejeté la requête soumise par Aer Lingus tendant à voir ordonner la cession, par Ryan Air, des participations minoritaires que celle-ci détenait dans le capital social d'Aer Lingus (Commission, 11 octobre 2007, *Ryan Air/Aer Lingus*, aff. M.4439).

¹²⁶⁸ European Ombudsman, 27 avril 2009, *decision closing his inquiry into complaint 1342/2007/FOR against the European Commission*, aff. 1342/2007/FOR.

¹²⁶⁹ CJCE, 18 décembre 2007, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, préc., et spécialement, pt 314.

Paragraphe 2 : Un dispositif opaque susceptible d'affecter les missions des autorités de contrôle

895. La procédure applicable à ce dispositif peut conduire les entreprises à construire leurs engagements de manière à rééquilibrer le dialogue avec l'autorité saisie, si ce n'est à le déséquilibrer à leur profit. Cette affirmation repose sur plusieurs raisons et se traduit de diverses façons (A.). Le risque d'une telle situation est que leur habileté entraîne un phénomène de sous-évaluation des effets provoqués par la concentration (B.). En ce sens, les groupes concernés par l'opération, par l'entremise des parties au contrat de concentration, semblent aussi en mesure de faire face aux autorités de contrôle lorsqu'elles négocient les engagements qu'elles devront exécuter.

A. Réflexions sur l'inefficience de la technique des engagements

896. La technique des engagements devrait être un moyen suffisant permettant d'autoriser l'opération en annihilant les préoccupations de concurrence suscitées par l'opération. Si cet instrument présente des atouts certains pour la mise en œuvre du contrôle, il reste que sa mise en œuvre peut être particulièrement dépendante de la volonté des parties. Celles-ci peuvent en effet chercher à proposer des engagements *a minima* dans le but de favoriser leur propre efficience économique, ce qui soulève la question de l'évaluation, et plus précisément du risque de sous-évaluation, dont ils peuvent faire l'objet¹²⁷⁰. En pareil cas, l'exercice des missions dévolues à la Commission comme aux autorités peut en effet s'en trouver limité, ce qui peut être perçu comme le signe d'un manque de cohérence.

897. Ce phénomène peut s'expliquer pour trois séries de raisons (1)) et se traduire au niveau des parties par l'adoption de divers comportements (2)).

1) Les raisons éventuelles de l'inefficience

898. La négociation des engagements peut conduire à deux types de situations inefficaces, soit que les engagements souscrits soient disproportionnés aux problèmes de concurrence qui ont été identifiés (risques dits d'« *overshooting* »), soit qu'ils conduisent à ôter finalement tout intérêt économique à l'opération notifiée (risques dits « *dealbreakers* »)¹²⁷¹.

¹²⁷⁰ Sur l'évaluation dont ces engagements peuvent faire l'objet, v. *Infra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2, B.

¹²⁷¹ T. Schrevel, « Stratégie concurrentielle : opérations de concentration, engagements et principes de proportionnalité (1/2) », *Le concurrentialiste. Journal of antitrust law*, 4 octobre 2012.

899. Ces situations peuvent s'expliquer par divers facteurs : certains tiennent aux conditions de validité même des engagements (**a**), d'autres au caractère irréversible de la décision portant sur l'opération de concentration (**b**) et d'autres enfin à la relative opacité des attentes de la Commission (**c**).

a) Les raisons tenant aux conditions validité des engagements

900. Il revient aux entreprises de proposer spontanément leurs engagements et idéalement¹²⁷², le plus tôt possible. La Commission n'est en effet pas en mesure de fixer les conditions qui conduiraient à autoriser l'opération. Il lui est nécessaire de s'appuyer sur les propositions d'engagements soumises par les parties au contrat de concentration¹²⁷³.

901. Cependant et en dépit du fait que cette technique serve mutuellement les desseins des entreprises notifiantes et ceux de la Commission, leurs intérêts restent distincts. Pour les premières, il s'agit d'obtenir que leur opération soit autorisée, de s'assurer que l'opération conduise à une augmentation de leurs parts de marché et que les engagements souscrits se limitent à ce qu'une faible concurrence leur soit opposée à l'avenir. Par exemple, si elles s'engagent à céder une partie de leurs actifs dans le but de voir leur opération autorisée, elles cherchent aussi à ce que le concurrent reprenneur soit le moins agressif possible¹²⁷⁴. Pour la Commission en revanche, le but est de répondre à l'objet du contrôle des concentrations, donc de s'assurer que l'opération ne conduise pas à réduire significativement la concurrence sur le marché, notamment par le biais de la création ou du renforcement d'une position dominante.

902. Ces principes invitent par conséquent à s'interroger sur l'adéquation finale des engagements : par cette procédure, les entreprises parviennent-elles à exécuter des mesures correctives minimales ou au contraire, courent-elles le risque de s'engager plus que ne le nécessiterait la résolution des préoccupations de concurrence qui ont été identifiées par la Commission ? Cette question prête à discussions, en particulier lorsque le pouvoir d'appréciation laissé à la Commission dans le cadre du contrôle

¹²⁷² La Commission peut en effet accepter des engagements présentés de manière tardive (TPICE, 30 septembre 2003, *ARD c/ Commission*, aff. T-158/00, *Rec.* 2003, II, p. 3825, et spécialement, pts 386 et 387).

¹²⁷³ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 6.

¹²⁷⁴ F. Lévêque, « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? », *Concurrences*, 2006, n°1, p. 27 et spécialement, p. 29 ; T. Vergé, « Point de vue de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2011, n°3, p. 1, et spécialement, p. 2.

des concentrations est mis en perspective avec celui dont elle bénéficie en droit des pratiques anticoncurrentielles.

903. Sur ce point, que ce soit en droit des concentrations ou en droit des pratiques anticoncurrentielles, pour apprécier la recevabilité de ces engagements et leur suffisance au vu des problèmes de concurrence soulevés, la Commission doit se conformer aux exigences du principe de proportionnalité, qui est un principe général du droit européen¹²⁷⁵. En droit des pratiques anticoncurrentielles cependant, la Commission bénéficie d'une large marge d'appréciation lorsqu'elle évalue l'adéquation des remèdes proposés aux préoccupations de concurrence. Le juge l'a encore confirmé dans l'arrêt *Alrosa* en admettant que des engagements puissent excéder ce qui devrait être nécessaire pour pallier ces problèmes de concurrence : « les entreprises qui offrent des engagements sur le fondement de l'article 9 du règlement n° 1/2003 acceptent sciemment que leurs concessions *puissent aller au-delà* de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer dans une décision »¹²⁷⁶. En droit des concentrations, la Commission doit aussi se conformer à ce principe de proportionnalité¹²⁷⁷ mais quelques nuances semblent devoir s'imposer. Ainsi, la Commission jouit d'« un certain pouvoir discrétionnaire » et le contrôle du juge doit en tenir compte¹²⁷⁸. Plus précisément, le règlement « concentrations » prévoit que les engagements doivent être « proportionnels au problème de concurrence et le résoudre entièrement »¹²⁷⁹. Dans ces conditions, l'arrêt *Cementbouw Handel & Industrie BV* enseigne que pour qu'ils soient jugés suffisants par la Commission, « les engagements des parties doivent non seulement être *proportionnés* au problème de concurrence identifié par la Commission dans sa décision, mais le *résoudre intégralement* »¹²⁸⁰.

¹²⁷⁵ CJCE, 12 décembre 2006, *République fédérale d'Allemagne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-380/03, *Rec.* 2006, I, p. 11573, et spécialement, pt 144.

¹²⁷⁶ Nous soulignons ; CJUE, 29 juin 2010, *Commission c/Alrosa Company Ltd*, aff. C-441/07 P, *Rec.* 2010, I, p. 5949 et spécialement, pt 48 ; obs. G. Decocq, « Porte ouverte à un droit de la concurrence négocié ! », CCC, octobre 2010, n°10, comm. 234 et L. Idot, « Acceptation des engagements et principe de proportionnalité », *Europe*, octobre 2010, comm. 322 ; sur la question, v. aussi, M. Malaurie-Vignal, « Engagements en droit de la concurrence, droit souple ou droit autoritaire », CCC, janvier 2011, n°1, repère 1 ; M. Malaurie-Vignal, « Régulation et droit des pratiques anticoncurrentielles », p. 843, et spécialement, p. 849, in C. Puigelier (dir.), *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 1461 p.

¹²⁷⁷ CJCE, 18 décembre 2007, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, *préc.* et spécialement, pt 52.

¹²⁷⁸ *Ibid.* et spécialement, pt 54.

¹²⁷⁹ Règlement « concentrations », (30).

¹²⁸⁰ Nous soulignons ; TPICE, 23 février 2006, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. T-282/02, *Rec.*, 2006, II, p. 319, et spécialement, pt 307.

904. Dans la mesure où les motifs retenus dans l'affaire *Cementbouw Handel & Industrie BV* sont moins audacieux que ceux figurant dans l'affaire *Alrosa*, certains y ont vu une légère différence de traitement entre le droit des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles. L'office de la Commission serait ainsi un peu plus circonscrit à l'adéquation des engagements souscrits aux problèmes de concurrence qu'il ne le serait en présence d'une entente ou d'un abus de position dominante¹²⁸¹. Par ailleurs, le juge rappelle régulièrement à la Commission qu'il lui est nécessaire d'apprécier avec attention les demandes de révision des engagements qui lui sont soumises par les parties. En dépit du certain pouvoir discrétionnaire dont la Commission dispose, elle doit ainsi examiner avec diligence les demandes d'exemption d'engagements, mener des enquêtes le cas échéant, prendre les mesures d'instruction nécessaires et fonder ses conclusions à l'appui des informations récoltées¹²⁸². De la même manière, le rôle confié aux tiers semble plus limité par le strict cadre du test de marché qu'il ne paraît l'être en droit des pratiques anticoncurrentielles. Leur rôle de contrepoids dans l'appréciation des engagements semble par conséquent un peu plus timide en la matière¹²⁸³.

905. D'autres interprétations ont toutefois été proposées. Parce que les entreprises sont tenues de souscrire des engagements qui « résolvent intégralement » les préoccupations de concurrence, la Commission serait en mesure d'obtenir de leur exécution que le marché soit plus concurrentiel encore qu'il ne l'était avant l'opération notifiée¹²⁸⁴. Cette possibilité s'expliquerait au vu des objectifs du contrôle des concentrations : celui-ci, contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles *ex post*, cherche avant tout à garantir la correcte structuration du marché. Effectivement, le juge a lié à plusieurs reprises cette finalité à la problématique des engagements¹²⁸⁵ et cette interconnexion est également reprise par

¹²⁸¹ F. Chaltiel, C. J. Berr, S. Francq et C. Prieto, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *Journal du droit international*, avril 2008, chron. 4.

¹²⁸² Trib. UE, 16 mai 2018, *Deutsche Lufthansa AG c/Commission*, aff. T-712/16, *Rec.*, obs. G. Decocq, « La Commission doit examiner les demandes de révision des engagements avec diligences », CCC, juillet 2018, n°7, comm. 140 ; L. Idot, « Concentrations et levée des engagements », *Europe*, juillet 2018, n°7, comm. 277.

¹²⁸³ J.-P. Gunther, « Première lecture croisée des remèdes comportementaux et structurels : une frontière ténue », *Concurrences*, 2011, n°3, p. 4.

¹²⁸⁴ I. Lianos, « Competition remedies in Europe », p. 362, et spécialement, p. 417 in I. Lianos et D. Geradin (dir.), *Handbook on European competition law. Substantive aspects*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2013, 665 p.

¹²⁸⁵ TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* 1999, II, p. 743, et spécialement, pt 317 ; CJCE, 15 février 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Tetra Laval BV*, aff. C-12/03, *Rec.* 2005, I, p. 987, et spécialement, pt 86 ; TPICE, 30 septembre 2003, *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-*

la communication relative aux mesures correctives¹²⁸⁶. Le caractère éventuellement excessif des engagements n'est par ailleurs pas pleinement rejeté dans la législation de certains États membres. Par exemple, le Conseil d'État en France a censuré le recours introduit par des entreprises parties à une opération qui tentaient de faire valoir le caractère disproportionné des engagements qu'elles avaient elles-mêmes proposés¹²⁸⁷.

906. La première interprétation nous semble cependant plus convaincante pour le droit européen des concentrations. Comme évoqué, le juge a rappelé à la Commission qu'il lui incombait d'accorder une attention soutenue aux demandes de révision soumises par les parties. Il a également affirmé que des engagements étaient suffisants dès lors qu'ils permettaient de dissiper les préoccupations de concurrence soulevées par la Commission et « la circonstance que d'autres engagements auraient pu également être acceptés, voire qu'ils auraient été plus favorables pour la concurrence, ne saurait conduire à l'annulation de la décision »¹²⁸⁸. De même et dans la mesure où plusieurs autorités de concurrence à travers le monde font application du principe de proportionnalité dans ce domaine¹²⁸⁹, des travaux ont montré que la Commission veillait plus que ne le font les autorités américaines à l'adéquation des engagements souscrits et à la correcte prise en compte des gains d'efficacité à cet égard. Ils suggéraient ainsi que le droit nord-américain des concentrations gagnerait à adopter une approche plus soucieuse de la réalité du marché lors de la fixation des engagements¹²⁹⁰.

907. La probabilité que des engagements excèdent ce qui serait suffisant pour pallier les problèmes de concurrence semble d'autant plus faible qu'il revient encore aux entreprises concernées d'en proposer en premier lieu le contenu ; s'il va dans

rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (« ARD ») *c/ Commission*, aff. T-158/00, *Rec.* 2003, II, p. 3825, et spécialement, pt 192.

¹²⁸⁶ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 15.

¹²⁸⁷ C.E., juge des référés, 26 mai 2010, *Société Mr Bricolage*, n°338596 ; C.E., 23 décembre 2010, *Société Mr Bricolage et société Bric'Oléron*, nos337533 et 338594, *Rec.* p. 516, obs. D. Bosco, « Droit des concentrations », CCC, juillet 2011, chron. 2.

¹²⁸⁸ Nous soulignons ; TPICE, 30 septembre 2003, *ARD c/ Commission*, aff. T-158/00, *Rec.* 2003, II, p. 3825, et spécialement, pt 329 ; TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177/04, *Rec.* 2006, II, p. 1931 et spécialement, pt 128.

¹²⁸⁹ OCDE, « *The divestiture of assets as a competition remedy : stocktating of international experiences* », 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf>.

¹²⁹⁰ E. T. Sullivan, « Antitrust Remedies in the U.S. and E.U.: Advancing a Standard of Proportionality », *Tilburg University Journal*, 48 *Antitrust Bull.* 377, 2003.

leur intérêt de s'assurer néanmoins qu'ils présentent une certaine adéquation, la base sur laquelle la Commission est appelée à statuer initialement reste d'abord limitée aux informations transmises par les parties. Davantage, le but poursuivi par le contrôle des concentrations réside dans la préservation des structures du marché ; il n'a pas pour objet de le repenser et d'en redessiner les formes.

908. Aussi, la Commission ne semble pas avoir pour dessein d'obtenir que le marché concerné soit plus concurrentiel encore qu'il ne l'était avant la conclusion de l'opération considérée. L'interprétation inverse nous semble également aller à l'encontre des objectifs du contrôle dans la mesure où il cherche à ne pas porter une atteinte trop excessive à la compétitivité européenne.

909. En d'autres termes, les premières raisons qui pourraient expliquer le caractère parfois inefficace de la négociation résident dans les conditions de validité sur lesquelles elle repose. En dépit des complications pratiques que cette situation peut soulever¹²⁹¹, deux conditions semblent devoir être remplies à titre principal : d'un côté, la Commission ne doit pas accepter de remèdes qui seraient insuffisants pour pallier les problèmes de concurrence et de l'autre, elle ne doit pas non plus requérir plus de remèdes qu'il n'en est en réalité nécessaire pour parvenir à cet objectif.

910. Les secondes raisons paraissent relever du caractère irréversible de la décision par la Commission ou les autorités dont l'État de rattachement prévoit une procédure analogue.

b) Les raisons tenant au caractère irréversible de la décision relative à la compatibilité de l'opération

911. Une étude a montré que les décisions concluant à la compatibilité de l'opération avec le marché et assorties de charges légères font peu l'objet de recours devant le juge¹²⁹². Dans ces conditions, les éventuelles erreurs d'appréciation de l'autorité ne peuvent être remises en cause alors même que la mise en œuvre de ces engagements peut entraîner des effets considérables sur l'entité issue de l'opération.

912. Les troisièmes raisons résident, quant à elles, dans la relative opacité des attentes de la Commission. Celles-ci figurent en effet pour l'essentiel dans des textes de « droit mou ».

¹²⁹¹ D. Hoeg, *European Merger Remedies. Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2014, 202 p., et spécialement, pp. 54 et s.

¹²⁹² *Ibid.*, et spécialement, p. 214.

c) Les raisons tenant à la relative opacité des attentes de la Commission

913. La multiplication de textes dépourvus de sanctions faute de relever de la nomenclature édictée par l'article 288 du TFUE¹²⁹³, à l'image des recommandations, communications et autres lignes directrices ou orientations, fait l'objet de vives critiques depuis longtemps, tant celle-ci serait à même de provoquer une « déjuridicisation » préjudiciable¹²⁹⁴. Ce phénomène ne s'est cependant pas limité à une simple « affaire de moment et de contexte »¹²⁹⁵, il s'est au contraire déployé dans quasiment toutes les branches du droit, menaçant ainsi la sécurité juridique des sujets de droit. Le droit européen de la concurrence et son volet propre aux concentrations sont particulièrement concernés par cette tendance à rendre la norme parfois « flou[e] »¹²⁹⁶.

914. Certes, la communication relative aux mesures correctives fournit des éléments utiles, absents tant du règlement « concentrations » que de son règlement d'application. Elle est aussi complétée par un *Guide de bonnes pratiques*¹²⁹⁷ accompagné de documents modèles¹²⁹⁸. Ces textes paraissent contribuer à l'efficacité du dispositif. Cependant, la grille d'analyse que la Commission communique aux entreprises semble être à l'image de la marge d'appréciation qui lui est reconnue : dans sa communication, elle explique ainsi qu'elle identifie les préoccupations de concurrence suscitées par l'opération à l'appui d'un examen portant sur « tous les

¹²⁹³ Il ne s'agit toutefois pas de remettre en question le fait qu'un tel critère « comme caractéristique de la règle de droit est un faux critère » (P. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Rec. D.*, juillet 1986, n°3, p. 197 et spécialement, p. 202).

¹²⁹⁴ G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 (1^{ère} éd. 1971), 783 p., et spécialement, pp. 761-762.

¹²⁹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction.*, PUF, Paris, 1992, 21^{ème} éd. et spécialement, p. 11.

¹²⁹⁶ En ce sens, v. not., M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, Paris, 2017, 7^{ème} éd., 385 p. ; C. Thibierge, « Droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599 ; F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509 ; H. Rassafi-Guibal, « De quelques aspects des usages des instruments de soft law comme vecteurs de normativité économique », *Revue de l'Union européenne*, 2014, p. 85 ; J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? », p. 21 in J. Clam et G. martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris, 1998, 454 p. ; A. Delion, « Notion de régulation et droit de l'économie », p. 6, et spécialement, p. 39 in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation Volume 1*, LGDJ, « Bibliothèque de l'institut André Tunc », Paris, 2006.

¹²⁹⁷ *Best practices on divestiture commitments*, 5 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practice_commitments_trustee_en.pdf.

¹²⁹⁸ *Model text for divestiture commitments*, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/template_commitments_en.pdf ; *Model text for trustee mandates*, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate_en.pdf.

éléments pertinents relatifs à la mesure proposée proprement dite, comme, notamment, le type, l'ampleur et la portée de la mesure proposée, appréciés en fonction de la structure et des caractéristiques particulières du marché sur lequel les problèmes de concurrence se posent, y compris la position des parties et d'autres opérateurs sur le marché »¹²⁹⁹. Bien qu'elle fournisse ensuite divers exemples classés selon les types de mesures correctives habituellement retenus, une telle formule offre un large panel de possibilités.

915. Cette dernière série de difficultés semble particulièrement problématique. La nature même du contrôle implique certes une certaine souplesse permettant d'apprécier la réalité de chaque opération. Le caractère vague des critères d'appréciation figurant dans la communication peut toutefois faire l'objet de plusieurs séries de critiques.

916. Il y a, d'abord, celles qui sont plus généralement attribuées aux actes non visés par l'article 288 du TFUE, c'est-à-dire ceux dits de « *soft law* » ou « droit mou »¹³⁰⁰. Ainsi, cette communication, comme les autres actes de ce type, paraît traduire l'impossibilité, pour les institutions européennes, d'adopter un droit dur plus dense sur la question. Son effet sur la prévisibilité du contrôle reste par ailleurs relatif. En effet, bien que la Cour ait admis que dans certaines circonstances, « il ne saurait être exclu que de telles règles ayant une portée générale puissent déployer des effets juridiques »¹³⁰¹, la Commission peut s'écarter des actes de *soft law* dont elle est l'auteur dès lors qu'elle le justifie, dont cette communication. Cette souplesse est exigée par « l'application efficace des règles communautaires de la concurrence »¹³⁰². Il lui appartient seulement, en pareil cas, de motiver cette différence d'appréciation par les circonstances de l'espèce et de respecter le principe de proportionnalité et

¹²⁹⁹ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 12.

¹³⁰⁰ V. en sens contraire, à propos de l'utilité de ces outils, not. F. Berrod, « L'utilisation de la *soft law* comme méthode de conception du droit européen de la concurrence », *Revue de l'Union européenne*, 2015, p. 283.

¹³⁰¹ CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH et autres, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH et ABB Asea Brown Boveri Ltd* (« *Dansk Rørindustri e.a.* ») c/ Commission, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.* 2005, I, p. 5425, et spécialement, pt 211 ; À propos du fait que l'effet obligatoire des actes de *soft law* dépende des circonstances et de la nature des actes en cause, v. not., R. Mehdi, *Décision*, Rép. eur., juin 2019 et spécialement, n°14 et s.

¹³⁰² S'agissant spécifiquement du prononcé des amendes dans le cadre d'affaires d'ententes, v. CJCE, 7 juin 1983, *SA Musique Diffusion française et autres c/ Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, *Rec.* 1983, p. 1825, et spécialement, pt 109 ; CJCE, 18 mai 2006, *Archer Daniels Midland Co. et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd* (« *ADM* ») c/ Commission, aff. C-397/03 P, *Rec.* 2006, I, p. 4429, et spécialement, pt 21

d'égalité de traitement¹³⁰³. Les effets juridiques attachés à ces « règle[s] de conduite indicative[s] »¹³⁰⁴ sont ainsi particulièrement discutés et ce, d'autant que les recommandations que la Commission émet ne lient ni le juge, qu'il soit européen ou national, ni les autorités nationales de concurrence¹³⁰⁵. Par conséquent, la mise en œuvre effective des critères d'appréciation des engagements figurant dans la communication n'est pas pleinement acquise. La procédure applicable semble ainsi susceptible de présenter une certaine opacité et une atteinte peut être portée à sa prévisibilité.

917. Ce constat peut alimenter une critique qui a, par ailleurs¹³⁰⁶, été émise : le manque de transparence, induit par le caractère lacunaire des normes européennes s'agissant des engagements, nuirait avant tout aux entreprises auteurs de la notification. Il est vrai que sous cet angle, la prévisibilité du contrôle peut être discutée et la sécurité juridique des entreprises peut éventuellement s'en trouver du même temps menacée. La question semble d'autant plus vive lorsque le contrôle s'étend sur une période longue, au cours de laquelle le marché a subi d'importantes évolutions¹³⁰⁷.

918. Symétriquement, il peut être avancé que cette opacité peut aussi inciter les entreprises à tirer le meilleur parti de ce défaut de cadre impératif et ce, d'autant qu'il leur est toujours loisible, si elles le souhaitent, de solliciter la Commission pour

¹³⁰³ Le respect des textes de *soft law* intègre certes le contrôle de légalité effectué par le juge : celui-ci a en effet relevé, en réponse à l'argument d'une requérante qui estimait que la Commission n'avait pas appliqué sa communication relative à la définition du marché pertinent, que « la Commission ne peut se départir des règles qu'elle s'est imposées » (TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c/ Commission*, aff. T-210/01, *Rec.* 2005, II, p. 5575, et spécialement, pt 516). Toutefois, les principes lui permettant de justifier une différence d'appréciation ont été admis par ailleurs (CJCE, 15 janvier 2002, *Alain Libéros c/ Commission*, aff. C-171/00 P, *Rec.* 2002, I, p. 451 et spécialement, pt 35 ; CJCE, 18 mai 2006, *ADM, Ibid.* et spécialement, pt 91 ; CJUE, 11 juillet 2013, *Gosselin Group NV, anciennement Gosselin World Wide Moving NV c/ Commission*, aff. C-429/11 P, *Rec.*, et spécialement, pt 64).

¹³⁰⁴ CJCE, 15 janvier 2002, *Alain Libéros c/ Commission*, aff. C-171/00 P, *Rec.* 2002, I, p. 451 ; CJCE, 18 mai 2006, *ADM, Ibid.* ; CJUE, 11 juillet 2013, *Gosselin Group NV, anciennement Gosselin World Wide Moving NV c/ Commission, Ibid.*

¹³⁰⁵ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, Paris, 2017, 7^{ème} éd., 385 p., et spécialement, n°59.

¹³⁰⁶ D. Hoeg, *European Merger Remedies. Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2014, 202 p., et spécialement, p. 189 et s.

¹³⁰⁷ Cet argument a notamment été soulevé en commentaire de la décision rendue en France, par l'Autorité de la concurrence, dans laquelle l'autorité a retiré l'autorisation de l'opération Groupe Canal+ et Vivendi/TPS (Autorité de la concurrence, 20 septembre 2011, *décision relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus*, n°11-D-12) au motif que les parties n'avaient pas correctement exécuté certains engagements (P. Wilhelm, « Le respect des engagements : Le point de vue des entreprises dans le contrôle des concentrations », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 21).

obtenir des indications complémentaires en cas de doute sur l'interprétation qu'il convient de donner à ces textes¹³⁰⁸.

919. La tendance à l'optimisation qui peut être attribuée aux groupes concernés par l'opération semble particulièrement facilitée par les deux premières séries de facteurs. Certes, l'ensemble impose que les parties soumettent à l'autorité des mesures d'une importance suffisante pour que leur concentration bénéficie de l'autorisation requise. Cependant, comme évoqué précédemment, le principe de proportionnalité semble aussi impliquer que la Commission puisse se satisfaire de mesures minimales proposées par les parties. Si elle dispose d'une certaine marge d'appréciation « discrétionnaire », elle ne paraît pas à même d'exiger des remèdes disproportionnés au vu de l'état de la concurrence sur le marché. Les parties à l'opération doivent ainsi trouver un point d'équilibre entre deux impératifs : il ne s'agit ni de se retréindre à des engagements qui seraient par trop insuffisants, ni de remodeler démesurément leur opération.

920. Dans ces conditions, les parties au contrat de concentration semblent incitées à adopter divers comportements, dont certains peuvent paraître opportunistes.

2) Exemples de comportements induits par la négociation des engagements

921. Les entreprises peuvent, d'un côté, décider de se soumettre contractuellement à la volonté des autorités concernées. En vertu d'une clause dite de « *hell or highwater* », soit « en enfer ou en haute mer »¹³⁰⁹, chaque partie s'oblige ainsi à accepter purement et simplement les engagements dans les termes requis par les autorités de contrôle, sans pouvoir les négocier. Pour éviter que la rentabilité de leur opération ne soit remise en cause, elles peuvent prévoir conjointement que l'opération soit abandonnée si tel actif vient à être cédé ou si le montant total des cessions excède un certain seuil. Le rapport de forces en pareil cas semble en faveur de la Commission lors de la négociation des engagements.

922. Il est toutefois possible de se demander, d'un autre côté, dans quelle mesure la menace de l'abandon de cette opération peut influencer sur la détermination du remède final ; le règlement « concentrations » ne tend pas en effet à porter une atteinte

¹³⁰⁸ Le juge a en particulier écarté sur ce fondement l'argument de deux requérantes qui tentaient de montrer que la communication consolidée de la Commission comme son approche tournée vers « la réalité de l'opération » étaient de nature à violer leur sécurité juridique (Trib. UE, 5 octobre 2020, *HeidelbergCement and Schwenk Zement c/ Commission*, aff. T-380/17, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pts 130 et s.).

¹³⁰⁹ J.-C. Roda, « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », *RTD. com.*, 2013, p. 439.

excessive à la compétitivité de l'industrie européenne. Rappelons à cet égard que le juge a particulièrement lié la nécessité d'obtenir une autorisation pour l'opération de concentration, en tant qu'objet du contrôle, à la technique des engagements : « le contrôle des concentrations a pour *objet* de fournir aux entreprises concernées l'*autorisation* nécessaire et préalable à la réalisation de toute opération de concentration de dimension communautaire. *Dans le cadre de ce contrôle, ces entreprises peuvent proposer des engagements à la Commission afin d'obtenir une décision constatant la compatibilité de leur opération avec le marché commun.* »¹³¹⁰.

923. En d'autres termes, le contrôle a avant tout pour objet d'autoriser et non interdire les opérations sur le marché et la technique des engagements est vue comme un moyen d'y parvenir, après concertation avec les entreprises concernées.

924. Dans sa communication sur les mesures correctives, la Commission n'oublie pas non plus les impératifs de compétitivité que le contrôle poursuit à cette étape de la procédure. Non seulement elle s'assure que les actifs cédés présentent tous les gages de viabilité et de compétitivité nécessaires pour le repreneur tiers à l'opération¹³¹¹, mais elle laisse aussi aux entreprises notifiantes le soin d'identifier les engagements les plus appropriés parmi un large panel dans la mesure où ce sont elles qui disposent du plus d'informations en la matière. Ainsi, la Commission accorde certes sa préférence aux cessions d'activités de l'acquéreur mais elle admet aussi les dissociations¹³¹² ; les engagements subsidiaires de type « joyaux de la couronne »¹³¹³ ; ou bien encore les accords de licence dans certaines conditions et en

¹³¹⁰ Nous soulignons ; TPICE, 9 septembre 2008, *MyTravel Group plc c/ Commission*, aff. T-212/03, *Rec.* 2008, II, p. 1967, et spécialement, pt 116 ; conf. par Trib. UE, 6 juillet 2010, *Ryanair Holdings plc c/ Commission*, aff. T-342/07, *Rec.* 2010, II, p. 3457, et spécialement, pt 448 ; conf. par Trib. UE, 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*, aff. C-162/10, *Rec.*, et spécialement, pt 289 ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *1&1 Telecom GmbH c/ Commission*, aff. T-43/16, *Rec.*, et spécialement, pt 55 ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Multiconnect GmbH c/ Commission*, aff. T-884/16, *Rec.*, et spécialement, pt 52 ; Trib. UE, 9 octobre 2018, *Mass Response Service GmbH c/ Commission*, aff. T-885/16, *Rec.*, et spécialement, pt 50.

¹³¹¹ La viabilité économique des actifs objets des engagements est souvent rappelée dans sa communication ; pour un exemple éloquent, v. ses recommandations propres aux dissociations (Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pts 35 et 36).

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ Lorsque la correcte exécution d'un engagement n'est pas acquise en raison d'un aléa ou d'une option (par exemple, la titularité par un tiers d'un droit de préemption sur l'actif considéré), les parties notifiantes peuvent proposer des engagements subsidiaires portant sur des actifs différents ou supplémentaires. Pour être accueilli, cet engagement subsidiaire ne doit présenter aucune incertitude, présenter les mêmes gages qu'habituellement pour la concurrence et pouvoir être mis en œuvre dans des délais restreints (*Ibid.*, pts 44 à 46) ; sur cette question, v. aussi J. Couard, « La technique des " joyaux de la couronne " en droit des concentrations », *RTD com.*, 2011, p. 201.

particulier lorsque la cession de l'activité est impossible en raison de la nature de celle-ci¹³¹⁴.

925. La Commission a certes relevé la relative inefficacité des engagements portant sur les droits de propriété intellectuelle¹³¹⁵ et dans sa communication, elle tente de s'en prémunir en considérant en particulier à ce propos que « l'octroi d'une licence ne sera (...) généralement pas jugé approprié lorsque la cession d'une activité paraît réalisable. »¹³¹⁶. Ce type d'engagement reste cependant valable si les parties parviennent à en expliquer l'opportunité¹³¹⁷.

926. Dès lors, celles-ci peuvent être tentées d'apaiser l'influence exercée par l'autorité concernée : au lieu de soumettre spontanément, par exemple, la conclusion d'un contrat de cession de droits de propriété intellectuelle, elles peuvent avoir intérêt à négocier un contrat de licence doté, tout au plus, d'une option d'achat rigoureusement encadrée. Dans une telle hypothèse, le déséquilibre institué en faveur de l'application des règles du contrôle semble des plus fragilisés.

927. Le faible nombre d'interdictions¹³¹⁸ semble encore contribuer au constat suivant : les entreprises concernées courent tout au plus le risque de devoir modifier leur proposition d'engagements ou bien de retirer leur notification et de notifier à nouveau leur opération en en proposant d'autres. Cette dernière situation peut en particulier se produire s'il ressort du test de marché de la Commission que la première série d'engagements proposés était par trop complexe et s'inscrivait sur

¹³¹⁴ *Ibid.*, pts 37 et s.

¹³¹⁵ Son étude le montre notamment (Commission, « *Merger remedies study* », octobre 2005) et la doctrine s'en est faite l'écho (v. en ce sens, not. F. Lévêque, « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? », *Concurrences*, 2006, n°1, p. 27). La communication sur les mesures correctives de 2008 tente dans ces conditions d'y pallier.

¹³¹⁶ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 38.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ Comme évoqué précédemment, entre 1990 et décembre 2019, seules trente opérations de dimension communautaire ont été frappées d'incompatibilité. Notons cependant que l'insuffisance des engagements est, rarement toutefois, à l'origine d'une interdiction. Ainsi par exemple, les engagements proposés par Alstom et Siemens lors de la notification de leur opération ont-ils été jugés insuffisants par la Commission et ont conduit à la décision d'interdiction très controversée dont elle a fait l'objet (Commission, 6 février 2019, *Siemens/Alstom*, aff. M.8677, *JOUE* C300, 5 septembre 2019, p. 14 ; à propos de l'insuffisance des engagements dans le cadre de cette affaire, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §2, A.). À l'inverse, l'opération ultérieure *Alstom/Bombardier Transportation* a été autorisée au vu des engagements structureaux souscrits par les parties (Commission, 31 juillet 2020, *Alstom/Bombardier Transportation*, aff. M. 9779).

une durée excessive¹³¹⁹. Ce type de risques semble toutefois pouvoir être quelque peu anticipé par les groupes.

928. Aussi, parce qu'elle invite les entreprises à faire preuve de spontanéité, de créativité et qu'elle ne leur impose qu'une faible grille d'analyse, la technique européenne des engagements semble limiter d'elle-même sa propre efficacité.

929. L'adoption d'un droit dur sur la question pourrait à tout le moins apaiser un certain nombre de difficultés, s'il s'agit d'entraver quelque peu la possibilité laissée aux parties de tirer le meilleur parti possible du dispositif de négociation des engagements. En l'état actuel du droit en effet, pour les raisons évoquées ci-avant, ce dispositif suscite un certain nombre de risques.

930. Quoi qu'il en soit, les pratiques des groupes conjuguées aux textes applicables au contrôle des concentrations pour cette partie de la procédure présentent donc le risque que les engagements acceptés par la Commission souffrent parfois d'une certaine sous-évaluation.

B. Des remèdes susceptibles de sous-évaluation

931. L'efficacité de la technique des engagements en droit des concentrations est discutée : tandis que certains en qualifient le bilan de « satisfaisant »¹³²⁰, d'autres sont en revanche plus mesurés en dépit de l'apparente efficacité du dispositif¹³²¹. Dans tous les cas, le point suivant semble faire l'unanimité : il revient aux seules parties de proposer des engagements en raison d'une asymétrie d'informations¹³²². L'autorité saisie ignore les effets de l'opération, en particulier sur le bien-être des

¹³¹⁹ Pour un exemple, v. l'opération *Boehringer Ingelheim/Sanofi Animal Health Business* que les entreprises concernées ont dû notifier une seconde fois après que la Commission a reproché à leurs premiers engagements structurels d'être complexes et de trop longue durée (Commission, 9 novembre 2016, *Boehringer Ingelheim/Sanofi Animal Health Business*, aff. M.7917, JOUE C146, 11 mai 2017, p. 1 ; obs. A. Baudelin et S. Sorinas, « La Commission européenne autorise, sous réserve d'engagements, la prise de contrôle exclusif d'une société spécialisée dans les produits de santé animale », *Concurrences*, 2017, n°2, p. 105).

¹³²⁰ À tout le moins lorsqu'une comparaison est faite avec le droit des pratiques anticoncurrentielles, v. not., J.-P. Gunther, « Première lecture croisée des remèdes comportementaux et structurels : une frontière ténue », *Concurrences*, 2011, n°3, p. 4.

¹³²¹ En ce sens, v. not., F. Lévêque, « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? », *préc.* ; D. Hoeg, *European Merger Remedies. Law and Policy*, *op. cit.* ; D. Spector, « Quelques éléments d'analyse économique sur les remèdes », *Concurrences*, 2011, n°3, p. 10 ; F. Lévêque, « L'analyse statistique du contrôle européen des concentrations », *Concurrences*, 2005, n°4, p. 20.

¹³²² En plus des deux séries de références précédentes, v. aussi les déclarations en ce sens de l'un des Chefs économistes de l'Autorité de la concurrence (T. Vergé, « Point de vue de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2011, n°3, p. 1).

consommateurs. Ce sont ainsi les groupes concernés par l'opération qui disposent du plus d'informations sur leur opération, le marché concerné, éventuellement l'état de la demande, etc.

932. Certes, la Commission n'est pas dépourvue de moyens d'actions pour autant. Si les mesures que les parties proposent sont par trop minimales, elle peut en déduire qu'elles ont opté pour une stratégie dite d'*efficiency defence*¹³²³ et partant, être tentée d'ouvrir la phase II du contrôle.

933. Il serait donc, à nouveau, erroné de considérer que les engagements proposés par les entreprises ne font pas l'objet d'une évaluation par la Commission et ce, d'autant que le travail mené par le service du Chef économiste s'est perfectionné ces dernières années¹³²⁴.

934. De même, une fois ces remèdes évalués et souscrits, le règlement « concentrations » impose aux parties de les exécuter correctement. La Commission rappelle ainsi dans sa communication qu'en plus du prononcé éventuel d'amendes, d'astreintes, de mesures provisoires, d'une décision de déconcentration, l'inexécution d'engagements négociés et souscrits lors de la phase I peut entraîner la révocation de sa décision en vertu de l'article 6, 3. du règlement « concentrations ». Il en va de même pour ceux obtenus lors de la phase II, conformément à l'article 8, 3. de ce même règlement¹³²⁵.

935. Dès lors, si les engagements proposés par les entreprises sont insuffisants, la Commission peut décider que l'opération est incompatible avec le marché intérieur¹³²⁶. Elle s'est par exemple prononcée en ce sens, en vertu de l'article 8, 3 du

¹³²³ P. Bougette, « Négociations d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », *RIDE*, 2011, n°4, p. 111.

¹³²⁴ P. Bougette, « Analyse et limites de l'évaluation rétrospective d'une concentration », *RIDE*, 2009, n°2, p. 159.

¹³²⁵ Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du Règlement (CE) n°139/2004, pt 20.

¹³²⁶ En plus des développements qui suivent, la récente affaire *Siemens/Alstom* en témoigne (Commission, 6 février 2019, *Siemens/Alstom*, préc. ; v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre 2, Chapitre 1) ; v. aussi, Commission, 14 mars 2000, *Volvo/Scania*, aff. M.1672, *JOCE* L143, 29 mai 2001, p. 74 ; étant précisé cependant que les engagements discutés à l'occasion de cette affaire ont contribué à l'autorisation délivrée par la Commission quelques mois plus tard lors d'une autre acquisition par Volvo qui lui a été notifiée (Commission, 1^{er} septembre 2000, *Volvo/Renault V.I.*, aff. M.1980, *JOCE* C301, 21 octobre 2000, p. 23). L'insuffisance des engagements au vu de l'impact présumé de l'opération sur le marché a aussi conduit la Commission à interdire une première fois l'opération *Olympic/Aegan Airline* (Commission, 26 janvier 2011, *Olympic/Aegan Airline*, aff. M.5830, *JOUE* C195, 30 juillet 2012, p. 11). Lors de son second examen de l'opération intervenu quelques années plus tard dans un contexte économique distinct, la Commission a finalement autorisé l'opération sur le fondement de la théorie

règlement, dans les affaires *Ryan Air/Aer Lingus*¹³²⁷ ou, plus récemment, après examen des remèdes proposés par HeidelbergCement et Schwenk. La simple modification du contrat de concentration est par conséquent insuffisante et ce constat a permis à des compagnies aériennes de tirer les leçons de l'affaire *Ryan Air* et de voir leurs opérations autorisées en conséquence¹³²⁸. L'affaire *HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia*¹³²⁹ est aussi riche d'enseignements : HeidelbergCement et Schwenk avaient notifié à la Commission leur décision d'acquérir notamment les actifs d'une entité en Hongrie par le biais de leur entreprise commune, dans le secteur du ciment. Tandis qu'HeidelbergCement et Schwenk contestaient en particulier la compétence de la Commission en estimant que le chiffre d'affaires de leur entreprise commune devait être pris en considération et non le leur, la Commission a estimé que celles-ci avaient bien participé à l'opération à l'issue d'une enquête approfondie. Elle craignait ensuite qu'il n'en résulte une augmentation sensible des prix sur le marché en raison de chevauchements horizontaux. Pour obtenir l'autorisation de leur opération, les parties ont tenté de proposer à titre de mesures correctives l'octroi d'un accès à un terminal cimentier, sans envisager la possibilité de céder une partie de leurs activités préexistantes. En estimant que ces mesures étaient insuffisantes pour préserver une concurrence effective et durable sur le marché, la Commission a interdit l'opération.

936. Pourtant, ces éléments à eux seuls ne semblent pas à même d'éviter le phénomène de sous-évaluation des remèdes proposés. Il n'est pas certain en effet que la procédure même de négociation des engagements permette de pallier les effets anticoncurrentiels de l'opération sur le marché. Il semble en effet que cette procédure

de l'entreprise défaillante (Commission, 9 octobre 2013, *Aegan/Olympic II*, aff. M.6796, JOUE C25, 24 janvier 2015, p. 7).

¹³²⁷ Commission, 27 juin 2007, *Ryan Air/Aer Lingus*, aff. M.4439, JOUE C47, 20 février 2008, p. 6.

¹³²⁸ Tel est le cas de l'opération entre US Airways, American Airlines et AMR Corporation (Commission, 5 août 2013, *US Airways/American Airlines*, aff. M.6607, JOUE C279, 27 septembre 2013, p. 6) pour laquelle la Commission a scrupuleusement examiné chaque remède (Commission, 30 avril 2018, *US Airways/American Airlines*, aff. M.6607). Il en a été de même à propos de l'opération menée entre Austrian Airlines et Lufthansa (Commission, 28 août 2009, *Lufthansa/Austrian Airlines*, aff. M.5440, JOUE C16, 22 janvier 2010, p. 11, confirmé par Trib. UE, 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*, aff. T-162/10, Rec.).

¹³²⁹ Commission, 5 avril 2017, *HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia*, aff. M.7878, JOUE C440, 21 décembre 2017, p. 11 ; conf. par Trib. UE, 5 octobre 2020, *HeidelbergCement and Schwenk Zement c/ Commission*, aff. T-380/17, non encore publié au Rec. Les recours introduits par HeidelbergCement (Trib. UE, 27 novembre 2017, ordonnance, *HeidelbergCement c/ Commission*, aff. T-902/16, Rec.) et Schwenk (Trib. UE, 27 novembre 2017, ordonnance, *Schwenk c/ Commission*, aff. T-907/16, Rec.) portant sur l'annulation de la décision d'engagement de la phase d'examen approfondie ont aussi été rejetés.

de quasi-concertation ne permette pas d'annihiler les effets néfastes de l'opération envisagés sous un angle économique (1)). Elle ne s'accompagne pas de techniques juridiques permettant d'en assurer l'exécution effective dans toutes les hypothèses possibles (2)).

1) Des risques de sous-évaluation d'ordre économique

937. Une lecture économique des remèdes exécutés par les entreprises et leur corrélation avec la procédure de négociation ne saurait être proposée dans le cadre de cette étude. Certains travaux semblent cependant le montrer : à cet égard, relevons par exemple que la doctrine économique a montré que les parties au contrat de concentration n'avaient aucun intérêt à assister les autorités de concurrence en leur soumettant des engagements susceptibles de véritablement préserver la concurrence sur le marché¹³³⁰.

938. Diverses décisions et rapports semblent confirmer ce type d'analyse.

939. Il y a d'abord l'expérience apportée par des affaires impliquant des abus de position dominante¹³³¹ et dont les leçons, sous l'angle de l'effectivité de la procédure de négociation des engagements, peuvent être éclairantes pour le contrôle des concentrations.

940. L'affaire *Microsoft* en est, en effet, une illustration dans la mesure où la pratique américaine ne semble pas avoir été plus concluante que l'expérience européenne. En l'espèce, la Commission était intervenue tardivement : un accord de coopération avec le DoJ l'avait en effet amenée à renoncer à ses poursuites mais la quasi-impasse dans laquelle les autorités américaines se trouvaient l'y a résolue¹³³². En effet, bien qu'un *consent decree* ait fini par être adopté outre-Atlantique dans le but d'obliger Microsoft à exécuter ses engagements à l'issue de l'affaire *Microsoft I*¹³³³, le juge lui avait finalement reproché une rédaction trop floue, empêchant ainsi le DoJ d'invoquer la violation desdits engagements par Microsoft lors de l'affaire

¹³³⁰ J. Farrell, « Negotiation and Merger Remedies: Some Problems », p. 95 in F. Lévêque et H. Shelanski (dir.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Northampton, 2003, 256 p.

¹³³¹ C. Prieto, « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *Rec. D.*, 2006, p. 1603.

¹³³² C. Prieto, « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », *Rec. D.*, 2007, p. 2884.

¹³³³ *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, 16 juin 1995, *United States of America v. Microsoft Corporation*, 56 F.3d 1448.

*Microsoft II*¹³³⁴. Alors même que l'affaire *Microsoft III* était engagée par le DoJ, la Commission reprochait au géant, pour sa part, d'avoir refusé de fournir à ses concurrents des informations relatives à l'interopérabilité, autorisé leur usage dans le cadre de la distribution de produits concurrents aux siens sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs et subordonné la fourniture de son système d'exploitation pour PC à l'acquisition simultanée du logiciel Windows Media Player. Par sa décision *Microsoft I*¹³³⁵, la Commission a ainsi imposé des mesures correctives et prononcé une amende de près de cinq cents millions d'euros pour abus de position dominante. Or, cette décision a été annulée partiellement par le Tribunal dans la mesure où la Commission avait confié au mandataire indépendant des pouvoirs d'enquête qu'elle ne pouvait déléguer et où les modalités de rémunération du mandataire indépendant n'étaient pas appropriées¹³³⁶. La Commission a estimé ensuite que le taux de rémunération de l'expert n'était pas raisonnable et a alourdi le montant de l'astreinte¹³³⁷, avant que le Tribunal n'intervienne pour en réviser le montant¹³³⁸. En parallèle, dans le cadre de l'affaire américaine *Microsoft III*, le DoJ avait repris ses poursuites, avec la collaboration de vingt États fédérés, ce qui a abouti à la caractérisation, par la *District Court of Columbia*, d'une vente liée, en violation de la section 1 du Sherman Act et d'une pratique de monopolisation de marché, en vertu de la section 2 de ce même Act. Des mesures ont par conséquent été imposées à Microsoft par le juge nord-américain¹³³⁹. Cependant, en raison d'un contexte politique soutenu¹³⁴⁰, la décision a ensuite été réformée au motif qu'appliquer la règle de raison aurait été plus judicieux que d'opter pour le prononcé

¹³³⁴ U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 23 juin 1998, *United States of America v. Microsoft Corporation*, 147 F.3d 935.

¹³³⁵ Commission, 24 mars 2004, *Microsoft*, aff. M.37 792, JOUE L32, 6 février 2007, p. 23.

¹³³⁶ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corporation et a c/ Commission*, aff. T-201/04, Rec. 2007, II, p. 3601, obs. D. Bosco, « Abus de position dominante de Microsoft : le Tribunal de première instance confirme... et Microsoft se soumet ! », CCC, novembre 2007, n°11, comm. 279 ; G. Aubron et D. Théophile, « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence », *AJ contrats d'affaires*, 2014, p. 212.

¹³³⁷ Commission, 27 février 2008, *Microsoft*, aff. 37.792, JOUE C166, 18 juillet 2009, p. 20.

¹³³⁸ Trib. UE, 27 juin 2012, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-167/08, Rec., obs. G. Decocq, « Réduction de 39 millions de l'astreinte infligée à Microsoft », CCC, octobre 2012, n°10, comm. 234 ; L. Idot, « Exécution des obligations et astreinte », *Europe*, août 2012, n°8-9, comm. 333.

¹³³⁹ Deux décisions ont été rendues à ce propos : U.S. District Court, District of Columbia, 7 juin 2000, *United States of America v. Microsoft Corporation, State of New York, et al. v. Microsoft Corporation v. Eliot Spitzer, Attorney General of the State of New York et al.*, Nos. CIV. A. 98-1232(TPJ), CIV. A. 98-1233(TPJ), 97 F. Supp. 2d 59 (2000).

¹³⁴⁰ C. Prieto, « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », *art. préc.* ; D. Bush et J. J. Flynn, « The Misuse and Abuse of the Tunney Act: The Adverse Consequences of the "Microsoft Fallacies" », *Loyola University Chicago Law Journal*, 2003, vol. 34, n° 4, art. 2, p. 749, et spécialement, pp. 754 et s.

d'une interdiction *per se*¹³⁴¹. Des engagements ont, de nouveau, ensuite été souscrits par Microsoft¹³⁴² mais la complaisance de ces nouvelles mesures a fait l'objet de vives dénonciations par la doctrine économique¹³⁴³. De son côté, en 2009, la Commission a de nouveau poursuivi Microsoft, dans une affaire *Microsoft II*. L'abus de position dominante résultait, cette fois-ci, d'une vente liée qui consistait à lier la vente de son navigateur web à celle de son système d'exploitation pour PC. Le fait que cette nouvelle décision se soit accompagnée d'autres engagements¹³⁴⁴ ne semble pas avoir été plus efficace que dans les affaires précédentes puisque la Commission a dû, quelques années plus tard, sanctionner Microsoft pour ne pas les avoir exécutés¹³⁴⁵.

941. Aussi, c'est bien parce qu'un consensus permanent a été recherché entre les propositions faites par un groupe et les exigences, tant juridiques qu'économiques et politiques, des autorités de contrôle que les affaires *Microsoft* ont duré près de vingt ans. L'efficacité des mesures qui ont finalement été adoptées sur un plan économique ne semble pas non plus pleinement satisfaisante.

942. Des difficultés similaires ont trouvé un certain écho auprès de la Commission dans le cadre spécifique du contrôle des concentrations.

943. La dernière étude consacrée à la question date de 2005 et a été proposée par la Commission¹³⁴⁶. Elle a ainsi analysé l'exécution et l'efficacité d'un certain nombre de mesures correctives qui avaient été imposées sous l'empire du règlement de 1989. L'étendue des cessions, la sauvegarde de l'activité de l'entité cédée jusqu'à sa vente, le choix des cessionnaires ou encore la surveillance de la correcte exécution des mesures correctives ont en particulier fait l'objet d'un examen méticuleux.

944. Or, cette étude a conclu que 57% seulement des remèdes structurels pouvaient être considérés comme efficaces, cette faiblesse résultant de la mauvaise détermination des actifs à céder ou encore de la collusion entre vendeur et acquéreur¹³⁴⁷.

¹³⁴¹ U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 28 juin 2001, *United States of America v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34.

¹³⁴² U.S. District Court, District of Columbia, 1 novembre 2002, *United States of America v. Microsoft Corporation*, 231 F. Supp. 2d 144.

¹³⁴³ D. Bush et J. J. Flynn, « The Misuse and Abuse of the Tunney Act: The Adverse Consequences of the "Microsoft Fallacies" », *art. préc.*

¹³⁴⁴ Commission, 16 décembre 2009, *Microsoft II*, aff. COMP/39.530, *JOUE*, C36, 13 février 2010, p. 7.

¹³⁴⁵ Commission, 6 mars 2013, *Microsoft II*, aff. COMP/39.530, *JOUE* C 120, 26 avril 2013, p. 6.

¹³⁴⁶ Commission, « *Merger remedies study* », octobre 2005.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

945. L'influence certaine des entreprises auteurs de ces remèdes ne saurait ainsi être écartée et ce constat peut être un signe supplémentaire de la difficulté, pour les autorités de contrôle, d'appréhender avec justesse les remèdes qui leur sont proposés lors des négociations.

946. Au-delà, le fait que les engagements soient négociés pourrait être indifférent, dès lors que des techniques juridiques suffisantes permettraient d'en assurer l'exécution effective. Des efforts ont été menés en ce sens pour éviter une telle sous-évaluation mais ils peuvent paraître critiquables à certains égards.

2) Des risques de sous-évaluation d'ordre juridique

947. La Commission ne saurait contrevenir au respect du principe de proportionnalité. Cependant, dans le cadre du contrôle des concentrations, il a été montré que seule une vigilance graduelle de la part de la Commission est exigée par le juge, en sus de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation¹³⁴⁸.

948. Les engagements sont, en plus, susceptibles d'être plus facilement acceptés lorsque l'opération est autorisée à l'issue de la phase I. Ils doivent se limiter à « *dissiper tous doutes sérieux* à ce sujet », et partant « constituer une réponse directe et suffisante de nature à exclure clairement les doutes sérieux émis ». Seuls les engagements négociés en phase II ont par conséquent « pour objet d'*empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante* »¹³⁴⁹.

949. Il ne s'agit, au demeurant, que d'une interprétation littérale du règlement « concentrations » : l'article 6, 1., b) et c) soumet l'autorisation de l'opération en phase I au fait qu'elle ne soulève plus de « doutes sérieux », tandis que l'article 8 soumet la compatibilité de l'opération à l'issue de la phase II à sa conformité à l'objectif du contrôle défini par les paragraphes 2 et 3 de l'article 2. Ce n'est finalement que dans ces conditions que l'opération ne doit pas entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante.

950. Le caractère minimal des engagements et donc leur éventuelle sous-évaluation ne saurait par ailleurs être fondamentalement remis en cause par l'intervention du juge.

¹³⁴⁸ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A., 1), a).

¹³⁴⁹ Nous soulignons ; TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c/ Commission*, aff. T-119/02, Rec. 2003, II, p. 1433, et spécialement, pts 79 et 80 ; TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177/04, Rec. 2006, II, p. 1931, et spécialement, pt 129.

951. Son rôle se limite, en effet, au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹³⁵⁰. Pour cette raison, il semble que le risque incident de « marginaliser le contrôle juridictionnel »¹³⁵¹ qui a pu être souligné à propos des engagements souscrits dans le cadre des abus de position dominante, puisse être relevé également dans le domaine du contrôle des concentrations.

952. À ces difficultés s'ajoute le fait qu'il est nécessaire que les mesures proposées soient effectivement suivies et donc que la négociation s'accompagne d'outils le permettant. C'est d'ailleurs en tirant les leçons de son étude de 2005 que la Commission a révisé sa communication sur les mesures correctives propres au contrôle des concentrations en 2008. Elle y détaille notamment les conditions requises pour que des engagements structurels puissent conduire à la compatibilité de l'opération, tout en les alourdissant. Certaines décisions, dont celle rendue à propos de l'opération *Holcim/Lafarge*¹³⁵², se sont depuis démarquées par l'importance des engagements finalement adoptés.

953. Pourtant, cette problématique ne semble pas épuisée. La question s'est en particulier posée de savoir à qui il revenait le soin de déterminer l'identité de l'acquéreur destinataire des actifs cédés au titre de l'exécution d'un engagement structurel. Le juge y a répondu dans l'affaire *Odile Jacob* : puisqu' « il n'appartient pas (...) à la Commission (...) de mettre en place un système de concurrence parfaite et de

¹³⁵⁰ Dans l'affaire *Kali und Salz*, le juge avait posé les jalons du caractère limité de son intervention dans le cadre du contrôle des concentrations en raison de la marge d'appréciation reconnue à la Commission (CJCE, 31 mars 1998, *Kali und Salz*, aff. C-68/94, Rec. 1998, I, p. 1375, et spécialement, pts 223 et 224), ce qui avait été confirmé lors de l'arrêt *Gencor* (TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec. 1999, II, p. 743, et spécialement, pts 164 et 165), puis lors de l'affaire *Endemol* (TPICE, 28 avril 1999, *Endemol Entertainment Holding BV c/ Commission*, aff. T-221/95, Rec. 1999, II, p. 1299, et spécialement, pt 106) ou encore *Kesko* (TPICE, 15 décembre 1999, *Kesko Oy c/ Commission*, aff. T-22/97, Rec. 1999, II, p. 3775, et spécialement, pt 142). L'arrêt *Petrolessence* en a détaillé l'étendue en précisant que « le contrôle exercé par le juge communautaire sur les appréciations économiques complexes effectuées par la Commission dans l'exercice du pouvoir d'appréciation que lui confère le règlement n° 4064/89 doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir. En particulier, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation économique à celle de la Commission. » (TPICE, 3 avril 2003, *Petrolessence SA et Société de gestion de restauration Routière SA (SG2R) c/ Commission*, aff. T-342/00, Rec. 2003, II, p. 1161 et spécialement, pt 101) ; sur l'étendue des pouvoirs du juge, v. *infra* 2^{ème} Partie, Titre II.

¹³⁵¹ F. Marty, M. Mezaguer, « Quelles garanties pour la procédure d'engagements en droit de la concurrence de l'Union européenne ? », *RIDE*, 2016, 1, p. 55, et spécialement, §51.

¹³⁵² De nombreux sites, cimenteries et carrières notamment en France, Allemagne, Roumanie, Slovaquie, Royaume-Uni, République Tchèque, Espagne ont en effet été cédés à ce titre (Commission, 15 décembre 2014, *Holcim/Lafarge*, aff. M.7252, *JOUE* C77, 5 mars 2015, p. 1).

décider, à la place des acteurs économiques, qui devrait opérer sur le marché »¹³⁵³, « la Commission ne dispose que de la possibilité d'agréer ou non un acquéreur qui lui est présenté et de vérifier (...) qu'il est un concurrent actuel ou potentiel viable, indépendant des parties et sans aucun lien avec elles, qui possède des ressources financières, des compétences confirmées et la motivation nécessaire pour pouvoir préserver et développer la capacité de l'activité de concurrencer activement les parties »¹³⁵⁴. Or, c'est précisément la complexité de l'affaire *Odile Jacob* qui paraît témoigner de la difficulté que cette exigence a soulevée, en particulier s'agissant de la désignation d'un mandataire¹³⁵⁵.

954. Pour ces diverses raisons, une évaluation plus soutenue de la pertinence des remèdes proposés par les entreprises concernées, éventuellement menée avec d'autres experts au sein de la DG COMP, pourrait éventuellement apaiser les risques de sous-évaluation induits par la procédure de négociations. À cet égard cependant, il conviendrait non seulement de composer avec le caractère éventuellement divergent des interprétations proposées¹³⁵⁶ mais aussi de veiller à ce que l'analyse concurrentielle reste l'objet du contrôle des concentrations. Le prononcé final des conditions et charges ne saurait en effet servir la promotion d'une nouvelle politique industrielle de l'Union, sauf à menacer la cohérence substantielle du contrôle des concentrations¹³⁵⁷.

¹³⁵³ Nous soulignons ; CJUE, 6 novembre 2012, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. C-551/10 P, *Rec.*, et spécialement, pt 67.

¹³⁵⁴ Nous soulignons ; *Ibid.*, et spécialement, pt 76.

¹³⁵⁵ À ce sujet, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §2, A., 2).

¹³⁵⁶ L'affaire *Volvo/Scania* (Commission, 14 mars 2000, *Volvo/Scania*, aff. M.1672, JOCE L143, 29 mai 2001, p. 74) a en particulier montré que des travaux aux conclusions opposées pouvaient être versés au cours d'une même procédure (en ce sens, v. aussi, *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Section 2, §1, B., 2)).

¹³⁵⁷ En ce sens, v. aussi *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §2, A., 1).

CONCLUSION DU CHAPITRE

955. La liberté contractuelle dont les parties à l'opération jouissent préalablement à la conclusion du contrat de concentration semble mécaniquement limiter l'immixtion des autorités de concurrence dans celui-ci lorsqu'elles contrôlent les effets de l'opération sur le marché. Si leur intervention ne saurait être pleine au vu des libertés qui sont reconnues aux parties, les autorités demeurent particulièrement contraintes dans leurs mouvements en raison, généralement, de l'opacité des groupes et des enjeux de domination qui opposent les groupes concernés par l'opération. En dehors de l'éventuelle adoption d'un droit européen des contrats, le renforcement du contrôle exercé par la Commission dans le but d'apprécier plus finement l'opération pourrait quelque peu apaiser de manière indirecte ce type de difficultés¹³⁵⁸.

956. En l'état actuel du droit en tout cas, l'influence exercée par la Commission et les autorités internes s'en trouve limitée : il lui est tout au plus permis de négocier les engagements avec les parties à l'opération. En dépit de sa modernité, ce dispositif souffre de diverses inefficiences et présente le risque d'une emprise supplémentaire du groupe sur le contrat. Cette situation répond peu aux objectifs assignés au contrôle des concentrations : si la Commission ne saurait certes entraver à l'excès la compétitivité de l'industrie européenne, il lui est cependant nécessaire de veiller à la préservation de la concurrence sur le marché en s'assurant que les mesures qu'elle accepte permettent effectivement d'y parvenir. L'adoption mesurée et prudente de certains dispositifs de contre-expertise au sein de la DG COMP pourrait en ce sens conférer davantage de cohérence au contrôle.

¹³⁵⁸ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 2.

CONCLUSION DU TITRE

957. Le droit des contrats et le droit européen des concentrations présentent une complémentarité certaine. Le contrat structure le marché : son degré de concentration dépend du nombre et de l'ampleur des opérations de concentration qui y sont conclues puis réalisées. De son côté, le contrôle européen des concentrations veille à la correcte structuration du marché : il cherche à s'assurer que la multiplication de ces contrats n'anéantisse pas la concurrence sur le marché et ainsi, qu'il ne nuise pas à la compétitivité européenne. Il n'en reste pas moins que leurs objets sont distincts. Le droit des concentrations ne se préoccupe donc pas du contenu des contrats conclus dans le cadre d'une opération de concentration. Il est hermétique aux enjeux de domination qui ont pu avoir lieu lors de leur négociation. Il permet tout au plus à la Commission, et aux autorités en vertu de leur droit national, de négocier avec les groupes les engagements qui pourraient remédier aux préoccupations de concurrence que l'opération soulève.

958. Cette approche tend cependant parfois à menacer l'objectif de préservation de la concurrence qui est assigné au règlement « concentrations ». Par exemple, la période précontractuelle qui se situe dans son angle mort présente le risque de favoriser la constitution de collusions anticoncurrentielles. De même réserve-t-il aux groupes la faculté d'initier le processus de négociation des engagements, en laissant ainsi perdurer un certain nombre de craintes portant sur leur sous-évaluation éventuelle. La faiblesse des sanctions en est encore une circonstance. En ce sens, la mainmise dont les groupes bénéficient dans le cadre du contrat de concentration menace parfois la cohérence du contrôle. L'adoption de certains outils spécifiques au contrôle pourrait quelque peu apaiser ces difficultés. Il n'en reste pas moins cependant que ces difficultés ne semblent pas à même d'être dépassées en l'absence d'un droit des contrats harmonisé au niveau européen.

Conclusion de la 1^{ère} Partie

959. Alors que l'atteinte des objectifs poursuivis par le droit européen des concentrations devrait notamment dépendre de sa lisibilité, de sa prévisibilité et de la cohérence de l'ensemble normatif dans lequel il s'inscrit, de tels prérequis semblent parfois lui faire défaut. Tel semble être le cas en amont de la prénotification et notification de l'opération et lors de la négociation des engagements éventuellement soumis par les parties.

960. Ce constat se traduit d'abord lors du choix de la forme de l'opération, lequel est laissé aux groupes concernés par la concentration. L'article 3 du règlement « concentrations » opte pour de larges qualifications afin d'appréhender la réalité des opérations menées sur le marché. Après avoir proposé et détaillé la typologie des opérations de concentration qui se déduit conjointement du droit européen des concentrations, du droit européen des sociétés et des opérations habituellement conclues sur le marché, la seule rédaction de cet article 3 ne paraît pas suffisante pour atteindre cet objectif.

961. La lisibilité, la prévisibilité du contrôle des concentrations et la cohérence du droit européen paraissent ensuite parfois menacées lorsque les parties négocient et concluent le contrat à l'origine de l'opération de concentration. Grâce à la liberté contractuelle qui leur est reconnue, elles sont tantôt invitées à définir les contours d'une opération qui leur serait profitable, en prévoyant éventuellement des clauses et dispositifs qui n'ont pas vocation à tomber dans le champ du droit de la concurrence en dépit des éventuelles préoccupations qu'ils peuvent susciter. Elles sont tantôt incitées, dans une certaine mesure, à se prémunir contre les conséquences que l'exercice du contrôle des concentrations pourrait provoquer sur leur opération et ce, alors même que le droit des concentrations fournit parfois des réponses assez faibles. Lorsque l'opération est prénotifiée ou notifiée, les autorités n'ont donc d'autre choix que de s'accommoder d'une opération déjà solidement élaborée. La technique des engagements ne leur permet que dans une mesure toute relative de réintégrer la sphère contractuelle.

962. Paradoxalement, ces difficultés rejoignent la diversité des objectifs assignés au contrôle.

963. Parce que le contrôle se soucie peu de la forme sociétaire de l'opération et qu'il trouve un écho encore faible en droit des sociétés au niveau européen, l'objectif de maintien de la compétitivité qui lui est assigné n'est que faiblement rempli.

964. Symétriquement, parce que le contrôle se soucie peu du contrat de concentration et qu'il ne trouve pas d'écho en droit des contrats au niveau européen, l'objectif de préservation de la concurrence sur le marché qui lui est assigné n'est également que faiblement rempli.

965. Dans les deux cas, le manque de cohérence qui peut être reconnu au contrôle à cet égard pourrait n'être vu que comme une traduction du processus d'intégration dont le marché intérieur fait encore l'objet. La liberté d'action dont les groupes bénéficient pourrait en ce sens se justifier.

966. Pour se résoudre à ce constat, encore convient-il néanmoins d'écarter les difficultés que cet état du droit soulève pour la correcte mise en œuvre du contrôle, si ce n'est parfois pour les groupes eux-mêmes. Quand bien même cette situation serait admise, il est nécessaire de s'assurer en parallèle que le droit des concentrations parvient à appréhender la réalité de l'opération lorsqu'il confie à la Commission le soin de l'apprécier, à l'appui des définitions qu'il édicte. Dans la mesure où le contrôle des concentrations se restreint à l'appréciation des effets de l'opération sur le marché, sa mise en œuvre cohérente ne devrait pas prêter à discussions, une fois le contrat conclu, lorsque les autorités sont amenées à exercer leur contrôle.

967. Aussi convient-il désormais d'analyser la cohérence substantielle du contrôle des concentrations lorsque celui-ci fait, à son tour, face aux groupes (**Seconde Partie**).

2^{ÈME} PARTIE :
LE CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS
D'ENTREPRISES FACE AUX GROUPES

968. La Première Partie de cette étude a notamment permis de montrer que les groupes liés à l'opération, et en particulier les entreprises parties à celle-ci, bénéficient jusqu'au déclenchement du contrôle d'une latitude certaine pour élaborer une opération et conclure un contrat dont les contours, faute d'être pleinement identifiables par le législateur européen, peuvent ensuite quelque peu échapper aux autorités de contrôle¹³⁵⁹. Il reste qu'une fois le contrat conclu et les engagements négociés, il revient bien au règlement « concentrations » de déployer pleinement ses effets en déterminant si et auprès de quelle(s) autorité(s) l'opération doit être notifiée. Lorsque celle-ci réunit les conditions requises, le droit des concentrations confie aux autorités le soin d'exercer un contrôle de l'opération qui excède la seule immixtion relative dont elles peuvent faire preuve dans le contrat lorsque des engagements ont été soumis par les parties¹³⁶⁰.

969. Après avoir donné une définition des groupes tels qu'il entend les appréhender, le règlement « concentrations » répartit ensuite les attributions entre les autorités européennes et internes de concurrence, avec une certaine maladresse¹³⁶¹. Sous réserve des hypothèses de renvois des opérations de dimension nationale auprès de la Commission à l'initiative des parties¹³⁶², des États membres¹³⁶³ ou justifiées par la protection des intérêts légitimes de ces derniers¹³⁶⁴, l'article 21 du règlement¹³⁶⁵ donne compétence exclusive à la Commission pour connaître des

¹³⁵⁹ V. *Supra*, 1^{ère} Partie.

¹³⁶⁰ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre 2, Chapitre 2.

¹³⁶¹ C. Prieto, *Synthèse 170. Fasc. 1480 et 1490 – Contrôle européen des concentrations*, JCI Europe Traité, 1^{er} février 2018, et spécialement, n° 90.

¹³⁶² Les parties peuvent solliciter le renvoi d'une opération de dimension communautaire devant les autorités nationales (règlement « concentrations », art. 4, 4.) et réciproquement, le renvoi d'une opération devant la Commission alors qu'elle n'est pas de dimension communautaire (règlement « concentrations », art. 4, 5.).

¹³⁶³ *Ibid.*, art. 22.

¹³⁶⁴ *Ibid.*, art. 21, 4.

¹³⁶⁵ V. aussi en ce sens le préambule du règlement « concentrations » et not., (8).

opérations de dimension communautaire sous le contrôle du juge européen¹³⁶⁶ et en creux, compétence aux autorités nationales des États membres pour apprécier les opérations qui ne sont pas de dimension communautaire¹³⁶⁷.

970. Dans ce cadre, la Commission, comme la plupart des autorités nationales de concurrence au sein de l'Union¹³⁶⁸, apprécie l'opération au vu de l'entrave significative à la concurrence que celle-ci peut causer sur le marché ou une partie substantielle de celui-ci, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante. Cette appréciation dépend cependant des objectifs qui gouvernent le droit des concentrations. Les autorités de contrôle, en particulier européennes, doivent ainsi exercer leurs missions dans les limites d'un équilibre subtil reposant sur la promotion de la politique de concurrence et le défaut d'atteinte excessive à la compétitivité de l'industrie européenne¹³⁶⁹.

971. En ce sens, il semble utile de se demander si le contrôle européen des concentrations atteint en l'état actuel les ambitions affichées par le règlement « concentrations ». Le règlement ne s'attache qu'en surface à la forme sociétaire de l'opération et au contrat et ce, en faisant majoritairement fi des conséquences éventuelles qu'ils peuvent pourtant provoquer sur le contrôle des concentrations¹³⁷⁰. Le dispositif que le règlement « concentrations » édicte de manière plus approfondie semble désormais mériter également un examen attentif.

972. De ce point de vue, le droit européen des concentrations cherche d'abord à appréhender la réalité matérielle des groupes incluant les entreprises concernées par l'opération, avant sa réalisation et celle de ces groupes, une fois l'opération réalisée. Cette appréciation conduit en effet à déterminer l'opportunité de la saisine des autorités et leur identité. Le droit européen des concentrations tend ensuite à doter les autorités de contrôle des moyens nécessaires leur permettant d'apprécier les effets que l'extension de ces groupes sur le marché pourrait occasionner à la suite de l'opération. Il leur confie cependant le rôle limité de maintenir la concurrence sur le marché, sans nuire pour autant à la compétitivité de l'industrie européenne. Dans la mesure où de nombreux travaux ont déjà montré la méthodologie employée par les

¹³⁶⁶ *Ibid.*, art. 21, 2. ; il est cependant nécessaire de rappeler que la Commission peut être amenée à coopérer avec l'Association européenne de libre-échange (AELE) lorsque l'opération affecte le territoire de l'EEE (v. *Supra*, Introduction générale).

¹³⁶⁷ *Ibid.*, art. 21. 3.

¹³⁶⁸ En ce sens, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B., 1).

¹³⁶⁹ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

¹³⁷⁰ V. *Supra*, 1^{ère} Partie.

autorités européennes pour apprécier les opérations de concentration¹³⁷¹, il ne semble pas utile d'y revenir en détail. En revanche, les évolutions envisagées depuis l'entrée en vigueur du règlement « concentrations », et en particulier ces dix dernières années, méritent une analyse soutenue. L'enjeu pour les autorités, et notamment la Commission et le juge européen, consiste en effet à appréhender toujours plus finement la réalité de l'opération, des groupes concernés par celle-ci et du groupe renforcé à son issue. Diverses pistes destinées à rendre le contrôle des opérations de dimension communautaire plus efficace ont en particulier été discutées. L'efficacité du droit des concentrations semble ainsi peu à peu dépendre de la capacité dont la Commission dispose pour percer l'enveloppe des groupes et apprécier au plus juste leur développement sur le marché. Les idées avancées interrogent à tout le moins au vu des objectifs actuellement assignés au contrôle par le règlement « concentrations » quand elles n'invitent pas, plus largement, à en redessiner les contours.

973. En d'autres termes, la manière dont le droit européen appréhende les opérations de concentration semble devoir être questionnée au vu des évolutions récentes qui ont pu être constatées. Cette analyse peut être menée à travers le prisme des deux types contrôles qui peuvent être identifiés en droit des concentrations.

974. En premier lieu, il existe un contrôle qui pourrait être qualifié de *matériel*. Ainsi, pour que le droit des concentrations soit applicable, le contrôle exercé par les groupes concernés sur l'entité issue de l'opération de concentration doit être pris en compte. En droit européen, cette notion pourrait trouver écho aux articles 1, 3, 5 et 21 du règlement « concentrations ». Au terme de ces dispositions, le droit européen des concentrations n'est en effet applicable qu'à une double condition. D'une part, l'opération doit être de dimension communautaire. Il importe à cet égard que le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées par l'opération atteigne les seuils requis. D'autre part, elle doit conduire au changement durable du contrôle de la cible. Or, les définitions que le règlement « concentrations » édicte à ce propos présentent certaines limites dont il convient de proposer une analyse. Son insuffisance en la matière présente en effet le risque de compromettre l'atteinte des objectifs qui sont assignés au droit européen des concentrations.

975. Dans ces conditions, la question du renforcement du contrôle *institutionnel* prévu par le règlement « concentrations » semble, en second lieu, devoir être posée. Désignée ainsi, cette forme de contrôle, distincte d'un contrôle juridictionnel

¹³⁷¹ Les manuels de droit de la concurrence, thèses et autres travaux cités dans le cadre de l'étude en témoignent.

éventuel, vise l'exercice du contrôle de l'opération notifiée par la ou les autorités en charge de l'examen de l'opération au sens du règlement, c'est-à-dire, la Commission, pour les opérations de dimension communautaire et la ou les autorités nationales de concurrence compétentes pour les opérations de dimension nationale. Rappelons que le règlement régit l'exercice du contrôle à deux égards : tandis qu'il encadre le contrôle dévolu à la Commission pour les opérations de dimension communautaire, il confie en creux aux autorités nationales de concurrence le soin d'apprécier les concentrations de dimension nationale¹³⁷². En ce sens, si le « contrôle institutionnel » visé par le règlement « concentrations » couvre à titre principal les conditions du déclenchement du contrôle et son exercice par la Commission, il attribue le contrôle des opérations de dimension nationale, à titre accessoire et en termes génériques, aux autorités internes. L'analyse de ce volet du droit européen des concentrations semble particulièrement nécessaire : le bien-fondé même de l'intervention de la Commission, et plus largement des autorités de concurrence, comme le domaine des pouvoirs qui leur sont attribués pour apprécier une opération de concentration ont été discutés depuis l'instauration du contrôle. Ils l'ont encore été récemment, à mesure que les pratiques constatées sur le marché et que les objectifs poursuivis plus généralement par l'Union ont évolué. Tandis qu'un affaiblissement des prérogatives de la Commission a en particulier pu être défendu, il nous semble au contraire qu'étendre partiellement ses compétences et prôner le développement d'un contrôle des concentrations plus harmonisé au sein de l'Union pourrait pallier une partie des difficultés que le règlement « concentrations » suscite quelques fois lorsqu'il tente d'appréhender le contrôle matériel de la cible.

976. Dès lors, les définitions que le règlement édicte à propos du « contrôle matériel » de la cible sont susceptibles de nuire à la cohérence du contrôle (**Titre 1**). Pour cette raison, le renforcement du contrôle institutionnel en droit européen des concentrations pourrait être une issue adaptée à l'atteinte des objectifs poursuivis par le contrôle européen des concentrations (**Titre 2**).

¹³⁷² V. Nos développements précédents dans la présente introduction de la Seconde Partie de l'étude et notamment, l'article 21 du règlement « concentrations ».

– Titre 1 –

Les définitions du « contrôle matériel » de la cible, obstacles à un contrôle européen des concentrations cohérent

977. Depuis ses débuts, le contrôle européen des concentrations cherche à appréhender au plus juste l'étendue du contrôle exercé sur la cible. Sa mise en œuvre dépend en effet étroitement de cet exercice de délimitation. L'histoire du droit des concentrations a montré qu'il est un droit mouvant, dont l'exécution est nécessairement appelée à évoluer en fonction des circonstances économiques, des politiques économiques adoptées, de la réalité des opérations et des groupes sur le marché¹³⁷³. La probabilité qu'une opération entrave de manière significative la concurrence sur le marché, éventuellement en ce qu'elle créerait ou renforcerait une position dominante, dépend ainsi des outils offerts aux autorités pour apprécier la complexité de l'opération et des groupes concernés par elle.

978. Dans ce contexte, il va de soi que le contrôle fasse l'objet de discussions constantes et les échanges de ces dernières années ont notamment porté sur les contours du contrôle matériel de la cible. Diverses opérations conclues récemment paraissent avoir montré les limites du règlement « concentrations » en la matière et semblent nécessiter d'en réviser certains traits.

979. Plus précisément, le contrôle matériel visé par le règlement, et plus encore les difficultés qui en résultent pour la cohérence du droit européen des concentrations, peuvent être analysées par le prisme des deux réalités que ce contrôle matériel recouvre.

980. La première peut résulter des articles 1, 5 et 21 du règlement « concentrations » et interroge comme suit : *qui contrôle* la cible objet de l'opération ? Cette question est en effet cruciale dans la mesure où elle détermine le déclenchement du contrôle : la Commission est compétente pour apprécier l'opération de dimension communautaire, et les autorités nationales de concurrence les concentrations qui ne le sont pas¹³⁷⁴, à condition que des seuils de chiffres

¹³⁷³ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

¹³⁷⁴ Règlement « concentrations », art. 21, 1. à 3.

d'affaires soient atteints par les entreprises concernées par l'opération¹³⁷⁵. En d'autres termes, le règlement « concentrations » souligne la relation étroite qui lie le pouvoir de marché de l'entité issue de l'opération à celui des parties à celle-ci. Plus encore, le règlement s'attache à appréhender la dimension de l'opération en posant une méthode d'évaluation destinée à apprécier le pouvoir de marché des « entreprises concernées »¹³⁷⁶, c'est-à-dire des parties au contrat de concentration *stricto sensu*, après intégration du chiffre d'affaires réalisé par les groupes auxquels elles appartiennent. En ce sens, le droit européen des concentrations n'a vocation à s'appliquer que si les groupes concernés réalisent des chiffres d'affaires déterminés. Dans la mesure où quand tel n'est pas le cas, l'opération échappe à la Commission par principe, voire aux autorités nationales de concurrence lorsque les seuils des États membres ne sont pas non plus atteints, la manière dont le droit des concentrations identifie les groupes concernés est l'une des clés du contrôle. Or, les règles applicables à cet égard ne semblent pas refléter dans toutes les hypothèses possibles la réalité des groupes concernés par l'opération.

981. La seconde question que le contrôle matériel de la cible suscite peut quant à elle découler de l'article 3 du règlement « concentrations » : *qu'est-ce que le contrôle de la cible ?* Il résulte en effet de cet article que le droit des concentrations devrait s'appliquer aux opérations qui remplissent deux conditions. Au titre de la première, il résulte de cet article que toutes les formes de concentration, quelle que soit leur qualification en droit des sociétés ou des contrats, devraient être concernées. Comme l'étude l'a précédemment montré cependant, cette affirmation doit être nuancée¹³⁷⁷. Le règlement « concentrations » s'attache en revanche de manière plus approfondie à la seconde condition : pour que l'opération fasse l'objet d'un contrôle dès lors que les groupes concernés réalisent certains chiffres d'affaires, il est nécessaire que le ou les acquéreurs exercent un contrôle matériel sur la cible. En d'autres termes, il importe à ce titre que l'opération en cause entraîne le « changement durable du contrôle » de la cible. Dans la mesure où lorsque cette condition n'est pas remplie, l'opération n'est pas contrôlable, cette condition est également déterminante du contrôle.

982. En ce sens, les définitions que le règlement « concentrations » confère à la notion de contrôle matériel sont susceptibles de limiter intrinsèquement les objectifs assignés à ce texte.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, art. 1.

¹³⁷⁶ *Ibid.*, art. 5.

¹³⁷⁷ V. *Supra.*, 1^{ère} Partie.

983. Pour s'en assurer, il convient de proposer une analyse de chaque volet précité. Les définitions édictées par le droit de l'Union et celui des États membres dans le but d'identifier les « groupes concernés » par l'opération de concentration semblent se démarquer par une certaine rigidité (**Chapitre 1**). Le critère du « changement durable du contrôle » paraît pour sa part parfois maladroit, tant il est aussi susceptible de compromettre le contrôle d'opérations qui pourraient relever du règlement « concentrations » (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 :

LA RIGIDITÉ DES DÉFINITIONS DES « ENTREPRISES CONCERNÉES » PAR L'OPÉRATION

984. Comme l'Introduction générale de cette étude l'a montré, les groupes n'existent pas en droit européen des sociétés. Cet état du droit est bien connu, tant la législation des États membres rechigne aussi à reconnaître la personnalité juridique aux groupes de sociétés. Cette réticence se comprend au vu de la « contradiction [qui oppose] l'unité économique du groupe [à] l'indépendance juridique de ses membres »¹³⁷⁸. Le fait que les groupes ne disposent pas de la personnalité juridique en fait d'ailleurs tout le « charme »¹³⁷⁹. Tout au plus, l'Allemagne et le Portugal pallient ce manque par l'édition d'un droit des groupes¹³⁸⁰. En France, la jurisprudence en a conféré une définition d'abord dans le domaine pénal¹³⁸¹. Dans son arrêt emblématique¹³⁸² *Rozenblum*¹³⁸³, la Cour de cassation avait ainsi admis qu'un groupe était constitué dès lors qu'existait « un lien logique minimal » entre les diverses entités, une politique commune fixant un objectif économique, social ou financier commun ainsi qu'une structure juridique, financière et économique précise

¹³⁷⁸ F. Riem, « L'analyse substantielle », in J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au 21^{ème} siècle. Notions et enjeux*, LGDJ, Extensio-éditions, collection *Droit & Économie*, 2020.

¹³⁷⁹ L. Boy, « L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ? », et spécialement, p. 335 in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siiriainen (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2011, 526 p.

¹³⁸⁰ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Issy-les-Moulineaux, 2016, 4^{ème} éd., 572 p. et spécialement, n°453 et s.

¹³⁸¹ La Chambre criminelle de la Cour de cassation avait caractérisé l'existence d'un groupe doté d'un objet commercial et financier eu égard aux liens étroits qui unissaient des sociétés civiles à une société commerciale (Cass., crim., 27 juin 1972, n° 72-92608, *Bull. crim.* n°222, p. 578, obs. B. Bouloc, « Note », *Rev. soc.*, 1973, p. 154 ; D. Mayer, « Note », *JCP*, 1972, II, n° 17335 ; v. aussi, Tribunal correctionnel de Paris, 16 mai 1974, *Gaz. Pal.*, décembre 1974, 15/17). D'autres Chambres de la Cour de cassation ont aussi su s'intéresser timidement aux groupes de sociétés avant l'arrêt *Rozenblum* (s'agissant de l'admission d'une faillite commune à plusieurs sociétés formant un « tout, étroitement mélangé », v. Cass., com., 26 mars 1974, n°73-12549, *Bull. civ. IV* n°112, p. 89 ; s'agissant de la caractérisation d'une faute commune à plusieurs sociétés, v. Cass., civ. 1, 13 décembre 1967, *Bull. civ. I* n°364 et en sens contraire, v. Cass., com., 7 janvier 1981, n°79-11993, *Bull. civ. IV* n°12 ; s'agissant de la mise en place d'un comité d'entreprise commun à plusieurs sociétés en raison des liens qui les unissent, v. Cass., soc., 8 juin 1972, n°71-12860, *Bull. civ. V* n°418, p. 382).

¹³⁸² La « doctrine *Rozenblum* » relative à la notion d'intérêt de groupe serait devenue le *jus commune* pour la plupart des États membres de l'Union européenne (*European Model Companies Act*, p. 372).

¹³⁸³ Cass., crim., 4 février 1985, *Rozenblum*, n°84-91581, *Bull. crim.* 1985, n°54, obs. B. Bouloc, « Note », *Rev. soc.*, 1985, p.648 ; W. Jeandidier, « Note », *JCP*, 1986, II, n°20585 ; D. Ohl, « Note », *Recueil D.*, 1985, I, p. 478.

et apparente. Il s'agissait ainsi pour le juge d'isoler une unité économique distincte de ses membres et dotée d'un objet social propre. Depuis lors, les arrêts se sont multipliés dans les diverses branches de droit français dans le but d'appréhender les relations entre les membres à l'intérieur du groupe ou les pratiques commises par celui-ci sur le marché¹³⁸⁴. Quoi qu'il en soit et bien qu'il n'existe aucun droit « dur » en la matière, les problématiques que les groupes suscitent en droit européen ne sont cependant pas pleinement ignorées.

985. Au contraire, le droit européen des concentrations tente de les appréhender. Plus précisément, selon le règlement « concentrations », son déclenchement dépend du chiffre d'affaires que les entreprises concernées par l'opération ont réalisé et de son affectation géographique. Cette appréciation conduit à délimiter la dimension de l'opération, ceci permettant ou non d'en confier l'appréciation à la Commission ou aux autorités des États membres¹³⁸⁵.

986. En raison des principes fondamentaux qui gouvernent le droit européen de la concurrence¹³⁸⁶, les règles établies par l'Union et celles des États membres s'agissant de l'appréciation des groupes concernés par l'opération tendent à converger dans les grandes lignes. Ainsi, la règle de droit identifie dans la plupart des cas les membres des groupes de chaque partie à l'opération de concentration dans le but d'en apprécier l'importance économique sur le marché et de décider du déclenchement de la procédure de contrôle, que ce soit, par exemple, à travers l'évaluation des parts de marché qu'ils détiennent ou du chiffre d'affaires qu'ils ont réalisé. La théorie du « guichet unique » prévaut : en présence d'une concentration affectant le marché européen ou de nombreux marchés nationaux, le droit européen s'applique exclusivement, sauf hypothèse de renvoi déjà évoquée.

987. Les difficultés n'en sont cependant pas moins écartées, qu'il s'agisse de l'identification de la composition précise des groupes concernés par l'opération ou des méthodes destinées à évaluer *in fine* leur pouvoir de marché et partant, à justifier l'opportunité d'un contrôle.

¹³⁸⁴ Par exemple, le lendemain de l'arrêt *Rozenblum*, la Chambre commerciale a admis qu'un actionnaire pouvait désigner un administrateur provisoire non seulement pour sa filiale mais aussi pour celles qui sont liées à cette dernière (Cass., com., 5 février 1985, n°82-15119, *Bull. civ. IV*, n°44, p. 37).

¹³⁸⁵ Ou du Royaume-Uni.

¹³⁸⁶ À savoir, les principes de l'effet direct, de primauté du droit européen, d'interprétation uniforme du droit européen, d'effectivité du droit européen et d'équivalence.

988. « *Le groupe est une matière vivante dont la géométrie est en perpétuelle évolution. Des sociétés viennent s’y intégrer puis s’en détachent, en fonction des impératifs stratégiques et juridiques* »¹³⁸⁷. L’appréhension de leur structure interne par le législateur, et plus encore par les autorités de contrôle, n’est donc pas chose aisée.

989. Au-delà, l’identification des membres composant le groupe dans le cadre d’une opération de concentration permet d’agréger leurs chiffres d’affaires et d’évaluer la dimension de l’opération selon un système de seuils. Ce dispositif a cependant suscité de nombreuses discussions, tant il est susceptible de restreindre le nombre d’opérations soumises au droit des concentrations, européen ou national, alors même que l’opération en cause conduit au changement durable du contrôle de la cible et qu’elle est susceptible d’avoir des effets sur le marché. Ces dernières années, la multiplication des acquisitions dites « tueuses » ou « consolidantes » a particulièrement contribué à renouveler le débat.

990. Ainsi paraît-il nécessaire de proposer une analyse du droit applicable au sein de l’Union à ce propos (**Section 1**) avant d’envisager les conséquences de ce système pour certaines opérations. L’exemple des acquisitions tueuses (dites également « prédatrices » ou « *killer acquisitions* ») ou consolidantes (qualifiées aussi de « globalisantes ») mérite à cet égard un examen attentif (**Section 2**).

¹³⁸⁷ Nous soulignons ; H. Guigou, « Chapitre 1. L’approche en droit des sociétés » et spécialement, p. 1 in J. Barthélémy, N. Coulon, J. Egal, H. Guigou, M. Haroudin, X. de Mello, G. Petiteau, P. Seurat, *Le droit des groupes de sociétés*, Dalloz, coll. Réussir en affaires, Paris, 1991, 573 p.

Section 1 :

La contrôlabilité de l'opération à l'épreuve de l'appréciation du chiffre d'affaires réalisé par les groupes

991. Le règlement « concentrations » répartit entre la Commission et les autorités nationales de concurrence le soin d'examiner les opérations en fonction de leur dimension communautaire ou nationale. Dans ce cadre, le droit de l'Union comme celui de la plupart des États membres¹³⁸⁸ tentent de « lever le voile sur la réalité de l'opération »¹³⁸⁹ en agrégeant le chiffre d'affaires ou les parts de marché réalisés par les parties et leurs groupes. Le règlement attribue plus précisément à « une entreprise concernée »¹³⁹⁰, la totalité des chiffres d'affaires réalisés par certains membres de son groupe et elle. C'est donc bien le « groupe concerné » que le règlement cherche ici d'appréhender. Il semble pourtant que le droit des concentrations identifie les membres des groupes des parties au contrat de manière relativement restrictive et que les seuils conditionnant le déclenchement des divers contrôles des concentrations soient particulièrement épars au sein de l'Union.

992. Il semble donc utile d'analyser la manière dont le règlement « concentrations » appréhende les groupes concernés par l'opération (§1) avant de dresser un panorama des législations nationales sur ce point (§2).

Paragraphe 1 : L'appréciation des groupes concernés par le règlement « concentrations »

993. Le règlement « concentrations » établit des seuils destinés à répartir le contrôle entre autorités européennes et internes. Dans la mesure où il s'agit d'appréhender la réalité de l'opération, les groupes en entier, et non les seules entreprises parties, ont vocation à être pris en compte. Par conséquent, le règlement prévoit qu'il faut que des membres des groupes (A.) aient réalisé certains chiffres d'affaires (B.) pour que l'opération soit contrôlée par la Commission. Les dispositions qu'il édicte sur ce point appellent cependant quelques réflexions.

¹³⁸⁸ Et du Royaume-Uni.

¹³⁸⁹ Trib. UE, 5 octobre 2020, *HeidelbergCement and Schwenk Zement c/ Commission*, aff. T-380/17, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pt 122.

¹³⁹⁰ Règlement « concentrations », art. 5, 4.

A. L'appréciation de l'identité des membres des groupes

994. L'article 5, 4. du règlement « concentrations » définit la notion d' « entreprises concernées » dont le chiffre d'affaires doit être pris en compte pour déterminer la dimension de l'opération. Cet article fixe le sens qu'entend donner le règlement « concentrations » à la notion de « groupe » (1). Il reste que le caractère limitatif qui peut lui être attribué est susceptible de ne révéler que partiellement la réalité du groupe effectivement concerné par l'opération (2).

1) Les définitions édictées par le règlement « concentrations »

995. Tandis que les paragraphes 2. et 3. de l'article 3 du règlement définissent la notion de « contrôle » dans le cadre de l'opération et du changement de contrôle de la cible auquel celle-ci doit conduire pour être qualifiée de concentration contrôlable, l'article 5, 4. se passe de référence à ce terme. Il marque ainsi la différence de son objet : cette disposition a pour objet de s'attacher non à l'opération mais aux groupes auxquels les parties à celle-ci appartiennent. Interprété conjointement avec l'article 1 du règlement « concentrations », le paragraphe 4 de l'article 5 conduit ainsi à désigner les entreprises dont le chiffre d'affaires, tel que défini au paragraphe 1 de ce même article¹³⁹¹, doit être intégré dans le calcul de chaque partie pour délimiter la dimension de l'opération. Il tend ainsi à identifier les entreprises qui contrôlent et sont contrôlées par les parties à l'opération, dans la mesure où elles forment ensemble un groupe dont l'appréciation n'est pas indifférente pour déterminer les effets de l'opération sur le marché.

996. Plus précisément, au sens de l'article 5, 4. du règlement « concentrations », le chiffre d'affaires total retenu à l'encontre de chaque partie est constitué de la somme des chiffres d'affaires réalisés par l'entreprise partie à l'opération, qualifiée de « concernée » dans le règlement ; la ou les entreprises du groupe dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation, du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote, du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres des organes de direction ou encore du droit de gérer les affaires ; la ou les entreprises qui disposent de l'une de ces prérogatives sur l'entreprise concernée ; les filiales de la ou des entreprises qui jouissent de l'un des droits précités sur l'entreprise concernée (la « filiale » étant constituée lorsque la société mère de l'entreprise partie dispose également de l'une de ces prérogatives).

¹³⁹¹ v. *Infra*, ce paragraphe, B.

997. L'article 5, 2. du règlement « concentrations » atténue légèrement ces dispositions en prévoyant que lorsque seule une ou plusieurs parties de la cible sont acquises, seul le chiffre d'affaires se rapportant à ces parties doit être pris en considération. Il est toutefois nécessaire que l'abandon d'activité ait été réalisé antérieurement à l'opération de concentration¹³⁹².

998. En apparence, le règlement se réfère à une variété de situations telle, que le groupe dans son entier devrait être pris en compte pour le déclenchement du contrôle des concentrations. La volonté d'apprécier au plus juste la composition des groupes concernés peut en particulier se déduire du caractère « direct » ou « indirect » des droits qui caractérisent le contrôle d'une entreprise sur une autre dans le groupe¹³⁹³.

999. Il reste que ces définitions sont de nature à délaissier une partie de la réalité des groupes.

2) Les limites des définitions du règlement « concentrations »

1000. L'article 5, 4., b) du règlement « concentrations » liste les droits qui permettent à une entreprise d'exercer un contrôle sur une autre au sein du groupe et qui excède les seuls liens capitalistiques et la seule détention de droits de vote. Très tôt, la Commission a ainsi identifié des entreprises membres du groupe en se fondant sur la capacité dont jouissait l'entité en cause de désigner la moitié des membres de l'organe de direction¹³⁹⁴ ou de gérer les affaires d'une entreprise¹³⁹⁵ éventuellement de manière conjointe¹³⁹⁶. Dans sa communication, la Commission propose également un schéma représentant les membres des groupes concernés par l'opération au sens de ce même article. Elle précise opportunément que l'article 5, 4., c) du règlement doit être interprété de telle sorte que soit aussi intégré dans le calcul le chiffre d'affaires réalisé par la grand-mère de l'entreprise partie à l'opération¹³⁹⁷.

¹³⁹² TPICE, 24 mars 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission*, aff. T-3/93, Rec. 1994, II, p. 00121.

¹³⁹³ Règlement « concentrations », art. 5, 4., b).

¹³⁹⁴ V. not., Commission, 30 juillet 1991, *Eridania/Isi*, aff. M.62, JOCE C204, 3 août 1991, p. 12 ; Commission, 2 mars 1992, *Ifint/Exor*, aff. M.187, JOCE C88, 9 avril 1992, p. 13.

¹³⁹⁵ V. not., Commission, 28 avril 1992, *Accor/Wagons-Lits*, aff. M.126, JOCE L204, 21 juillet 1992, p. 1.

¹³⁹⁶ V. not., Commission, 2 mars 1992, *Ifint/Exor*, préc. ; Commission, 5 décembre 1997, *Ameritech/Tele Danmark*, aff. M.1046, JOCE C25, 24 janvier 1998, p. 18 ; Commission, 18 novembre 2003, *MCI Worldcom/Sprint*, aff. M.1741, JOCE L300, 18 novembre 2003, p. 1.

¹³⁹⁷ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 178 et (182).

1001. L'article 5, 4. couvre certes un éventail d'entreprises parfois légèrement plus large que d'autres normes européennes¹³⁹⁸. Il reste que les définitions retenues par le règlement « concentrations » ont très peu changé depuis la première fois¹³⁹⁹ où le législateur européen en a posé les principes constitutifs en droit de la concurrence. Par rapport au règlement (CEE) n°1983/83¹⁴⁰⁰ en effet, les entreprises « liées » sont simplement devenues « concernées », l'entreprise partie à l'accord est explicitement intégrée au groupe et le règlement « concentrations » a simplement quelque peu clarifié la formulation retenue pour désigner le contrôle conjoint exercé par les filiales de l'entreprise concernée sur une ou plusieurs autres entreprises¹⁴⁰¹. Outre le fait que le droit européen retienne une définition quasi-identique depuis presque quarante ans, la liste dont le règlement « concentrations » dispose semble à tout le moins limitative.

1002. Ce constat appelle deux séries de remarques. D'une part, la Commission elle-même restreint encore le nombre d'entreprises dont le chiffre d'affaires doit intégrer le calcul final dans le cadre de certaines opérations, ce qui peut cependant se comprendre au vu de l'objet du contrôle (a). D'autre part, l'article 5, 4. empêche lui-même la prise en compte d'autres entreprises membres d'un groupe, ce qui à l'inverse semble affaiblir la cohérence du droit européen des concentrations (b).

a) Des limites justifiées par l'objet du contrôle des concentrations

1003. Lorsque l'opération de concentration est une fusion, identifier les groupes concernés aux fins de calcul du chiffre d'affaires ne soulève guère de difficultés : il s'agit des groupes des entreprises parties tels que définis par l'article 5, 4.¹⁴⁰². Les entreprises qui fusionnent sont ainsi les « entreprises concernées » dans le cadre

¹³⁹⁸ Pour un exemple, v. la définition d'« entreprise concernée » édictée par l'article 3 de la directive 2009/38/CE (directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOUE* L122, 15 mai 2009, p. 28).

¹³⁹⁹ X. de Mello, « Chapitre 4. L'approche en droit de la concurrence » p. 14 et spécialement, p. 26 in J. Barthélémy, N. Coulon, J. Egal, H. Guigou, M. Haroudin, X. de Mello, G. Petiteau, P. Seurat, *Le droit des groupes de sociétés*, op. cit.

¹⁴⁰⁰ Règlement (CEE) n° 1983/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, *JOCE* L173, 30 juin 1983, p. 1, et spécialement, art. 4.

¹⁴⁰¹ En d'autres termes, sur ce point, l'ancien article 4, 3. du règlement (CEE) n°1983/83 est devenu le nouvel alinéa e) à l'article 5, 4 du règlement « concentrations ».

¹⁴⁰² Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 132.

d'une fusion-absorption¹⁴⁰³. Il en va ainsi également pour l'opération de fusion par création d'une société nouvelle¹⁴⁰⁴ (le chiffre d'affaires de l'entité nouvelle étant exclu du calcul faute d'exister au moment de l'opération¹⁴⁰⁵), sans préjudice de la prise en compte des membres de leurs groupes aux fins de calcul du chiffre d'affaires. L'opération de fusion triangulaire, en raison de son défaut de reconnaissance explicite en droit européen¹⁴⁰⁶, peut soulever quelques incertitudes à cet égard. Dans la mesure où elle repose sur une opération de fusion-absorption et un échange d'actions, il semble cependant raisonnable d'admettre que les entreprises concernées soient aussi la cible et la société mère. Des précisions en ce sens, notamment dans la communication de la Commission, gagneraient néanmoins à être posées pour ôter toute incertitude.

1004. Il reste que pour d'autres opérations, l'ensemble des entreprises liées à l'opération n'est pas nécessairement pris en compte. Cette limite semble justifiée par l'objet même du contrôle européen des concentrations.

1005. Ainsi, dans l'hypothèse d'une prise de contrôle exclusif, les entreprises concernées sont l'entreprise acquéreur et la cible. Le cédant est donc exclu. Sa mise à l'écart est cependant cohérente avec les objectifs du contrôle : si son intervention est nécessaire dans le cadre de la conclusion de l'opération, celui-ci n'exercera par principe aucun contrôle sur la cible à l'issue de l'opération. La prise en compte de son chiffre d'affaires est donc indifférente pour apprécier le pouvoir de marché de l'entité une fois la concentration réalisée. Cette exclusion est d'autant moins problématique que lorsque le cessionnaire est une filiale d'un groupe utilisée comme simple vecteur, le chiffre d'affaires de ses membres est intégré dans le calcul, selon les définitions de l'article 5, 4.¹⁴⁰⁷.

1006. L'indifférence de l'activité propre du cédant une fois l'opération réalisée sur le marché justifie aussi que ce type d'activité soit également exclu du calcul du chiffre

¹⁴⁰³ Pour des exemples, v. not. Commission, 7 mars 1991, *Kyowa/Saitama*, aff. M.69, JOCE C66, 14 mars 1991, p. 13 ; Commission, 5 juin 1997, *Lyonnaise des eaux/Suez*, aff. M.916 ; Commission, 18 juin 2002, *Publicis/BCOM3*, aff. M.2785, JOCE C163, 9 juillet 2002, p. 6.

¹⁴⁰⁴ Pour des exemples, v. not. Commission, 22 juillet 1998, *Daimler-Benz/Chrysler*, aff. M.1204, JOCE C252, 11 août 1998, p. 8 ; Commission, 6 mai 1999, *Kuoni/First Choice*, aff. M.1502, JOCE C139, 19 mai 1999, p. 3 ; Commission, 17 mai 1999, *Sanofi/Synthelabo*, aff. M.1397, JOCE C23, 27 janvier 2000, p. 4.

¹⁴⁰⁵ Ce principe peut aussi prévaloir dans le cas d'un *joint-venture* (pour un exemple, v. Commission, 2 décembre 1991, *TNT/GD Net*, aff. M.102, JOCE C322, 13 décembre 1991, p. 19).

¹⁴⁰⁶ v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1, §2.

¹⁴⁰⁷ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, et spécialement, pts 134 et 135.

d'affaires lorsque l'opération emporte seulement acquisition d'une partie d'une ou de plusieurs entreprises¹⁴⁰⁸. De la même manière, le chiffre d'affaires des actionnaires communs cédants n'est pas non plus pris en compte lorsque l'opération consiste à transformer un contrôle en commun en contrôle exclusif. Lorsqu'il s'agit d'une prise de contrôle en commun d'une entreprise préexistante, les entreprises concernées sont les acquéreurs communs, voire les entreprises contrôlantes de ces acquéreurs le cas échéant¹⁴⁰⁹, et la cible¹⁴¹⁰. De même, si l'entreprise en commun se livre elle-même à l'opération, ses fondatrices ne sont pas les entreprises concernées, à moins que cette filiale commune ne soit pas de plein exercice¹⁴¹¹. Ce type de considération explique aussi le traitement que la Commission réserve aux cas plus ponctuels du démantèlement d'une entreprise commune suivi d'une répartition des actifs entre les fondatrices¹⁴¹², de l'échange d'actifs envisagé comme plusieurs concentrations distinctes¹⁴¹³, de la prise de contrôle réalisée par une personne physique¹⁴¹⁴ ou encore de l'opération à laquelle une ou plusieurs entreprises publiques sont parties¹⁴¹⁵.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, pt 138.

¹⁴⁰⁹ Dans l'affaire *HeidelbergCement and Schwenk Zement c/ Commission*, l'opération portait sur l'acquisition de deux entreprises cibles par une filiale qui était une entreprise commune détenue par deux autres entreprises. Par suite de la décision de la Commission concluant à l'incompatibilité de cette opération avec le marché unique, les entreprises contrôlantes de la filiale acquéreur ont tenté de contester la dimension communautaire de l'opération devant le juge. Elles estimaient que leur chiffre d'affaires devait être envisagé de manière consolidée avec celui de leur filiale et non séparément, selon la méthode que la Commission avait employée. Cette approche leur permettait d'écarter l'application des seuils européens. Le juge a toutefois confirmé la décision de la Commission en relevant qu'un faisceau d'indices tendait à montrer qu'elles étaient les « acteurs de l'opération » (Trib. UE, 5 octobre 2020, *HeidelbergCement and Schwenk Zement c/ Commission*, aff. T-380/17, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pts 121 et s.).

¹⁴¹⁰ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 139 et s.

¹⁴¹¹ Dans ce dernier cas, les entreprises concernées sont donc les fondatrices (*ibid.*, pts 145 et s.).

¹⁴¹² L'opération entraîne en effet un contrôle exclusif sur les actifs répartis par chaque acquéreur ; *ibid.*, pts 110 et s. ; pour des exemples, v. not., Commission, 30 avril 1992, *Solvay/Laporte*, aff. M.197, JOCE C165, 2 juillet 1992, p. 26 ; Commission, 20 novembre 2003, *Shell/BEB*, aff. M.3293, JOUE C1, 6 janvier 2004, p. 7 ; Commission, 20 novembre 2003, *ExxonMobil/BEB*, aff. M.3294, JOUE C8, 13 janvier 2004, p. 7.

¹⁴¹³ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 150.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, pt 151.

¹⁴¹⁵ La méthode de calcul de chiffre d'affaires habituellement retenue ne peut être applicable en pareil cas, que ce soit en présence d'une opération conclue entre une entreprise privée et une entreprise publique dans la mesure où le contrôle de celle-ci serait finalement détenu par l'État lui-même, ou d'une opération entre entreprises publiques. En son considérant 22, le préambule du règlement « concentrations » règle la question : « il convient de respecter le principe de non-discrimination entre secteurs public et privé. Il en résulte, dans le secteur public, que, en vue du calcul du chiffre d'affaires d'une entreprise concernée par une concentration, il faut tenir compte des entreprises qui constituent un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment du mode de

1007. Par conséquent, dans certaines hypothèses, le fait que le droit des concentrations ne prenne pas appui sur l'ensemble des entités membres des groupes auxquels les « entreprises concernées » appartiennent semble s'expliquer par l'objet même du contrôle. Il est cependant d'autres cas dans lesquels le défaut d'identification des membres des groupes concernés par l'opération paraît moins devoir au souci de garantir la cohérence du contrôle qu'à la difficulté pour le législateur et les autorités de contrôle de percer l'enveloppe des groupes sur le marché.

b) Des limites susceptibles d'affaiblir la cohérence du contrôle des concentrations

1008. Les entités d'un groupe qui ne répondraient pas aux définitions limitatives de l'article 5, 4. du règlement « concentrations » ont vocation à être ignorées du contrôle. Or, les groupes semblent se passer de catégories figées, tant la complexité de leur structure, la pluralité des formes de leurs membres et leur nature évolutive peuvent reposer sur des liens autres que juridiques. Le Professeur Michel Menjucq a par exemple montré que deux types de liens peuvent exister au sein d'un groupe : d'un côté, les liens capitalistiques et de l'autre, l'interdépendance de certains membres du groupe reposant sur des relations technologiques ou contractuelles. Ce dernier type de lien, qui n'a pas nécessairement à s'accompagner du pouvoir de nommer la plupart des membres de l'organe de direction pour être réel, peut aussi conduire à la domination d'une entité sur une autre, certes plus diffuse¹⁴¹⁶.

1009. La prise de contrôle réalisée par Paper Excellence semble par exemple illustrer certaines difficultés que les autorités rencontrent pour percer l'enveloppe des groupes dans le cadre du contrôle des concentrations. Cette opération, finalement abandonnée pour des raisons étrangères au contrôle des concentrations¹⁴¹⁷ avant que d'autres tensions n'opposent les groupes¹⁴¹⁸, avait été initiée par Paper Excellence sise aux Pays-Bas. Il s'agissait pour elle de prendre le contrôle de l'entreprise Eldorado, implantée au Brésil et détenue par J&F Investimentos SA, sur le marché de la pâte à

détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables ». Pour plus de détails v. nos développements au sein du Titre II de cette Seconde Partie dans la mesure où l'actionnariat public suscite divers questionnements dans le cadre de l'évolution éventuelle du contrôle institutionnel (v. *Infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre I, Section 2, §3, A.).

¹⁴¹⁶ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Issy-les-Moulineaux, 2016, 4^{ème} éd., 572 p., et spécialement, n°449.

¹⁴¹⁷ « Pulp friction : Paper Excellence, Brazil's J&F joust over scuppered deal », *Reuters*, 21 septembre 2018.

¹⁴¹⁸ « Brazilian and Indonesia billionaires clash over the sale of a US\$ 3.5bn pulp mill », *MercoPress*, 12 février 2020.

papier. L'opération a certes été autorisée par l'autorité allemande en charge du contrôle, le Bunderskartellamt, sans qu'il ait été nécessaire d'ouvrir la phase II de la procédure¹⁴¹⁹. Cependant, la concentration aurait pu relever de la compétence de la Commission européenne en raison de l'importance du groupe auquel appartient Paper Excellence. Pour échapper à la compétence européenne, l'entreprise partie a en effet fait valoir l'existence d'un groupe indépendant détenu en intégralité par un actionnaire personne physique, Jackson Widjaja. La réalité économique de ce groupe semble pourtant être autre : le groupe indonésien Asia Pulp and Paper a en effet pour actionnaire le groupe Sinar Mas, dont le Président n'est autre que Teguh Widjaja, père de Jackson Widjaja. En ce sens et en dépit des déclarations publiques de ces entreprises clamant leur indépendance¹⁴²⁰, l'existence de liens de contrôle entre Asia Pulp and Paper et Paper Excellence a pu être soupçonnée¹⁴²¹ et ce, d'autant que Asia Pulp and Paper s'était portée fort du paiement des dettes dues par Eldorado¹⁴²².

1010. En outre, quand le droit ne peine pas à identifier les membres d'un groupe, il suscite parfois des inquiétudes en termes de cohérence plus générale. Ainsi a-t-il été montré que l'entrée en vigueur de la directive (UE) n°2019/2121 risque de conduire à augmenter le nombre de sociétés prises en considération dans le cadre du contrôle des concentrations. Rappelons en effet que les nouveaux articles 126 bis pour les fusions transfrontalières et 160 decies pour les scissions transfrontalières accordent un droit de sortie aux actionnaires qui se sont opposés à l'opération tout en les obligeant à acquérir des actions dans l'entité issue de l'opération. Or, il semble que le chiffre d'affaires de ces associés récalcitrants puisse aussi être pris en compte dans certains cas dans le cadre du déclenchement du contrôle des concentrations¹⁴²³. Dans le cas où cette hypothèse se vérifiait, la cohérence de l'ensemble peut interroger : pourquoi prendre en compte une partie du groupe qui ne cherchait pas à obtenir le contrôle de cette entité et qui s'y était même opposée quand d'autres entités sont ignorées alors même que l'exercice d'un certain contrôle pourrait leur être reconnu ?

1011. En d'autres termes, le règlement « concentrations » semble d'abord limiter le champ d'application du contrôle matériel en conférant une définition aux groupes

¹⁴¹⁹ « German antitrust authority green-lights Eldorado-Paper Excellence deal », *RISI*, 8 mai 2018.

¹⁴²⁰ V. not., « Paper Excellence will be here for a century, says executive », *Midland Paper*, 17 juin 2015.

¹⁴²¹ U. Lundberg, « The Sale of Eldorado », *Fisher International*, novembre 2017.

¹⁴²² « El regulador antimonopolio alemán revisa el acuerdo paper excellence-eldorado », *Aspapel*, 24 avril 2018.

¹⁴²³ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §1, B.

concernés par l'opération qui est susceptible de se distinguer de leur réalité sur le marché.

1012. Le règlement « concentrations » circonscrit ensuite l'exercice du contrôle européen des concentrations aux seules opérations de dimension communautaire en se fondant sur le chiffre d'affaires réalisé par ces entreprises spécialement identifiées.

B. L'appréciation du chiffre d'affaires des groupes via un système de seuils

1013. Le chiffre d'affaires réalisé par les groupes concernés, au sens de l'article 5, 4. du règlement, est pris en considération à un double niveau : une fois celui-ci calculé et attribué à chaque entreprise concernée (1)), il permet de déterminer si l'opération est de dimension communautaire à l'appui d'un système de seuils pour le moins complexe (2)).

1) La prise en compte limitée du chiffre d'affaires réalisé par les groupes concernés

1014. D'autres travaux ont analysé dans le détail le chiffre d'affaires retenu dans le cadre de la délimitation de l'opération de concentration¹⁴²⁴. En ce sens, il ne semble pas pertinent d'y revenir précisément dans le cadre de cette étude. Il semble toutefois nécessaire d'en rappeler les grands principes fondateurs afin de montrer le décalage qui oppose parfois le règlement « concentrations » et la réalité des groupes concernés par l'opération.

1015. Ainsi, en vertu de l'art. 5, 1 du règlement « concentrations », le chiffre d'affaires comprend l'ensemble des ventes de produits et les montants résultant des prestations de service que les entreprises concernées ont réalisé au cours de l'exercice précédent. Le chiffre d'affaires pris en compte est net, en ce sens que sont ôtés du calcul, les impôts et taxes, dont la TVA, les réductions sur ventes et les transactions intragroupes.

1016. Outre le fait que le chiffre d'affaires réalisé par le groupe dans son entier sur le marché n'a pas nécessairement vocation à être intégré dans le calcul en raison des définitions posées par l'article 5, 4. du règlement, l'article 5, 1., alinéa 2 impose un critère de rattachement géographique. Ainsi, « le chiffre d'affaires réalisé soit dans la Communauté, soit dans un État membre, comprend les produits vendus et les services fournis à des entreprises ou des consommateurs soit dans la Communauté,

¹⁴²⁴ V. les encyclopédies et manuels relatifs au droit européen des concentrations et not., D. Berlin, *Fasc. 35-30 : Contrôle des concentrations. – Champ d'application : contrôle des concentrations de l'Union*, JCI Sociétés Traité, 30 novembre 2018, et spécialement, n°70 et s.

soit dans cet État membre ». En d'autres termes, le chiffre d'affaires pris en compte est celui qui a été réalisé dans le lieu où se trouve le client de l'entreprise concernée, donc dans le « lieu où s'exerce la concurrence avec d'autres fournisseurs. Il s'agit normalement aussi du lieu où l'opération caractéristique du contrat en question doit être effectuée, c.-à-d. [sic] où le service est réellement fourni et le produit réellement livré »¹⁴²⁵.

1017. Si cette règle est en apparence assez limpide, il reste que des insuffisances ont été relevées. En particulier, le Professeur Dominique Berlin a montré dans l'un de ses ouvrages d'une part, que le défaut de précision sur la signification des termes utilisés par la Commission pouvait laisser à penser qu'il revenait aux législations nationales d'en apprécier une partie et d'autre part, que la diversité des situations en pratique impliquait la mise en œuvre d'un dispositif pour le moins complexe¹⁴²⁶.

1018. Quoi qu'il en soit, une fois le chiffre d'affaires des groupes concernés par l'opération identifié et agrégé, la dimension de l'opération fait l'objet d'une délimitation par le règlement « concentrations » au moyen d'un système de seuils qui se démarque par sa complexité.

2) La complexité du système de seuils institué par le règlement « concentrations »

1019. Le déclenchement du contrôle des concentrations dépend étroitement du système de seuils de chiffres d'affaires dont le droit européen use depuis 1989. Plus précisément et en dehors des opérations relevant de la procédure de contrôle simplifiée¹⁴²⁷, l'article 1 du règlement « concentrations » prévoit en ses paragraphes 2

¹⁴²⁵ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 196.

¹⁴²⁶ D. Berlin, *Contrôle des concentrations*, Université libre de Bruxelles – Institut d'études européennes, coll. Commentaire J. Mégret – Droit communautaire de la concurrence sous la coordination de Laurence Idot, Bruxelles, 2009, 3^{ème} éd., 597 p., et spécialement, n°202 et s.

¹⁴²⁷ En vertu de la procédure simplifiée de contrôle, la Commission déclare l'opération compatible avec le marché unique en raison de son indifférence supposée sur le marché. Ainsi et sauf à ce que la Commission décide finalement d'ouvrir une enquête et de se prononcer dans les conditions habituelles, les opérations identifiées aux points 5 et 6 de la communication relative à la procédure simplifiée en bénéficient. Par exemple, tel est le cas pour les opérations conclues par deux ou plusieurs entreprises dans le but d'acquérir le contrôle en commun d'une entreprise commune dès lors que cette dernière n'exerce ou n'est amenée à exercer qu'une activité négligeable au sein de l'EEE. Il en est ainsi lorsque d'une part, le chiffre d'affaires réalisé par la cible commune ou celui résultant d'activités transférées n'excède pas cent millions d'euros sur le territoire de l'EEE au moment de la notification et d'autre part, la valeur des actifs transférés à l'entreprise commune n'excède pas non plus cent millions d'euros sur le territoire de l'EEE au moment de la notification (communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, II, pt 5, a)).

et 3 deux grandes séries de seuils permettant de délimiter la dimension de l'opération soumise au contrôle. Tandis que les montants minimums requis au titre de la première grande série de seuils n'ont pas été modifiés depuis le règlement (CEE) n°4064/89, la seconde série a pour sa part été introduite par le règlement (CE) n°1310/1997 afin d'augmenter le nombre d'opérations contrôlables et n'a pas non plus été révisée depuis lors. Tout au plus, le règlement (CE) n°139/2004 a consacré la transformation des anciens écus en euros.

1020. Le déclenchement du contrôle repose sur un système de répartition passablement complexe (cf. Annexe n°1¹⁴²⁸), non seulement parce que le chiffre d'affaires pris en considération pour le calcul recouvre une réalité bien spécifique¹⁴²⁹ mais aussi parce que les parties¹⁴³⁰ peuvent avoir jusqu'à huit seuils à évaluer. Le cas échéant, les autorités nationales de concurrence sont ensuite tenues au titre de leur devoir de coopération loyale de vérifier que l'opération est bien de dimension nationale¹⁴³¹. Leur erreur d'appréciation n'empêche cependant pas une saisine ultérieure de la Commission, en particulier en présence de plusieurs transactions qui constitueraient une concentration unique¹⁴³². La Commission n'est en revanche pas obligée de vérifier d'office qu'une opération qui ne lui aurait pas été notifiée était en réalité de dimension communautaire¹⁴³³. Elle doit se livrer à cette appréciation lorsqu'elle est saisie d'une plainte par un tiers, dès lors que celui-ci rapporte la preuve du bien-fondé de son allégation¹⁴³⁴.

1021. Dans tous les cas, le principe est connu : s'il ressort de l'évaluation que l'opération est de dimension communautaire, la Commission est compétente pour

¹⁴²⁸ L'Annexe n°1 « Schéma des seuils édictés par l'article 1 du règlement (CE) n°139/2004 » a été dressée à l'appui des dispositions édictées par l'article 1, 2. et 3. du règlement « concentrations ».

¹⁴²⁹ V. nos développements précédents à propos des groupes concernés et du chiffre d'affaires pris en compte.

¹⁴³⁰ Il revient en effet aux entreprises concernées d'apprécier en premier lieu la dimension de l'opération (TPICE, 14 juillet 2006, *Endesa SA c/ Commission*, aff. T-417/05, *Rec.* 2006, II, p. 2533, et spécialement, pt 99).

¹⁴³¹ *Ibid.*

¹⁴³² L'opération est en pareil cas appréciée par la Commission (TPICE, 23 février 2006, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. T-282/02, *Rec.*, 2006, II, p. 319, et spécialement, pt 120) ; pour un autre exemple d'opération de concentration résultant de plusieurs transactions, v. aussi Commission, 11 décembre 2001, *Gerling/NCM*, aff. M.2602, *JOCE* C35, 8 février 2002, p. 3.

¹⁴³³ TPICE, 14 juillet 2006, *Endesa SA c/ Commission*, aff. T-417/05, *Rec.* 2006, II, p. 2533, et spécialement, pt 100.

¹⁴³⁴ CJCE, 25 septembre 2003, *Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH, J. Wimmer Medien GmbH & Co. KG, Styria Medien AG, Zeitungs- und Verlags-Gesellschaft mbH, Eugen Ruß Vorarlberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH, "Die Presse" Verlags-Gesellschaft mbH et "Salzburger Nachrichten" Verlags-Gesellschaft mbH & Co. KG c/ Commission*, aff. C-170/02 P, *Rec.* 2003, I, p. 9889, et spécialement, pts 27 et 28.

contrôler l'opération et à défaut, l'opération est de dimension nationale. Les parties doivent alors se reporter au droit de l'État membre ou des États membres concernés pour déterminer si elles atteignent les seuils requis. Si tel est le cas, leur concentration fait l'objet d'un ou de plusieurs contrôles nationaux des concentrations et à l'inverse, leur opération échappe simplement au contrôle.

1022. Le Professeur François Souty a notamment déduit de l'article 1, 2. et 3. que le règlement exigeait la réunion de trois critères, deux étant formulés de manière positive et le troisième, de façon négative. Il en a plus précisément dégagé la classification suivante : l'article comprendrait un critère « économique » reposant sur le montant du chiffre d'affaires, un critère « géographique » dépendant de l'identité des territoires où les entreprises concernées exercent leurs activités et un critère « politique » résultant de la règle des deux tiers qui laisse à l'État le soin de contrôler l'opération lorsque celui-ci est le plus concerné par elle¹⁴³⁵.

1023. Pour notre propos, relevons en effet que cet article semble instituer trois types de seuils. Les premiers s'attachent à la puissance économique des groupes concernés et envisagés dans un ensemble unique¹⁴³⁶. Les seconds reposent sur un critère de rattachement au marché unique ou aux États membres¹⁴³⁷. Les troisièmes quant à eux mêlent critère de rattachement et critère économique¹⁴³⁸.

1024. Cette troisième série semble particulièrement intéressante. À ce titre en effet, le règlement « concentrations » fait fi de la nationalité des entreprises concernées : il suffit qu'elles réalisent un chiffre d'affaires au sein de l'Union. En revanche, ce type de seuil tend à empêcher que tombent dans le contrôle européen des concentrations les opérations portant acquisition d'une entreprise de taille réduite par une entreprise d'importance. Le règlement « concentrations » vise en effet en pareil cas « au moins deux des entreprises concernées ». Dans la mesure où l'article 5, 4. prévoit que le chiffre d'affaires retenu pour une entreprise concernée correspond à « la somme des chiffres d'affaires » réalisé par les membres du groupe qu'il identifie, le libellé de l'article 1 ne semble pas prêter à discussion. Chaque entreprise ou groupe est alors envisagé comme un ensemble et l'article 1 requiert que chacun réalise un certain montant de chiffre d'affaires.

¹⁴³⁵ F. Souty, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne.*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2013, 4^{ème} éd., 160 p., et spécialement, p. 114.

¹⁴³⁶ Règlement « concentrations », art. 1, 2., a) et art. 1, 3., a) et b).

¹⁴³⁷ *Ibid.*, art 1, 2., al. 4 et art. 1, 3., al. 6.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, art. 1, 2., b) et art. 1, 3., c) et d).

1025. Or, comme l'étude le montrera dans la section suivante¹⁴³⁹, ces diverses dispositions expliquent en particulier que les acquisitions tueuses ou globalisantes échappent au contrôle des concentrations en dépit des préoccupations de concurrence qu'elles suscitent au niveau européen.

1026. En raison d'une construction analogue, les législations des États membres soulèvent des difficultés similaires lorsqu'elles ont vocation à être appliquées en présence d'une opération de dimension nationale. À cela s'ajoute cependant un obstacle que le règlement « concentrations » ne cherche pas à surmonter : leurs disparités réciproques.

Paragraphe 2 : L'appréciation des groupes concernés par les États membres de l'Union européenne

1027. À propos des pratiques anticoncurrentielles, le Professeur Marie-Anne Frison-Roche a estimé¹⁴⁴⁰ que le règlement (CE) n°1/2003 conduit notamment à une déconcentration du droit européen de la concurrence vers les droits nationaux et non une décentralisation. Ce règlement opère en effet un déplacement géographique du droit de l'Union vers les États membres et non un transfert de compétences où chacun disposerait de ses compétences propres.

1028. Le droit des concentrations semble appeler des remarques quelque peu distinctes à cet égard. Il paraît certes tendre à une déconcentration dans la mesure où les États membres doivent, en tout état de cause, se conformer au droit de l'Union. En revanche, il semble aussi glisser vers une certaine décentralisation car les États membres fixent eux-mêmes les conditions de déclenchement du contrôle des opérations de dimension nationale, en sus d'une partie des règles matérielles et procédurales.

1029. Cet état du droit implique que les contrôles des États membres (et du Royaume-Uni) soient provoqués selon des modalités particulièrement diverses (**A.**). La raison d'être de cet éparpillement semble devoir être interrogée, tant il peut soulever des problématiques d'envergure en particulier en présence d'opérations soumises à plusieurs contrôles nationaux (**B.**).

¹⁴³⁹ V. *Infra*, ce Chapitre, Section 2.

¹⁴⁴⁰ M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 451, et spécialement, n°16.

A. État des lieux d'un ensemble disharmonieux

1030. L'analyse des seuils de contrôlabilité des opérations de concentration de dimension nationale (cf. Annexe n°2¹⁴⁴¹) montre qu'en dépit de quelques traits communs unissant les droits nationaux (1)), ceux-ci édictent des conditions pour le moins diverses (2)).

¹⁴⁴¹ L'Annexe n°2 « Panorama des seuils de contrôlabilité édictés par les législations nationales » comprend deux tableaux afin d'isoler le Royaume-Uni en raison du Brexit. Les données récoltées portent sur dix-sept États membres, en plus du Royaume-Uni. Des difficultés d'accès aux bases de données réglementaires, l'absence d'informations dans les rapports et le défaut de traduction en anglais, français ou espagnol expliquent que la législation des autres États membres ne soit pas référencée dans le cadre de cette étude. Les données figurant dans les tableaux résultent d'une analyse conjointe du droit positif, des rapports et consultations publiques et de la doctrine. L'exposé de l'évolution du droit des concentrations pour plusieurs États a été effectué précédemment (v. *Supra*, Chapitre préliminaire). S'agissant des normes utilisées pour établir les données figurant à l'Annexe n°2, v. cependant, not. : pour l'Allemagne : GWB, §35 et s., §42, §44, §37, 3. et 4. ; pour l'Autriche : Kartellgesetz, dit « KartG » (Cartel Act), 2005 et Wettbewerbsgesetz (Competition Act), 2017 ; pour la Belgique : Code de droit économique, art. IV.7 ; pour l'Espagne : Ley 15/2007, art. 8 ; pour la France : Code de commerce, art. L. 430-2 et L. 430-7-1 ; pour l'Irlande : Companies Act, art. (18) tel que modifié en 2014 et Competition and Consumer Protection Commission, « Notice in respect of the review of nonnotifiable mergers and acquisitions », 31 octobre 2014, disponible à l'adresse suivante : <https://www.cpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/04/CCPC-Mergers-Non-Notifiable-Mergers-1.pdf> ; pour l'Italie : Provvedimento n. 28177 relativo alle soglie di fatturato vigente, *Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* n. 12 del 23 marzo 2020 ; pour le Luxembourg : loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, art. 5 ; pour les Pays-Bas : Wet van 22 mei 1997, art. 29 ; pour le Portugal : lei n.º 19/2012, art. 37 ; pour le Royaume-Uni : Enterprise Act, art. 23, art. 26. 3. et 4., 42, 54 et 58 ; pour la Suède : Swedish Competition Act, Chap. 4, section 6. S'agissant des rapports et consultations publiques utilisés dans le cadre de l'Annexe n°2, v. Autorité de la concurrence, « L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations. », 20 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf ; *Konkurrensverket*, « Guidance from the Swedish competition Authority for the notification and examination of concentrations between undertakings », 4 avril 2015, 581/2014 ; Autorité belge de la concurrence, « Evaluation des seuils de notification des concentrations en Belgique », 16 mai 2017 ; Conseil de la concurrence, « Rapport du groupe de travail institué par le Conseil de la concurrence, "Contrôle des concentrations" », 31 octobre 2016 ; Competition and Consumer Protection Commission, « CCPC Mergers & Acquisitions Report 2019 », disponible à l'adresse suivante : <https://www.cpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2020/01/2020-01-03-CCPC-2019-Merger-Review-Report-FINAL.pdf> et site Internet de l'autorité autrichienne de la concurrence (*Bundeswettbewerbsbehörde*) : https://www.bwb.gv.at/en/merger_control/. S'agissant de la doctrine utilisée dans le cadre de l'Annexe n°2, v. not. F. Souty, *La politique de la concurrence en Allemagne Fédérale*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1996, 127 p. ; F. Zivy, « Quel schéma institutionnel pour la régulation de la concurrence ? Un portrait de la famille européenne », *Concurrences*, 2007/4, p.50 in *Les entretiens du Palais-Royal : Quels contrôles pour les concentrations d'entreprises ? Bilans, actualités et perspectives*, Paris, 20 juin 2008.

1) Quelques principes communs

1031. Quelques caractéristiques communes peuvent être dégagées. Ainsi et à l'exception du Luxembourg qui ne dispose d'aucun contrôle spécifique aux opérations de concentration et ne les envisage au mieux qu'à travers l'interdiction des abus de position dominante¹⁴⁴², les États membres de l'Union (et le Royaume-Uni) édictent des contrôles nationaux des concentrations.

1032. Pour la plupart, leur déclenchement est subordonné à la réunion de plusieurs conditions cumulatives. Celles-ci reposent majoritairement sur deux critères. Sont édictés, d'une part, des seuils de chiffres d'affaires minimum à atteindre par tout ou partie des entreprises concernées, après intégration du chiffre d'affaires réalisé par les membres de leurs groupes. Est envisagé, d'autre part, le fait que l'opération affecte l'intégralité ou une partie substantielle du territoire national en cause. Le plus souvent, lorsque les seuils sont atteints, les parties sont dans l'obligation de notifier leur opération avant sa réalisation, permettant ainsi l'exercice d'un contrôle *ex ante* par l'autorité nationale de concurrence compétente.

1033. Il reste que les législations diffèrent à de nombreux égards.

2) Des différences multiples

1034. Plusieurs éléments peuvent être relevés. Les conditions de notification des opérations de dimension nationale sont quelques fois alternatives et non cumulatives. Les seuils peuvent quant à eux être exprimés, certes de manière plus ponctuelle, non en chiffres d'affaires mais en parts de marché. L'Allemagne pour sa part a introduit en 2017 un critère reposant sur la valeur de la transaction elle-même et ce, dans le but notamment d'appréhender le secteur de l'innovation plus aisément. Tel est aussi le cas de l'Autriche. De même, certaines législations prévoient des contrôles de nature hybride, reposant pour partie sur un contrôle *ex ante* et pour partie, sur un contrôle *ex post*¹⁴⁴³. Tel est non seulement le cas au Royaume-Uni et en

¹⁴⁴² L'interdiction se fonde sur le droit européen (TFUE, art. 102) ou national (loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, art. 5). Cette méthode d'appréciation est en particulier décrite dans le rapport du Conseil de la concurrence de 2016 propre au contrôle des concentrations (Conseil de la concurrence, « *Rapport du groupe de travail institué par le Conseil de la concurrence, "Contrôle des concentrations"* », *préc.*, et spécialement, pts 10 et 12).

¹⁴⁴³ Divers contrôles *ex post* des concentrations ont été adoptés au sein de l'Union sous des formes distinctes : tel est le cas en Hongrie, en Irlande, en Lituanie, au Royaume-Uni et en Suède (v. Annexe 2 et Autorité de la concurrence, « *Réforme du droit des concentrations et contrôle ex post* », consultation publique, 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/note_controle_expost.pdf).

Irlande où la notification peut être volontaire mais aussi en Suède par exemple où des seuils distincts sont prévus pour chaque type de contrôle. Encore, certaines législations réservent des régimes spécifiques en fonction des secteurs concernés en requérant l'approbation supplémentaire d'autres autorités de régulation. De manière plus anecdotique et outre la question de la langue, le vocabulaire employé s'éloigne aussi parfois légèrement du droit européen. Ainsi, et bien que le droit français retienne la méthode européenne d'identification des membres des groupes des parties ¹⁴⁴⁴, il préfère l'expression « entreprise partie » à celle d'« entreprise concernée » retenue en droit européen, tout en permettant à l'Autorité de la concurrence d'user indistinctement de l'une ou de l'autre¹⁴⁴⁵.

1035. Parmi les différences les plus importantes, figure bien sûr le montant des seuils requis. Outre leur révision éventuelle par les autorités nationales de concurrence, notamment en Belgique et en Italie, leurs taux varient au gré des frontières. Plus spécifiquement, un clivage semble opposer les États européens de l'Ouest, des États de l'Est de l'Union. Si l'Allemagne et l'Irlande exigent des seuils relativement bas en comparaison à leurs homologues de l'Ouest, c'est bien à l'Est que les montants sont les plus faibles.

1036. Enfin, le nombre de contrôles réalisés dans chaque État varie également de manière sensible. Ainsi, en 2017, tandis qu'environ mille deux cents opérations étaient notifiées par an à l'autorité allemande de concurrence¹⁴⁴⁶, seules deux cents l'étaient en France¹⁴⁴⁷. Selon les chiffres de cette même année, seules cent opérations par an faisaient l'objet d'un contrôle *ex ante* en Espagne et en Suède. Dans ce dernier État, entre 1987 et 2017, cinq décisions ont été rendues dans le cadre du contrôle *ex post*, quatre ayant donné lieu à l'autorisation de l'opération. Le nombre de décisions en droit des concentrations au Royaume-Uni décroît quant à lui au fil des années et reste toujours inférieur à cent¹⁴⁴⁸. L'Irlande, pour sa part, a vu en 2019 le nombre d'opérations de concentration notifiées diminuer de 52 % par rapport à l'année

¹⁴⁴⁴ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 6 (anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 8).

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, pt 115 (anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 90).

¹⁴⁴⁶ Statistiques recueillies dans Autorité de la concurrence, « *L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.* », *préc.*

¹⁴⁴⁷ Autorité de la concurrence, « *Chiffres clés* », disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/chiffres-cles>.

¹⁴⁴⁸ Statistiques recueillies dans Autorité de la concurrence, « *L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.* », *préc.*

précédente et ce, en raison d'un rehaussement des seuils intervenu au mois de janvier de la même année et qu'elle jugeait nécessaire depuis deux ans. Seules quarante-sept opérations ont ainsi été notifiées à l'autorité irlandaise en 2019¹⁴⁴⁹.

1037. Ces divers éléments suscitent quelques réflexions.

B. Réflexions sur l'hétérogénéité des législations nationales

1038. Sans prétendre à l'exhaustivité, le caractère distinct des seuils adopté par les États membres nécessite quelques explications et ce, d'autant que l'objet assigné aux divers droits nationaux des concentrations semble identique (1). L'éparpillement des droits des concentrations au sein de l'Union paraît dans tous les cas problématique (2).

1) Le paradoxe des seuils

1039. Les conditions du déclenchement des contrôles nationaux des concentrations sont définies par des normes et font partie intégrante des règles de droit applicables. Leur juridicité ne fait ainsi aucun doute. Admettre cependant qu'elles résultent seulement ou ne serait-ce qu'essentiellement de considérations juridiques ne semble pas nécessairement avéré.

1040. En effet, un certain paradoxe semble se dessiner : alors que les contrôles européens et nationaux obéissent à des finalités juridiques majoritairement communes (a)), les seuils demeurent matériellement distincts les uns des autres, ce qui pourrait signifier qu'ils sont prioritairement établis à l'appui de critères autres que juridiques (b)).

a) Des seuils distincts pour des objets juridiques communs

1041. L'étendue d'un contrôle des concentrations dépend du type d'appréciation substantielle des opérations qu'il édicte, donc de la manière dont l'opération est évaluée sur le marché au vu de ses effets. C'est en effet cette évaluation qui amène l'autorité saisie à autoriser purement et simplement l'opération, à l'autoriser sous conditions ou à l'interdire. Or, comme d'autres travaux l'ont montré¹⁴⁵⁰, trois types d'appréciations substantielles ont guidé les divers contrôles à travers le monde. Il y a celle qui repose sur des conceptions diverses de l'intérêt public, celle qui s'attache à

¹⁴⁴⁹ Les seuils avaient notamment été fortement abaissés en 2018 (Statutory Instruments no388 of 2018) ; statistiques récoltées à l'appui des rapports annuels de l'autorité irlandaise de concurrence : *Competition and Consumer Protection Commission*, « CCPC Mergers & Acquisitions Report 2017 », préc.

¹⁴⁵⁰ V. Viillard, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations : étude comparée des droits communautaire et américain*, thèse, D., Paris, 2007, 576 p. et spécialement, p. 5.

la position dominante de l'entité issue de l'opération et celle qui porte sur la réduction significative de la concurrence. Dans la mesure où les seuils arrêtés par les États membres (et le Royaume-Uni) pour déclencher le contrôle national des opérations de concentration répondent à des conditions variées, il semblerait logique que l'objet de leurs contrôles soit également différent. Le fait que des différences opposant l'appréciation substantielle des opérations s'accompagnent de seuils de déclenchement distincts présenterait somme toute une certaine cohérence. Comme pour toute règle de droit, les conditions constitutives du contrôle doivent en effet répondre à son objet.

1042. Pourtant, les divers contrôles des concentrations au sein de l'Union semblent prôner des appréciations substantielles pour le moins similaires, ce qui se justifie par ailleurs par les principes qui gouvernent le droit européen de la concurrence. Comme nous l'avons précédemment montré, le règlement « concentrations » a fini par opter pour le critère de l'entrave significative à la concurrence, la création ou le renforcement d'une position dominante n'étant que l'un des indicateurs permettant de la caractériser¹⁴⁵¹. Le critère de la réduction significative est largement répandu, sous réserve de certaines nuances : des États tiers à l'Union y recourent, tels les États-Unis¹⁴⁵², l'Australie¹⁴⁵³, le Canada ou encore l'Afrique du Sud¹⁴⁵⁴. L'examen des normes internes en vigueur sur le territoire européen paraît conduire au même constat : l'autorité nationale de concurrence saisie doit déterminer à titre principal, lorsque les seuils sont atteints, si l'opération entrave de manière significative la concurrence sur le marché. À l'image du modèle européen, la création ou le renforcement d'une position dominante permet à titre accessoire d'aboutir à cette conclusion. Cet objet se déduit sans difficulté des textes applicables par exemple en Belgique¹⁴⁵⁵, en Espagne¹⁴⁵⁶, en France¹⁴⁵⁷, au Portugal¹⁴⁵⁸ ou encore en Suède¹⁴⁵⁹. Le

¹⁴⁵¹ Règlement « concentrations », art. 2, 2. et 2, 3.

¹⁴⁵² Clayton Act, art. 7.

¹⁴⁵³ The Trade Practices Act, 1974, art. 52.

¹⁴⁵⁴ V. Viillard, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations : étude comparée des droits communautaire et américain*, op. cit., et spécialement, p. 6.

¹⁴⁵⁵ L'Autorité belge de la concurrence doit ainsi déterminer si l'opération a « pour conséquence d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante » (Code de droit économique, art. IV.9, §2 et §3).

¹⁴⁵⁶ La *Comisión Nacional de la Competencia* doit ainsi déterminer si l'opération cause un obstacle « au maintien d'une concurrence effective dans tout ou partie du marché national ». À cette fin, elle doit prendre en compte « entre autres, les éléments suivants : a) la structure de tous les marchés concernés, b) la position sur les marchés des entreprises concernées, leur puissance économique et financière (...) » (traduction libre de « a Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva

contrôle irlandais est certes légèrement nuancé à cet égard, faute d'attention prononcée à la question de la création ou du développement d'une position dominante¹⁴⁶⁰. Le contrôle italien¹⁴⁶¹ pour sa part, renverse quelque peu le prisme, en

en todo o en parte del mercado nacional. » et « la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos: a) la estructura de todos los mercados relevantes, b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, (...) » [ley 15/2007, art. 10, 1.].

¹⁴⁵⁷ En France, il est notamment prévu que « l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. » (Code de commerce, art. L. 430-6).

¹⁴⁵⁸ L'*Autoridade da Concorrência* doit ainsi évaluer les « effets [des opérations de concentration] sur la structure de la concurrence, en tenant compte de la nécessité de préserver et de développer, dans l'intérêt des consommateurs intermédiaires et finaux, une concurrence effective sur le marché national ou une partie substantielle de celui-ci ». Doivent être appréciés à cette fin, « les facteurs suivants : a) la structure des marchés concernés (...) b) la position des entreprises concernées sur les marchés concernés et leur puissance économique et financière par rapport à celle de leurs principaux concurrents (...) » (traduction libre de : « efeitos sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, a concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial » et « os seguintes fatores: a) A estrutura dos mercados relevantes (...) b) A posição das empresas em causa nos mercados relevantes e o seu poder económico e financeiro, em comparação com os dos seus principais concorrentes (...) » [lei n.º 19/2012, art. 41]).

¹⁴⁵⁹ Le *Konkurrensverket* doit en effet apprécier l'opération en fonction de l'objet du contrôle poursuivi, lequel est défini comme suit : « Une opération de concentration doit être interdite si elle entrave significativement le maintien ou le développement d'une concurrence effective dans l'État, ou dans une partie substantielle de celui-ci. Lorsqu'il doit être déterminé si l'opération doit être interdite, il doit être tenu compte en particulier du fait qu'elle crée ou renforce une position dominante. » (traduction libre de : « A concentration shall be prohibited if it significantly impede the occurrence or the development of effective competition within the country as a whole, or a substantial part thereof. During the examination of whether the concentration shall be prohibited, account shall particularly be taken of whether it creates or strengthens a dominant position » [Swedish Competition Act, Chap. 4, section 1]).

¹⁴⁶⁰ La *Competition and Consumer Protection Commission* doit en effet déterminer si l'opération est susceptible de « réduire significativement la concurrence sur le marché national de produits et services » (traduction libre de : « to substantially lessen competition in markets for goods or services in the State » [Competition act, art. 21, (2^o, (a) et art. 22, (3) al. 5]). Contrairement au droit européen et aux autres législations nationales qui s'appuient particulièrement sur la création ou le maintien d'une position dominante, le contrôle irlandais semble davantage dépendre de la préservation ou de l'atteinte du bien-être des consommateurs (Guidelines for Merger Analysis Adopted by the Competition and Consumer Protection Commission on 31 October 2014 et spécialement, pt 1.4 et s.).

¹⁴⁶¹ L'*Autorità garante della concorrenza et del mercato* « apprécie si [les opérations] conduisent à la création ou au renforcement d'une position dominante sur le marché national ayant pour conséquence d'éliminer ou de réduire sensiblement et durablement la concurrence » (traduction libre de : « l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza » (legge 10 ottobre 1990, art. 6, 1.). La corrélation du modèle italien et du règlement (CEE) n°4064/89 a d'ailleurs pu être soulignée en son temps (F. Brunet, L. Cohen-Tanugi, D. Encaoua, M. Siragusa et A. Winckler, *La pratique communautaire du contrôle des concentrations. Analyses juridique, économique et*

faisant de la réduction significative de concurrence la conséquence, et non la cause, de la dominance. Il reste que l'appréciation de l'opération en Italie obéit aux mêmes indicateurs économiques que ceux auxquels la Commission recourt, ce qui implique de relativiser la portée de cette différence¹⁴⁶².

1043. L'évolution de certains droits nationaux des concentrations aurait pu conduire à ce que le critère actuel d'appréciation substantielle diffère de celui retenu par le droit européen. Or, il semble au contraire qu'elle se soit traduite par une convergence progressive des modèles européens et nationaux.

1044. Les législations anglaises et allemandes en sont des illustrations.

1045. Au Royaume-Uni en effet, le critère reposant sur l'intérêt public a guidé le contrôle des concentrations jusqu'à la réforme de 2002¹⁴⁶³. L'entrée en vigueur du Fair Trading Act de 1973 avait conduit à l'instauration de l'OFT chargée de surveiller certaines opérations commerciales. S'agissant spécifiquement du contrôle des concentrations, le Directeur Général de l'OFT (« DGFT ») était titulaire de la possibilité de requérir les informations qu'il estimait nécessaires en présence d'un risque de monopole. S'il considérait qu'un tel risque était avéré et si les négociations sur les remèdes à apporter à l'opération n'étaient pas satisfaisantes, il lui revenait de saisir la Monopolies and Merger Commission (« MMC »)¹⁴⁶⁴. En pareil cas, l'article 69 du Fair Trading Act imposait à la MMC de déterminer si l'opération allait à l'encontre de l'intérêt public entendu, notamment, comme le « *maintien et (...) la promotion d'une concurrence effective entre entreprises au Royaume-Uni* »¹⁴⁶⁵. Néanmoins et en dépit d'un examen de l'état de la concurrence avant et après l'opération, l'article 84 de ce même Act imposait que soient pris en considération d'autres facteurs, tels la sécurité publique ou l'environnement.

1046. Le Royaume-Uni ayant cependant abandonné en 2002 le critère d'appréciation substantielle reposant sur des motifs d'intérêt public au profit de celui de la

comparative. Europe, États-Unis, Japon., De Boeck Université, coll. Droit/Économie, Bruxelles, 1995, 470 p., et spécialement, pp. 169 et s.) et cet article n'a pas été modifié depuis lors.

¹⁴⁶² V. de Beaufort et J. Mosciamese, « Droit des concentrations et engagement des entreprises... Quelles stratégies possibles ? » in A. Masson (dir.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Larcier, Bruxelles, 2013, 365 p.

¹⁴⁶³ Enterprise Act, 2002, entré en vigueur le 20 juin 2003.

¹⁴⁶⁴ B. Morris, « La régulation de la concurrence au Royaume-Uni. De la flexibilité administrative à la juridification », *Revue Française d'Administration Publique*, 2005, 2005/2, n°114, p. 309.

¹⁴⁶⁵ Traduction libre de : « the Commission shall take into account (...) the desirability of maintaining and promoting effective competition between persons supplying goods and services in the United Kingdom » (Fair Trading Act, art. 69).

réduction significative de concurrence, seuls ce dernier et le test de dominance sont pratiqués à ce jour dans le monde¹⁴⁶⁶.

1047. De son côté, l'Allemagne a retenu le critère de la dominance jusqu'à la 8^{ème} réforme de la loi contre les entraves à la concurrence¹⁴⁶⁷ qui a notamment transposé les dispositions européennes applicables¹⁴⁶⁸. En effet, en vertu de l'article 36§1 du GWB alors applicable, l'Office fédéral des cartels, le Bundeskartellamt, avait pour charge d'interdire une opération de concentration dès lors que celle-ci conduisait à créer ou renforcer une position dominante. Une telle disposition devait ainsi être interprétée conjointement avec l'article 19§2 du GWB selon lequel une entreprise est réputée être en position dominante dès lors qu'elle n'est confrontée à aucun concurrent sur le marché, qu'elle n'est exposée à aucune concurrence significative ou qu'elle est dans une telle position face à ses concurrents. La Cour fédérale a quant à elle précisé que la position dominante est caractérisée lorsque les actes de l'entreprise considérée ne sont pas suffisamment déterminés par ses concurrents en raison de la structure de cette entreprise ou de celle du marché¹⁴⁶⁹. Le choix allemand alors en vigueur se comprend d'autant plus que le règlement (CEE) n°4064/89 applicable à cette époque fondait également le contrôle des concentrations sur le critère de la dominance¹⁴⁷⁰.

1048. Or, le glissement opéré par le règlement (CE) n°139/2004 en faveur de l'entrave significative à la concurrence a ensuite su trouver écho en droit allemand¹⁴⁷¹. S'agissant plus particulièrement du critère d'appréciation substantielle que les autorités européenne et allemande mettent en œuvre, le Bundeskartellamt¹⁴⁷²

¹⁴⁶⁶ V. Viillard, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations : étude comparée des droits communautaire et américain*, op. cit., et spécialement, p. 6.

¹⁴⁶⁷ 8^{ème} réforme de la Loi contre les entraves à la concurrence (GWB), 2013 ; dans sa terminologie anglaise, il s'agit de l' « Act Against Restraints of Competition » (« ARC »).

¹⁴⁶⁸ G. Demme, « 8^{ème} réforme de la Loi contre les entraves à la concurrence (GWB), *Regards sur l'économie allemande*, 2013, 2013/2, n°109, p. 25.

¹⁴⁶⁹ *Bundesgerichtshof*, 2 décembre 1980, *Klößner/Becorit*, aff. WuW/E 1749.

¹⁴⁷⁰ Règlement (CEE) n°4064/89, art. 2, 2.

¹⁴⁷¹ Dans sa rédaction actuelle en effet, l'article 36 (1) du GWB édicte qu' « une opération de concentration qui serait susceptible d'entraver significativement la concurrence, en particulier dans le cas où elle conduirait à créer ou renforcer une position dominante, doit être interdite par le *Bundeskartellamt* » (traduction libre de : « a concentration which would significantly impede effective competition, in particular a concentration which is expected to create or strengthen a dominant position, shall be prohibited by the *Bundeskartellamt* »).

¹⁴⁷² *Bundeskartellamt*, *Discussion paper for the meeting of the working group on competition law, Prohibition criteria in Merger control – Dominant position versus substantial lessening of competition*, 8 et 9 octobre 2001, disponible à l'adresse suivante : <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Prohibition%20Criteria%2>

a montré que ces évaluations reposent sur des indices régulièrement identiques. Elles apprécient ainsi les parts de marché, les barrières à l'entrée ou encore la possibilité dont jouiront ou non les concurrents actuels et potentiels à agir face au pouvoir de marché dont l'entité issue de l'opération est amenée à bénéficier.

1049. Par conséquent, la convergence des finalités poursuivies à ce jour d'une part, par le droit européen et les droits nationaux et d'autre part, entre les droits nationaux eux-mêmes, semble avérée dans le domaine des concentrations. Pourtant, à côté des types de contrôle qui peuvent différer, les seuils retenus par le droit de l'Union et par chaque État sont uniques.

1050. Dès lors, dans la mesure où l'explication de ces différences ne peut être trouvée sur le terrain juridique, elle semble devoir être cherchée ailleurs.

b) Des seuils distincts corrélés à des facteurs politiques et économiques différenciés

1051. Le fait que le contrôle des concentrations repose sur des facteurs politiques et économiques, en plus de critères juridiques, semble avéré. En plus de la prise en compte récurrente des intérêts publics¹⁴⁷³ et de l'attribution de pouvoirs d'évocation à certains Ministres des États membres, la construction du droit européen en témoigne : les problématiques que les concentrations ont suscitées, en particulier dans la littérature économique, ont conduit les États à apprécier d'abord leurs bienfaits, puis leurs effets néfastes. Le droit européen des concentrations, dont la naissance a été le fruit de lentes négociations, a ensuite contribué à l'instauration de plusieurs contrôles nationaux des concentrations, ou tout du moins à leur renforcement. Si le droit français s'est doté d'un contrôle national des concentrations dès 1977, c'est bien l'adoption du règlement (CEE) n°4064/89 qui a donné l'impulsion nécessaire à des États comme le Portugal, l'Espagne, l'Italie, la Belgique ou encore les Pays-Bas pour se doter d'un droit national des concentrations¹⁴⁷⁴.

0in%20Merger%20Control%20-%20Dominant%20Position%20versus%20Substantial%20Lessening%20of%20Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

¹⁴⁷³ Cette question a d'ailleurs fait l'objet de travaux par le groupe de travail de 2010 (EU Merger Working Group, « *Public Interest Regimes in the European Union – differences and similarities in approach. Final Report of the EU Merger Working Group* », 10 mars 2016).

¹⁴⁷⁴ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

1052. Plus précisément, en quelque lieu où il est exercé, le contrôle des concentrations semble dépendre des politiques économiques suivies dans le domaine de la concurrence et de l'industrie. En l'absence de finalités juridiquement distinctes poursuivies par les diverses législations, ce sont bien ces éléments qui peuvent expliquer en particulier les différences qui opposent les montants des seuils requis pour le déclenchement des divers contrôles. Par exemple, tandis que l'Allemagne a adopté un seuil destiné à appréhender les opérations dans le secteur de l'innovation en se référant au prix de la transaction et renforcé ainsi sa politique de concurrence, le Luxembourg pour sa part soulignait dans son rapport propre à la création d'un contrôle national des concentrations les éventuels atouts pour d'autres politiques économiques que celui-ci peut engendrer. Ainsi et tout en admettant que les objectifs premiers du contrôle puissent s'en trouver détournés, le rapport relève qu'« outre les aspects relatifs à la politique de la concurrence, le contrôle des concentrations peut également être appréhendé comme un instrument pouvant influencer le marché. *Les motivations et intérêts politiques pourraient être les raisons justifiant que le contrôle des concentrations soit utilisé et conçu pour atteindre des objectifs dans des domaines autres que celui de la politique de la concurrence, comme par exemple la politique de l'emploi. Il pourrait ainsi être utilisé pour soutenir des entreprises qui sont considérées comme stratégiquement importantes du point de vue national* »¹⁴⁷⁵. Comme d'autres pans du droit, la création d'un contrôle national des concentrations ne semble pas non plus indifférente sur le plan des relations diplomatiques de l'État membre concerné avec l'Union et ses membres. C'est aussi ce que suggère le rapport quand il affirme que « si l'intégration et la situation du Luxembourg dans l'Union ne font aucun doute en raison de son statut d'État fondateur, nul doute que l'introduction d'un tel contrôle à l'échelle du Grand-Duché *contribuerait à asseoir son influence et sa légitimité vis-à-vis des autres États membres* »¹⁴⁷⁶.

1053. L'étude ne saurait se prononcer sur le détail et l'opportunité des facteurs économiques et politiques qui conditionnent les divers droits nationaux des concentrations. Il reste que la dimension éminemment politique et économique du contrôle des concentrations, au détriment éventuel de son volet juridique, semble particulièrement avérée dans le cadre du déclenchement des divers contrôles.

¹⁴⁷⁵ Nous soulignons ; Conseil de la concurrence, « *Rapport du groupe de travail institué par le Conseil de la concurrence, "Contrôle des concentrations"* », préc., et spécialement §11.

¹⁴⁷⁶ Nous soulignons ; *ibid.*, et spécialement, §13.

1054. Cette analyse appelle l'interrogation suivante : le fait que cet outil résulte essentiellement de facteurs autres que juridiques compromet-il l'efficacité de la norme ?

1055. Pour y répondre, il semble utile d'envisager les réponses que le droit donne aux opérations soumises à plusieurs contrôles nationaux des concentrations. En effet, les opérations multi-juridictionnelles sont soumises à divers contrôles nationaux qui obéissent à leurs propres spécificités, en particulier au moment de leur déclenchement. L'examen de ces opérations semble ainsi nécessaire pour déterminer si les contrôles exercés au sein de l'Union bénéficient d'une certaine fluidité, en dépit de leurs divergences.

2) La pertinence du caractère différencié des seuils pour les opérations multi-juridictionnelles

1056. Le fait que les opérations de concentration soient contrôlées selon des conditions différentes suscite *a priori* peu de difficultés sur ce terrain lorsque seule une autorité de concurrence est saisie. En revanche, la question des éventuels problèmes que la saisine de plusieurs autorités suscite par-delà les frontières se pose en présence de notifications multiples.

1057. Tout en prenant soin de limiter d'emblée le nombre d'opérations susceptibles de faire l'objet d'un contrôle par la Commission et d'encourager la coopération entre autorités, le préambule du règlement « concentrations » évoque d'ailleurs en creux cette problématique lorsqu'il énonce que « *les notifications multiples d'une même transaction augmentent l'insécurité juridique, les efforts et les coûts pour les entreprises et peuvent conduire à des appréciations contradictoires* »¹⁴⁷⁷ et qu'il est nécessaire de « *garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée so[ie]nt évitées dans toute la mesure du possible* »¹⁴⁷⁸.

1058. Diverses initiatives ont certes été adoptées dans le but de favoriser une coopération soutenue entre autorités de concurrence au sein de l'Union et notamment, d'apaiser les éventuelles divergences dues aux notifications multiples d'une même opération de concentration. Un groupe de travail a en particulier été créé à Bruxelles en 2010 (« EU Merger Working Group ») dans le but d'encourager la convergence des règles et la coopération des autorités au sein de l'Union dans le

¹⁴⁷⁷ Nous soulignons ; règlement « concentrations », (12).

¹⁴⁷⁸ Nous soulignons ; *ibid.*, (14).

domaine des concentrations. Un Guide de bonnes pratiques, incluant les précédents travaux en la matière, a été établi à cette fin¹⁴⁷⁹.

1059. Il reste que la répartition des compétences instituée par le règlement « concentrations » conjuguée aux divergences de seuils entre États membres conduisent à une situation paradoxale où les opérations de dimension communautaire, donc les plus importantes opérations de concentration sur le marché, sont appréciées selon un dispositif unique et par un guichet unique alors que les concentrations de dimension nationale, donc d'envergure souvent plus modeste, font l'objet de règles multiples et partiellement divergentes ce qui complique la mise en œuvre des normes concernées¹⁴⁸⁰. Cette répartition des compétences est par ailleurs problématique pour les opérations de grande envergure mais dont les entreprises concernées sont territorialement plus centralisées. Elle peut en effet avoir pour conséquence de compromettre l'exercice du contrôle européen des concentrations sur des opérations conclues par des entreprises qui réalisent la majorité de leurs chiffres d'affaires au sein d'un seul État membre. Celles-ci se trouvent en pareil cas soumises aux contrôles nationaux et en l'absence d'harmonisation plus poussée, ces opérations pourtant importantes économiquement sont susceptibles de faire l'objet de traitements différenciés.

1060. Dans tous les cas, le risque que suscite une opération soumise à plusieurs notifications réside dans le prononcé de décisions distinctes, si ce n'est contradictoires. Le contrôle européen des concentrations a d'ailleurs eu à connaître de difficultés semblables pour les opérations de dimension internationale¹⁴⁸¹. Tel a été

¹⁴⁷⁹ EU Merger Working Group, *Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review*, 8 novembre 2011.

¹⁴⁸⁰ Dans son rapport, Fabien Zivy adopte une position analogue (Autorité de la concurrence, « *Rapport au Ministre de l'Économie et des Finances (rapporteur F. ZIVY). Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe - Une réforme "gagnant-gagnant" au service de la compétitivité* - », La documentation Française, 16 décembre 2013, et spécialement, p. 15 disponible à l'adresse suivante : https://www.economie.gouv.fr/files/rapport_concentrations-transfrontalieres.pdf ; obs. E. Claudel, « Le droit des concentrations dans le cadre européen : le rapport Zivy », *RTD com.*, 2015, p. 83). Ce rapport, pourtant salué, n'a semble-t-il pas reçu d'attention soutenue de la Commission (L. Idot, « Le Livre blanc sur l'amélioration du contrôle des concentrations : à tous petit pas... », *Europe*, octobre 2014, n° 10, alerte 33).

¹⁴⁸¹ Et ce, bien que l'Union ait conclu en la matière également divers accords de coopération au niveau international, dont les accords de courtoisie avec les États-Unis de 1991 (Accord entre la Commission des Communautés européenne et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence, 23 septembre 1991, rendu applicable à compter de sa signature par la Commission européenne - Conseil et Commission, 10 avril 1995, *Décision relative à la conclusion de l'accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, JOCE L95, 27 avril 1995, p. 47) et 1998 (Accord

le cas pour la première fois en 1997 lors de l'affaire *Boeing/McDonnell Douglas* à l'occasion de laquelle l'opération a été autorisée purement et simplement par la FTC américaine¹⁴⁸² alors que la Commission européenne subordonnait sa compatibilité au marché commun à l'accomplissement de certaines conditions¹⁴⁸³. D'autres affaires ont également donné lieu au prononcé de décisions divergentes, à l'instar de *General Electric/Honeywell*¹⁴⁸⁴, d'*Air Liquide/Boc*¹⁴⁸⁵ ou encore de *Gencor/Lonrho*¹⁴⁸⁶.

1061. Pour les opérations de dimension nationale contrôlables au sein de l'Union et soumises à plusieurs notifications, la difficulté est identique : alors que le droit des concentrations tente d'appréhender les effets de la pratique, la compétence d'exécution dévolue aux autorités nationales reste, elle, limitée aux frontières de l'État concerné, ce qui facilite le système de pluri-notifications et accroît un risque de divergences d'interprétations. Si peu d'affaires au sein de l'Union ont semblé-t-il illustré cette situation, le fait qu'elles se soient produites mérite cependant d'être souligné.

1062. Tel a d'abord été le cas à propos de l'opération *Pan Fish/Marine Harvest* conclue sur un même marché transfrontalier qui a conduit les autorités britannique, espagnole et norvégienne à l'autoriser sans condition¹⁴⁸⁷ mais qui a fait l'objet d'une autorisation sous conditions en France¹⁴⁸⁸. Dans l'affaire *Akzo Nobel/Metlac*, la

entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, JOCE L173, 18 juin 1998, p. 26).

¹⁴⁸² FTC, 1^{er} juillet 1997, *Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation*, n°971-0051.

¹⁴⁸³ Commission, 30 juillet 1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, aff. M.877, JOCE L 336, 08 décembre 1997, p. 16 ; à propos des subventions octroyées par la suite à Airbus et Boeing par l'Union européenne et les États-Unis et les tensions qu'elles ont accentuées, v. not., L. Gard, « Subventions illégales aux constructeurs aéronautiques. Match presque nul à l'OMC entre l'Union européenne et les États-Unis », p. 113 in L. Gard (dir.), *L'Europe face au monde*, éd. A. Pedone, Paris, 2013, 230 p.

¹⁴⁸⁴ D. Majoras Platt, « GE-Honeywell : The U.S. decision », 29 novembre 2001, disponible à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/atr/speech/ge-honeywell-us-decision> ; Commission, 3 juillet 2001, *General Electric/Honeywell*, aff. M.2220, JOUE L48, 18 février 2004, p. 1 ; confirmé par TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-210/01, Rec. 2005, II, p. 5575.

¹⁴⁸⁵ Commission, 18 janvier 2000, *Air Liquide/BOC*, aff. M.1630, JOUE L 92, 30 mars 2004, p. 1.

¹⁴⁸⁶ Commission, 24 avril 1996, *Gencor/Lonrho*, aff. M.619, JOCE L11, 14 janvier 1997, p. 30 ; confirmé par TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec. 1999, II, p. 753.

¹⁴⁸⁷ *Competition Commission*, 18 décembre 2006, *Pan Fish ASA/Marine Harvest NV*.

¹⁴⁸⁸ Conseil de la concurrence, 20 octobre 2006, *Pan Fish ASA/Marine Harvest NV*, n°06-A-20 ; Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 1^{er} décembre 2006, *lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 1er décembre 2006, aux conseils de la société Pan Fish, relative à une concentration dans le secteur du saumon.*, C 2006-47, BOCCRF n°1 bis du 25 janvier 2007. Il est précisé par ailleurs qu'une erreur de chiffres d'affaires commise par les parties avait conduit au prononcé d'une sanction (Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 8 décembre 2007, *lettre de sanction du ministre de*

Competition Commission anglaise saisie par l'OFT interdisait cette fois-ci l'opération en recourant au test SLC¹⁴⁸⁹, ce qui a été confirmé par le juge britannique¹⁴⁹⁰, alors que le Bundeskartellamt allemand considérait au contraire qu'il était nécessaire d'autoriser l'opération sans condition¹⁴⁹¹.

1063. En la matière, c'est surtout l'affaire *Eurotunnel/Sea France* qui semble la plus emblématique. En l'espèce, Sea France, une société détenue en intégralité par la SNCF, exploitait une flotte de navires qui assuraient des traversées entre la France et le Royaume-Uni, et plus précisément, des trajets de fret et de passagers entre Calais et Douvres. À la suite de sa mise en liquidation judiciaire et de la fin de ses activités, le Tribunal de commerce de Paris a agréé la candidature d'Eurotunnel s'agissant de l'acquisition des actifs de Sea France. Bénéficiant d'une dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations dans les conditions de l'article L. 430-4 alinéa 2 du Code de commerce, Eurotunnel a rapidement créé ensuite une activité de transport transmanche par ferry, sur la ligne Calais-Douvres, dénommée MyFerryLink. L'Autorité de la concurrence française a par la suite délivré une autorisation conditionnelle à l'opération à l'issue de la phase I, en s'appuyant sur le test SLC et sur une analyse contrefactuelle. En examinant la situation sur le marché avant le lancement de MyFerryLink, l'Autorité a ainsi considéré que la création de cette activité ne modifiait pas le nombre d'acteurs sur le marché : celui-ci restait égal à trois (Eurotunnel, un concurrent britannique et un concurrent danois, Sea France ne pouvant plus intégrer le calcul en raison de sa mise en liquidation judiciaire)¹⁴⁹². Saisie par l'OFT dans le cadre de l'ouverture de la phase II, la Competition Commission¹⁴⁹³ britannique en a tiré des conclusions inverses de son côté en fondant son raisonnement sur les mêmes outils : son analyse contrefactuelle l'a conduite à

l'économie, des finances et de l'industrie du 8 décembre 2007, à Monsieur le Président de la société Pan Fish, relative à une concentration dans le secteur du saumon, C 2006-103, BOCCRF n°1bis du 25 janvier 2007).

¹⁴⁸⁹ *Competition Commission*, 21 décembre 2012, *Akzo Nobel NV/Metlac Holding Srl*.

¹⁴⁹⁰ *England and Wales Competition Appeals Tribunal*, 21 juin 2013, *Akzo Nobel NV v Competition Commission*, n°1204/4/8/13 ; *Court of appeal*, 14 avril 2014, *Akzo Nobel NV v Competition Commission & ORS*, [2014] EWCA Civ 482.

¹⁴⁹¹ *Bundeskartellamt*, 24 avril 2012, *Akzo Nobel NV/Metlac Holding Srl*, n°B3/187-11 ; il a par ailleurs été considéré que le fait que le *Bundeskartellamt* ait recouru à un autre test ne suffit pas à justifier cette divergence d'interprétation (Autorité de la concurrence, « *Rapport au Ministre de l'Économie et des Finances (rapporteur F. ZIVY). Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe - Une réforme "gagnant-gagnant" au service de la compétitivité -* », préc., et spécialement, p. 19).

¹⁴⁹² *Autorité de la concurrence*, 7 novembre 2012, *décision relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel*, n°12-DCC-154.

¹⁴⁹³ Il est précisé que par l'effet de l'Enterprise Act de 2002, la nouvelle *Competition Commission* (désormais, *Competition and Markets Authority*) s'est vue dotée de prérogatives plus étendues que celles qui avaient été attribuées à son prédécesseur, la MMC.

estimer que si Eurotunnel n'avait pas procédé à cette acquisition, le concurrent danois se serait porté acquéreur. L'autorité britannique en a ainsi déduit que l'opération soulevait un risque d'augmentation des prix et de réduction significative de la concurrence sur le marché. Elle a dès lors imposé des conditions aux parties d'une ampleur telle, qu'elles affaiblissaient fortement la portée de l'autorisation délivrée de l'autre côté de la Manche¹⁴⁹⁴. Le Competition Appeal Tribunal saisi ensuite a confirmé la décision de la Competition Commission sur le fond, tout en renvoyant à nouveau l'affaire pour examen à la Competition Commission sur le caractère ou non concentratif de cette acquisition d'actifs¹⁴⁹⁵. La qualification de concentration a finalement été confirmée par l'autorité anglaise, puis le juge¹⁴⁹⁶.

1064. Cette affaire, plus encore que les autres, a suscité de nombreux commentaires dans la mesure où elle a été l'occasion pour deux autorités nationales de concurrence d'apprécier une même opération, en utilisant le même type d'analyse, mais en en tirant des conclusions distinctes. Elle a permis de révéler les problématiques suscitées par les opérations multi-juridictionnelles¹⁴⁹⁷. Interrogé à propos d'*Eurotunnel*, Joaquín Almunia a également confirmé l'incapacité pour le droit de l'Union à résoudre ce type de difficultés et ce, en dépit du fait que l'opération en cause suscitait par ailleurs des préoccupations sociales¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁴ *Competition Commission*, 6 juin 2013, *Eurotunnel v. SeaFrance*.

¹⁴⁹⁵ *England and Wales Competition Appeal Tribunal*, 4 décembre 2013, *Groupe Eurotunnel DA v. Competition Commission*, [2013] CAT 30.

¹⁴⁹⁶ *Supreme Court*, 16 décembre 2015, *Société Coopérative de Production SeaFrance SA v. The Competition and Markets Authority and another*, [2015] UKSC 75.

¹⁴⁹⁷ I. de Silva, « Actualité 2016 du droit européen et français de la concurrence », CCC, juillet 2017, n° 7, dossier 2 ; D. Bosco, « Droit des concentrations », CCC, 2014, n°2, chron. 1 ; Autorité de la concurrence, « Rapport au Ministre de l'Économie et des Finances (rapporteur F. ZIVY). Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe - Une réforme "gagnant-gagnant" au service de la compétitivité - », *préc.*, et spécialement, pp. 19 et s. ; le dossier *Tendances* sous la direction du Professeur David Bosco : D. Bosco, « Rapport Zivy : Regards croisés sur le problème des concentrations "multi-juridictionnelles" », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 10 ; F. Zivy, « Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 12 ; J. de Q. Briggs et D. K. Oakes, « Eurotunnel and the short sea battle between the French and the English : a U.S. perspective », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 15 ; Association des praticiens du droit de la concurrence, « Quelques brèves remarques de praticiens », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 19 ; J. Steenbergen, « Quelques réflexions au sujet du contrôle des concentrations multi-juridictionnelles », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 21 ; L. Idot, « Entre anniversaire et nouveau départ : la modernisation du droit européen de la concurrence au cœur de l'année 2014 », *RTD eur.*, 2014, p. 931.

¹⁴⁹⁸ Réponse donnée par M. Almunia au nom de la Commission du 25 juin 2013 à la question avec demande de réponse écrite du 29 avril 2013, n°E-004771/13, *JOUE* C229, 17 avril 2014, p. 90.

1065. Ces affaires ont aussi donné lieu à des discussions sur les améliorations qui pouvaient être envisagées pour pallier la dispersion des contrôles nationaux au sein de l'Union. Dans ces conditions, il nous semble que le renforcement du contrôle institutionnel pourrait également se justifier à cet égard ; l'étude envisage par conséquent diverses pistes en la matière au sein du Titre 2 de cette Seconde Partie¹⁴⁹⁹.

1066. En résumé, le droit européen des concentrations tente d'appréhender la réalité de l'opération en cherchant d'abord à saisir celle des groupes des entreprises parties à l'opération. Les définitions qu'il édicte semblent cependant pour partie discutables. L'éparpillement des contrôles nationaux au sein de l'Union, en dépit d'objectifs convergents, semble également porter atteinte à la cohérence et l'efficacité des contrôles pris dans leur ensemble. Tel paraît être également le cas en droit européen. Les acquisitions tueuses ou consolidantes qui ont pu être constatées ces dernières années peuvent constituer un point d'entrée intéressant.

Section 2 :

La contrôlabilité de l'opération empêchée par l'appréciation du chiffre d'affaires réalisé par les groupes, l'exemple des acquisitions tueuses ou consolidantes

1067. Interrogé à propos des chantiers auxquels l'Autorité de la concurrence devait se livrer en France en 2018, le Professeur Emmanuel Combe, en sa qualité de Vice-Président de l'Autorité, citait en premier lieu les pratiques commises dans le secteur du numérique en relevant que celui-ci « s'est développé dans tous les secteurs, sous des formes très différentes : plateformes d'intermédiation, publicité en ligne, comparateur de prix, commerce en ligne, etc. »¹⁵⁰⁰.

1068. L'Autorité de la concurrence s'en est récemment fait l'écho : dans son étude « *Concurrence & commerce en ligne* » de mai 2020, celle-ci cherche à appréhender les nouvelles pratiques constatées dans ce domaine et l'émergence de nouveaux acteurs, à l'instar des *pure players*, (entreprises dont l'activité repose quasi-exclusivement sur

¹⁴⁹⁹ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II.

¹⁵⁰⁰ E. Combe et D. Théophile, « Emmanuel Combe, Autorité de la concurrence : La politique de la concurrence – Au-delà des sanctions, une adaptation aux nouvelles réalités économiques », *Concurrences*, 2018, n°2, p. 19 et spécialement, p. 20. Les travaux portant sur le droit de la concurrence et le secteur du numérique, notamment dans le cadre spécifique des concentrations, se sont multipliés ces dernières années. En plus des travaux cités ci-après, rappelons également le rapport dressé par le Club des juristes en France en 2018 (Le Club des juristes, G. Canivet et F. Jenny [dir.], « *Rapport. Pour une réforme du droit de la concurrence* », janvier 2018).

la vente en ligne) ou bien encore la transformation des entreprises pratiquant initialement la seule vente physique (« hors ligne » ou « *brick&mortar* ») en acteurs se livrant aussi à des ventes en ligne (« phygital » ou « *click&mortar* »)¹⁵⁰¹. Le développement de ce secteur soulève en effet diverses questions pour elle, dont « le nouveau pouvoir détenu par les plateformes en ligne, notamment les plateformes structurantes qui occupent des positions stratégiques ou incontournables »¹⁵⁰². Dans son étude, l'Autorité présente par ailleurs sa grille d'analyse en matière de e-commerce, notamment dans le but d'informer les entreprises lorsque celles-ci préparent leurs opérations de concentration¹⁵⁰³. Ainsi, si certains types de commerce en ligne suscitent peu de préoccupations de concurrence en raison de la faible alternative qu'ils représentent face aux ventes physiques¹⁵⁰⁴, l'Autorité considère que certaines activités font montre d'un taux élevé de pénétration des ventes en ligne¹⁵⁰⁵. Il se comprend dès lors que l'Autorité ait parfois étendu le marché pertinent de façon à intégrer ce type de ventes lors de l'examen d'une opération de concentration¹⁵⁰⁶. Outre la question de la délimitation du marché pertinent, d'autres aspects sont également questionnés. Tel est en particulier le cas de la différenciation des produits au sein d'un même marché ou bien encore de l'éventuelle hausse des prix à laquelle une opération de concentration dans le secteur du numérique peut conduire¹⁵⁰⁷.

1069. Surtout, l'Autorité relève l'insuffisance que constitue le critère des parts de marché pour apprécier ce type d'opération et ce, notamment parce que sur certains marchés numériques, celles-ci peuvent faire l'objet d'une évolution rapide. Elle admet par conséquent qu'il est nécessaire de prendre « en compte d'autres facteurs

¹⁵⁰¹ Autorité de la concurrence, « *Concurrence & commerce en ligne* », étude, mai 2020, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-06/concurrence_commerce_en_ligne_v2.pdf.

¹⁵⁰² Autorité de la concurrence, « L'Autorité publie une étude sur la concurrence et le commerce en ligne », communiqué de presse, 5 juin 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-publie-une-etude-sur-la-concurrence-et-le-commerce-en-ligne>.

¹⁵⁰³ *Ibid.*

¹⁵⁰⁴ Il en va ainsi par exemple des articles de jardinage, bricolage, d'animalerie et aménagement extérieur ; l'Autorité l'a notamment admis lors de l'examen de l'opération *InVivo Retail/Jardiland* (Autorité de la concurrence, 24 août 2018, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Jardiland par la société InVivo Retail*, n°18-DCC-148).

¹⁵⁰⁵ Autorité de la concurrence, 17 avril 2019, *décision relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultat de la succession de M Stéphane Mulliez (Décision Toys 'R' Us)*, n°19-DCC-65.

¹⁵⁰⁶ Autorité de la concurrence, 16 juillet 2019, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Nature & Découvertes par le groupe Fnac Darty*, n°19-DCC-132.

¹⁵⁰⁷ Autorité de la concurrence, « *Concurrence & commerce en ligne* », *préc.*, et spécialement, pt 49.

comme les tendances d'évolution des parts de marché ou les capacités d'investissement des plateformes. »¹⁵⁰⁸.

1070. L'appréciation précise de ces opérations s'est par conséquent faite pressante ces dernières années et ce, particulièrement en raison des effets anticoncurrentiels qu'elles peuvent provoquer sur le marché, dont les effets de réseau¹⁵⁰⁹.

1071. Les problématiques suscitées par les opérations de concentration conclues dans le secteur du numérique sont donc nombreuses et concernent aussi le droit européen.

1072. Parmi elles, se trouvent en particulier celles soulevées par les acquisitions tueuses ou globalisantes auxquelles certains GAFAM¹⁵¹⁰ se sont livrés ces dernières années. Leur multiplication contribue d'ailleurs au développement de ces « super-plateformes » qui représentent aussi une menace à l'entrée sur marché pour les acteurs du numérique¹⁵¹¹. La question des acquisitions tueuses transcende en particulier ce seul marché : ce sont aussi des entreprises actives dans d'autres secteurs qui se sont livrées à de telles opérations et ce, en présence d'un droit européen des concentrations qui ne parvenait pas davantage à les appréhender.

1073. Pourtant, l'intégration de ces *killer acquisitions* ou acquisitions consolidantes dans le champ du droit européen des concentrations paraît singulièrement nécessaire au vu des effets que celles-ci peuvent produire sur le marché. Ainsi et dans la mesure où le système de seuils édicté par le règlement « concentrations » conduit à les exclure *a priori* de son champ d'application, leur étude spécifique semble s'imposer ici. Elles renouvellent en effet le débat portant sur l'appréhension réaliste de la dimension de l'opération par le droit européen des concentrations et montrent avec force les limites du système de seuils actuel.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, et spécialement, pt 63.

¹⁵⁰⁹ L'Autorité consacre d'ailleurs des développements à propos de ces effets dans son étude (*ibid.*, et spécialement, pts 78 et s.).

¹⁵¹⁰ Google, Facebook, Amazon, Microsoft.

¹⁵¹¹ À propos de la menace à l'entrée que constituent les « GAFA » (l'expression de « GAFAM » n'est pas toujours employée) sur le marché du numérique, v. en France, par exemple, les préoccupations en termes de concurrence que l'Autorité a relevé à propos de Facebook dans l'affaire *Axel Springer/Concept Multimédia* (Autorité de la concurrence, 1^{er} février 2018, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer*, n°18-DCC-18, et spécialement, pt 198) ainsi que l'Autorité de la concurrence, « *Concurrence & commerce en ligne* », *préc.*, et spécialement, pt 74.

1074. Plus précisément, les acquisitions tueuses ou globalisantes se sont peu à peu multipliées au sein du marché unique, particulièrement dans le secteur pharmaceutique et du numérique pour les premières et du numérique pour les secondes. L'analyse de la pratique décisionnelle y afférant peut conduire à l'affirmation suivante : ce nouveau type d'opérations, qui est pourtant susceptible d'entraîner des effets néfastes sur le marché (§1), échappe par principe, et de manière regrettable, à la compétence de la Commission faute de répondre aux exigences de seuils instituées par le règlement « concentrations » (§2).

Paragraphe 1: Une opération susceptible d'entraîner des effets anticoncurrentiels sur le marché

1075. Les acquisitions tueuses ou globalisantes se sont multipliées récemment, encouragées en cela par l'attractivité de ces nouvelles entreprises qualifiées de « licornes » (A.). Les effets que ces opérations sont susceptibles de provoquer sur le marché commencent peu à peu à être identifiés (B.).

A. L'essor des « acquisitions prédatrices », des « acquisitions consolidantes » et l'attractivité des nouvelles « licornes »

1076. Le droit européen de la concurrence s'intéresse depuis le début des années 2000 aux pratiques commises par les entreprises sur le marché du numérique : il est connu que des amendes records ont été infligées à certains GAFAM en raison des abus de position dominante dont ils ont pu se rendre coupables¹⁵¹². Leurs méthodes, comme celles du secteur pharmaceutique¹⁵¹³, ont plus récemment interrogé le droit

¹⁵¹² V. par exemple, les affaires Microsoft (précitées), dont l'amende d'un demi-milliard d'euros infligées dans *Microsoft I* pour vente liée (Commission, 24 mars 2004, *Microsoft*, aff. M.37 792, JOUE L32, 6 février 2007, p. 23). Tel est encore le cas de l'amende de plus de 2 milliards d'euros infligée par la Commission à Google en raison du fait que celle-ci s'était servie de sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche pour favoriser son service de comparateur de prix, Google Shopping (Commission, 27 juin 2017, *Google Search (Shopping)*, aff. AT. 39740). Un an plus tard, c'est une amende de plus de 4 milliards d'euros qui a encore été infligée à Google en raison de sa pratique consistant à imposer aux fabricants de smartphones sous Android l'installation de son navigateur Google Chrome, moyennant l'octroi d'une licence pour son magasin d'application en ligne, Play Store (Commission, 18 juillet 2018, *Google Android*, aff. AT. 40099). Récemment, c'est aussi dans le domaine publicitaire qu'un abus de position dominante commis par Google a conduit au prononcé d'une amende d'1,49 milliards d'euros par la Commission (Commission, 20 mars 2019, *Google Search (AdSense)*, aff. AT. 40411 ; Commission, 20 mars 2019, « Antitrust: la Commission inflige une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne », communiqué de presse, IP/19/1770).

¹⁵¹³ T. G. Wollmann, « Stealth Consolidation : Evidence an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act », *Chicago Booth Working Paper*, 2018, p. 77.

des concentrations, en particulier sous l'angle des acquisitions tueuses ou consolidantes.

1077. Ces « acquisitions prédatrices », encore qualifiées de « *killer acquisitions* », désignent les opérations par lesquelles des entreprises nouvelles et innovantes sont rachetées dans le but d'étouffer par avance l'émergence d'éventuels concurrents, de les mettre en sommeil, si ce n'est de freiner le développement de leurs innovations¹⁵¹⁴. Ces opérations ont ainsi fréquemment pour cibles des entreprises dotées de chiffres d'affaires peu élevés, voire inexistantes. Ce type d'entreprises innovantes est autrement qualifié de « licornes ». C'est la raison pour laquelle ces rachats sont très prisés dans le secteur numérique où les « start-ups » cherchent plus à développer un nouveau produit et à attirer de nombreux utilisateurs qu'à obtenir un important chiffre d'affaires à court terme et ce, justement dans l'attente de faire l'objet d'un rachat¹⁵¹⁵.

1078. À côté de ces acquisitions tueuses, il est possible de distinguer les « acquisitions consolidantes », qualifiées aussi de « globalisantes ». Bien que ces dernières puissent avoir également pour cibles des « licornes », elles se distinguent des précédentes en ce qu'elles n'aboutissent pas à « tuer » les cibles considérées. Il s'agit au contraire de maintenir et développer l'activité de l'entité acquise. Dès lors, tandis que les acquisitions tueuses peuvent nuire au bien-être des consommateurs en supprimant une source d'innovation sur le marché, les acquisitions globalisantes contribuent pour leur part au succès de l'entité rachetée auprès des consommateurs¹⁵¹⁶. Ainsi en va-t-il par exemple de YouTube qui a été acquise en 2006 par Google, soit un an après la création de la première, moyennant la somme de 1,65 milliard de dollars¹⁵¹⁷.

1079. Sur ce marché en particulier, l'essor dont ces acquisitions font l'objet suscite peu d'incertitudes. De 1991 à 2018, les GAFAM se sont livrés à plus de six cents acquisitions pour un montant de cent quarante-deux milliards d'euros, dont une

¹⁵¹⁴ C. Cunningham, F. Edereer et S. Ma, « Killer acquisitions », *SSRN*, mars 2019.

¹⁵¹⁵ J. Crémer, Y.-A. de Monjoye et H. Schweitzer, « *Competition policy for the digital era* », Publications Office of the European Union, 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, et spécialement, p. 111.

¹⁵¹⁶ Autorité de la concurrence, « Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques », 19 février 2020, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.19_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf.pdf et spécialement, pp. 9-10.

¹⁵¹⁷ À côté d'articles de presse sur la question, le montant de cette acquisition est cité par J. Heymann, *Concentration*, Rép. internat., décembre 1998, et spécialement, n°1.

partie conséquente pourrait entrer dans la définition « d'acquisitions tueuses »¹⁵¹⁸. Ce chiffre a certes été relativisé par une autre étude qui a montré que seules six pour cents des transactions observées en étaient¹⁵¹⁹. Cependant, qu'elles aient été tueuses ou globalisantes, ces acquisitions ont compté parmi les cent soixante-huit opérations auxquelles Google s'est livrée depuis 2008 et les soixante-et-onze concentrations menées par Facebook sur cette même période¹⁵²⁰.

1080. Quoi qu'il en soit et en dépit de leurs finalités distinctes, ces acquisitions ont ceci de commun qu'elles constituent des opérations qui échappent au contrôle des concentrations dans la mesure où les groupes concernés par celles-ci n'atteignent pas les seuils de notification sinon nationaux, du moins européens. Alors qu'elles attirent de plus en plus l'attention des autorités de concurrence, elles montrent la rigidité du droit européen des concentrations et en interrogent la cohérence. Les opérations *Facebook/WhatsApp* ou bien encore *Apple/Shazam*¹⁵²¹ en sont notamment des illustrations.

B. Les effets potentiels attachés aux acquisitions tueuses ou consolidantes, l'exemple des opérations réalisées sur le marché du numérique

1081. Divers travaux ont été publiés ces dernières années dans le but d'appréhender les effets que les nouvelles pratiques commises en particulier sur le marché du numérique peuvent provoquer sur la concurrence. La question est en effet sensible et ce, d'autant que certains opérateurs numériques connaissent un succès tel, que la concurrence qui pourrait leur être opposée par des acteurs hors ligne se fait de plus en plus illusoire¹⁵²².

¹⁵¹⁸ Conseil d'analyse économique, « Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ? », *Les notes du conseil d'analyse économique*, mai 2019, n°51, et spécialement, p. 8.

¹⁵¹⁹ C. Cunningham, F. Edereer et S. Ma, « Killer acquisitions », *art. préc.*

¹⁵²⁰ Pour des listes des acquisitions effectuées par Amazon, Facebook et Google, v. not. le rapport Lear de 2019 (Lear – Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione, « *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets. Final report. Document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority* », 9 mai 2019, et spécialement, pp. 142 et s.) ; v. aussi, Autorité de la concurrence, « Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques », *préc.*, et spécialement, p. 9.

¹⁵²¹ Pour les références de ces affaires, v. *Infra*, not., cette Section.

¹⁵²² Il s'agit de l'une des conclusions auxquelles le rapport « Furman » aboutit : J. Furman (dir.), « *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel.* », mars 2019, disponible à l'adresse https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf ; v. aussi J. Crémer, Y.-A. de Monjoye et H. Schweitzer, « *Competition policy for the digital era* », *préc.*

1082. Le caractère récent des analyses portant sur ces acquisitions appelle cependant quelques précautions : tous les effets qui leur sont attachés ne paraissent pas avoir été identifiés dans leur intégralité, au contraire des effets de réseau dont le principe semble admis. Proposer un parallèle avec d'autres effets est ainsi possible. Une telle précision paraît d'autant plus nécessaire que la Commission comme les autorités nationales de concurrence multiplient plus largement à ce jour leurs investigations dans le secteur du numérique¹⁵²³, ce qui a fait dire à l'Autorité de la concurrence en France notamment que les « *outils [actuels du droit de la concurrence] peuvent encore être affutés et enrichis, afin d'accroître l'efficacité des interventions des autorités de concurrence sur les marchés numériques. À cet égard, en plus du développement des capacités d'analyse numérique des autorités en matière d'algorithmes et de données en masse, le développement du recours aux mesures conservatoires, déjà favorisé par l'adoption de la directive ECN+, l'amélioration de la contrôlabilité des rachats d'entreprises par les plateformes numériques et l'introduction d'obligations ou d'interdictions propres aux plateformes structurantes sont des voies possibles de renforcement des actions des autorités de concurrence* »¹⁵²⁴.

1083. Ce préalable posé, relevons que la méthode d'évaluation à laquelle les autorités recourent plus largement dans le cadre des opérations de concentration conclues sur le marché du numérique ne semble *a priori* pas pouvoir être exclue de celle que les acquisitions tueuses ou globalisantes sont susceptibles d'appeler. Les autorités recourent en effet à diverses analyses dans le but d'apprécier le pouvoir de marché de l'entité à l'issue de l'opération. Comme pour les opérations de concentration réalisées sur d'autres marchés, il peut s'agir classiquement de celle de leurs parts de marché, des barrières à l'entrée, des économies d'échelle, de gamme, des effets de réseau, etc. Certaines sont plus spécifiques, à l'image de celle portant sur la pression concurrentielle induites par les ventes en ligne sur les ventes physiques lors de la détermination du marché pertinent¹⁵²⁵ ou encore des particularismes nationaux¹⁵²⁶.

¹⁵²³ C'est au demeurant ce que rappelle l'Autorité de la concurrence dans l'une de ses contributions ; Autorité de la concurrence, « *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques* », préc.

¹⁵²⁴ Nous soulignons ; Autorité de la concurrence, « *Concurrence & commerce en ligne* », préc., et spécialement, pt 160.

¹⁵²⁵ La Commission a d'ailleurs publié des lignes directrices propres aux réseaux et services de communication électroniques dans le but de décrire les principes sur lesquels les autorités nationales de concurrence doivent fonder leur analyse du marché pertinent et de l'état de la concurrence. Elles s'appliquent notamment aux concentrations (lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C 165/03,

1084. L'appréciation de nouveaux critères, spécifiques au marché du numérique, paraît ensuite pouvoir intégrer le contrôle des opérations dans ce secteur et constituer plus précisément un outil utile lors de l'analyse d'une acquisition tueuse ou consolidante.

1085. Tel pourrait être le cas en particulier des algorithmes. Quelques mois après la publication d'un « Accord en commun » entre les autorités de concurrence du G7 qui mentionnait les préoccupations suscitées par ces algorithmes¹⁵²⁷, l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt, comme d'autres autorités¹⁵²⁸, ont montré dans une étude conjointe les problèmes de concurrence que leur développement suscite¹⁵²⁹. Ainsi et bien qu'elles n'affirment pas encore que les outils à leur disposition doivent être fermement révisés pour appréhender ces nouvelles techniques, elles ont toutefois relevé que les algorithmes contribuent à l'augmentation du pouvoir de marché des entreprises qui en sont les auteurs¹⁵³⁰. L'étude s'intéresse certes majoritairement aux éventuelles pratiques collusives que ces algorithmes sont

JOUE C165, 11 juillet 2002 ; lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2018/C 159/01, *JOUE* C159, 7 mai 2018, p. 1).

¹⁵²⁶ Lesquels ont été montrés dans plusieurs rapports, dont OCDE, « *Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence* », 6 juin 2018, DAZF/COMP(2018)3 ; Commission, « *Commission staff working document. Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry* », 15 septembre 2016, SWD(2016) 312 final.

¹⁵²⁷ *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *Autorité de la Concurrence*, *Bundeskartellamt*, *Competition Bureau*, *Competition and Markets Authority*, *Department of Justice*, *Direction générale pour la concurrence (Commission européenne)*, *Federal Trade Commission*, *Japan Fair Trade Commission*, « *Accord sur une vision commune des autorités de concurrence du G7 sur "Concurrence et économie numérique"* », 5 juin 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-12/g7_common_understanding_fr.pdf.

¹⁵²⁸ V. aussi l'étude publiée par l'OCDE : OCDE, « *Algorithms and collusion. Competition policy in the digital age.* », 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf> ; celle publiée par l'autorité anglaise : *Competition and Markets Authority*, « *Pricing algorithms. Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing.* », 8 octobre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf ; ou bien encore celle publiée par l'autorité portugaise : *Autoridade da Concorrência*, « *Digital ecosystems, Big Data and Algorithms. Issues paper* », juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Outros/Documents/Digital%20Ecosystems,%20Big%20Data%20and%20Algorithms%20-%20Issues%20Paper.pdf.

¹⁵²⁹ *Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt*, « *Algorithms and Competition* », novembre 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>.

¹⁵³⁰ *Ibid.*, et spécialement, p. 22.

susceptibles de faciliter, sans faire mention explicitement du contrôle des concentrations¹⁵³¹. La pratique récente de la Commission montre d'ailleurs aussi que les algorithmes comptent désormais parmi les techniques restrictives de concurrence. Dans l'une de ces affaires, la Commission a par exemple infligé une amende totale de cent onze millions d'euros avant application de la procédure de clémence à Asus, Denon & Marantz, Philips et Pioneer sur le fondement de l'article 101 du TFUE¹⁵³². À cette occasion, la Commission a notamment estimé que « de nombreux détaillants en ligne, y compris les plus grands, recourent à des algorithmes de fixation des prix qui adaptent automatiquement les prix de détail aux prix demandés par les concurrents. De cette façon, les restrictions sur les prix imposées aux détaillants en ligne appliquant des prix peu élevés avaient, de manière générale, un plus large impact sur le niveau général des prix en ligne des produits d'électronique grand public concernés. »¹⁵³³. En plus des ententes, l'étude de l'Autorité de la concurrence et du Bundeskartellamt admet que les algorithmes peuvent contribuer à la caractérisation d'un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE¹⁵³⁴.

1086. Dans la mesure où le contrôle des concentrations a notamment pour objet de prévenir la création et le renforcement d'une position dominante et où les acquisitions tueuses ou globalisantes sur ce type de marché ont pour cibles des entreprises qui recourent à ces outils, la problématique que les algorithmes suscitent semble ainsi pouvoir compter demain parmi les principaux effets attachés à ces opérations de rachat dans le secteur du numérique¹⁵³⁵. Dans sa décision *Apple/Shazam*, la Commission s'est d'ailleurs quelque peu penchée sur les algorithmes couramment utilisés par les entreprises concernées¹⁵³⁶.

¹⁵³¹ À propos des concentrations, les autorités relèvent seulement que contrairement à leurs appréciations des ententes qui pourraient impliquer qu'elles analysent les pratiques actuelles commises par les entreprises en matière d'algorithmes, le contrôle des concentrations repose sur une analyse prospective des effets qu'elles sont susceptibles d'engendrer ; *ibid.* et spécialement, p. 69.

¹⁵³² Commission, 24 juillet 2018, *Asus*, aff. AT.40465 ; Commission, 24 juillet 2018, *Denon & Marantz*, aff. AT. 40469 ; Commission, 24 juillet 2018, *Philips*, aff. AT. 40181 ; Commission, 24 juillet 2018, *Pioneer*, aff. AT. 40182.

¹⁵³³ Commission, 24 juillet 2018, « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige des amendes à quatre fabricants d'électronique grand public pour fixation des prix de revente en ligne », communiqué de presse, IP/18/460.

¹⁵³⁴ Autorité de la concurrence et *Bundeskartellamt*, « *Algorithms and Competition* », *préc.*, et spécialement, pp. 23 et s.

¹⁵³⁵ Et ce, bien que l'Autorité de la concurrence n'y fasse pas davantage référence dans ses lignes directrices de 2020.

¹⁵³⁶ Commission, 6 septembre 2018, *Apple/Shazam*, aff. M.8788, *JOUE* C417, 16 novembre 2018, p. 4, et spécialement, pt 46 not., , obs. O. Billard et G. Fabre, *Chron. sous Commission*, 6 septembre 2018, *Apple/Shazam*, aff. M.8788, *Concurrences*, 2018, n°2, p. 115.

1087. Par ailleurs, s'il est un effet qui a expressément pu être attribué à ces formes d'acquisitions, c'est bien l'effet de réseau qu'elles engendrent¹⁵³⁷. Ainsi, la Commission s'est notamment interrogée à ce propos, dans le cadre de l'examen de l'opération *Facebook/WhatsApp*¹⁵³⁸ dans la mesure où cet effet conduit à écarter les autres concurrents du marché. Saisie sur renvoi, la Commission a estimé à cette occasion que si l'opération conduisait effectivement à un tel effet en raison du rapprochement qu'elle occasionnerait entre les applications mobiles Messenger et WhatsApp, de nombreuses autres applications existaient sur le marché. Elle a en outre relevé que ce secteur se distinguait par des circuits courts à même de dynamiser la concurrence existante, avant de finir par autoriser l'opération.

1088. La décision *Facebook/Whatsapp* présente par ailleurs un intérêt particulier en ce qu'elle a lié la question de la collecte des données personnelles des utilisateurs¹⁵³⁹ aux effets engendrés par cette acquisition. La Commission s'était en effet intéressée à cet aspect une première fois en 2014¹⁵⁴⁰ lors de l'appréciation de l'opération et elle avait estimé, à l'appui des déclarations des entreprises concernées, que l'opération était peu susceptible de soulever des difficultés à cet égard. Elle a dû s'y intéresser une seconde fois en 2017¹⁵⁴¹ en relevant finalement que l'opération était effectivement préoccupante de ce point de vue et donc, qu'une amende devait être infligée à Facebook en raison de la fourniture d'informations erronées. Deux ans plus tard, c'est d'ailleurs aussi sur le terrain de l'utilisation des données personnelles que le Bundeskartellamt a sanctionné Facebook¹⁵⁴².

¹⁵³⁷ L'effet de réseau implique que la valeur du service rendu aux utilisateurs d'une entreprise s'accroît en même temps qu'augmente le nombre de ces utilisateurs (sur la notion d'effet de réseau et pour une analyse plus générale du marché de l'économie digitale du point de vue d'un économiste, v. A. Perrot, « L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste », *AJ contrats d'affaires – concurrence – distribution*, 2016, p. 74).

¹⁵³⁸ Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, *JOUE* C417, 21 novembre 2014, p. 4, obs. O. Billard et G. Fabre, Chron. sous Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, *Concurrences*, 2015, n°2, p. 126 et C. Prieto, « Droit des concentrations », *CCC*, août 2015, n°8-9, chron. 5.

¹⁵³⁹ Le traitement des données personnelles suscite plus largement de nombreux questionnements en droit de la concurrence, y compris sous l'angle des ententes et abus de position dominante ; sur cette question, v. not., L. Arcelin, « Le droit de la concurrence mis à l'épreuve par le numérique », *JCP E*, novembre 2019, n°45, 1493.

¹⁵⁴⁰ Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, préc.

¹⁵⁴¹ Commission, 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.8228, *JOUE* C286, 30 août 2017, p. 6 ; sur ce point, v. aussi nos développements précédents à propos de l'article 14, 1. du règlement « concentrations » (v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre I).

¹⁵⁴² *Bundeskartellamt*, 7 février 2019, « Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources », communiqué de presse.

1089. Les rapports entre utilisation des données personnelles et opération de concentration ont aussi été interrogés dans le cadre de l'opération *Microsoft/LinkedIn* en 2016¹⁵⁴³. Il s'agissait ainsi de déterminer si l'opération pouvait conduire à « monopoliser des données qui doivent faire l'objet d'une concurrence sur le marché »¹⁵⁴⁴. Après les avoir envisagés sous l'angle des effets horizontaux et verticaux, la Commission a ensuite estimé que la protection des données personnelles est « un facteur essentiel d'appréciation de la qualité du service offert » pour les utilisateurs et qu'elle doit ainsi intégrer l'analyse concurrentielle. Or, en l'espèce, l'opération risquait d'entraîner des effets congloméraux en ce sens qu'elle aurait pu conduire à éliminer un concurrent offrant une meilleure protection des données que LinkedIn. L'opération a donc fait l'objet d'une autorisation conditionnelle.

1090. La question des données personnelles semble ainsi quelque peu investir le droit des concentrations et ce, spécifiquement en présence de l'une de ces nouvelles formes d'acquisition. Cette problématique a notamment resurgi en 2018 lors de l'affaire *Apple/Shazam*¹⁵⁴⁵. Pour déterminer qu'en l'espèce, l'acquisition et le partage des données n'étaient pas assez sensibles pour considérer que l'opération était incompatible avec le marché, la Commission a recouru au test des « quatre V »¹⁵⁴⁶. Il s'agissait pour elle de comparer la base de données amenée à être mise à la disposition de la nouvelle entité à celles que ses concurrents exploitent¹⁵⁴⁷. À propos de la décision rendue par la Commission, la Commissaire européenne à la concurrence Margrethe Vestager a d'ailleurs déclaré que « les données sont des

¹⁵⁴³ Commission, 6 décembre 2016, *Microsoft/LinkedIn*, aff. M.8124, obs. E. Ocello et C. Sjödin, « Microsoft/LinkedIn: Big data and conglomerate effects in tech markets », *Competition merger brief*, 2017, n°1, p. 1 ; C. Paulhac, « “Big data” et contrôle des concentrations européen : le cadre d'analyse proposé par la décision Microsoft/LinkedIn », *CCC*, juillet 2017, n°7, alerte 44 et D. Bosco, « Droit des concentrations », *CCC*, août 2017, n°8-9, chron. 4.

¹⁵⁴⁴ Traduction libre de : « we've looked at whether mergers, like Microsoft's takeover of LinkedIn, might let companies monopolise the data that you need to compete » (M. Vestager, « *Defending competition in a digitised world* », discours, 4 avril 2019, disponible à l'adresse suivante : https://wayback.archive-it.org/12090/20191129202059/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/defending-competition-digitised-world_en).

¹⁵⁴⁵ Commission, 6 septembre 2018, *Apple/Shazam*, *préc.*

¹⁵⁴⁶ En référence aux quatre indicateurs commençant par la lettre « v » sur lesquels le test se fonde, à savoir « la variété des données composant la base de données, la vitesse à laquelle les données sont collectées, le volume de la base de données et la valeur économique de ces données. » (Autorité de la concurrence, « *Concurrence & commerce en ligne* », étude, mai 2020, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-06/concurrence_commerce_en_ligne_v2.pdf, et spécialement, pt 85).

¹⁵⁴⁷ Commission, 6 septembre 2018, *Apple/Shazam*, *préc.*, et spécialement, pts 308 et s.

éléments essentiels de l'économie numérique. C'est pourquoi nous devons soigneusement examiner les opérations qui débouchent sur l'acquisition de jeux de données importants, notamment de données potentiellement commercialement sensibles, afin de veiller à ce qu'elles ne restreignent pas la concurrence »¹⁵⁴⁸.

1091. Aussi et dans l'attente du développement de la pratique décisionnelle de la Commission à cet égard, aux côtés des algorithmes, c'est donc également l'utilisation des données personnelles consécutive à ce type d'opérations qui semble prochainement pouvoir intégrer de manière systématique les effets attachés aux acquisitions tueuses ou consolidantes sur le marché du numérique. Le fait d'intégrer la protection des données personnelles dans la grille d'analyse du droit européen des concentrations semble plus largement s'inscrire dans la nouvelle notion de bien-être des consommateurs et en cela, cette admission paraît justifiée¹⁵⁴⁹. Elles sont peu à peu envisagées comme un facteur qui contribuerait à la concentration des marchés, à tel point qu'elles pourraient être assimilées à des « facilités essentielles » dans la mesure où elles seraient un élément nécessaire permettant d'atteindre les consommateurs et un atout pour les entreprises¹⁵⁵⁰. Il reste cependant qu'attribuer à la Commission le soin d'analyser les politiques de protection des données mises en œuvre par les entreprises ne fait pas l'unanimité¹⁵⁵¹.

1092. En résumé, l'analyse de ces opérations peut conduire au constat suivant : elles semblent *a priori* réunir tous les éléments qui devraient en justifier le contrôle par la Commission au titre du droit européen des concentrations. Elles procèdent en effet

¹⁵⁴⁸ Commission, 6 septembre 2018, « Concentrations: la Commission autorise le rachat de Shazam par Apple », Communiqué de presse, IP/18/5662 ; v. aussi en ce sens, M. Vestager, « *Competition and a fair deal for consumers online* », discours, 26 avril 2018, disponible à l'adresse suivante : [https://wayback.archive-](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129211410/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-fair-deal-consumers-online_en)

[it.org/12090/20191129211410/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-fair-deal-consumers-online_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-fair-deal-consumers-online_en).

¹⁵⁴⁹ M. Malaurie-Vignal, « Droit, économie et politique de concurrence. Réflexions à partir de la notion de bien-être du consommateur », *JCP E*, 12 avril 2018, n°15-16, 1187 et spécialement, n°10.

¹⁵⁵⁰ Cette théorie avait été contestée par l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt dans une étude proposée en 2016. Ces autorités nationales de concurrence relativisaient en effet la portée de cet atout en relevant que les plateformes numériques pouvaient accéder assez facilement aux données (Autorité de la concurrence et *Bundeskartellamt*, « Droit de la concurrence et données », mai 2016, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf>). Quatre ans plus tard, le Conseil d'analyse économique en France s'est néanmoins appuyé sur d'autres études pour souligner à nouveau la pertinence de cette approche (Conseil d'analyse économique, « Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard », *Les notes du conseil d'analyse économique*, octobre 2020, n°60, et spécialement, p. 5).

¹⁵⁵¹ C. Paulhac, « "Big data" et contrôle des concentrations européen : le cadre d'analyse proposé par la décision Microsoft/LinkedIn », *CCC*, juillet 2017, n°7, alerte 44.

d'acquisitions régulièrement menées par des entreprises dont certaines appartiennent à des groupes dotés d'importants chiffres d'affaires, moyennant des prix de vente particulièrement élevés ; elles entraînent le changement durable du contrôle de la cible ; elles sont susceptibles d'avoir des effets sur le marché unique. Leurs effets en matière d'algorithmes et de données personnelles pourraient en particulier se révéler prochainement problématiques.

1093. Pourtant, en l'état actuel du droit positif, ces opérations semblent majoritairement échapper au droit européen des concentrations par principe.

Paragraphe 2 : Une opération échappant par principe au contrôle de la Commission

1094. Les acquisitions tueuses ou globalisantes, envisagées sous l'angle proposé précédemment, ne sont majoritairement pas de dimension communautaire par principe au sens du règlement « concentrations ». Leur contrôlabilité peut en particulier être analysée à l'appui d'une typologie (A.).

1095. Certaines opérations finissent en effet par être appréciées par la Commission par le biais du dispositif de renvoi. Dans son discours prononcé le 11 septembre 2020, Margrethe Vestager reconnaissait que certaines opérations échappaient au contrôle européen des concentrations et annonçait l'adoption d'un projet reposant sur l'adoption d'un nouveau mécanisme de renvoi. Il s'agirait pour la Commission d'accepter des demandes de renvoi émises par les autorités nationales de concurrence au vu de la dimension potentiellement communautaire de l'opération considérée et ce, que ces autorités disposent ou non de la compétence d'en apprécier les effets selon leurs règles nationales habituelles. Elle déclarait néanmoins qu'un tel changement ne pourrait se produire avant le milieu de l'année 2021¹⁵⁵².

1096. Aussi semble-t-il nécessaire de se demander si le mécanisme de renvoi constitue ou non, en soi, un palliatif suffisant à l'exclusion de principe de ces opérations du champ d'application du règlement (B.).

¹⁵⁵² M. Vestager, « *The future of EU merger control* », discours, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, 11 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en. En France, l'Autorité de la concurrence a salué cette initiative (Autorité de la concurrence, « *L'Autorité se félicite de l'annonce de la Commission européenne, qui acceptera désormais que les autorités nationales de concurrence puissent lui renvoyer pour examen des opérations de concentration sensibles, y compris lorsqu'elles ne sont pas soumises au contrôle national* », 15 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-se-felicite-de-lannonce-de-la-commission-europeenne-qui-acceptera>).

A. Une opération en marge du système de seuils

1097. Le système de seuils institué par le règlement « concentrations » implique d'exclure les acquisitions prédatrices ou consolidantes de son champ d'application *ab initio* (1). Ce constat implique que des opérations pourtant susceptibles d'entraîner des effets sur le marché se trouvent dans des situations distinctes. Une typologie, qui prend appui sur des opérations conclues sur le marché du numérique, peut être proposée dans ce cadre (2).

1) Principe

1098. Les acquisitions tueuses ou globalisantes semblent s'inscrire en marge des erreurs traditionnellement attribuées au contrôle européen des concentrations¹⁵⁵³, à savoir d'un côté, les faux positifs (dits aussi « erreurs de type I ») désignant les cas dans lesquels l'opération aurait dû être autorisée mais où elle est finalement interdite et de l'autre, les faux négatifs (dits aussi « erreurs de type II ») relatifs aux hypothèses dans lesquelles l'opération devrait être interdite alors qu'elle est autorisée¹⁵⁵⁴. En effet, la question soulevée par ces acquisitions ne s'attache pas tant à la décision finale de l'autorité mais davantage à leur simple intégration dans le champ d'application du droit européen des concentrations.

1099. Or, en l'état actuel du droit, le système de seuils de chiffres d'affaires posé par le règlement « concentrations » tend à exclure ces opérations de son champ d'application. Le principe de ces opérations repose sur le fait d'obtenir le contrôle matériel de cibles naissantes et dotées de faibles chiffres d'affaires. L'activité même de l'entreprise objet de l'acquisition justifie régulièrement la faiblesse de ses résultats financiers : comme l'étude l'a précédemment montré, ces entités cherchent à obtenir des profits d'une autre nature et ce, notamment dans l'attente de faire l'objet d'un rachat.

¹⁵⁵³ Relevons toutefois que d'autres types d'erreurs ont pu être attribués au contrôle des concentrations au vu des problèmes d'asymétrie informationnelle qu'il soulève à plusieurs égards. Les erreurs de type I peuvent ainsi consister dans le fait de frapper une opération de concentration d'interdiction alors qu'elle serait profitable au surplus social. Les erreurs de type II résident à l'inverse dans le fait d'autoriser une opération alors qu'elle nuit à la collectivité. Les erreurs de type III visent ensuite les cas dans lesquels le contrôle impose des coûts excessifs aux parties (A. A. Fisher et R. H. Lande, « Efficiency Considerations in Merger Enforcement », *California Law Review*, 1983, vol. 71, n° 6, p. 1582).

¹⁵⁵⁴ F. Lévêque, « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis : Lequel est le plus sévère », *Concurrences*, 2005, n°2, p. 20 ; L. Arcelin, « Le droit de la concurrence mis à l'épreuve par le numérique », *JCP E*, novembre 2019, n°45, 1493.

1100. En raison des effets qu'elles occasionnent, ce type d'opérations pourrait éventuellement être de dimension communautaire si le règlement « concentrations » s'attachait par exemple au seul chiffre d'affaires total réalisé par les groupes concernés ou au seul montant réalisé par l'un d'eux. La difficulté réside non pas dans l'appréhension du chiffre d'affaires réalisé par l'acquéreur et son groupe mais bien dans le fait que le règlement impose que la cible et son groupe éventuel réalisent aussi certains chiffres d'affaires¹⁵⁵⁵. Au sein des États membres, une problématique similaire peut parfois se poser, étant rappelé que la plupart des contrôles nationaux des concentrations fait également appel à ce type d'indicateurs pour en fonder le déclenchement¹⁵⁵⁶.

1101. C'est ainsi que dans le secteur pharmaceutique, où les acquisitions tueuses sont en particulier fréquentes, des transactions ont échappé au droit européen des concentrations, y compris au droit des États membres faute pour les entreprises concernées d'avoir atteint les seuils de chiffres d'affaires requis par ces diverses législations. Pourtant, le montant de ces transactions s'élevait à plusieurs milliards d'euros et les opérations étaient susceptibles de produire des effets au sein du marché unique puisqu'au moins l'une des parties en cause exerçait son activité dans le monde entier, États de l'Union compris. Pourtant, ces opérations ont tout au plus relevé de la compétence de la FTC nord-américaine¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵⁵ V. Annexe n°1 : Schéma des seuils édictés par l'article 1 du règlement (CE) n°139/2004 et *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1 ; le règlement « concentrations » vise en effet la situation individuelle de chaque « entreprise concernée » dans plusieurs dispositions : art. 1, 2., b) ; 1, 2., al. 4 ; 1, 3., b) ; 1, 3., c) ; 1, 3., d) et 1, 3., al. 6.

¹⁵⁵⁶ V. Annexe n°2 : Panorama des seuils de contrôlabilité édictés par les législations nationales et *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2.

¹⁵⁵⁷ Bien que la FTC ait autorisé ces opérations, le cas reste néanmoins notable, par exemple, de l'acquisition de Pharmacyclics par Abbvie pour un montant de 21 milliards de dollars qui a été autorisée à l'issue du délai d'examen requis par le Hart-Scott Rodino Act (Abbvie, « AbbVie Announces Expiration of Hart-Scott-Rodino Waiting Period for AbbVie's Acquisition of Pharmacyclics », communiqué de presse, 22 mai 2015, disponible à l'adresse suivante : <https://news.abbvie.com/news/abbvie-announces-expiration-hart-scott-rodino-waiting-period-for-abbvies-acquisition-pharmacyclics.htm>). Dans le cadre de l'acquisition de Diax par Shire, la problématique était similaire, à la différence que la FTC a autorisé l'opération avant l'écoulement de ce même délai sur requête des parties (procédure dite des « early termination notices » ; FTC, 2 décembre 2015, *Shire plc ; Dyax Corp.*, n°20160333). Relevons par ailleurs que les secteurs pharmaceutique et digital ne sont pas nécessairement distincts : au contraire, les acquisitions affectant ces deux marchés se sont multipliées ces dernières années selon la Commission. La plus importante de ces opérations dans le secteur de l'intelligence artificielle a consisté dans l'acquisition de la start-up américaine spécialisée dans l'étude sur le cancer Flatiron Health par l'entreprise pharmaceutique suisse Roche en 2018 (Commission, « *Commission staff working document. Single Market Performance Report 2019.* », 19 décembre 2019, SWD(2019) 444 final et spécialement, p. 45). Cette opération, conclue moyennant 1,9 milliards de dollars (R. Bloch, « Roche rachète Flatiron, une pépite dans la lutte contre

1102. Une analyse similaire peut être effectuée à propos des opérations conclues sur le marché du numérique : la plupart des acquisitions tueuses ou consolidantes a échappé au droit européen des concentrations en raison de la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par la cible.

2) Exemples d'opérations sur le marché du numérique et essai de typologie

1103. Il ne s'agit pas d'affirmer que toutes les opérations de concentration conclues sur le marché du numérique n'ont pas été qualifiées de communautaires *ab initio* au sens du règlement « concentrations ». Cette affirmation serait surprenante, tant « le numérique crée une tendance naturelle à la concentration »¹⁵⁵⁸. Dès lors, des opérations comme *Microsoft/Skype*, *Microsoft/Nokia*, *Microsoft/Yahoo*, *Oracle/Sun Microsystems* et *Microsoft/LinkedIn* ont par exemple conduit à la saisine de la Commission de plein droit.

1104. Cependant, l'acquisition de Skype s'est produite près d'une dizaine d'années après sa constitution et l'opération a été qualifiée de justesse de communautaire, à la faveur de la seconde série de seuils instituée par l'article 1, 3. du règlement¹⁵⁵⁹. L'atteinte de cette seconde série de seuils explique aussi que la Commission ait été compétente pour apprécier l'opération *Microsoft/Yahoo*¹⁵⁶⁰.

1105. La première série de seuils a justifié la compétence de la Commission pour les opérations *Microsoft/Nokia*¹⁵⁶¹, *Oracle/Sun Microsystems*¹⁵⁶² et *Microsoft/LinkedIn*¹⁵⁶³. Il reste que l'acquisition de LinkedIn a eu lieu presque quinze ans après sa création et au moment de la conclusion de l'opération, celle-ci réalisait déjà plusieurs milliards d'euros de chiffre d'affaires¹⁵⁶⁴. Sun Microsystems existait pour sa part depuis les années 1980, était cotée en bourse et réalisait aussi plusieurs milliards d'euros de

le cancer », *Les Échos*, 16 février 2018) n'a semble-t-il fait l'objet d'aucun contrôle européen des concentrations.

¹⁵⁵⁸ Conseil d'analyse économique, « Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard », *Les notes du conseil d'analyse économique*, octobre 2020, n°60, et spécialement, p. 2.

¹⁵⁵⁹ Commission, 7 octobre 2011, *Microsoft/Skype*, aff. M.6281, JOUE C341, 22 novembre 2011, p. 3, et spécialement, pts 5 et 6.

¹⁵⁶⁰ Commission, 18 février 2010, *Microsoft/Yahoo ! Search Business*, aff. M.5727, et spécialement, pts 27 et 28.

¹⁵⁶¹ Commission, 4 décembre 2013, *Microsoft/Nokia*, aff. M.7047, JOUE C44, 15 février 2014, p. 1.

¹⁵⁶² Commission, 21 janvier 2010, *Oracle/Sun Microsystems*, aff. M.5529, JOUE C91, 9 avril 2010, p. 7.

¹⁵⁶³ Commission, 6 décembre 2016, *Microsoft/LinkedIn*, aff. M.8124.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, et spécialement, pt 6.

chiffre d'affaires notamment grâce à la technologie Java qu'elle fournissait¹⁵⁶⁵. Nokia a quant à elle été constituée dans les années 1960 et au moment de l'acquisition d'une partie substantielle de ses actifs par Microsoft, elle réalisait aussi plusieurs milliards d'euros de chiffres d'affaires¹⁵⁶⁶.

1106. L'intégration de toutes ces opérations dans la catégorie des acquisitions tueuses ou consolidantes, telle que présentée précédemment, peut ainsi être discutée : pour toutes ces opérations, des forts chiffres d'affaires pouvaient être attribués aux cibles. Or, la recherche prioritaire de profits financiers paraît parfois s'inscrire quelque peu en marge des opérations dont il a été fait état précédemment. Les cibles réalisent en effet peu de chiffre d'affaires, voire aucun, au moment de la conclusion de l'acquisition. Qui plus est, la qualité de « start-up » pour des entreprises comme Nokia, Sun Microsystems ou LinkedIn au moment de la conclusion des diverses opérations dont elles ont fait l'objet ne semble pas non plus s'imposer avec force.

1107. Lorsque l'opération semble davantage correspondre à la qualification d'acquisition tueuse ou consolidante, il ressort de l'analyse menée que trois types de situations peuvent se produire : l'opération en cause ne fait l'objet d'aucun contrôle (a), l'opération concernée fait l'objet seulement de contrôles nationaux des concentrations (b) ou l'acquisition finit par être appréciée par la Commission grâce aux mécanismes de renvois édictés par le règlement « concentrations » (c).

a) Exemples du premier type d'opérations : les acquisitions tueuses ou consolidantes non contrôlées

1108. De nombreuses acquisitions prédatrices ou globalisantes paraissent avoir échappé à tout contrôle des concentrations au sein de l'Union et ce, en dépit de montants de transactions particulièrement élevés. Tel semble être le cas notamment de l'opération *Google/YouTube* précédemment évoquée.

1109. Il semble encore que ce soit le constat qui doit être opposé aux acquisitions auxquelles l'entreprise japonaise Rakuten se livre presque chaque année depuis 2010. Ainsi, après avoir acquis en 2011 la société canadienne Kobo spécialisée dans les livres numériques pour trois cent quinze millions de dollars¹⁵⁶⁷, Rakuten a par

¹⁵⁶⁵ Commission, 21 janvier 2010, *Oracle/Sun Microsystems, préc.*, et spécialement, pts 3 et 6.

¹⁵⁶⁶ Commission, 4 décembre 2013, *Microsoft/Nokia, préc.*, et spécialement, pt 5.

¹⁵⁶⁷ A. Martell, « Kobo sold to Japan's Rakuten for \$315 million », *Reuters*, 8 novembre 2011.

exemple pris le contrôle ensuite de Viber Media en 2014 qui édite des applications pour smartphones moyennant neuf cents millions de dollars¹⁵⁶⁸.

1110. La contrôlabilité éventuelle de ces opérations en raison de leurs effets sur le marché pourrait pourtant interroger : Rakuten réalise plusieurs milliards d'euros de chiffre d'affaires à travers le monde chaque année ; ces opérations entraînent le changement durable du contrôle des cibles ; elles tendent à l'acquisition d'entreprises qui exercent leurs activités au sein du marché unique. Davantage, le montant des transactions atteint souvent des sommets.

1111. D'autres opérations ont pour leur part fait l'objet de contrôles nationaux, faute d'atteindre les seuils requis par le règlement « concentrations ».

b) Exemples du second type d'opérations : les acquisitions tueuses ou consolidantes contrôlées par des autorités nationales de concurrence

1112. Les concentrations *Facebook/Instagram*, *Google/Waze*, ou encore *Google/Looker* ont, par exemple, échappé au contrôle de la Commission au sens de l'article 1 du règlement « concentrations » faute d'avoir atteint les seuils édictés par celui-ci. À la différence des précédentes cependant, elles ont fait l'objet de contrôles nationaux des concentrations.

1113. Tel a, en premier lieu, été le cas en Grande-Bretagne dans le cadre de l'affaire *Facebook/Instagram*, laquelle a par ailleurs été soumise à l'appréciation de la FTC nord-américaine¹⁵⁶⁹.

1114. En vertu de l'article 23 de l'Enterprise Act de 2002, le contrôle anglais est en effet susceptible d'être exercé si les parties atteignent certains seuils de chiffres d'affaires et cessent d'être d'indépendantes¹⁵⁷⁰ ou si elles cessent d'être indépendantes l'une de l'autre et que des seuils de parts de marché sont atteints¹⁵⁷¹. Certes, au moment de l'acquisition, Facebook avait engrangé 3,7 milliards de dollars de chiffre d'affaires au 31 décembre 2011 et conclu l'opération moyennant le paiement de trois cents millions de dollars. Cependant, dans la mesure où Instagram

¹⁵⁶⁸ C.-R. Kim, « Japan's Rakuten buys chat app Viber for \$900 million to expand digital empire », *Reuters*, 14 février 2014.

¹⁵⁶⁹ *Office of Fair Trading*, 14 août 2012, *Facebook/Instagram*, ME/5525/12 ; l'opération a par ailleurs été appréciée outre-atlantique : *FTC*, 22 août 2012, « *FTC Closes Its Investigation Into Facebook's Proposed Acquisition of Instagram Photo Sharing Program* », communiqué de presse.

¹⁵⁷⁰ Enterprise Act, art. 23, (1).

¹⁵⁷¹ Enterprise Act, art. 23, (2), (3) et (4).

n'avait, au moment de l'opération, réalisé aucun chiffre d'affaires¹⁵⁷², l'acquisition n'était pas susceptible de contrôle par l'OFT pour les mêmes raisons qu'elle ne l'était pas par la Commission européenne. En revanche, l'autorité anglaise, en relevant que Facebook détenait 25% de parts du marché concerné et que l'opération était susceptible d'augmenter encore ses parts, a pu considérer que l'opération entraînait effectivement dans le champ du contrôle britannique¹⁵⁷³. À l'issue de son analyse, l'OFT a ainsi estimé que le renvoi de l'affaire devant la Competition Commission n'était pas nécessaire au sens de l'article 33, (1) de l'Enterprise Act dans la mesure où l'opération n'était pas susceptible de réduire la concurrence de manière significative sur le marché.

1115. En second lieu, tout en relevant le probable « retour sur investissement » que causerait l'opération, c'est à l'appui d'un raisonnement similaire que l'OFT s'est aussi saisie de l'opération *Google/Waze*¹⁵⁷⁴. L'opération consistait en effet dans l'acquisition par Motorola, filiale de Google, de l'entreprise israélienne Waze spécialisée dans la fourniture d'application mobile de navigation moyennant la somme de neuf cent soixante-six millions de dollars. Les entreprises concernées tentaient de faire valoir que l'opération devait échapper au contrôle dans la mesure où la fourniture de ce type de biens se faisait à titre gratuit et par conséquent, qu'elles ne se livraient pas à une activité économique, condition pourtant nécessaire pour l'exercice du contrôle. L'OFT a rejeté ces arguments au moyen d'une interprétation assez audacieuse : en se fondant sur l'article 129 de l'Act qui pose diverses définitions, l'OFT a estimé qu'une activité économique au sens de l'Act impliquait qu'elle soit réalisée aux fins de l'obtention de bénéfices ou d'avantages mais qu'en aucun cas, celui-ci n'imposait que ces profits ou avantages soient actuels. Il était seulement nécessaire que l'activité soit menée dans ce but. En relevant en plus que les parties réalisaient par ailleurs certains chiffres d'affaires et que les seuils de parts de marché requis par l'Act étaient atteints, l'OFT a ainsi pu délivrer une autorisation à l'opération à l'issue de son contrôle.

1116. Enfin, c'est aussi le droit anglais des concentrations qui a été appliqué à l'opération *Google/Looker*. Après l'avoir l'autorisée à l'issue d'un examen minutieux¹⁵⁷⁵, la Competition and Markets Authority¹⁵⁷⁶ a d'ailleurs pris soin de

¹⁵⁷² Pour les chiffres, v. *Office of Fair Trading*, 14 août 2012, *Facebook/Instagram*, préc., et spécialement, pts 1 à 3.

¹⁵⁷³ Cette condition figure à l'article 23, (3) de l'Enterprise Act pour la fourniture de biens et à l'article 23, (4) de l'Enterprise Act pour la fourniture de services.

¹⁵⁷⁴ *Office of Fair Trading*, 11 novembre 2013, *Motorola Mobility Holding (Google, Inc.)/Waze Mobile Limited*, aff. ME/6167/13.

¹⁵⁷⁵ *Competition and Markets Authority*, 13 février 2020, *Google LLC/Looker Data Sciences*, ME/6839/19.

relever que l'examen des opérations de concentration sur le marché du numérique constituait un « élément clé » du programme détaillant la politique de concurrence anglaise dans ce secteur¹⁵⁷⁷.

1117. Ces trois affaires semblent porteuses de divers enseignements, en dépit des difficultés que les autorités britanniques ont également rencontrées lors de leur appréciation¹⁵⁷⁸.

1118. En effet, si le droit anglais, contrairement au droit européen des concentrations, a eu vocation à être appliqué, ce n'est pas parce que les seuils de chiffres d'affaires britanniques, en ce qu'ils sont prévus pour appréhender des opérations de dimension nationale, sont quantitativement plus faibles que ceux prévus par le règlement « concentrations » pour les concentrations de dimension communautaire. Les raisons peuvent être trouvées ailleurs et résulter d'une conjonction de facteurs.

1119. D'une part, contrairement au droit européen des concentrations, l'Act prévoit en plus d'un système de seuils reposant sur le chiffre d'affaires, un dispositif s'appuyant sur des seuils exprimés en parts de marché sans requérir que les parties à l'opération les détiennent au moment de la conclusion de l'opération.

1120. D'autre part, les autorités anglaises ont interprété l'Act de telle sorte que l'activité économique, condition constitutive du contrôle, n'implique pas la réalisation d'un chiffre d'affaires actuel : la seule perspective d'un gain est suffisante.

1121. Ce type d'approches semble ainsi à même d'intégrer au sein du contrôle les acquisitions menées en particulier par les GAFAM qui détiennent effectivement des parts de marché conséquentes, tout en dépassant les conceptions traditionnelles des résultats obtenus ou amenés à être réalisés par les cibles.

1122. Dans ces conditions, le droit européen des concentrations paraît se trouver enserré dans ses propres définitions : celles-ci conduisent à exclure du contrôle des

¹⁵⁷⁶ Il est précisé que les attributions de l'OFT et de la *Competition Commission* ont été confiées à la nouvelle *Competition and Markets Authority* à compter du 1^{er} avril 2014 par l'effet de l'Enterprise and Regulatory Reform Act de 2013 (J. Passa, *Fasc. 50-20 : Panorama des droits étrangers*, JCI Concurrence-Consommation, 28 novembre 2014).

¹⁵⁷⁷ *Competition and Markets Authority*, 13 février 2020, « Deal between Google and Looker given the go-ahead », communiqué de presse.

¹⁵⁷⁸ Ces difficultés ont été soulignées avec force dans le rapport Lear de 2019 (Lear – Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione, « *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets. Final report. Document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority* », 9 mai 2019).

opérations pourtant susceptibles d'avoir des effets sur le marché unique et donc à s'écarter, si ce n'est contredire, les objectifs qui lui sont attribués.

1123. D'autres *killer acquisitions* ont, enfin, certes fait l'objet d'un contrôle par la Commission mais uniquement grâce à la procédure de renvoi.

c) Exemples du troisième type d'opérations : les acquisitions tueuses ou consolidantes contrôlées par la Commission sur renvoi

1124. Comme l'étude l'a précédemment montré, les opérations *Facebook/WhatsApp* et *Apple/Shazam* ont notamment échappé à la compétence de la Commission *ab initio*, faute pour les entreprises concernées d'avoir atteint l'ensemble des seuils édictés par le règlement « concentrations ». Ces opérations, comme d'autres, ont cependant été appréciées par la Commission *in fine* par l'effet des mécanismes de renvoi institués par le règlement.

1125. Ainsi, la Commission a finalement pu s'emparer de l'opération *Apple/Shazam* en 2018 pour deux raisons seulement. L'opération entrait dans le champ d'application du contrôle autrichien. L'Autriche, sur le fondement de l'article 22, 1. du règlement et rejointe ultérieurement par la France, l'Islande, la Norvège, l'Espagne et la Suède, a sollicité le renvoi de l'affaire auprès de la Commission¹⁵⁷⁹.

1126. De même, c'est également en raison des seuils institués par le règlement « concentrations » que la Commission n'a pas été saisie *ab initio* de l'affaire *Facebook/WhatsApp* conclue pour un montant de dix-neuf milliards de dollars¹⁵⁸⁰, avant qu'elle ne donne lieu au prononcé d'une amende de cent dix millions d'euros pour fourniture de renseignements dénaturés¹⁵⁸¹. Ce n'est que parce que les parties ont requis le renvoi de l'affaire devant la Commission par application de l'article 4, 5. du règlement que l'opération a finalement été appréciée au niveau européen¹⁵⁸².

1127. Plusieurs opérations dont les coûts de transaction s'élevaient à plusieurs milliards d'euros ou de dollars ont suscité des problématiques similaires à celles rencontrées dans *Facebook/WhatsApp* et ont fait l'objet d'un renvoi à la demande des parties. Tel a par exemple été le cas de l'acquisition par Nokia, fabricant de téléphonie mobile, de Navteq, spécialisée dans la fourniture de bases de données

¹⁵⁷⁹ Commission, 6 septembre 2018, *Apple/Shazam*, aff. M.8788, JOUE C417, 16 novembre 2018, p. 4.

¹⁵⁸⁰ Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, JOUE C417, 21 novembre 2014, p. 4.

¹⁵⁸¹ À propos de la décision portant sur cette sanction v. nos développements *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre I ; Commission, 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.8228, JOUE C286, 30 août 2017, p. 6.

¹⁵⁸² Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, *préc.*

utilisées dans les appareils de navigation en 2008. Navteq n'atteignant pas les seuils de chiffres d'affaires institués par le règlement « concentrations », l'opération n'était pas réputée de dimension communautaire. Néanmoins, comme celle-ci était susceptible d'affecter le territoire d'onze États membres, les parties ont sollicité le renvoi de leur affaire auprès de la Commission dans les conditions de l'article 4, 5.¹⁵⁸³. De même, dans le cadre de l'opération *TomTom/Tele Atlas*, faute d'atteindre les seuils institués par le règlement « concentrations », la Commission n'a été compétente pour l'apprécier que par l'effet de ce même article, dans la mesure où celle-ci risquait d'affecter le territoire de quatre États membres¹⁵⁸⁴. L'affaire *Google/DoubleClick*, dont le montant de la transaction s'élevait à plus de trois milliards de dollars, a également fait l'objet de la même procédure, pour les mêmes raisons et alors qu'elle était susceptible d'affecter le territoire de cinq États membres¹⁵⁸⁵. Encore, la Commission a été compétente dans les mêmes circonstances dans le cadre de l'opération *Cisco/Tandberg*¹⁵⁸⁶ et *Lenovo/Motorola Mobility*¹⁵⁸⁷.

1128. Dans ce contexte, le règlement « concentrations » empêche en lui-même que les acquisitions tueuses ou globalisantes fassent l'objet d'un contrôle de plein droit par la Commission. Certaines sont vouées à ne faire l'objet d'aucun contrôle. D'autres sont appréciées par certaines autorités nationales de concurrence, lorsque leur législation de rattachement leur offre la souplesse d'appréciation nécessaire. D'autres enfin font finalement l'objet d'un contrôle par la Commission, grâce au mécanisme de renvoi. De ce dernier point de vue, le droit européen des concentrations ne semble donc pas pleinement démuné face aux acquisitions prédatrices ou globalisantes. Il semble par conséquent utile d'analyser la pertinence du secours offert par les mécanismes de renvoi.

B. Le mécanisme de renvoi, un palliatif suffisant ?

1129. Le fait que des opérations échappent au droit européen des concentrations en dépit de leurs effets sur le marché semble menacer la cohérence substantielle du contrôle. En ce sens, il n'est pas surprenant que la Commission, comme les autorités nationales de concurrence, s'intéressent à l'adéquation des outils mis à leur disposition.

¹⁵⁸³ Commission, 2 juillet 2008, *Nokia/Navteq*, aff. M.4942, JOUE C13, 20 janvier 2009, p. 8.

¹⁵⁸⁴ Commission, 14 mai 2008, *TomTom/Tele Atlas*, aff. M.4854, JOUE C237, 16 septembre 2008, p. 8.

¹⁵⁸⁵ Commission, 11 mars 2008, *Google/DoubleClick*, aff. M.4731, JOUE C184, 22 juillet 2008, p. 10.

¹⁵⁸⁶ Commission, 29 mars 2010, *Cisco/Tandberg*, aff. M.5669.

¹⁵⁸⁷ Commission, 26 juin 2014, *Lenovo/Motorola Mobility*, aff. M.7202, JOUE C260, 9 août 2014, p. 5.

1130. L'annonce de Margrethe Vestager portant sur la création d'un nouveau dispositif de renvoi peut être comprise en ce sens et paraît reposer sur l'expérience précédemment exposée qui montre que certaines opérations ont pu être appréciées par la Commission grâce à ce type de mécanismes¹⁵⁸⁸.

1131. Convient-il néanmoins de confirmer le bien-fondé de ce type de système et de l'enrichir ?

1132. Nous ne le pensons pas. Le fait que les acquisitions précédemment évoquées aient été appréciées par la Commission uniquement sur renvoi montre, en plus de l'éventuelle inadéquation du système de seuils à ce type d'opérations, les conséquences regrettables que les dispositions propres au contrôle européen des concentrations entraînent sur les États et les entreprises concernées. Cet état du droit et des pratiques révèle plus généralement les limites du contrôle des concentrations organisé au sein du marché unique.

1133. Il convient au préalable de rappeler les grands principes qui gouvernent ces mécanismes de renvoi pour s'en convaincre.

1134. Dans ce cadre, lorsque l'opération n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1 du règlement, faute donc d'atteindre les seuils exigés, l'opération relève de la compétence des autorités nationales de concurrence. Or, en pareil cas et lorsque l'opération affecte le territoire d'au moins trois États membres, l'article 4, 5. du règlement ouvre aux parties le droit de solliciter le renvoi de leur affaire auprès de la Commission, à l'appui d'un mémoire motivé et avant sa notification. Il s'agit de l'hypothèse de renvoi mise en œuvre dans certaines des affaires précitées, à l'image de *Facebook/WhatsApp*. En pareil cas, le règlement prévoit qu'une fois que le mémoire a été transmis sans délai par la Commission à tous les États membres, ceux-ci disposent d'un délai de quinze jours à compter de sa réception pour statuer sur la recevabilité de la demande, leur silence valant acceptation.

1135. Ce n'est qu'à la condition que tous les États aient exprimé leur accord, ou n'aient, au moins, pas manifesté de désaccord, que l'affaire est effectivement renvoyée à la Commission. Une telle procédure s'inscrit au demeurant parmi les mécanismes de renvoi prévus par le règlement, que ceux-ci soient à l'initiative des

¹⁵⁸⁸ M. Vestager, « *The future of EU merger control* », discours, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, 11 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en.

parties¹⁵⁸⁹ ou des États¹⁵⁹⁰, outre l'exercice des compétences résiduelles dont ceux-ci disposent dans certains cas précis¹⁵⁹¹.

1136. Dans l'affaire *Apple/Shazam*, ce sont d'ailleurs les États et non les parties qui ont requis le renvoi de l'opération auprès de la Commission. L'article 22 du règlement « concentrations », autrement qualifié de « clause hollandaise » en hommage à l'État auteur de son introduction¹⁵⁹², leur offre en effet cette faculté dès lors que l'opération qui n'atteint pas les seuils institués par l'article 1^{er} du règlement « affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande »¹⁵⁹³. Cette demande, qui a un effet suspensif pour les contrôles nationaux en cours, doit également être présentée dans un délai de quinze jours ouvrables à compter de la notification de l'opération ou de sa communication à l'État concerné lorsqu'aucune notification n'est requise. À la réception de la demande, la Commission est tenue d'en informer les États affectés par l'opération et les entreprises concernées, ceci dans le but de permettre aux États de se joindre à la demande dans un délai de quinze jours ouvrables. La Commission dispose ensuite d'un délai de dix jours pour décider d'examiner ou non l'opération si elle estime que les conditions sont remplies, son silence valant acceptation de la demande. Elle doit ensuite informer les États membres et les entreprises concernées de sa décision, éventuellement en requérant qu'une notification supplémentaire lui soit adressée.

1137. Qu'ils soient à l'initiative des entreprises concernées ou des États, les dispositifs de renvoi facilitent certes la coopération entre autorités de concurrence, ce qui contribue à rendre le contrôle des concentrations plus efficace au sein du marché unique¹⁵⁹⁴.

1138. D'autres aspects inhérents à ces mécanismes semblent cependant devoir être analysés pour apprécier pleinement leur opportunité.

¹⁵⁸⁹ Et ce, que l'opération soit ou non de dimension communautaire, en vertu des procédures instituées par l'article 4, 4. et 4, 5.

¹⁵⁹⁰ Règlement « concentrations », art. 22 ; il est précisé que la Commission dispose d'une faculté réciproque de renvoi auprès des autorités nationales de concurrence dans les conditions de l'article 9 du règlement.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, art. 21, 4.

¹⁵⁹² F. Brunet et P. Geffriaud, « La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale ? », *LegiCom*, 2004, n°1, p. 49.

¹⁵⁹³ Règlement « concentrations », art. 22, 1.

¹⁵⁹⁴ L. Idot, « Dix-huit mois d'application du droit de la concurrence - . - Janvier 2017-Juin 2018 », *Europe*, octobre 2018, n°10, étude 7 et spécialement, n°30.

1139. L'affaire *Facebook/WhatsApp*, comme celles qui ont également fait l'objet d'un renvoi à la demande des parties, tend à montrer les conséquences pratiques qui se seraient produites en l'absence de renvoi : si les parties n'avaient pas entendu faire application de la possibilité qui leur était offerte par l'article 4, 5. du règlement « concentrations », elles se seraient trouvées dans l'obligation de soumettre leur opération à l'examen de plusieurs autorités nationales de concurrence. Il peut donc en être raisonnablement déduit que la saisine de la Commission a, avant tout, découlé de la volonté des parties d'éviter d'être confrontées à un système de pluri-notifications et à l'exercice de plusieurs contrôles nationaux de leur opération. Soumettre leur transaction à l'examen de la Commission présentait ainsi l'intérêt que celle-ci soit appréciée dans des délais plus restreints, à l'appui d'une seule procédure menée par un guichet unique et à moindres coûts.

1140. Le renvoi opéré dans le cadre de l'affaire *Apple/Shazam* ne saurait davantage surprendre. Si ce mécanisme a été institué à l'origine pour permettre aux États dépourvus de contrôle des concentrations de transmettre l'opération à la Commission¹⁵⁹⁵, il a bien été maintenu dans le règlement « concentrations » alors même que tous les États membres, à l'exception du Luxembourg, avaient entre temps adopté un contrôle national des concentrations. En d'autres termes, cette affaire est une illustration d'une faculté qui a été historiquement confiée aux États.

1141. Faut-il pour autant déduire de l'ensemble de ces affaires que la Commission retrouve mécaniquement sa compétence par l'effet du règlement « concentrations », y compris pour les opérations qui n'appellent pas, par principe, son intervention ? Il paraît difficile de répondre par l'affirmative à cette interrogation pour plusieurs raisons.

1142. D'abord, les demandes de renvoi à l'initiative des États semblent devoir rester ponctuelles. Le contrôle européen des concentrations, comme les contrôles nationaux, reposent en effet sur des impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité de la norme. Or, par leur caractère dérogoire, ces renvois conduisent à modifier le

¹⁵⁹⁵ Cette faculté avait été demandée par les Pays-Bas, ce qui a conduit à qualifier cet article de « clause hollandaise » ou « *dutch clause* ». Réciproquement, le fait que l'article 9 du règlement « concentrations » permette à un ou plusieurs États de solliciter le renvoi devant lui d'une opération de dimension communautaire en raison des effets que celle-ci serait susceptibles d'entraîner sur le territoire nationale ou une partie substantielle de celui-ci, est qualifié de « clause allemande » ou « *german clause* » en référence à ses inspirateurs (B. E. Hawk, « The EEC merger regulation : the first step toward one-stop merger control », *Antitrust Law Journal*, mars 1990, vol. 59, n°1, p. 195).

contrôle institutionnel auquel les entreprises concernées peuvent raisonnablement s'attendre.

1143. Davantage, la nécessité d'ouvrir ces demandes aux États qui ne sont pas concernés par une opération de concentration a été défendue¹⁵⁹⁶ avant que Margrethe Vestager ne l'évoque dans son discours précité¹⁵⁹⁷. Cependant, il ne nous semble pas que ce type d'extension serait opportun. En effet, s'il s'agissait d'admettre que tout État puisse solliciter le renvoi d'une opération devant la Commission alors même que le droit national n'a pas vocation à s'appliquer, cela pourrait conduire à ce que des opérations qui n'ont pas été notifiées, faute d'atteinte des seuils, fassent finalement l'objet d'un contrôle, voire qu'une pratique éventuelle de *gun jumping* soit reprochée aux parties. L'adoption complémentaire de simples lignes directrices ne semble pas à même d'apaiser les menaces qu'une telle mesure pourrait faire peser sur la transparence et la prévisibilité de la norme, en plus de la sécurité juridique des groupes concernés par l'opération¹⁵⁹⁸.

1144. Ensuite, le pragmatisme qui peut être attribué aux entreprises à l'origine de la demande de renvoi, telles Facebook et WhatsApp, n'est qu'une interprétation à laquelle il est possible de parvenir au vu des procédures européennes et nationales en vigueur mais elle n'est pas confirmée par les parties concernées, celles-ci ne s'étant pas, à notre connaissance, prononcées sur le sujet pour expliciter leur choix.

¹⁵⁹⁶ Et ce, au sein même de la Commission en s'appuyant sur une interprétation de la lettre de l'article 21 ; c'est en effet ce qui résulte de S. A. Ryan, « The revised system of case referral under the Merger Regulation: experiences to date », *Competition Policy Newsletter*, n°3, automne 2005, p. 38, et spécialement, p. 42). De même, dans sa consultation publique de 2017, l'Autorité de la concurrence en France envisageait comme « piste d'évolution possible » à propos du mécanisme de renvoi institué par l'article 22 du règlement, le fait que « la Commission change sa politique constante de ces dernières années consistant à n'accepter de tels renvois que si l'État qui en fait la demande est compétent » (Autorité de la concurrence, « *L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.* », 20 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf, et spécialement, 1. C.). En France, il est d'ailleurs admis que le Ministre de l'économie use de cette possibilité lorsque l'opération n'a pas à être notifiée selon les seuils nationaux, ce qui a été vivement critiqué (P. Kirch et C. Lio Soon Shun, « Mise en œuvre de l'article 22 du règlement (CE) concentrations : le point de vue français est-il contraire à la pratique communautaire ? », *Concurrences*, décembre 2007, n°4, p. 45).

¹⁵⁹⁷ Dans la mesure où il s'agirait de permettre aux autorités nationales de concurrence de solliciter le renvoi de l'affaire auprès de la Commission, qu'elles « disposent ou non du pouvoir d'examiner elles-mêmes l'opération » (traduction libre de : « we plan to start accepting referrals from national competition authorities of mergers that are worth reviewing at the EU level – whether or not those authorities had the power to review the case themselves. », M. Vestager, « *The future of EU merger control* », *préc.*).

¹⁵⁹⁸ L'adoption de nouvelles lignes directrices a en effet été annoncée par Margrethe Vestager dans son discours précité (*ibid.*).

1145. Cependant, s'il s'agit de prendre en compte cette hypothèse, ce sont les limites du droit des concentrations qui sont mises en avant par ces affaires, bien plus que l'efficacité de l'ensemble.

1146. Il en ressort en effet, d'une part, que les seuils de chiffres d'affaires prévus par le règlement « concentrations » sont dans l'impossibilité d'appréhender ce type de transaction et d'autre part, que faute pour les procédures nationales de bénéficier d'une harmonisation, leur exercice simultané présente un caractère dissuasif pour les entreprises concernées. Qu'elles soient dissuadées de recourir à tout contrôle et donc d'abandonner leur opération pourrait, en soi, ne guère soulever de difficulté, à la condition cependant que le contrôle des concentrations, qu'il soit national ou européen, ait pour objectif de ralentir la croissance externe des entreprises en leur imposant des délais relativement longs, de lourdes formalités et d'importants coûts. Or, il n'en est rien puisqu'en dépit de l'éparpillement dont il fait l'objet au sein de l'Union, comme nous l'avons précédemment montré, le contrôle n'a en aucun cas pour objet d'entraver leur compétitivité¹⁵⁹⁹.

1147. Présenté autrement, ce système rappelle, de manière incidente, l'inadéquation entre, d'une part, les dispositions du règlement propres aux seuils de chiffres d'affaires et le défaut d'harmonisation des législations nationales et, d'autre part, les objectifs mêmes que le droit, aussi bien européen que celui des États membres, poursuit dans le domaine des concentrations.

1148. Dans ces conditions, les problématiques soulevées par les acquisitions tueuses ou globalisantes tendent à confirmer la nécessité qu'il y aurait de réviser le système de seuils institué par le règlement « concentrations ». Le renforcement du contrôle institutionnel des concentrations semble par conséquent nécessaire. Pour cette raison, l'étude propose ultérieurement l'adoption de dispositifs complémentaires¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁹ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

¹⁶⁰⁰ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 2.

CONCLUSION DU CHAPITRE

1149. En résumé, l'article 5, 4. du règlement « concentrations » pose une définition des groupes concernés par l'opération aux fins de calcul du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises parties, un tel calcul permettant de délimiter la dimension de l'opération au sens de l'article 1 de ce même règlement. Le droit européen des concentrations tend ainsi à appréhender au plus juste la réalité de l'opération dans le but de donner aux autorités de contrôle les moyens nécessaires d'en apprécier les effets sur le marché. Pourtant, par son caractère figé, la définition des groupes qu'il édicte ne semble pas à même d'en percer l'enveloppe dans toutes les hypothèses. Tandis qu'il dispose par ailleurs d'un système de seuils complexe, les législations nationales au sein de l'Union varient de leur côté au gré de considérations davantage économiques et politiques que juridiques pour décider du déclenchement des contrôles nationaux. Cette dispersion est cependant susceptible d'accroître un risque d'appréciations divergentes entre autorités nationales de concurrence et gagnerait à être palliée dans le cadre d'un renforcement du contrôle institutionnel des concentrations¹⁶⁰¹.

1150. La réalité de l'opération telle qu'issue des articles 5, 4. et 1 du règlement complique en particulier l'appréhension par le droit des nouvelles formes de concentration que les acquisitions tueuses ou consolidantes constituent. Leurs effets sur la concurrence paraissent pourtant certains et leur impact éventuel en matière d'algorithmes et de données personnelles devrait peu à peu être significatif. La typologie qui a été proposée tend à révéler les lacunes du règlement « concentrations ». Alors que l'autorité britannique a en particulier su se saisir de certaines opérations à l'appui de critères souples d'appréciation, la Commission ne pouvait être compétente *ab initio* pour les apprécier. Les mécanismes de renvoi, pour intéressants qu'ils soient, gagneraient à rester ponctuels, sauf à menacer la prévisibilité et la transparence de la norme. Aussi semble-t-il nécessaire que la Commission dispose d'outils lui permettant de s'en saisir sans attendre que des renvois lui soient soumis, ni que les autorités nationales de concurrence s'en emparent. L'attention soutenue que la Commission porte à l'égard du secteur du numérique pourrait encore justifier une telle évolution¹⁶⁰². Des propositions en ce sens figurent par conséquent dans le Titre II de la présente Partie¹⁶⁰³.

¹⁶⁰¹ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II.

¹⁶⁰² Par exemple, il est rappelé que la Commission a participé à la rédaction de l'« Accord en commun » en tant qu'autorité du G7 (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Autorité de la Concurrence, *Bundeskartellamt*, *Competition Bureau*, *Competition and Markets Authority*, *Department of*

1151. Dans cette attente cependant, la cohérence substantielle du droit européen des concentrations paraît pour partie limitée par les définitions qu'il confère au contrôle

Justice, Direction générale pour la concurrence (Commission européenne), *Federal Trade Commission*, *Japan Fair Trade Commission*, « *Accord sur une vision commune des autorités de concurrence du G7 sur "Concurrence et économie numérique"* », 5 juin 2019, disponible à l'adresse suivante : [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-12/g7_common_understanding_fr.pdf)

[12/g7_common_understanding_fr.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-12/g7_common_understanding_fr.pdf)). La Commission et les autres autorités parties à l'accord ont notamment convenu que « la concentration dans les marchés numériques peut nécessiter de la part des régulateurs concurrentiels encore plus de vigilance dans la détection des comportements anticoncurrentiels par les acteurs dominants, afin de promouvoir des marchés concurrentiels tout en reconnaissant que la détention de parts de marché significatives ou la dominance n'est pas, en tant que telle, illicite ». De même, un an plus tard, la Commission lançait une étude d'impact destinée à évaluer l'adoption d'un nouvel outil en droit européen de la concurrence permettant de s'adapter à l'évolution du marché unique. En s'appuyant sur un rapport émis en 2019 (Commission, « *Commission staff working document. Single Market Performance Report 2019.* », 19 décembre 2019, SWD(2019) 444 final), les interrogations formulées par la Commission portaient notamment sur le secteur du digital et les préoccupations de concurrence que ce marché soulève (Commission, « *Inception impact assessment. New Competition Tool ('NCT')* », 4 juin 2020, Ares(2020)2877634). Margrethe Vestager a ensuite prononcé un discours sur l'adoption éventuelle de ce nouvel outil *ex ante* chargé de renforcer les règles de concurrence dans le secteur du numérique. Si elle ne s'est pas explicitement référée au contrôle des concentrations, elle a en revanche évoqué largement le droit européen de la concurrence (M. Vestager, « *Competition in a Digital Age: Changing Enforcement for Changing Times* », discours, 26 juin 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-digital-age-changing-enforcement-changing-times_en).

Encore, la Commission a lancé une consultation publique portant sur sa méthode d'évaluation du marché pertinent en droit de la concurrence, notamment dans le but de l'adapter au secteur du numérique et probablement de répondre aux propositions qui l'y invitaient (les ministères allemand, français et polonais avaient notamment souligné la nécessité de moderniser le contrôle des concentrations en 2019, après l'affaire *Siemens/Alstom*, en révisant notamment la méthode d'appréciation du marché en cause ; *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ministre de l'économie et des finances et *Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii*, « *Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne* », 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>, et spécialement, pt 3). Les concentrations sont mentionnées (Commission, « *EU competition law – market definition notice (evaluation)* », consultation publique, 26 juin 2020). Outre la stratégie 2020 de l'Union elle-même qui comprend un volet propre au contrôle des concentrations (v. *Supra*, Introduction générale), les discours récents de Margrethe Vestager en attestent encore, à l'image de celui qu'elle a prononcé le 11 septembre 2020 (M. Vestager, « *The future of EU merger control* », *préc.*). Par ailleurs, la Commission avait lancé en 2018 une consultation publique destinée à évaluer le règlement (UE) n°330/2010 et ses lignes directrices s'agissant des restrictions verticales (Commission, « *Review of the Vertical Block Exemption Regulation* », 3 octobre 2018, consultation publique). En septembre 2020, la Commission a publié les conclusions des évaluations qui ont été menées dans ce cadre et tout en constatant l'efficacité globale de ces outils, elle a relevé un certain nombre de difficultés, dont en premier lieu celles résultant de l'évolution du marché par suite de l'augmentation du commerce en ligne. Il est par conséquent possible d'imaginer que la réglementation européenne évolue à cet égard également dans le but d'intégrer les problématiques posées par le marché du numérique (Commission, « *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission publie les conclusions de l'évaluation du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux* », 8 septembre 2020, communiqué de presse, IP/20/1564).

¹⁶⁰³ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II.

matériel. Les « groupes concernés » par l'opération sont en effet appréciés à l'aune de critères dont la rigidité est de nature à compromettre l'atteinte des objectifs assignés au règlement.

1152. Des interrogations similaires peuvent désormais être soulevées à propos des autres facettes du « contrôle matériel » de la cible envisagées par ce texte. Le règlement tend certes à viser dans ce cadre les titulaires du contrôle de la cible mais il cherche aussi à désigner *stricto sensu* le contrôle exercé sur celle-ci. À cet égard, le critère du « changement durable de contrôle » de la cible visé par l'article 3, 1. du règlement « concentrations » paraît cependant présenter aussi une certaine maladresse (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 2 :

LA MALADRESSE DU CRITÈRE DU « CHANGEMENT DURABLE DU CONTRÔLE » DE LA CIBLE

1153. Tandis que les articles 1, 5 et 21 du règlement « concentrations » tendent à identifier les titulaires du contrôle matériel de la cible afin de délimiter la dimension de l'opération de concentration et d'en confier le cas échéant l'appréciation exclusive à la Commission, l'article 3 encadre pour sa part le domaine de ce contrôle matériel. Ainsi, s'il est nécessaire que l'opération atteigne une certaine envergure pour être contrôlée par la Commission, encore faut-il que celle-ci réponde à la qualification de concentration à deux égards.

1154. L'article 3 liste, d'une part, les formes que l'opération peut revêtir et cette étude en a préalablement déduit une typologie, tout en interrogeant la cohérence substantielle¹⁶⁰⁴. Il exige, d'autre part, que l'opération conduise au « changement durable du contrôle »¹⁶⁰⁵ de la cible. Si le choix de la forme de l'opération est laissé à la discrétion des parties, il revient en revanche à la Commission, après une première évaluation par les entreprises concernées, de s'assurer que l'opération conduit effectivement à ce changement lorsque la concentration est de dimension communautaire.

1155. Ce même article en pose une définition : pour être qualifiée de concentration, l'opération doit permettre à une ou plusieurs entreprises¹⁶⁰⁶ d'acquérir *nouvellement* « 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 »¹⁶⁰⁷. Cette « influence déterminante » peut « notamment » résulter « des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise »¹⁶⁰⁸ ainsi que « des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise »¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁴ À propos de l'approche méthodologique suivie dans le cadre de l'étude, v. *Supra*, Introduction générale et à propos de la forme de l'opération, v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I.

¹⁶⁰⁵ Règlement « concentrations », art. 3, 1.

¹⁶⁰⁶ Dans les conditions prévues par *ibid.*, art. 3, 3.

¹⁶⁰⁷ Nous soulignons ; *ibid.*, art. 3, 2.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, art. 3, 2., a).

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*, art. 3, 2., b).

1156. Deux critères peuvent en être déduits: celui du « changement » d'une part, et celui de l'exercice d'une « influence déterminante », d'autre part.

1157. Le premier critère implique de ne contrôler que les opérations qui entraînent un changement de titularité du contrôle de la cible.

1158. En creux, cet aspect implique d'écarter du champ d'application du droit européen des concentrations les opérations qui n'induisent pas une telle modification du contrôle de la cible, que ce soit parce que les parties à l'opération appartiennent à un même groupe ou parce que l'opération n'est porteuse d'aucun contrôle et interroge davantage sur le terrain du droit des pratiques anticoncurrentielles. Sur ce point, deux types d'opérations suscitent pourtant certaines difficultés. Il s'agit, d'un côté des opérations de concentration intragroupes : elles échappent de plein droit au contrôle des concentrations en raison de l'absence de changement de contrôle qu'elles induisent. Pourtant, leur indifférence pour le marché semble devoir être interrogée et ce, d'autant que le droit européen de la concurrence peut peiner à les appréhender. Il s'agit de l'autre côté, de la création d'une entreprise commune de plein exercice. Si celle-ci peut en effet faire l'objet d'un contrôle lorsqu'elle induit un changement de contrôle, elle est présumée intéresser davantage le droit des pratiques anticoncurrentielles dans les autres cas et lorsqu'elle soulève des préoccupations de concurrence. Pourtant et en dépit de la lente construction dont elle a fait l'objet, la distinction que le droit des concentrations établit à cet égard ne paraît pas pleinement achevée.

1159. Dans ces conditions, le critère du « changement » soulève plus généralement la question délicate de l'adéquation de la *summa divisio* classique en droit européen de la concurrence. En vertu de cette classification, la Commission contrôle tantôt les structures de la concurrence avant la réalisation de l'opération et interdit tantôt les comportements anticoncurrentiels une fois ceux-ci commis. Le droit européen des concentrations est présumé répondre au premier type de contrôle en raison de l'analyse prospective qu'il édicte et de ses objectifs tandis que la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE relève quant à elle de la seconde catégorie. Le contrôle des concentrations ne saurait en effet être mené au titre de ces deux articles : les affaires *Continental Can*¹⁶¹⁰ sur le fondement de l'ancien article 86 du Traité CEE et *Philip Morris*¹⁶¹¹ sur le terrain de l'ancien article 85 de ce même Traité ont

¹⁶¹⁰ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215.

¹⁶¹¹ CJCE, 17 novembre 1987, *Philip Morris*, aff. jtes 142 et 156/84, Rec. 1987, p. 4566.

historiquement¹⁶¹² montré les limites d'une interprétation téléologique du droit des abus de position dominante et des ententes vis-à-vis des opérations de concentration. Depuis lors, il est admis que ces articles ne permettent pas à la Commission de disposer des pouvoirs nécessaires lui permettant de préserver les structures de la concurrence en amont d'une opération de concentration de dimension communautaire¹⁶¹³. Aussi puise-t-elle ses compétences depuis 1989 dans un règlement autonome qui lui a garanti un nouveau domaine d'intervention, distinct de son pouvoir d'interdiction des comportements anticoncurrentiels. Le test de la dominance, directement issu des critères propres à l'abus de position dominante, a en plus été remplacé par celui de l'entrave significative à la concurrence par le règlement « concentrations » de 2004, ce qui a contribué à l'indépendance du contrôle. Cependant, l'analyse de certaines opérations de concentration nécessite parfois encore le secours du droit des pratiques anticoncurrentielles dans la mesure où le règlement « concentrations » ne saurait couvrir des opérations qui se démarqueraient de son essence structuraliste. À ces difficultés d'articulation, s'ajoute le fait que le droit des pratiques anticoncurrentielles semble aussi parfois impropre à en appréhender toutes les spécificités, ce qui justifie d'en proposer une analyse.

1160. Le second critère édicté par l'article 3 nécessite pour sa part de déterminer les opérations qui permettent l'exercice d'une nouvelle « influence déterminante » sur la cible.

1161. Ce critère est assez classique : non seulement le règlement (CE) n°4064/89 s'y référerait expressément mais il tend plus largement à investir d'autres branches du droit européen¹⁶¹⁴. Sous l'empire du règlement « concentrations », sa caractérisation suscite peu de difficultés pour certaines opérations, dont celles portant sur l'acquisition de l'intégralité des actions de la cible. Tel n'est en revanche pas le cas d'autres mécanismes qui nécessitent une appréciation *ex ante* plus fine du nouveau contrôle matériel dont l'entité est amenée à faire l'objet. Cette évaluation est d'importance, dans la mesure où l'opération échappe au contrôle institutionnel

¹⁶¹² V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

¹⁶¹³ Le préambule du règlement « concentrations » s'en fait d'ailleurs l'écho : « Un instrument juridique spécifique est donc nécessaire sous la forme d'un règlement qui permette un contrôle effectif de toutes les concentrations en fonction de leur effet sur la structure de concurrence dans la Communauté et qui soit le seul applicable à de telles concentrations. » (règlement « concentrations », [6]).

¹⁶¹⁴ V. not., la position du juge européen à propos de licenciements collectifs (CJUE, 7 août 2018, *Miriam Bichat e.a. c/ Aviation Passage Service Berlin GmbH & Co. KG*, aff. jtes C-61/17, C-62/17 et C-72/17, *Rec.*, obs. H. Nasom-Tissandier, « Licenciements collectifs et notion d' "entreprise qui contrôle l'employeur" : un pas en avant et quelques esquives regrettables de la Cour de justice », *Revue de jurisprudence sociale*, décembre 2018).

lorsqu'aucune nouvelle « influence déterminante » ne peut être caractérisée et ce, y compris si le chiffre d'affaires réalisé par les groupes concernés par l'opération justifierait théoriquement une saisine de la Commission, ou à défaut d'une ou de plusieurs autorités de concurrence. Les prises de participations minoritaires comme les opérations entraînant le contrôle conjoint de la cible par des fonds d'investissement devraient pourtant inviter à se défaire de pareilles approches, ou tout du moins à les réinterroger.

1162. Aussi, semble-t-il nécessaire d'analyser le premier critère (**Section 1**) puis le second (**Section 2**), tant ils sont tous deux susceptibles d'atténuer la cohérence substantielle du contrôle des concentrations.

Section 1 :

Le critère du « changement durable du contrôle » de la cible et la *summa divisio* entre le contrôle des structures et le contrôle des comportements

1163. Depuis l'adoption d'un règlement européen spécifique aux concentrations, celui-ci s'applique à ces opérations, en lieu et place du droit des pratiques anticoncurrentielles. En son préambule, le règlement « concentrations » prévoit ainsi que « les articles 81 et 82, tout en étant applicables, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à certaines concentrations, ne suffisent pas pour contrôler toutes les opérations qui risquent de se révéler incompatibles avec le régime de concurrence non faussée visé par le traité »¹⁶¹⁵. Dans ces conditions, le règlement est « seul applicable » à ces opérations¹⁶¹⁶. Les différences qui opposent le droit des concentrations au droit des pratiques anticoncurrentielles sont en effet certaines. Pour l'heure, le premier repose sur un contrôle *ex ante* destiné à préserver les structures de la concurrence tandis que le second implique une intervention *ex post* visant à sanctionner les comportements qui lui sont néfastes.

1164. Dans son discours lors de la conférence annuelle du Global Competition Law Centre à Bruxelles en 2016, Carles Esteva Mosso, alors Directeur adjoint en charge des concentrations à la DG COMP, a rappelé l'histoire du contrôle des concentrations en déclarant qu'il est « "l'enfant" des deux articles 101 et 102 du TFUE »¹⁶¹⁷. Il a

¹⁶¹⁵ Règlement « concentrations », (7).

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, (6) et art. 21, 1.

¹⁶¹⁷ Traduction libre de « EU merger control is « the child » of both Articles 101 and 102 TFEU » (C. Esteva Mosso, « *The Contribution of Merger Control to the Definition of Harm to Competition* », discours, 1^{er}

ensuite détaillé les influences exercées réciproquement par le contrôle des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles. Il a en particulier relevé un certain nombre de convergences entre ces deux corps de règles au vu des méthodes d'appréciation que leur mise en œuvre induit. C'est ainsi notamment que le contrôle des concentrations comme le droit des pratiques anticoncurrentielles nécessitent une analyse à l'aune de l'état de la concurrence sur le marché ; que le concept de « concurrent » retenu dans tous les cas est plus largement étendu aux acteurs actuels et potentiels ; qu'une concentration comme une pratique ne sont anticoncurrentielles que s'il est prouvé qu'elles sont toutes deux susceptibles de produire des effets potentiels affectant la concurrence sur le marché ; que les critères auxquels la Commission recourt dans ces diverses hypothèses résident dans les parts de marché, le degré de concentration du marché, l'existence de barrières à l'entrée et le pouvoir de marché ; que l'ensemble de ces opérations et pratiques peut provoquer des effets coordonnés ; que les relations verticales suscitent moins la méfiance de la Commission dans tous les cas, etc.¹⁶¹⁸ À l'inverse, encore selon Carles Esteva Mosso, deux différences opposent le contrôle des concentrations au droit des pratiques anticoncurrentielles. Le premier induit une analyse prospective des effets de l'opération alors que le second implique d'apprécier les effets actuels ou passés de la pratique. Également, le concept de restriction par objet ou par effet n'existe pas dans le cadre du contrôle des concentrations¹⁶¹⁹.

1165. Diverses remarques peuvent toutefois être formulées. Le fait que les méthodologies utilisées par la Commission dans ces deux domaines soient similaires ne conduit pas à en déduire que le contrôle des concentrations ne bénéficie pas de ses propres spécificités. Au contraire, l'histoire du droit européen des concentrations¹⁶²⁰ montre que la matérialité des opérations qu'il vise nécessite qu'il fasse l'objet d'un traitement distinct d'une appréciation relevant des articles 101 et 102 du TFUE. C'est la raison pour laquelle le contrôle des concentrations a peu à peu gagné en autonomie, laquelle s'est traduite par l'adoption d'un premier règlement distinct en la matière.

1166. Cependant, la *summa divisio* entre l'intervention *ex ante* et l'appréciation *ex post* montre de plus en plus ses limites, notamment en droit des pratiques

février 2016, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2016_03_en.pdf, et spécialement, p. 1).

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, et spécialement, pp. 6-7.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, et spécialement, p. 7.

¹⁶²⁰ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

anticoncurrentielles où une « confusion des genres » est à l'œuvre à mesure que le droit de la concurrence se modernise¹⁶²¹.

1167. Quant au contrôle des concentrations, son autonomie apparente mérite d'être interrogée à ce jour.

1168. D'abord, les piliers structuralistes sur lesquels le contrôle des concentrations repose ont été vivement critiqués¹⁶²². Pour cette raison, il a été considéré notamment que les comportements bénéfiques des entreprises concernées, soient les gains d'efficacité, gagneraient à être davantage pris en compte dans l'analyse européenne des concentrations. Cette question n'est pas traitée à ce stade de l'étude parce qu'elle interroge plus largement l'étendue du contrôle institutionnel exercé en particulier par la Commission¹⁶²³.

1169. En revanche, l'autonomie du droit des concentrations gagne à être analysée ici dans la mesure où, en présence d'une opération qui n'entraîne pas le changement durable du contrôle matériel de la cible, le droit des pratiques anticoncurrentielles est présumé pouvoir relayer le contrôle des concentrations. Le règlement « concentrations » a en effet pour objet d'adapter la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE aux concentrations¹⁶²⁴ et ces articles demeurent applicables à certaines opérations. Leur utilité pour le contrôle est régulièrement rappelée, en témoigne par exemple la consultation publique de l'Autorité de la concurrence en France à l'occasion de laquelle elle s'interrogeait sur la pertinence d'une « mise en œuvre volontariste » des jurisprudences *Continental Can* et *Philip Morris*¹⁶²⁵. De même, Carles Esteva Mosso en fournissait un exemple dans son discours précité à propos d'une affaire qui, si elle n'a pas conduit au prononcé d'une décision en raison de l'abandon du contrat de *joint-venture* en cause, a d'abord été

¹⁶²¹ M. Mauraie-Vignal, « Régulation et droit des pratiques anticoncurrentielles », p. 843 in C. Puigelier (dir.), *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 1461 p.

¹⁶²² En ce sens, v. Chapitre préliminaire.

¹⁶²³ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 1.

¹⁶²⁴ En dépit des autres conceptions qui peuvent être avancées (v. *Supra*, Chapitre préliminaire et L. Vogel, *Droit de la concurrence européen et français*, Juriscience, Lawlex, 2012, 1812 p., et spécialement, n°854).

¹⁶²⁵ Autorité de la concurrence, « L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations. », 20 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf.

traitée dans le cadre du contrôle des concentrations, avant d'être envisagée sous l'angle de l'article 101 du TFUE¹⁶²⁶.

1170. Bien que cette articulation soit parfois valable, elle ne semble néanmoins ni satisfaisante ni applicable dans toutes les hypothèses possibles.

1171. En ce sens, la *summa divisio* classique en droit européen de la concurrence gouverne pour l'heure l'application du droit européen des concentrations parce qu'elle s'appuie sur le critère du changement durable du contrôle de la cible pour identifier la règle de droit applicable. Pourtant, la cohérence substantielle du contrôle nécessite de se départir de ce type de catégories figées. Cette analyse semble devoir s'imposer s'agissant de la création d'une entreprise commune (§1) et de la conclusion d'opérations de concentration intragroupes (§2).

Paragraphe 1: Le traitement subtil de la création d'une entreprise commune en droit européen de la concurrence

1172. Si la création d'une entreprise commune relève tantôt du droit des concentrations et tantôt du droit des pratiques anticoncurrentielles à l'appui de critères qui ont été longuement élaborés (A.), il n'en demeure pas moins que la répartition actuelle menace toujours la cohérence du contrôle (B.).

A. Un contrôle divisé entre le droit des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles

1173. Il est vrai que dès 1974, la Commission soulignait les limites de l'ancien article 85§1 du Traité CEE en rejetant la caractérisation d'une infraction sur ce fondement alors qu'il lui incombait d'analyser l'opération *SHV/Chevron*¹⁶²⁷. Tout en prenant soin aussi d'écarter la qualification d'une pratique au sens de l'article 86 de ce même Traité, la Commission la qualifiait de concentration. Dans son rapport sur la politique de concurrence de 1974, la Commission en déduisait ensuite que l'opération par laquelle des entreprises transféraient la totalité de leurs actifs à une « entreprise commune » ou *joint-venture* avant de devenir des holdings, était constitutive d'une concentration. À cette occasion, elle relevait aussi cependant

¹⁶²⁶ C. Esteva Mosso, « *The Contribution of Merger Control to the Definition of Harm to Competition* », préc., et spécialement, p. 9.

¹⁶²⁷ Commission, 20 décembre 1974, *SHV/Chevron*, aff. IV/C/26872, JOCE L38, 12 février 1975, p. 14.

qu'« une approche uniforme ne peut nécessairement avoir lieu pour ce type d'affaires »¹⁶²⁸.

1174. Alors que la pratique décisionnelle de la Commission semblait attester d'un certain glissement en faveur d'une appréciation des effets de l'opération sur les structures du marché, le règlement (CEE) n°4064/89 a finalement consacré la distinction qu'il convenait de faire entre les entreprises communes, en fonction de leur nature concentrative ou coopérative¹⁶²⁹. Au sens de ce règlement, constituait en effet une opération de concentration susceptible de contrôle « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel soit entre entreprises fondatrices soit entre celles-ci et l'entreprise commune »¹⁶³⁰. À l'inverse, ne relevait pas du contrôle et était susceptible d'être interdite au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles, la création d'une entreprise commune « qui a pour objet ou effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes »¹⁶³¹. Les difficultés de qualification inhérentes à ce type d'opérations n'en ont pas été éteintes pour autant, la Commission ayant par exemple souligné quatre ans plus tard dans l'une de ses communications relatives à l'application de l'article 85 du Traité CEE que « compte tenu de la diversité des situations susceptibles de se présenter, il est impossible de définir une position générale sur l'admissibilité des entreprises communes au regard du droit de la concurrence »¹⁶³².

1175. Le règlement (CE) n°1310/97 portant modification du règlement (CEE) n°4064/89 a mis fin à cette classification subtile en supprimant la précédente condition négative qui imposait, aux fins d'application du contrôle des concentrations, que la création de l'entreprise commune autonome « n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel »¹⁶³³. Depuis lors et comme l'a confirmé le règlement (CE) n°139/2004, constitue une opération de concentration contrôlable la création d'une entreprise commune de plein exercice de dimension communautaire, soit la constitution d'une entreprise commune qui accomplit « de

¹⁶²⁸ Traduction libre de « a uniform approach cannot necessarily be taken in all such cases » (Commission, « *IVth Report on competition policy. 1974* », 1975, pp. 28-29).

¹⁶²⁹ À ce propos, v. S. Poillot-Peruzetto, *Fasc. 580 : Entreprises communes*, JCI Concurrence – Consommation, 16 juin 2014 et spécialement, n°32 et s.

¹⁶³⁰ Règlement (CEE) n°4064/89, art. 2, 2., al. 2.

¹⁶³¹ *Ibid.*, art. 2, 2., al. 1.

¹⁶³² Communication de la Commission sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l'article 85 du traité CEE, 93/C, JOCE C43, 16 février 1993, p. 2, pt 5.

¹⁶³³ Règlement (CEE) n°4064/89, art. 2, 2., al. 2.

manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome »¹⁶³⁴. Il reste qu'une telle concentration qui a « pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes » doit être appréciée au vu de l'article 101§1 et §3 du TFUE, pour en déterminer la compatibilité avec le marché unique¹⁶³⁵. À cette fin, la Commission doit notamment tenir compte de la « présence significative et simultanée de deux entreprises fondatrices ou plus sur le même marché que celui de l'entreprise commune, sur un marché situé en amont ou en aval de ce marché » ou sur un marché connexe, ainsi que de la possibilité pour les entreprises concernées par l'opération de coordonner leurs comportements en vue d'éliminer la concurrence sur une partie substantielle du marché de produits ou services en cause¹⁶³⁶.

1176. Aussi le principe semble-t-il simple depuis l'entrée en vigueur du règlement « concentrations ». Lorsque l'opération permet aux entreprises de coordonner leurs activités, elles tombent sous le joug de l'article 101 du TFUE. À l'inverse, le contrôle des concentrations a vocation à être exercé en présence d'une opération atteignant les seuils requis et conduisant à la création en commun d'une entreprise de plein exercice, soit d'une entité dotée de ses propres moyens financiers, qui exerce une activité pour ses besoins propres et qui est destinée à fonctionner durablement. Dans son ancienne communication, la Commission listait une série de facteurs qui permettaient de déduire l'existence d'effets restrictifs de concurrence résultant de la création de l'entreprise commune¹⁶³⁷. La pratique décisionnelle de la Commission postérieure à l'entrée en vigueur du règlement « concentrations » ne semble pas avoir modifié en profondeur cette grille d'appréciation¹⁶³⁸. La coordination de comportements anticoncurrentiels est ainsi constituée en présence d'un chevauchement d'activités. Elle est en revanche peu probable lorsque les parties à l'opération disposent de « parts de marché asymétriques »¹⁶³⁹ ou lorsque leur

¹⁶³⁴ Règlement « concentrations », art. 3, 4.

¹⁶³⁵ *Ibid.*, art. 2, 4.

¹⁶³⁶ *Ibid.*, art. 2, 5.

¹⁶³⁷ Communication de la Commission sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l'article 85 du traité CEE, pt 26.

¹⁶³⁸ Il reste toutefois que sous l'empire de l'ancienne communication, une distinction était faite entre la création d'entreprises communes entre concurrents et celle entre non-concurrents alors que les lignes directrices postérieures à cette communication et propres aux ententes invitent désormais à apprécier l'accord au vu de son objet restrictif de concurrence, ou à défaut de ses effets restrictifs de concurrence (lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale).

¹⁶³⁹ Commission, 28 novembre 2007, *Yara/Praxair/JV*, aff. M.4823, *JOUE* C310, 20 décembre 2007, p. 1, et spécialement, pt 44.

dimension est nettement plus importante que celle de l'entreprise commune¹⁶⁴⁰. Tel n'est pas non plus le cas lorsque l'entreprise commune à naître a pour objet d'exercer une activité éloignée du domaine de ses sociétés mères et que celles-ci se sont engagées contractuellement à limiter la diffusion d'informations confidentielles au sein du groupe¹⁶⁴¹.

1177. Il reste toutefois que la pratique décisionnelle de la Commission tend à osciller entre des méthodes d'appréciation particulièrement diverses et que le défaut d'encadrement de ce type d'opérations au plan sociétaire semble aussi compliquer la correcte appréhension de ce type d'opérations¹⁶⁴². Surtout, les difficultés de qualification de ce type d'opérations dans le cadre de la *summa divisio* retenue en droit européen de la concurrence ne semblent pas non plus pleinement résolues.

B. Un contrôle menacé par la division du droit des concentrations et du droit des pratiques anticoncurrentielles

1178. L'analyse proposée notamment par Barry E. Hawk en 1991¹⁶⁴³ paraît toujours prévaloir : la création d'une entreprise commune, fût-elle de plein exercice, comporte une dimension tant structurelle que comportementale. Dans la mesure où seul le degré d'intégration des activités des entreprises mères dans l'entreprise commune permet de déterminer si l'opération en cause est constitutive d'un accord ou d'une concentration, ce type de pratique semble voué à devoir être analysé aussi bien sous l'angle du droit des concentrations que du droit des pratiques anticoncurrentielles.

1179. Le constat émis par la Commission dans son rapport sur la politique de concurrence de 1974 précité paraît toujours valable : la diversité des formes que la création d'une entreprise commune peut revêtir implique encore qu'aucune approche uniforme ne soit possible. Particulièrement dans ce domaine, la Commission ne peut ainsi que recourir à une analyse *in concreto* de chaque opération et elle doit s'appuyer à cette fin sur un raisonnement très rigoureux pour déterminer

¹⁶⁴⁰ Commission, 24 septembre 2007, *DSB/First/Öresundstag*, aff. M.4806, *JOUE* C314, 22 décembre 2007, p. 23, et spécialement, pt 29.

¹⁶⁴¹ Commission, 12 septembre 2007, *Amadeus/Sabre/JV*, aff. M.4760, *JOUE* C263, 6 novembre 2007, p. 1, et spécialement, pt 26.

¹⁶⁴² V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2, §1, B.

¹⁶⁴³ B. E. Hawk, « Joint Ventures Under EEC Law », *Fordham International Law Journal*, 1991, vol. 15, issue 2, art. 3.

le risque de coordination que la concentration est susceptible de présenter. À défaut, la décision s'expose à la censure du juge¹⁶⁴⁴.

1180. Avant l'entrée en vigueur du règlement « concentrations », le juge avait déjà admis qu'en présence d'un accord conduisant à la création d'une entreprise commun de nature coopérative, la Commission devait examiner sa compatibilité avec le droit des ententes en tenant compte « du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions [sic] réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné »¹⁶⁴⁵. En présence de « restrictions patentes de la concurrence » cependant, à l'image d'une clause emportant fixation des prix, la Commission devait en apprécier la validité au vu du §3 de l'article portant prohibition des ententes¹⁶⁴⁶. Cette méthodologie a par la suite été étendue avec la multiplication des règlements d'exemption, au fil de la modernisation du droit européen de la concurrence¹⁶⁴⁷.

1181. L'affaire *Impala*¹⁶⁴⁸, qui est la première décision rendue par le Tribunal qui a annulé une décision d'autorisation de la Commission¹⁶⁴⁹, a montré la vigilance dont

¹⁶⁴⁴ Et ce, d'autant que la décision par laquelle la Commission écarte l'application du droit des concentrations au profit du droit des ententes constitue un acte susceptible de recours devant le juge dans la mesure où par sa décision, la Commission prive les requérants de la possibilité de bénéficier d'un examen de leur opération sous le seul angle structurel (TPICE, 4 mars 1999, *Assicurazioni Generali SpA et Unicredito SpA c/ Commission*, aff. T-87/96, *Rec.* 1999, II, p. 203 et spécialement, pt 42).

¹⁶⁴⁵ TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c/ Commission*, aff. jtes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *Rec.* 1998, II, p. 3141, et spécialement, pt 136 ; la nécessité de prendre en compte le « contexte » dans lequel les entreprises exercent leurs activités figurait auparavant dans les arrêts *Stergios Delimitis c/ Henninger Bräu AG* (CJCE, 28 février 1991, *Stergios Delimitis c/ Henninger Bräu AG*, aff. C-234/89, *Rec.* 1991, I, p. 935 et spécialement, pt 31), *H. G. Oude Luttikhuis et autres c/ Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA* (CJCE, 12 décembre 1995, *H. G. Oude Luttikhuis et autres c/ Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, aff. C-399/93, *Rec.* 1995, I, p. 4515, et spécialement, pt 10), *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV et M. Verhaar BV c/ Commission* (TPICE, 14 mai 1997, *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV et M. Verhaar BV c/ Commission*, aff. T-77/94, *Rec.* 1997, II, p. 759, et spécialement, pt 140).

¹⁶⁴⁶ Soit, l'ancien article 85§3 du Traité CEE au moment de la décision *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c/ Commission* qui en a posé le principe (*ibid.*). Il s'agit désormais de l'article 101§3 du TFUE.

¹⁶⁴⁷ L. Idot, « Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption », *LPA*, février 2005, n°22, p. 5.

¹⁶⁴⁸ TPICE, 13 juillet 2006, *Impala*, aff. T-464/04, *Rec.* 2006, II, p. 2289.

¹⁶⁴⁹ Jusqu'à cette affaire en effet, le juge avait seulement annulé les décisions rendues en 2002 par la Commission déclarant les opérations notifiées incompatibles avec le marché (TPICE, 6 juin 2002,

la Commission doit faire preuve en la matière. Cette affaire a en effet conduit le juge à réinterroger les critères constitutifs de la création ou du renforcement d'une position dominante collective pouvant résulter d'une opération de concentration et plus particulièrement, le risque de coordination tacite soulevé par la création d'une entreprise commune. En l'espèce, la Commission avait admis la compatibilité avec le marché unique de la création d'une *joint-venture* entre Bertelsmann et Sony à l'issue de la phase II du contrôle¹⁶⁵⁰. Faute néanmoins d'une motivation jugée suffisante face au risque d'abus de position dominante collective que l'opération soulevait, le Tribunal a censuré la décision en relevant des erreurs manifestes d'appréciation et des erreurs de droit¹⁶⁵¹. La sévérité du Tribunal n'a toutefois pas convaincu la Cour de justice¹⁶⁵². Pour elle, le Tribunal avait commis des erreurs de droit au vu du traitement de certains éléments de preuve et de l'exigence de motivation, que la Commission avait respectée en l'espèce en présentant à suffisance son raisonnement. Pour notre propos, relevons surtout l'appréciation de la Cour s'agissant des critères gouvernant la création ou le renforcement d'une position dominante collective¹⁶⁵³. Tout en reprochant au Tribunal d'avoir analysé séparément et non globalement les mécanismes susceptibles d'entraîner une collusion tacite, elle a confirmé qu'il n'était pas indispensable qu'un accord soit conclu pour constater l'existence d'une position dominante collective dans la mesure où d'autres facteurs de corrélation permettaient aussi de la caractériser. Dès lors, la création d'une entreprise commune peut être constitutive d'une collusion tacite dans la mesure où elle offre aux entreprises concernées « une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination »¹⁶⁵⁴. Pour que cette qualification soit retenue, il est ainsi nécessaire qu'il ressorte de l'analyse menée par la Commission que la coordination tacite est durable, donc qu'il est permis aux entreprises de surveiller le respect de celle-ci notamment grâce au caractère transparent du marché considéré ; qu'un mécanisme de dissuasion

Airtours plc c/ Commission, aff. T-342/99, *Rec.* 2002, II, p. 2585 ; TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider I*, aff. T-310/01, *Rec.* 2002, II, p. 4201 ; TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c/ Commission*, aff. T-80/02, aff. T-80/02, *Rec.* 2002, II, p. 4519 ; TPICE, 20 novembre 2002, *Lagardère SCA et Canal + SA c/ Commission*, aff. T-251/00, *Rec.* 2002, II, p. 4825).

¹⁶⁵⁰ Commission, 19 juillet 2004, *Sony/BMG*, aff. M.3333, *JOUE* L62, 9 mars 2005, p. 30.

¹⁶⁵¹ TPICE, 13 juillet 2006, *Impala*, *préc.*, obs. not., L. Idot, « Position dominante collective et marché de la musique enregistrée », *Europe*, octobre 2006, n°10, comm. 287 ; J.-M. Thouvenin, « 13 juillet 2006 : première annulation d'une décision de la commission autorisant une concentration entre Sony et BMG », *Revue de l'Union européenne*, 2006, p. 524.

¹⁶⁵² CJCE, 10 juillet 2008, *Impala*, aff. C-413/06 P, *Rec.* 2008, I, p. 4951, obs., L. Idot, « Concentrations et étendue du contrôle juridictionnel », *Europe*, octobre 2008, n°10, comm. 331.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, et spécialement, pts 119 et s.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, et spécialement, pt 123.

existe pour identifier les comportements qui s'écartent de la coordination ; et qu'enfin, les tiers sont dans l'impossibilité de remettre en cause les résultats attendus.

1182. Outre la finesse du raisonnement dont la Commission doit faire preuve, le traitement en droit européen de la création d'une entreprise commune interroge encore la prévisibilité du contrôle. Le règlement « concentrations », à la faveur de la modification introduite en 1997, a certes éteint la distinction subtile qui préexistait en cas de création d'une entreprise commune. De même, l'entrée en vigueur du règlement (CE) n°1/2003¹⁶⁵⁵ a simplifié la procédure applicable aux ententes en supprimant l'obligation de notifier préalablement l'accord en cause. Cependant, ces deux nouvelles normes ont aussi eu pour effet d'obliger les groupes concernés par l'opération à déterminer en amont si l'accord de *joint-venture* conclu était ou non susceptible de faire l'objet d'un contrôle, et donc de déterminer s'il était nécessaire de le notifier, ou au contraire s'il présentait le risque de devoir être analysé au regard de l'article 101§1 du TFUE et donc de ne faire l'objet d'aucune notification préalable. Pourtant, encore à l'heure actuelle, aucune approche uniforme n'existe pour trancher la question dans toutes les hypothèses possibles.

1183. De même, l'affaire *Austrian Asphalt & Co*¹⁶⁵⁶ a certes montré qu'il importait peu que l'entreprise commune soit *greenfield* ou non¹⁶⁵⁷ pour que le contrôle des concentrations s'applique. Ainsi, la création d'une entreprise commune est soumise au contrôle dès lors que celle-ci atteint les seuils requis et qu'elle est de plein exercice. Par sa décision, la Cour a clarifié de manière salutaire une question qui demeurerait jusqu'à lors sujette à interprétations. Cependant, elle n'a pas empêché que la constitution d'une entreprise non *greenfield* qui ne serait pas de plein exercice, puisse *in fine* relever de l'article 101 du TFUE en raison du risque de coordination qu'elle présente, en particulier sur un marché concentré et transparent.

1184. Dès lors, en l'état actuel du droit, la Commission doit tantôt recourir au droit des concentrations, tantôt au droit des pratiques anticoncurrentielles au nom d'une distinction qui devrait permettre d'identifier avec aisance et justesse les opérations de concentration qui n'ont pas pour objet ou effet d'entraîner une coordination entre les groupes concernés et celles qui y répondent. Pourtant, les critères gouvernant

¹⁶⁵⁵ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L1, 4 janvier 2003, p. 1.

¹⁶⁵⁶ CJUE, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt GmbH & Co OG c/ Bundeskartellamt*, aff. C-248/16, non encore publié au Rec. ; obs. O. Billard et G. Fabre, Chron. sous CJUE, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt GmbH & Co OG c/ Bundeskartellamt*, aff. C-248/16, *Concurrences*, 2017, n°4, p. 127.

¹⁶⁵⁷ Il importe donc peu que l'activité de l'entreprise commune à naître soit créée *ex nihilo* ou résulte d'activités préexistantes (v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2, §1, B.).

cette répartition restent ambigus. Cette situation ne saurait être satisfaisante dans la mesure où elle nécessite la mise en œuvre de deux interventions différentes de la Commission vis-à-vis d'opérations qui restent pourtant des concentrations. Le renforcement du contrôle institutionnel exercé par la Commission semble par conséquent devoir aussi être envisagé à cet égard et l'étude envisagera ultérieurement les dispositifs qui pourraient y satisfaire¹⁶⁵⁸.

1185. Des interrogations analogues semblent pouvoir être soulevées s'agissant des opérations de concentration intragroupes. En effet, contrairement aux hypothèses de création d'une entreprise commune de plein exercice qui peuvent relever du contrôle des concentrations lorsque l'opération satisfait notamment au critère de changement durable du contrôle, les opérations intragroupes en sont systématiquement exclues, faute pour elles de remplir ce même critère.

Paragraphe 2 : L'exclusion discutable des opérations intragroupes du contrôle européen des concentrations

1186. Le Professeur Alain Viandier observait que « le groupe de sociétés est un navire qui réserve souvent de mauvaises surprises à ses pilotes ; ils imaginent leur vaisseau protégé par les cloisons étanches que constituent les personnalités juridiques des diverses entités, mais que la tempête survienne et leurs prévisions sont souvent déjouées »¹⁶⁵⁹. En droit des concentrations, le « vaisseau » que constitue le groupe est la seule paroi étanche qui importe : les opérations qui se déroulent en son sein échappent au contrôle, pour peu que les conditions exigées par le règlement « concentrations » sont remplies (A.). Cet état du droit devrait être d'autant moins regrettable que le droit des pratiques anticoncurrentielles, par son caractère *ex post*, constituerait un rempart supplémentaire qui en sanctionnerait les effets néfastes sur le marché. Cependant, l'indifférence de ces opérations pour le marché comme la suffisance du droit des pratiques anticoncurrentielles en la matière semblent discutables. Si une partie de la doctrine a plus largement critiqué ce procédé en ce qu'il aboutit à déqualifier un comportement anticoncurrentiel au motif de l'existence d'un groupe¹⁶⁶⁰, il semble utile d'en proposer une lecture dans le cas spécifique du contrôle des concentrations en s'appuyant sur certaines hypothèses (B.).

¹⁶⁵⁸ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II.

¹⁶⁵⁹ A. Viandier, « Les opérations financières au sein des groupes de sociétés », *JCP E*, mars 1985, n°13, 14447, et spécialement, n°1.

¹⁶⁶⁰ L. Vogel, *Droit de la concurrence et concentration économique. Étude comparative*, Economica, Paris, 1988, 415 p., et spécialement, pp. 62 et s.

A. L'indifférence alléguée des opérations de concentration intragroupes sur le marché

1187. L'approche unitaire du groupe n'est pas la vision traditionnelle en droit et n'est pas nécessairement retenue en toutes hypothèses : le législateur et le juge se préoccupent aussi par ailleurs des structures et de l'intérêt individuel des membres qui le composent. L'intérêt des filiales ne saurait dans tous les cas être sacrifié à l'intérêt du groupe auquel elles appartiennent. Le droit des pratiques anticoncurrentielles l'admet en particulier : dans l'affaire *Thyssenkrupp*¹⁶⁶¹, la Commission puis le juge ont écarté les arguments opposés par une société mère et sa filiale reconnues coupables d'entente. Elles tentaient de faire valoir que seule une amende unique devait être prononcée à l'encontre de l'unité économique qu'elles formaient, le fait de leur imposer deux amendes distinctes conduisant à les sanctionner plus lourdement que les autres participants du cartel. Ces prétentions ont toutefois été rejetées, le juge ayant préféré faire primer la personnalité morale de chaque entité. Pour identifier la ou les entités responsables de la pratique anticoncurrentielle considérée, il importe en effet de déterminer si la filiale a agi de manière autonome ou si elle a seulement exécuté les instructions de sa société mère. Dans le premier cas, chaque membre du groupe est susceptible de se voir infliger une amende. Dans le second, le comportement de la filiale est imputé à sa société mère. Comme l'a rappelé l'Avocat Général Juliane Kokott, « l'autonomie des opérateurs économiques est une condition de base d'une concurrence effective »¹⁶⁶².

1188. La prise en compte du groupe et des entités qui le composent par le droit européen de la concurrence dépend ainsi de l'objet considéré. Les Professeurs David Bosco et Catherine Prieto ont relevé à ce sujet qu'« à certains égards, il est donc avantageux de dépasser la personnalité juridique des sociétés ; à d'autres, il est avantageux de s'y tenir. [...] L'applicabilité des règles de concurrence n'est pas ambiguë, mais au contraire du plus grand réalisme. Il s'agit de tenir compte, au cas

¹⁶⁶¹ Commission, 21 janvier 1998, *Extra d'alliage*, aff. IV/35.814, JOCE L100, 1^{er} avril 1998, p. 55 ; annulée partiellement par TPICE, 13 décembre 2001, *Krupp Thyssen Stainless GmbH et Acciai speciali Terni SpA c/ Commission*, aff. jtes T-45/98 et T-47/98, Rec. 2001, II, p. 3757 ; CJCE, 14 juillet 2005, *ThyssenKrupp Stainless GmbH et ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SpA c/ Commission*, aff. jtes C-65/02 et C-73/02 P, Rec. 2005, I, p. 6773.

¹⁶⁶² Conclusions de l'Avocat Général J. Kokott présentées le 19 février 2009 sous l'affaire *T-Mobile Netherlands BV e.a*, aff. C-8/08, Rec. 2009, I, p. 4529 et spécialement, pt 52.

par cas, de l'exacte adéquation ou inadéquation entre autonomie de la personne morale et autonomie de comportement »¹⁶⁶³.

1189. Transposés au problème spécifique des concentrations, ces principes pourraient être interprétés de deux manières distinctes. Il pourrait être admis que le groupe dans son intégralité est pris en considération, en dépit de la personnalité juridique des membres qui le composent. En pareil cas, les opérations conclues en son sein échapperaient au contrôle, faute d'avoir une influence sur le marché. À l'inverse, s'il était admis que les entités au sein d'un groupe sont indépendantes les unes des autres, leur concentration devrait être contrôlée à part entière, une fois les seuils requis atteints. Cette possibilité paraît d'autant plus séduisante que ce type d'opération est autant susceptible de servir l'intérêt individuel des entités au sein du groupe que de leur nuire¹⁶⁶⁴

1190. Pourtant, seule la première solution prévaut en droit des concentrations. La justification dans laquelle le droit des concentrations puise son exclusion des opérations intragroupes réside dans l'objectif concurrentiel qu'il poursuit : préserver la concurrence sur le marché. C'est parce que l'opération conduit à regrouper des entités déjà membres d'un même ensemble que cet acte¹⁶⁶⁵ serait indifférent pour le marché et partant, insusceptible de contrôle. Dès lors, le règlement « concentrations » n'a vocation à s'appliquer qu'aux opérations qui entraînent « un changement durable du contrôle des entreprises contrôlées », dans la mesure où c'est bien ce changement qui est susceptible d'affecter « la structure du marché »¹⁶⁶⁶. Les opérations intragroupes elles, ne s'apparentent qu'à des restructurations internes insusceptibles de contrôle¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶³ D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante.*, éd. Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruxelles, 2013, 1522 p., et spécialement, n°383 ; v. aussi en ce sens à propos des accords intragroupes, L. Idot, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », *Concurrences*, 2006, n°2, p. 1.

¹⁶⁶⁴ Le Professeur Gérard Farjat notamment estime que l'intérêt du groupe peut être contraire à celui des entités qui le composent dans la mesure où il dépend essentiellement de celui que les associés « contrôlaient » poursuivent (G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 [1^{ère} éd. 1971], 783 p., et spécialement, pp. 189, 204 et s.).

¹⁶⁶⁵ Ou, plus rarement, ce fait juridique (v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2).

¹⁶⁶⁶ Règlement « concentrations », (20).

¹⁶⁶⁷ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 10 et s. ; tel est le cas aussi en droit français (pour un exemple, v. not. Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 9 août 2002, *lettre au conseil du groupe Rieter relative à une concentration dans le secteur de la fabrication d'équipements automobiles*, BOCCRF n° 15 du 21 octobre 2002).

1191. D'autres branches du droit cherchent aussi à appréhender le groupe en tant qu'entité globale. Au sein des États membres, le juge encourage ainsi parfois en droit des sociétés la subordination de la filiale à la société mère¹⁶⁶⁸, quand il n'invite pas, en droit du travail, à s'interroger sur l'influence qu'une société mère peut exercer sur ses filiales titulaires d'un pouvoir de direction¹⁶⁶⁹. En droit européen, le législateur et le juge ont admis, certes tardivement, des notions globalisantes destinées à appréhender le groupe comme une enveloppe autonome, telles que « l'unité économique ». Le but poursuivi, particulièrement en droit des pratiques anticoncurrentielles était d'éviter que la société mère n'échappe à l'application du droit, au motif de l'insolvabilité réelle ou construite de la filiale¹⁶⁷⁰. Aussi le juge peut-il apprécier la position dominante et l'abus à travers la notion d'unité économique dans son ensemble¹⁶⁷¹, comme il peut imputer la responsabilité de l'entente à l'unité économique et non la filiale auteur¹⁶⁷². Une certaine souplesse gouverne l'appréciation de l'unité économique dans le cadre de la caractérisation d'un abus de position dominante comme d'une entente : s'il existe une présomption réfragable selon laquelle le fait de détenir l'intégralité du capital de l'entreprise conduit à faire perdre à celle-ci son autonomie¹⁶⁷³, l'exercice d'une influence déterminante peut aussi

¹⁶⁶⁸ Par exemple en France, le juge a imposé à un dirigeant qui siégeait aussi bien dans le conseil d'administration de la filiale que dans celui de la société mère de se prononcer dans les mêmes termes. En filigrane, il s'agissait ainsi d'imposer à la filiale d'être loyale à la société mère (Cass., com., 22 mai 2019, n°17-13565, *Bull.*, obs. R. Mortier, « Naissance du devoir de loyauté intragroupe », *JCP E*, 20 juin 2019, n°25, 1296).

¹⁶⁶⁹ Pour une analyse en droit français : v. G. Auzero, « Le pouvoir de direction de l'employeur dans les groupes de sociétés : un pouvoir sous influence », *Dr. soc.*, juin 2017, n°6, dossier 11 ; s'agissant spécifiquement de l'intervention des membres du groupes en présence d'un plan de sauvegarde de l'emploi mis en œuvre par l'un d'eux, v. G. Auzero, « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés Illustration de l'ineffectivité de la règle de droit », *Semaine Sociale Lamy*, 29 mars 2010, n° 1439 ; s'agissant encore de la cause économique d'un licenciement qui s'apprécie au niveau du secteur dans lequel l'entreprise employeur appartient au sein du groupe, v. Cass., soc., 16 novembre 2016, n°14-30063, *Bull.*, obs. H. Nasom-Tissandier, « Notion de groupe de sociétés et cause économique du licenciement : un début de clarification », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2 janvier 2017, n°423.

¹⁶⁷⁰ L. Idot, « La responsabilité pénale des personnes morales : Les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences*, 2012, n° 1, art. n° 41678, p. 55.

¹⁶⁷¹ CJCE, 6 mars 1974, *Zoja*, aff. jtes 6/73 et 7/73, *Rec.* 1974, p. 223.

¹⁶⁷² CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, aff. 48-69, *Rec.* 1972, p. 619, et spécialement, pts 134 et 135.

¹⁶⁷³ Les premiers jalons de cette jurisprudence ont été posés dans les arrêts *Imperial Chemical Industries Ltd* (*ibid.*, et spécialement, pts 136 et 137), *Continental Can* (CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, *Rec.* 1973, p. 215, et spécialement, pt 25), *AEG-Telefunken AG* (CJCE, 25 octobre 1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c/ Commission*, aff. 107/82, *Rec.* 1983, p. 3151, et spécialement, pt 50) et *Stora* (CJCE, 16 novembre 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c/ Commission*, aff. C-286/98 P, *Rec.* 2000, I, p. 9925 et spé pt 29). Le principe a ensuite été affirmé avec force par la Cour dans la décision *Akzo Nobel*, avant d'être confirmé ensuite à de nombreuses reprises (CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel*, aff. C-97/08 P, *Rec.* 2009, I, p. 8237, et spécialement, pt 60 ; CJUE, 29 mars

conduire à cette conclusion, que la participation en cause soit majoritaire¹⁶⁷⁴ ou minoritaire¹⁶⁷⁵. La prise en compte du groupe et la nécessité pour chaque entreprise d'être autonome pour être tenue pour responsable d'une pratique ne prévaut d'ailleurs pas seulement en droit européen, ni uniquement en droit de la concurrence : lors du naufrage de l'Amoco Cadiz au large des côtes bretonnes, le juge nord-américain a par exemple retenu la responsabilité du *trust* Stantard Oil alors que les dommages écologiques avaient été causés l'un de ses membres¹⁶⁷⁶.

1192. Pour justifier le caractère unitaire du groupe et partant, l'indifférence pour le marché des opérations de concentration conclues en son sein, encore faut-il cependant montrer qu'elles ne compromettent pas l'objet assigné au règlement. En d'autres termes, le contrôle ne semble cohérent qu'à la condition que l'opération en cause, fût-elle intragroupe, n'est pas à même de réduire significativement la

2011, *ArcelorMittal Luxembourg SA c/Commission*, aff. jtes C-201/09 P et C-216/09 P, *Rec.* 2011, I, p. 2239, et spécialement, pt 96 ; CJUE, 19 juillet 2012, *Alliance One International Inc., anciennement Standard Commercial Corp. et Standard Commercial Tobacco Co. Inc. c/Commission*, aff. jtes C-628/10 P et C-14/11 P, *Rec.*, et spécialement, pt 46 ; CJUE, 26 septembre 2013, *The Dow Chemical Company c/ Commission*, aff. C-179/12 P, *Rec.*, et spécialement, pt 56).

¹⁶⁷⁴ Ce principe a été admis très tôt dans la mesure où il résulte de la jurisprudence *AEG-Telefunken AG* (CJCE, 25 octobre 1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c/ Commission*, *préc.*).

¹⁶⁷⁵ Une participation minoritaire, très éloignée d'une participation majoritaire, conduit par principe, à rejeter l'existence d'une unité économique entre la société mère minoritaire et la filiale concernée (TPICE, 6 avril 1995, *Tréfileurope Sales SARL c/ Commission*, aff. T-141/89, *Rec.* 1995, II, p. 791, et spécialement, pt 129 ; Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co Ltd c/ Commission*, aff. T-132/07, *Rec.* 2011, II, p. 4091, et spécialement, pt 182). Cependant, la présomption instituée par une faible participation de la mère au capital de la fille se renverse: il suffit de démontrer l'exercice d'une influence déterminante par la société mère sur la filiale à l'appui de la méthode du faisceau d'indices (composition de l'organe dirigeant : Commission, 2 octobre 2001, *Gluconate de sodium*, aff. COMP/E-1/36.756 ; convention de gestion conclues entre elles : Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co Ltd c/ Commission*, *préc.* ; instructions de stratégie commerciale transmises à la filiale : TPICE, 12 janvier 1995, *Viho Europe c/ Commission* [« Viho »], aff. T-102/92, *Rec.* 1995, II, p. 17 ; relations d'affaires entre elles : Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co Ltd c/ Commission*, *préc.*).

¹⁶⁷⁶ Saisi en appel, le juge a confirmé la décision rendue en première instance en relevant que « Standard – l'entité qui détenait le contrôle de AIOC et Transport et était initialement en charge du design, de la construction et de la direction de l'Amoco Cadiz – était responsable de sa propre négligence au même titre que AIOC au vu du design, de la maintenance, des réparations et de la formation des équipages de l'Amoco Cadiz Standard [...]. L'organisation de Standard présentait un tel degré d'intégration que chacune de ses subdivisions n'était qu'un simple instrument de la société mère » (traduction libre de : « Standard – the entity that exercised control over AIOC and Transport and that initially was responsible for the design, construction, operation and management of the Amoco Cadiz – was liable for its own negligence as well as that of AIOC with respect to the design, operation, maintenance, repair, and crew training of the Amoco Cadiz. [...]. The structure of Standard was so highly integrated, each of its subdivisions was a mere instrumentality of the parent corporation. », *U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit*, 24 janvier 1992, *Matter of Oil Spill by the Amoco Cadiz*, 954 F.2d 1279).

concurrence sur le marché, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante¹⁶⁷⁷.

1193. Il est toutefois des cas dans lesquels l'opération de concentration semble à même non seulement d'échapper au droit des concentrations en raison de son caractère intragroupe mais aussi de mener à la création ou au renforcement d'une position dominante, si ce n'est d'une entente.

B. L'indifférence discutable des opérations de concentration intragroupes sur le marché

1194. Divers scénarios¹⁶⁷⁸ paraissent attester des risques que les opérations de concentration intragroupes peuvent présenter pour la concurrence sur le marché. Alors que ces scénarios peuvent tantôt conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante (1)), tantôt à la constitution d'une entente anticoncurrentielle (2)), l'applicabilité du règlement « concentrations » comme des articles 101 et 102 du TFUE ne semble pas toujours pleinement acquise.

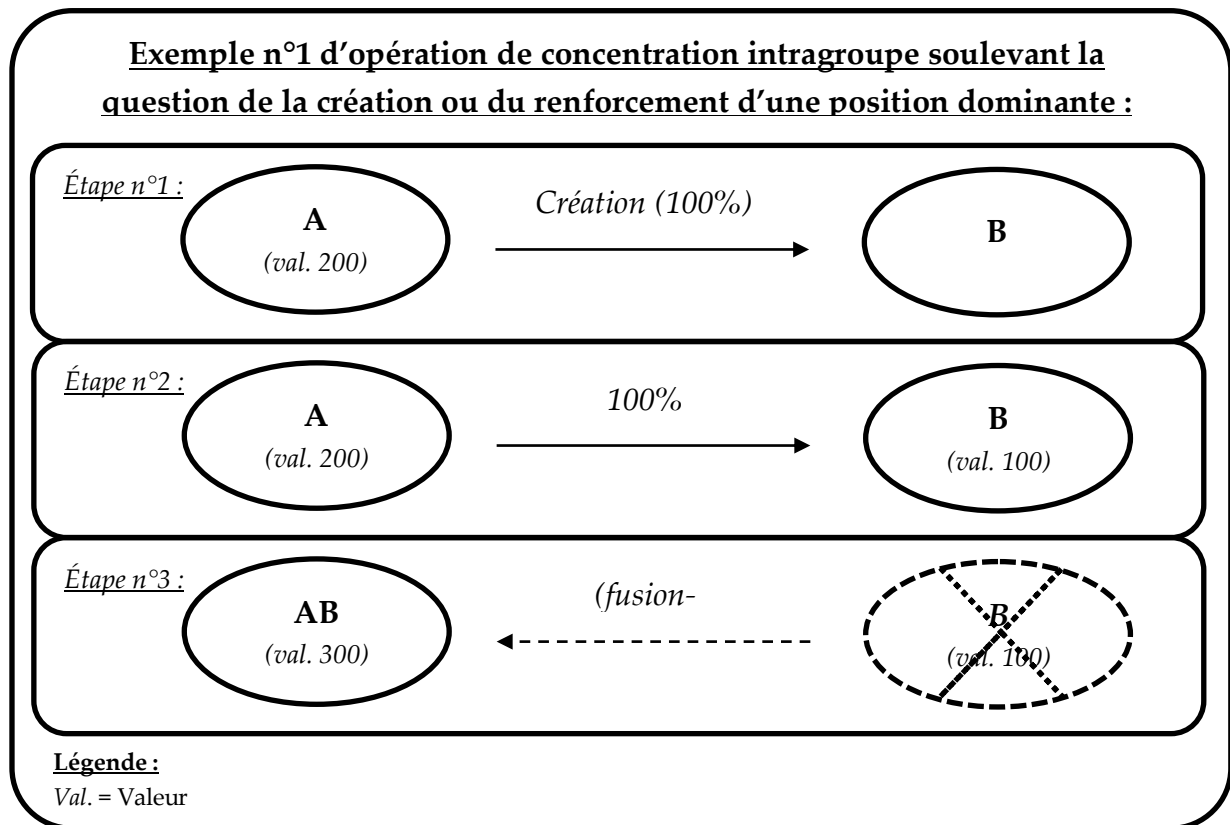
1) Exemples d'opérations intragroupes susceptibles d'entraîner la création ou le renforcement d'une position dominante

1195. Prenons l'exemple d'une société A, d'une valeur de 200, qui crée *ex nihilo* une filiale B dont elle détient l'intégralité des actions (cf. Exemple n°1 ci-après, étape n°1). La filiale B, de plein exercice, connaît rapidement un certain succès économique (étape n°2), lequel a éventuellement été facilité par la conclusion d'accords avec la société mère qui ne sauraient relever du droit de la concurrence par suite de la

¹⁶⁷⁷ Règlement « concentrations », art. 2., 2. et 3.

¹⁶⁷⁸ D'autres hypothèses ont pu être avancées. Le cas a par exemple été soulevé d'une société A détenant à 100% une société X d'une valeur de 100, qui détiendrait à son tour 51% d'une société Y. Y serait détenue à 49% par W, qui bénéficierait également de droits de veto. Dans le cas où la parité capital-droits de vote serait maintenue après l'opération, l'absorption de Y par X conduirait à conférer une valeur de 120 à l'entité XY, celle-ci serait détenue à 90% par A et à 10% par W. W serait ainsi lésée par l'opération dans la mesure où celle-ci risquerait d'annihiler le contrôle dont elle bénéficiait jusqu'à présent sur la filiale. En conférant le contrôle exclusif à A, l'opération entraînerait un changement de contrôle, tout en échappant au droit des concentrations (J.-P. Thouvenin, *Droit et politique des concentrations entre entreprises dans la CEE*, thèse, Paris X, 1993 et spécialement, p. 107). Cette hypothèse ne nous semble cependant pas pleinement convaincante au vu de la pratique ultérieure de la Commission : il ressort en effet de celle-ci qu'elle parvient à réintégrer dans le champ d'application du contrôle des concentrations les opérations résultant de situation de fait (v. *Supra*, nos développements à propos de « l'acquisition balai », 1^{ère} Partie, Titre 1, Chapitre II, Section 2, §2, B.). Davantage, si les titres détenus par W après l'opération sont assortis de droits de veto à même de lui conférer l'exercice d'une influence déterminante, le bénéfice d'un contrôle de fait semble pouvoir lui être attribué (v. *Infra*, nos développements à propos des prises de participations minoritaires, ce Titre, Chapitre 2, Section 2).

jurisprudence *Viho* ¹⁶⁷⁹. Le juge a en effet écarté du droit des pratiques anticoncurrentielles la conclusion des accords intragroupes, admettant ainsi une certaine « immunité du groupe »¹⁶⁸⁰. B, dont la valeur a atteint 100, est ensuite absorbée par la société A (étape n°3). Au vu des principes montrés précédemment, la création de B est constitutive de l'entrée d'un nouveau concurrent sur le marché mais elle est insusceptible de contrôle en raison de son caractère intragroupe. La fusion-absorption entraîne ensuite le renforcement du pouvoir de marché de la société mère et elle peut lui avoir octroyé le bénéfice de nouvelles parts de marché.



1196. Certes, l'augmentation des parts de marché n'entraîne pas nécessairement une croissance corrélative du pouvoir de marché des entreprises concernées par ces opérations et ce, d'autant que la stratégie de la nouvelle entité AB peut être contrecarrée par l'entrée de nouveaux concurrents lorsque la structure du marché considéré s'y prête¹⁶⁸¹. Néanmoins et en dépit de la simplicité de ce montage contractuel, l'éventuelle création ou le possible renforcement d'une position

¹⁶⁷⁹ TPICE, 12 janvier 1995, *Viho*, préc. ; confirmé par CJCE, 24 octobre 1996, *Viho Europe BV c/ Commission*, aff. C-73/95 P, Rec. 1996, I, p. 5457.

¹⁶⁸⁰ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, Paris, 2014, 6^{ème} éd., 366 p., et spécialement, n°149.

¹⁶⁸¹ P. Bougette et F. Venayre, « Contrôles a priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence », *Revue d'économie industrielle*, 2008, n°121, p. 9, et spécialement, p. 18.

dominante ne semble pas pouvoir être écarté d'emblée. L'opération ne saurait cependant faire l'objet d'un contrôle, faute de changement durable du contrôle matériel de la cible.

1197. Elle ne semble pas davantage pouvoir relever de l'article 102 du TFUE. La caractérisation d'un abus de position dominante implique en effet la réunion de deux critères : l'entreprise en cause doit être en position dominante¹⁶⁸² et elle doit exploiter celle-ci de manière abusive¹⁶⁸³. *A priori*, le fait que l'opération confère à l'unité économique considérée d'importantes parts de marché ne saurait suffire pour en déduire l'existence d'une position dominante : aucune communication *de minimis* n'arrête le taux de parts de marché à partir duquel l'existence d'une telle position est présumée et l'analyse de la Commission s'attache dans tous les cas au pouvoir de marché de l'entité¹⁶⁸⁴. De même et à supposer que la société A ait été en position

¹⁶⁸² Une position dominante sur le marché désigne une situation « de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (CJCE, 14 février 1978, *Bananes Chiquita*, aff. 27/76, pt 65, *Rec.* 1978, p. 207, et spécialement, pt 65 ; CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission* (« Vitamines »), aff. 85/76, *Rec.* 1979, p. 461, et spécialement, pt 38).

¹⁶⁸³ La notion d'exploitation abusive est une « une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché (...) et qui ont pour effet de faire obstacle (...) au maintien du degré de concurrence existant (...) sur le marché ou au développement de cette concurrence » (CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission* (« Vitamines »), *préc.*, et spécialement, pt 91).

¹⁶⁸⁴ Dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*, le juge a certes relevé que la position dominante se déduit d'une combinaison de facteurs et que parmi eux, « l'existence de parts de marché d'une grande ampleur [serait] hautement significative » (*ibid.*, et spécialement, pt 39). Dans son arrêt *Akzo Chemie*, la Cour a considéré que « des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante » avant d'admettre que tel était le cas en présence de parts de marché égales à 50% (CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie c/ Commission*, aff. C-62/86, *Rec.* 1991, I, p. 3359, et spécialement, pt 60). Il a également été admis qu'une part de marché comprise entre 70% et 80% constitue « en elle-même, un indice clair de l'existence d'une position dominante » (Trib. UE, 29 mars 2012, *Telefónica, SA et Telefónica de España, SA c/ Commission*, aff. T-336/07, *Rec.*, et spécialement, pt 150). De même, le fait, pour une entreprise, d'être en situation de monopole ou de jouir d'un droit exclusif peut caractériser un pouvoir de marché d'ampleur. Il reste toutefois que la seule détention de parts de marché importantes est parfois insuffisante : la Commission a déjà refusé la caractérisation d'une position dominante à une entreprise qui détenait 90% des parts du marché concerné (Commission, 13 décembre 2000, *Carbonate de soude – ICI*, aff. COMP/33.133, *JOCE* L10, 5 janvier 2003, p. 1, obs. S. Poillot-Peruzzetto, « Condamnation à 10 millions d'euros d'ICI pour rabais de fidélité », *CCC*, 2003, n°3, p. 43). La Commission a considéré qu'il était peu probable qu'une entreprise soit en position dominante en détenant un pouvoir de marché inférieur à 40% (Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOUE* C45, 24 février 2009, p. 7, pt 14) mais dans l'affaire *British Airways* par exemple (Commission, 14 juillet 1999, *Virgin-British Airways*, aff. IV/D-2/34.780, *JOCE* L30, 4 février 2000, p. 1), une position dominante a été

dominante avant ces opérations¹⁶⁸⁵, le fait qu'elle ait souhaité défendre ses intérêts commerciaux en renforçant sa position ne saurait être abusif en soi¹⁶⁸⁶, sauf à ce que cette évolution place les autres entreprises dans une situation de dépendance¹⁶⁸⁷.

1198. Le fait que l'opération échappe à toute règle interroge d'autant plus dans le cas où la société B serait créée, non par A seulement, mais aussi par la société C. Les sociétés A et C seraient dans ce cas toutes deux contrôlées à 100% par la société X. Dans cette hypothèse, A détiendrait 51% du capital de B et C, 49% de B avec le bénéfice de droits de veto (cf. Exemple n°2 ci-après, étape n°1). Suivant le scénario précédent, si B est absorbée par A, l'opération a plusieurs effets : celle-ci est non seulement susceptible d'accroître le pouvoir de marché de A mais C devient également détentrice d'une partie des titres de l'entité fusionnée AB et de droits de veto associés¹⁶⁸⁸, à supposer que la parité capital-droits de vote ait été maintenue (étape n°2).

caractérisée alors que l'entreprise n'atteignait pas ce seuil. Par ailleurs, en plus de la puissance économique sur le marché, la caractérisation d'une position dominante implique qu'il soit démontré que l'entreprise en cause est en mesure d'adopter ses comportements de manière indépendante sur le marché. À cette fin, la Commission apprécie son pouvoir de marché, soit, rappelons-le, sa capacité à maintenir des prix de manière durable (généralement deux ans) sans subir de perte de clientèle (orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, pts 9 et s.).

¹⁶⁸⁵ « L'analyse du comportement d'une entreprise en position dominante doit tenir compte du fait que la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient (...) dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire pour ses partenaires commerciaux » (CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA et Dafra-Lines A/S c/ Commission*, aff. jtes, C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec.* 2000, I, p. 1365, et spécialement, pt 132 ; v. en ce sens, CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission* (« Vitamines »), *préc.*, et spécialement, pt 41). L'entreprise en position dominante a ainsi une « responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée » (CJCE, 9 novembre 1993, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec.*, p. 3461, et spécialement, pt 57 ; TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c/ Commission*, aff. T-228/97, *Rec.* 1999, II, p. 2969, et spécialement, pt 112 ; TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corporation et a c/ Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* 2007, II, p. 3601, et spécialement, pt 229).

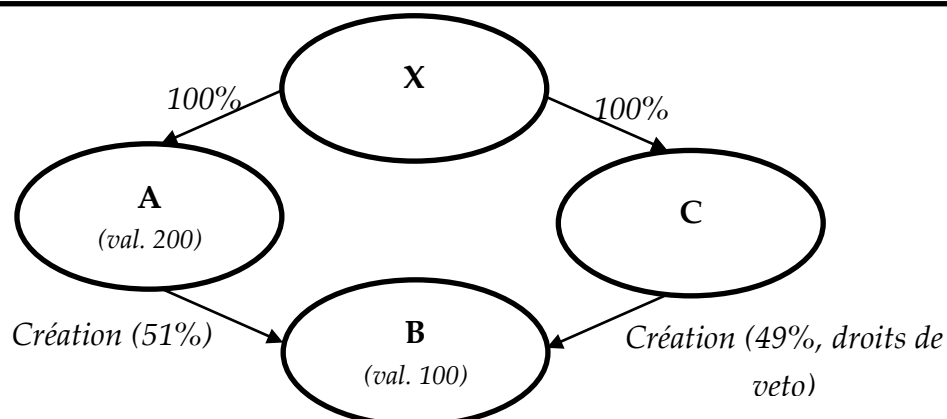
¹⁶⁸⁶ CJCE, 15 décembre 1994, *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger c/Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA*, aff. C6250/92, *Rec.* 1994, I, p. 5641, et spécialement, pts 49 et 50.

¹⁶⁸⁷ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can, préc.*

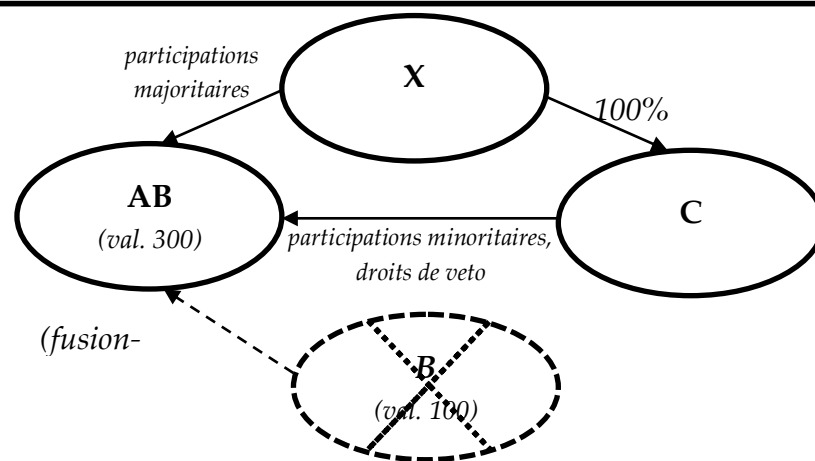
¹⁶⁸⁸ S'agissant des effets d'une fusion-absorption, v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I.

Exemple n°2 d'opération de concentration intragroupe soulevant la question de la création ou du renforcement d'une position dominante :

Étape n°1 :



Étape n°2 :



Légende :

Val. = Valeur

1199. En ce sens, le contrôle de la société A, devenue AB, a été modifié : elle est désormais détenue conjointement par X et C et non plus seulement par X. L'opération ne saurait cependant être contrôlable, dans la mesure où A et C sont toutes deux détenues par X et appartiennent dès lors au même groupe. En dépit de l'autonomie opérationnelle dont C est susceptible de jouir dans les faits, voire de l'augmentation du pouvoir de marché dont A a bénéficié par suite de l'opération de fusion-absorption, celle-ci est présumée indifférente pour les structures du marché et ainsi, insusceptible de contrôle.

1200. Ce changement de contrôle interroge pourtant dans le cas où C serait le centre réel des décisions du groupe. Les participations reflètent parfois, dans les schémas les plus simples, les structures du pouvoir au sein du groupe. Il est cependant des cas dans lesquels ces deux aspects ne se répondent pas, si le centre décisionnel est distinct de la holding finale ou bien encore si les prises de décisions sont réparties

auprès de plusieurs entités¹⁶⁸⁹. La première hypothèse est particulièrement probable dans le cas où le groupe aurait fondé son organisation sur des considérations fiscales : il est possible en effet qu'une holding regroupant toutes les participations du groupe soit créée dans un État dont la fiscalité est avantageuse et que la société mère devienne une société d'exploitation située dans un autre État. La seconde hypothèse est également récurrente en pratique : le groupe peut avoir choisi de localiser sa direction financière aux Pays-Bas, sa direction commerciale au Luxembourg et sa direction juridique en France, par exemple. Les prises de décisions sont ainsi éparpillées au gré des frontières. Comme l'étude le montre dans la Section 2 ci-après, le droit des concentrations ne s'attache pas non plus seulement au montant des participations considérées. La caractérisation d'une influence déterminante nécessite en effet d'identifier la titularité du contrôle de la cible considérée. Encore faut-il cependant que l'enquête menée par la Commission lui permette de disposer des informations nécessaires pour percer l'enveloppe du groupe et identifier au plus juste la réalité des structures du pouvoir en son sein. Cette difficulté ne semble pourtant pas pouvoir être surmontée dans tous les cas.

1201. Dans ces conditions, le contrôle européen des concentrations semble pour partie reposer sur des considérations abstraites, éloignées de la réalité économique. L'exclusion de principe qu'il pose vis-à-vis des opérations intragroupes paraît discutable, tant la Commission, comme les autorités nationales de concurrence, ne sont pas nécessairement en mesure d'identifier les liens de domination qui unissent les membres d'un même groupe. La difficulté est d'autant plus prononcée dans le cas où l'opération intragroupe mènerait à la création ou au renforcement d'une position dominante : dans cette hypothèse, l'opération échappe non seulement au contrôle en dépit de son objet mais aussi au droit des pratiques anticoncurrentielles. L'article 102 du TFUE est en effet applicable seulement lorsque ses conditions constitutives réunies.

1202. Outre la question de la domination, c'est aussi l'éventuelle réception d'une concentration intragroupe par le droit des ententes qui peut être interrogée.

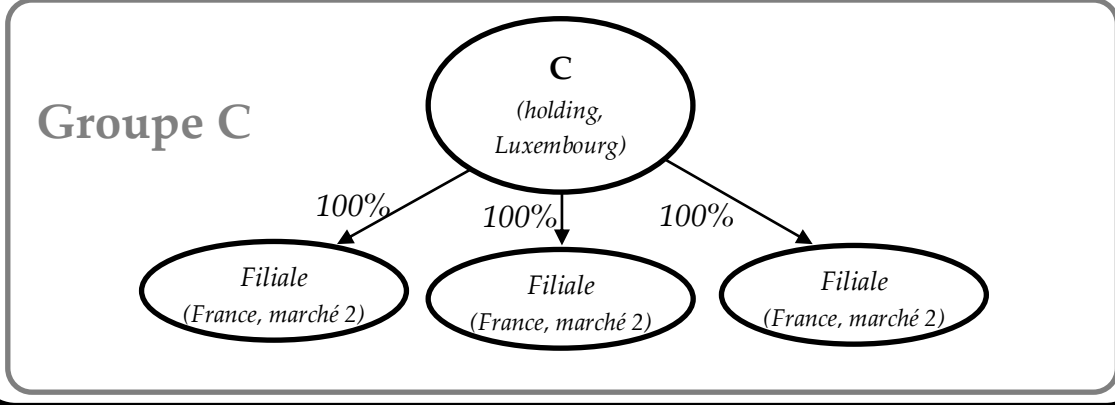
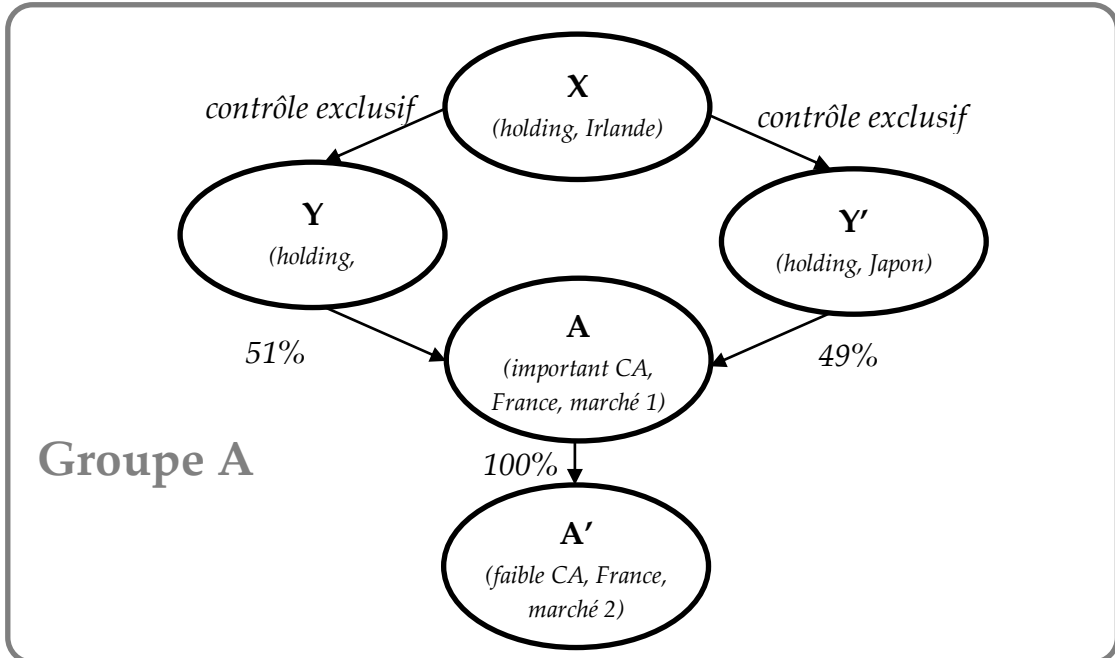
¹⁶⁸⁹ Le Professeur Michel Menjucq a identifié cette possibilité : M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 4^{ème} éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Issy-les-Moulineaux, 2016, 4^{ème} éd., 572 p., et spécialement, n°451 et s. D'autres auteurs ont encore montré l'autonomie dont les entités au sein d'un groupe sont susceptibles de bénéficier sur le marché et la déconnexion du droit en la matière (v. not., J. Paillusseau, *La Société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial Tome 18, 1967, Paris, 294 p., et spécialement, p. 73 ; G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 (1^{ère} éd. 1971), 783 p., et spécialement, pp. 109 et s. et pp. 176 et s.).

2) Exemples d'opérations intragroupes susceptibles d'aboutir à la caractérisation d'une entente anticoncurrentielle

1203. Un premier scénario peut être proposé (cf. Exemple n°3 ci-après). Dans un groupe A, une holding irlandaise X n'exerce d'influence déterminante, par ses liens capitalistiques, son pouvoir de nomination des dirigeants et sa capacité à gérer des affaires, que sur deux holdings Y en Belgique et Y' au Japon. Y et Y' détiennent notamment une filiale française A dotée d'un important chiffre d'affaires sur un marché de produits 1 dans l'ensemble du marché unique et A détient en particulier une petite filiale A' en France sur un marché connexe de produits 2. Le groupe A souhaite acquérir le contrôle exclusif du groupe C doté d'un chiffre d'affaires modéré auprès d'une holding luxembourgeoise qui contrôle trois filiales françaises dont les activités sont concurrentes à celles de A'. Le but poursuivi par le groupe A est notamment de permettre à la société A d'étendre son portefeuille de produits dans le but de pénétrer le marché de produits 2 (étape n°1 ci-après).

Exemple n°3 d'opération de concentration intragroupe soulevant la question de la caractérisation d'une entente :

Étape n°1 :

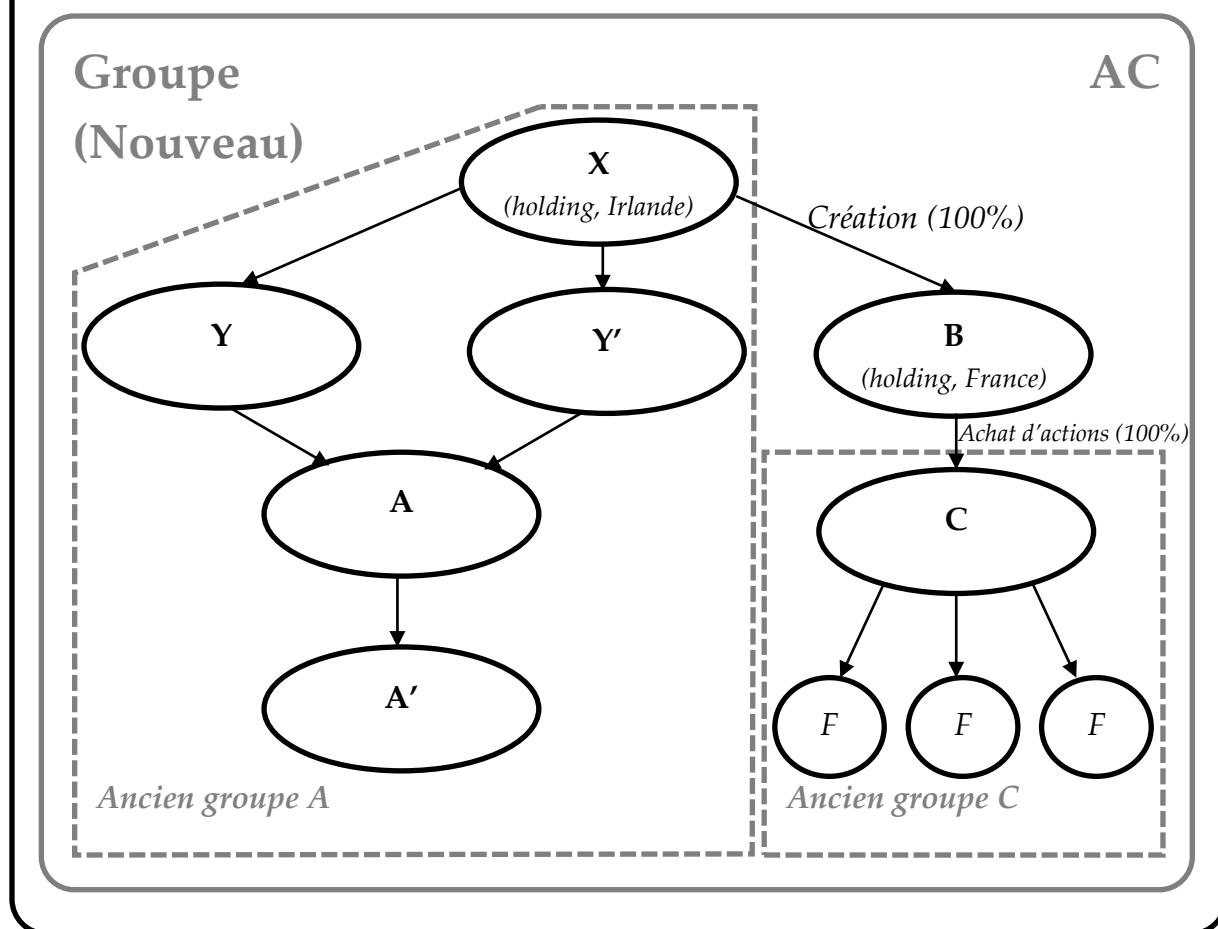


Légende :

CA = Chiffre d'affaires

1204. À cette fin, X crée une holding B chargée de procéder à la prise de contrôle du groupe C (étape n°2 ci-après).

Étape n°2 :

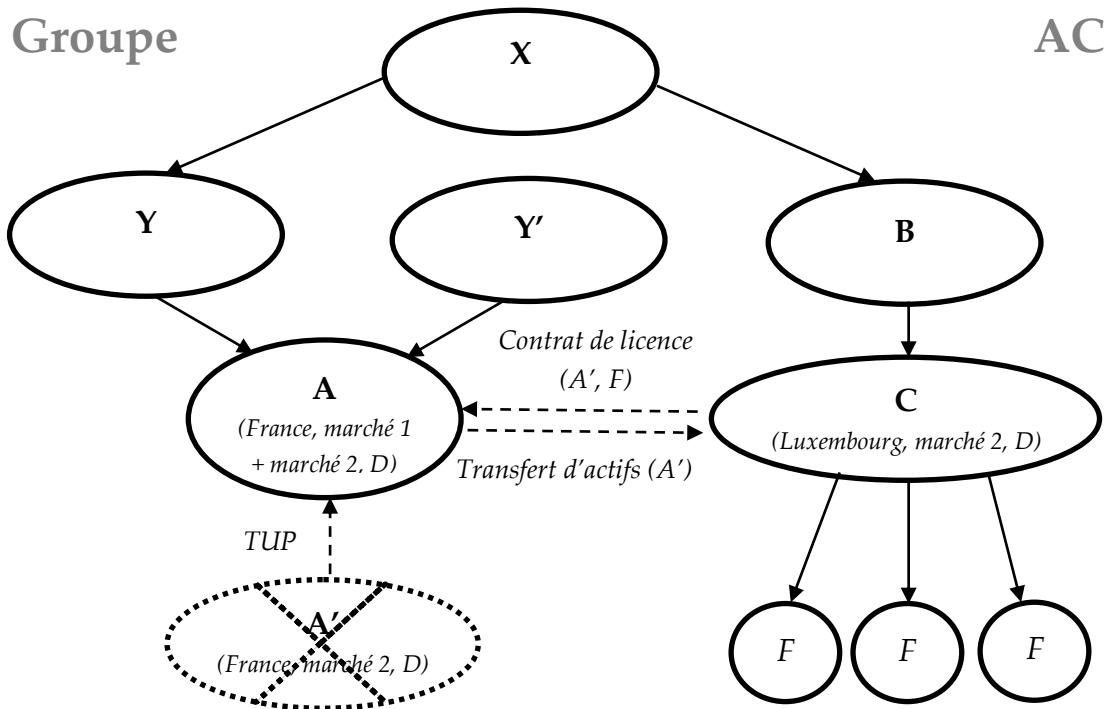


1205. Après l'acquisition du groupe C par B, C acquiert A'. C conclut un contrat de licence avec A afin de permettre à A d'utiliser certains actifs de A' et des filiales F de C. Plus tard, des dirigeants communs sont nommés par les différents actionnaires pourtant indépendants. Deux hypothèses peuvent être envisagées.

1206. Dans la première configuration, des actifs de A' sont seulement transférés à C, par suite de la dissolution de A'. A et A' ayant toutes deux leur siège en France, elles recourent à cette fin à une opération plus simple et plus rapide qu'une fusion-absorption : une transmission universelle de patrimoine, autrement dite « TUP »¹⁶⁹⁰ (étape n°3a ci-après). Une fois les actifs transférés à C, il suffira à cette dernière de les transférer ensuite à ses filiales F pour leur permettre de les exploiter à leur tour.

¹⁶⁹⁰ Le mécanisme de la transmission universelle de patrimoine, dite aussi dissolution sans liquidation, ou encore dissolution-confusion est régie en droit français par l'article 1844-5, al. 3 du Code civil (v. *Infra*, ce B.). La TUP transfrontalière n'est régie par aucun texte en droit européen. Elle reste toutefois possible lorsque les droits des deux États membres de rattachement en admettent le principe (C. Cathiard et A. Lecourt, *La pratique du droit européen des sociétés, Structures européennes et réorganisations transfrontalières*, Joly éd., 2017, 2^{ème} éd., 853 p., et spécialement, n°488 et s.).

Étape n°3a :



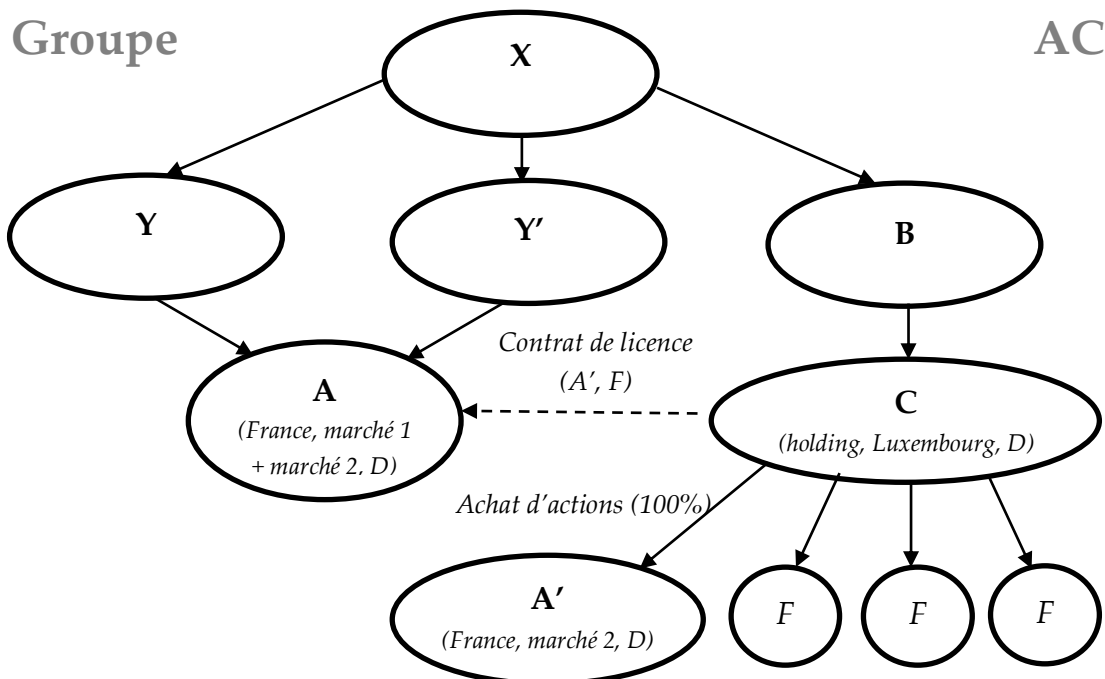
Légende :

D = Dirigeants identiques

TUP = Transmission universelle de patrimoine

1207. Dans la seconde configuration, C acquiert l'intégralité des actions de A' (étape n°3b ci-après).

Étape n°3b :



Légende :

D = Dirigeants identiques

1208. Par suite du règlement « concentrations » et de son corpus de règles, dont la communication consolidée de la Commission, l'acquisition initiale du groupe C, faute de remplir les seuils de chiffre d'affaires requis, ne semble pas pouvoir être contrôlée. En effet, X n'exerce aucun « contrôle » sur A et A'. Sont seulement « concernés » dans l'ancien groupe A, l'acquéreur B à titre principal, sa mère X et les filiales Y, Y' sur lesquelles X exerce un contrôle¹⁶⁹¹.

1209. L'acquisition de A' par C semble en revanche plus discutable.

1210. Si l'opération conduit au seul transfert des actifs de A' auprès de C (étape n°3a), celle-ci est susceptible de ne faire l'objet d'aucun contrôle¹⁶⁹². La TUP de A' au profit de sa société mère A ne saurait d'abord l'être en raison de son caractère intragroupe. Ce mécanisme, particulièrement prisé en raison des avantages fiscaux et de temps¹⁶⁹³ qu'il présente, est en effet possible en droit français lorsque l'intégralité

¹⁶⁹¹ Sur les entreprises concernées au sens du contrôle européen des concentrations, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1.

¹⁶⁹² Sur cette question, v. aussi, *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2, A.

¹⁶⁹³ Lorsque l'associé unique est assujéti à l'impôt sur les sociétés, les TUP bénéficient du régime fiscal de faveur en vertu des articles 210-0, 3^o et 210-A du Code général des impôts. Le bénéfice de ce régime pour ces opérations a été introduit par l'article 85 de la loi n°2001-1275 du 28 décembre 2001 de

des titres de la filiale est détenue par la société mère comme dans l'exemple : en pareil cas, l'article 1844-5, alinéa 3 du Code civil permet que la dissolution de la filiale entraîne la transmission universelle de son patrimoine à la société mère, sans qu'il y ait lieu à liquidation¹⁶⁹⁴, après écoulement du délai d'opposition laissé aux créanciers¹⁶⁹⁵.

1211. Lorsque A, devenue propriétaire des actifs de A', transfère ces actifs à C, l'opération risque ensuite de ne conduire à aucun changement de contrôle de A dans la mesure où elle ne permet pas à C d'exercer une influence déterminante sur elle. Il est vrai que l'acquisition d'éléments d'actifs peut relever du contrôle des

finances pour 2002 (*JORF* n°302 du 29 décembre 2001, p. 21074 ; Instruction fiscale n°4 I-1-03, BOI n°118 du 7 juillet 2003). La fusion simplifiée, mécanisme de fusion également possible ici, peut être plus longue et plus coûteuse que la TUP (v. en ce sens not., S. Plantin, « Méthodes simplifiées pour réduire les structures juridiques d'un groupe », *JCP E*, 8 janvier 1998, n°1, p. 21). Bien qu'avantageuse, la TUP présente néanmoins le risque pour l'associé de se voir tenu du paiement des dettes qui excèdent le montant de l'actif dans la mesure où l'intégralité de l'actif comme du passif lui est transmis. Tel n'était pas le cas avant l'admission de ce mécanisme en France (B. Rolland, « Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine », *JCP E*, 9 mars 2000, n°10, p. 406).

¹⁶⁹⁴ La transmission comprend ainsi l'intégralité du passif et de l'actif de la société absorbée. Les actions en cours sont également transmises mais la pratique recèle de quelques irrégularités (M.-L. Coquelet, « Le sort des actions en justice en cas de transmission universelle de patrimoine », *Joly*, 2007, p. 783) dont le fait que la société bénéficiaire de la TUP doive porter à la connaissance du juge l'opération en question afin que la substitution de personnes juridiques puisse pleinement produire effet. À défaut, la personne morale est réputée inexistante et l'action qui a été poursuivie par la société bénéficiaire doit être annulée (pour un exemple en ce sens, v. not., Cass., com., 3 février 2015, *T. c/ Guigon ès qual*, n°13-25749, obs. J.-M. Moulin, « Fusion et responsabilité délictuelle : quand la fusion vient perturber la ronde des pains », *Rev. soc.*, 2015, p. 579). En outre, confronté à la question de savoir si l'associé unique détenant 100% d'une société peut, indifféremment, procéder à la dissolution sans liquidation de l'article 1844-5 alinéa 3 ou à la liquidation de sa filiale avec désignation d'un liquidateur, le Comité de Coordination du Registre du Commerce et des Sociétés a estimé que seule la TUP est possible et que face à une demande tendant à la liquidation de la société en pareil cas, le greffier doit la refuser (CCRS, 14 mars 2014, avis n°2014-006).

¹⁶⁹⁵ À compter du lendemain de la publication de la TUP dans un journal d'annonces légales (CCRS, 30 mai 2012, avis n° 2012-026), les créanciers disposent d'un délai de trente jours pour faire opposition à la dissolution. Le juge peut rejeter l'opposition, ordonner le remboursement des créances ou la constitution de garanties si la société en offre de suffisantes. La personne morale disparaît à l'issue du délai précité, en cas de rejet de l'opposition par le juge, ou une fois les créances remboursées ou les garanties constituées (Code civil, art. 1855-5, al. 3). Ces obligations pèsent sur la société « tupée », ce qui a été critiqué dans la mesure où l'associé unique serait mieux placé à cette fin (B. Dondero et P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat, Paris, 2009, 1088 p., et spécialement, p. 397). L'opposition ayant la nature d'une demande en justice, celle-ci doit être formée devant le Tribunal de grande instance par assignation ou par remise au greffe d'une requête conjointe, pour les sociétés civiles et pour les sociétés commerciales, devant le Tribunal du commerce par assignation par requête conjointe ou présentation volontaire des parties (P. Etain, P. Gourlaouen, E. Fournier, F. Leger, D. Mpouki, D. Oudenot, A. B. Savago, J.-P. Teboul, « Actualité du registre du commerce et des sociétés (janv. 2014 – avr. 2015) », *Joly*, 1^{er} juin 2015, n°6, p. 308).

concentrations lorsque les seuils sont atteints : il faut « que ces éléments d'actifs constituent l'ensemble ou une partie d'une entreprise, c'est-à-dire une activité se traduisant par la présence sur un marché et à laquelle un chiffre d'affaires peut être rattaché sans ambiguïté »¹⁶⁹⁶. Symétriquement cependant, ce principe implique la déduction suivante : le transfert d'actifs isolés qui ne porterait pas sur des infrastructures ou une clientèle notamment, échappe au contrôle des concentrations. Dans ces conditions, si A transfère à C par exemple des licences de marques, de brevets ou des droits d'auteurs sans qu'un chiffre d'affaires puisse leur être rattaché, l'opération ne saurait être contrôlée par la Commission.

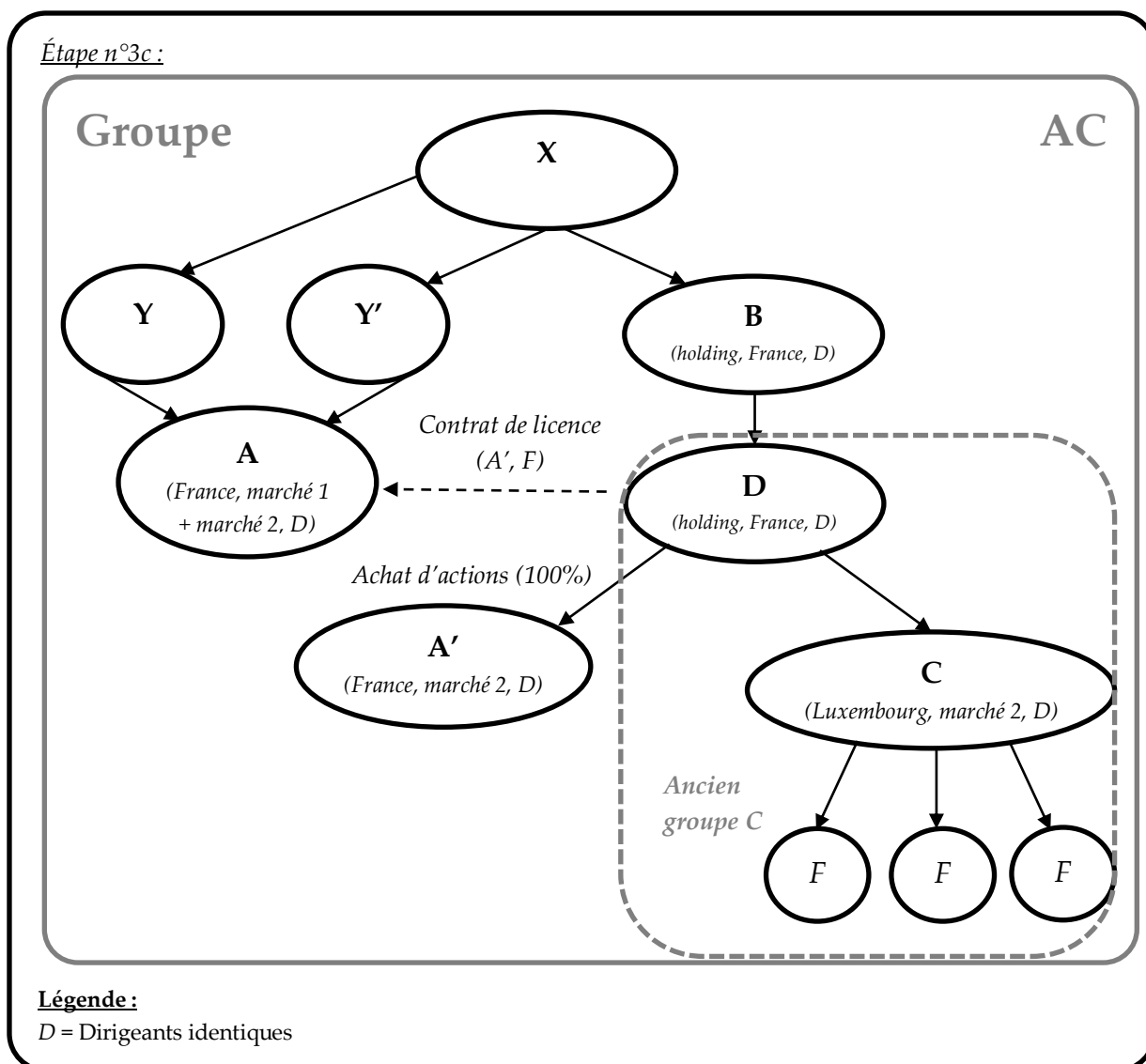
1212. S'il s'agit d'un achat d'actions de C auprès de A (étape n°3b), les entreprises concernées par l'opération seront, cette fois, susceptibles d'atteindre ensemble les seuils requis par le contrôle des concentrations en raison de la présence de A. Parmi les entreprises concernées par l'acquisition de A' par C figurent en effet la mère A de A', la cible A', l'acquéreur C, sa mère B et ses filiales F. Pour échapper au contrôle, elles ne sauraient faire valoir le caractère intragroupe de l'acquisition de A', sauf à reconnaître que le contrôle final de toutes les entités est détenu par X et par conséquent, que l'acquisition du groupe C aurait dû être notifiée dans la mesure où le chiffre d'affaires de A et ses filiales aurait intégré le calcul¹⁶⁹⁷.

1213. Cependant, cette hypothèse semble pouvoir être nuancée dans le cas où dans le groupe C initial, la société C aurait été détenue par une holding D qui, à l'image de la holding X du groupe A, ne détient aucun chiffre d'affaires et n'exerce d'influence déterminante que sur C et non les filiales F. En pareil cas, après l'acquisition du groupe C par le groupe A, les actions de A' auraient en effet pu être acquises par D et non C. Le contrat de licence auprès de A sur les actifs de A' aurait été conclu non par C mais par D, en sa qualité de société mère de A' (étape n°3c ci-après).

¹⁶⁹⁶ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt (24) ; en plus de nos développements de la Première Partie, v. aussi pour un exemple où la condition était remplie : Commission, 22 décembre 2005, *Vattenfall / Elsam and E2 Assets*, aff. M.3867, JOUE C184, 8 août 2006, p. 8.

¹⁶⁹⁷ Cette divulgation n'est peut-être cependant pas à exclure au vu du montant de la sanction applicable en pareil cas, lequel peut être jugé limité (v. en ce sens, *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §2, B., 2)).

Étape n°3c :



1214. Dans cette hypothèse, nos développements précédents portant sur l'acquisition du groupe C par B semblent aussi valables : le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées par l'acquisition de A' par D ne permettent pas d'atteindre les seuils requis. Seules semblent intégrer le calcul les sociétés suivantes : l'entreprise acquéreur D qui est une holding dépourvue de chiffre d'affaires, sa mère B qui se trouve dans une position analogue, la filiale C de D et l'ancienne société mère A. Le chiffre d'affaires des filiales F ne semble ainsi pas avoir vocation à intégrer le calcul.

1215. En ce sens, l'application du droit des concentrations paraît étroitement dépendre de la forme des opérations en cause et de la structure des groupes considérés. En effet, l'hypothèse reposant sur un transfert d'actifs est susceptible d'échapper au contrôle (étape 3a) et si celle portant sur l'acquisition des actions de A' peut le déclencher (étape 3b), tel n'est pas nécessairement le cas lorsque l'auteur de

l'acquisition est une holding dépourvue de toute influence sur ses filiales petites-filles F (étape 3c). Le fait que les groupes puissent faire face au droit des concentrations en agissant sur la forme de l'opération et le contenu des contrats ne semble que peu surprenant dans la mesure où nous en avons plus largement avancé cette hypothèse dans la Première Partie de l'étude¹⁶⁹⁸. De même, la thèse selon laquelle la rigidité de la définition conférée au groupe par le règlement « concentrations » comme les seuils qu'il retient est susceptible d'affaiblir la cohérence du contrôle a aussi été développée précédemment¹⁶⁹⁹.

1216. Toutefois, ces opérations présentent un intérêt supplémentaire et nécessitent une analyse à ce stade de l'étude dans la mesure où la Commission¹⁷⁰⁰ ne semble ici pas dépourvue de tout moyen d'action.

1217. Ces opérations peuvent en effet intéresser éventuellement le droit européen de la concurrence au vu du contrat de licence conclu entre C ou D, d'une part et A, d'autre part : ce contrat permet en effet à A de développer ses activités sur le marché 2 au vu de la licence qui lui a été concédée sur les actifs de A', sur ses propres actifs et sur ceux de ses filiales F. Plusieurs hypothèses sont cependant à envisager en pareil cas. En effet, si l'accord de licence s'apparente à une coopération de recherche et développement, celui-ci ne sera réputé restrictif de concurrence qu'à la condition que A et C disposent d'un important pouvoir de marché sur le marché 2 considéré et que l'accord réduise sensiblement l'innovation¹⁷⁰¹. Il est aussi nécessaire que le contrat en cause échappe à l'exemption par catégorie européenne¹⁷⁰². Son éventuelle contrariété à l'article 101§1 du TFUE peut être constituée dans le cas où il s'étendrait à la commercialisation des produits considérés¹⁷⁰³. S'il est avéré que ces conditions sont remplies, A et C ne sauraient faire valoir l'existence d'un groupe et le bénéfice de la jurisprudence *Viho*, sauf à admettre encore que le contrôle final du groupe était

¹⁶⁹⁸ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I.

¹⁶⁹⁹ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1.

¹⁷⁰⁰ À supposer encore que le droit européen, et non national, soit intéressé par cette pratique.

¹⁷⁰¹ Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, pts 129 et s.

¹⁷⁰² Règlement (UE) n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *JOUE* L335, 18 décembre 2010, p. 36.

¹⁷⁰³ Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, pt 137.

détenu par X et que les opérations précitées auraient dû faire l'objet d'un contrôle des concentrations¹⁷⁰⁴.

1218. Dès lors, le droit des concentrations semble impropre à appréhender seul l'ensemble de ces opérations et ce, alors même qu'elles peuvent être susceptibles d'effets congloméraux en raison du caractère connexe des marchés sur lesquels A, A' et le groupe C opèrent, voire d'effets horizontaux lorsqu'elles conduisent le groupe C à acquérir le contrôle de A'. La possibilité d'une unité d'actions postérieure à ces opérations semble aussi envisageable en raison de la nomination de dirigeants identiques. Dans ces hypothèses, la Commission ne semble généralement pouvoir s'y intéresser qu'en raison du contrat de licence qui est susceptible de constituer une entente anticoncurrentielle. Cet état du droit ne paraît pas satisfaisant. D'abord, comme l'a relevé l'avocat Jean-Mathieu Cot¹⁷⁰⁵, la *summa divisio* retenue en droit européen de la concurrence est à l'origine des hésitations dont certaines opérations ont fait l'objet au fil du développement du contrôle des concentrations jusqu'à l'adoption du règlement (CE) n°139/2004. Ensuite et dans la mesure où le droit des ententes obéit à ses propres règles et exemptions, sa pleine applicabilité n'est pas garantie en soi. Les délais permettant à la Commission d'obtenir l'ensemble des informations requises, comme les moyens devant être mis en œuvre, risquent aussi de s'en trouver alourdis. Au-delà, le droit des concentrations obéit à son objet propre. Il semble ainsi regrettable qu'il doive recourir à un contrôle *ex post* des comportements qui lui est étranger pour bénéficier éventuellement d'un regard sur les opérations qui ont permis la conclusion des accords litigieux.

1219. Les problématiques soulevées par les opérations intragroupes, comme celles qui peuvent découler de la création d'une entreprise commune, soulignent ainsi parfois les limites de la *summa divisio* dans laquelle le droit européen des concentrations s'inscrit pour l'heure. La nécessité de réinterroger cette distinction semble d'autant plus nette que l'appréciation *ex post* des pratiques anticoncurrentielles a par ailleurs pu faire l'objet de critiques et que l'introduction d'un nouveau mécanisme *ex ante* dans ce cadre a récemment été discutée¹⁷⁰⁶. Ces

¹⁷⁰⁴ Nous émettons les mêmes réserves que précédemment au vu du caractère relatif de la sanction pouvant être infligée en pareil cas.

¹⁷⁰⁵ J.-M. Cot, « Les contraintes de temps et l'organisation de procédures efficaces », p. 26 in DGCCRF (dir.), *Atelier de la concurrence. Le facteur temps dans le droit de la concurrence : le temps de la procédure et le temps des entreprises*, Rev. conc. consom., 2003, n°136.

¹⁷⁰⁶ Autorité belge de la concurrence, Conseil de la concurrence et *Authority for Consumers & Markets*, « Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world », 2 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma_acm_cd1cl.joint_m

exemples tendent à montrer l'urgence qu'il y aurait de conférer au contrôle un panel complet d'outils qui lui permettrait de répondre à ses objectifs, en dépassant cette distinction traditionnelle. Le renforcement du contrôle institutionnel dévolu à la Commission semble par conséquent se justifier¹⁷⁰⁷.

1220. Quoi qu'il en soit, le fait que le contrôle matériel doive changer de titulaire pour que l'opération prétende à la qualification de concentration contrôlable semble discutable. Le fait que le règlement « concentrations » subordonne encore le bénéfice de cette qualification à l'exigence qu'une influence déterminante soit exercée sur la cible peut également être critiqué dans les cas où la prise de contrôle en cause ne conduit pas à l'entrée d'un nouvel actionnaire majoritaire ou unique.

Section 2 :

Le critère du « changement durable du contrôle » de la cible et l'influence exercée par les actionnaires minoritaires

1221. Le droit européen des concentrations définit « l'influence déterminante » amenée à être exercée sur la cible de la concentration quasiment à l'identique depuis 1989¹⁷⁰⁸. La définition édictée par l'article 3, 2. du règlement « concentrations » fait appel, à cet égard également, à de larges qualifications de manière à permettre à la règle de droit d'appréhender à suffisance la réalité de l'opération en faisant fi de catégories juridiques par trop marquées.

1222. D'autres textes et travaux montrent que la notion de contrôle elle-même requiert effectivement une telle approche. Alors que le « modèle de loi européenne sur les sociétés » s'essaie par exemple à l'exercice en proposant des définitions étendues permettant de caractériser tant le contrôle *de jure* que *de facto* exercé sur une entreprise¹⁷⁰⁹, la loi française de 1977 créant un premier contrôle des concentrations le décrivait pour sa part comme le fait pour « une entreprise ou (...) un groupe d'entreprises d'exercer directement ou indirectement sur une ou plusieurs autres entreprises une influence de nature à diriger ou même à orienter la gestion ou le

emorandum_191002.pdf, et spécialement, pp. 5 et s. ; Conseil d'analyse économique, « Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard », *Les notes du conseil d'analyse économique*, octobre 2020, n°60, et spécialement, pp. 8 et s.

¹⁷⁰⁷ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II.

¹⁷⁰⁸ Le règlement ne visait pas le « changement durable du contrôle de la cible » ; en revanche, les paragraphes 3. et 4. de l'article 3 actuellement en vigueur y figuraient déjà à l'identique (règlement (CEE) n° 4064/89, art. 3).

¹⁷⁰⁹ *European Model Companies Act*, art. 15.04 à 15.06.

fonctionnement de ces dernières »¹⁷¹⁰. La doctrine s'y est aussi très tôt intéressée. Notamment, tout en relevant qu'il s'agit d'« une notion difficile à définir à la frontière des faits économiques et du droit », le Professeur Gérard Farjat retenait la définition proposée par son confrère Claude Champaud qui y voyait le « droit de disposer des biens d'autrui comme un propriétaire ». Il reste que pour le Professeur Gérard Farjat, la seule détention d'actions et de droits de vote devait être dépassée : il s'agissait d'admettre que des opérations conduisent à conférer à leurs auteurs un « contrôle-maîtrise » ou « contrôle-domination » consistant à « diriger ou orienter la gestion, le fonctionnement d'une société et qui permet même souvent de décider de son sort »¹⁷¹¹. Le Professeur Jean Paillusseau relevait quant à lui que la « domination [d'une ou de plusieurs entreprises ou groupes sur une autre entreprise] peut s'exercer par des moyens très divers qui ne se manifestent pas obligatoirement par une participation financière »¹⁷¹². Dès lors et bien que la propriété privée ait historiquement fondé la légitimité du pouvoir reconnu aux sociétés et l'efficacité de celles-ci¹⁷¹³, l'examen de la réalité économique mène à un autre constat : « le contrôle n'est pas la propriété de l'entreprise pour trois raisons : l'entreprise n'est pas un objet de propriété ; le contrôle n'est pas un droit de propriété ; et, enfin, les détenteurs du pouvoir ne sont ni toujours majoritaires, ni toujours représentants des intérêts de l'ensemble des actionnaires »¹⁷¹⁴. Le contrôle gagnerait ainsi à être admis de manière très étendue. Parce qu'une cession de contrôle résiderait avant tout dans la transmission du « pouvoir dans l'entreprise sociale », il importerait finalement peu

¹⁷¹⁰ Loi n°77-806 du 19 juillet 1977, art. 4, al. 1 ; il est précisé que la circulaire d'application de 1978 laissait à la Commission de la concurrence le soin de définir plus avant les liens entre entreprises (circulaire ministérielle du 14 février 1978, BOSP du 17 février 1978), les modalités de désignation des membres de ladite Commission ayant été définis par le décret n°77-1189 du 25 octobre 1977 (décret n°77-1189 du 25 octobre 1977 fixant les conditions d'application de la loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF* du 26 octobre 1977, p. 5223).

¹⁷¹¹ G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 (1^{ère} éd. 1971), 783 p., et spécialement, p. 168.

¹⁷¹² J. Paillusseau, *La Société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial Tome 18, 1967, Paris, 294 p., et spécialement, p. 72.

¹⁷¹³ Cet extrait d'*Aspects juridiques du capitalisme moderne* de Ripert est éloquent : « l'entreprise est restée cachée sous la propriété [...] L'activité de cet homme, l'entrepreneur, se trouve englobée dans l'exercice du droit de propriété. S'il fabrique, c'est parce qu'il a le *jus fruendi* ; s'il vend, c'est parce qu'il a le *jus abutendi*. » (G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1946, 348 p., et spécialement, n°120).

¹⁷¹⁴ J. Paillusseau, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *RIDE*, 1990, n°3, p. 289 et spécialement, p. 294.

de s'attacher au caractère majoritaire ou minoritaire de la prise de participations en cause dès lors que celle-ci conduit à influencer nouvellement la vie sociale¹⁷¹⁵.

1223. Pourtant, en dépit de son apparente souplesse et de ces divers travaux, l'analyse du droit européen des concentrations semble montrer qu'il compromet de lui-même l'atteinte de ses objectifs en retenant des catégories juridiques par trop figées. Deux illustrations attestent de la nécessité qu'il y aurait d'en assouplir quelque peu certains traits.

1224. Il s'agit d'abord du cas soulevé par les prises de participations minoritaires susceptibles d'entraîner une prise de contrôle exclusif de la cible par un nouvel associé ou actionnaire¹⁷¹⁶ entrant (§1). Il s'agit ensuite de celles qui peuvent entraîner la prise de contrôle en commun de la cible. Les opérations conclues ces dernières années par des fonds d'investissement en constituent plus particulièrement un exemple intéressant (§2).

Paragraphe 1: La nécessité d'une admission étendue des prises de contrôle exclusif résultant de prises de participations minoritaires

1225. Les prises de participations minoritaires suscitent *a priori* peu d'intérêt pour les entreprises ou groupes soucieux d'étendre leur croissance externe. Parce qu'il se perd dans « le brouillard »¹⁷¹⁷ du groupe, l'associé minoritaire voit en effet ses prérogatives théoriquement réduites et son droit à l'information diminué en ne parvenant pas à identifier à suffisance la pertinence des délibérations sur lesquelles il est appelé à se prononcer.

1226. De nombreuses raisons justifient cependant ce type d'opérations : pour l'auteur de la prise de participations, il peut s'agir de consolider des relations commerciales existantes, d'entrer sur un nouveau marché, de développer conjointement un produit ou un service, de réaliser une première étape d'une potentielle prise de contrôle exclusif, d'acquérir le contrôle de la cible en profitant de

¹⁷¹⁵ J. Paillusseau, « La cession de contrôle », *JCP E*, 14 novembre 1985, n°46, p. 14587.

¹⁷¹⁶ Il est précisé que le droit européen semble se référer indistinctement à l'« associé » et l'« actionnaire ». Si la sémantique retenue par le droit des sociétés français invite à réserver l'appellation d'« actionnaire » aux seules sociétés par actions, ces deux termes sont ici utilisés de manière égale, à l'image de la conception que le droit européen des concentrations retient.

¹⁷¹⁷ G. Farjat, *Droit économique, op. cit.*, et spécialement, p. 193.

la détention préalable d'actions par l'une de ses filiales, d'un simple placement financier, etc.¹⁷¹⁸

1227. En dehors des cas où elles sont assimilées avec d'autres à des opérations liées constitutives d'une opération de concentration unique contrôlable, le droit européen des concentrations envisage ces prises de participations minoritaires de manière distincte. Il ignore la plupart d'entre elles, parce qu'elles sont perçues comme des opérations menées à des seules fins d'investissement : aucun contrôle ne saurait en effet être exercé par la Commission sur une opération qui n'a pas vocation à modifier durablement le contrôle de la cible. Symétriquement, le droit européen des concentrations s'attache aux seules prises de participations minoritaires susceptibles de conférer à leurs auteurs le contrôle exclusif ou le contrôle en commun de la cible. Bien que les législations des États membres partagent des principes semblables, ils retiennent néanmoins des critères d'appréciation parfois des plus distincts.

1228. Avant d'envisager les prises de participations minoritaires occasionnant un contrôle en commun de la cible¹⁷¹⁹, il semble nécessaire de s'intéresser ici à la manière dont le droit européen admet qu'une prise de participations minoritaires est ou non constitutive d'une prise de contrôle exclusif de la cible. En d'autres termes, il s'agit désormais d'analyser les cas dans lesquels le droit européen des concentrations admet qu'un associé minoritaire bénéficiera seul, à l'issue de son acquisition, d'une influence suffisante sur la cible lui permettant d'exercer un contrôle matériel sur celle-ci. Tel est ainsi le cas par exemple lorsque les droits de vote dévolus à l'actionnaire lui permettent, en dépit du caractère minoritaire de sa participation, d'arrêter des décisions stratégiques de la cible, ou tout au moins d'en bloquer l'adoption. En pareil cas, l'associé détient seul le contrôle de la cible, dans la mesure où il ne dépend pas d'une collaboration quelconque avec d'autres associés minoritaires¹⁷²⁰. Plus précisément, le droit européen accepte le principe d'un contrôle exclusif résultant d'une prise de participations minoritaires et donc en déduit la contrôlabilité par la Commission dans des situations spécifiques.

1229. Les critères retenus à cette fin peuvent être discutés. L'expérience issue de la pratique décisionnelle de la Commission et de certaines autorités nationales de

¹⁷¹⁸ M-C. Rameau et Y. Trifounouitch, « Contrôle des concentrations – L'appréhension des participations minoritaires par la Commission européenne : Des solutions classiques aux thèses d'avant-garde », *Concurrences*, 2018, n°2p. 50.

¹⁷¹⁹ V. *Infra*, cette Section, §2.

¹⁷²⁰ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 54 et s.

concurrence tend en effet à montrer que ces conditions gagneraient à être révisées, afin d'élargir le nombre de prises de participations minoritaires contrôlables en droit européen en raison du contrôle exclusif de la cible qu'elles sont susceptibles de provoquer et des effets qu'elles peuvent avoir sur le marché.

1230. En ce sens, une telle extension semble justifiée (**A.**). La question semble d'autant plus devoir être posée que la méthode d'appréciation *in concreto* que la Commission retient pour l'heure présente quelques limites (**B.**).

A. Les justifications de l'extension

1231. Les prises de participations minoritaires entraînant le changement de contrôle exclusif de la cible sont admises restrictivement en droit européen des concentrations. L'extension du contrôle à cet égard peut cependant se justifier pour deux séries de raisons. D'une part, les autorités de concurrence réservent à ce type d'opérations une pluralité d'appréciations, ce qui est susceptible d'atténuer la lisibilité du contrôle au sein de l'Union et la sécurité juridique des groupes (**1**). D'autre part, il a été admis que ces opérations peuvent être porteuses d'effets sur le marché (**2**).

1) Une pluralité d'approches par les autorités de concurrence

1232. La Commission admet dans des hypothèses spécifiques que des prises de participations minoritaires entraînent le changement durable du contrôle de la cible et partant, que l'opération doit être contrôlée au titre du droit européen des concentrations (**a**). Par principe cependant, elle estime que ces opérations échappent au contrôle européen et ce, parfois en opposition avec d'autres législations (**b**).

a) Les prises de participations minoritaires entraînant une prise de contrôle exclusif en droit européen

1233. Les prises de participations minoritaires n'échappent pas à l'emprise du droit européen de la concurrence. La jurisprudence a montré au contraire qu'elles pouvaient relever des articles 101 et 102 du TFUE¹⁷²¹. Dans le cadre précis du droit européen des concentrations, la Commission distingue les prises de participations minoritaires selon qu'elles conduisent, ou non, à l'acquisition d'un contrôle exclusif de droit (**α.**) ou de fait (**β.**).

¹⁷²¹ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, *Rec.* 1973, p. 215 ; CJCE, 17 novembre 1987, *Philip Morris*, aff. jtes 142 et 156/84, *Rec.* 1987, p. 4566.

α. L'acquisition d'un contrôle exclusif de droit

1234. Si le contrôle exclusif de droit est plus facilement caractérisé en présence d'actionnaires détenant la majorité des droits de vote, une telle problématique peut aussi se poser s'agissant des prises de participations minoritaires.

1235. Un tel contrôle peut en effet découler de ce type de participations lorsque la détention d'actions est couplée à d'autres droits qui confèrent à l'actionnaire minoritaire la possibilité de déterminer la stratégie commerciale de l'entreprise cible ou de nommer plus de la moitié des membres de l'organe dirigeant. Ces prérogatives peuvent résulter d'actions préférentielles. Il peut aussi s'agir de l'hypothèse où l'actionnaire est détenteur d'une minorité de blocage, par suite de ses droits de veto ou droits de vote double à même de lui conférer un « contrôle exclusif négatif » sur la cible¹⁷²². Tel est encore le cas lorsque l'actionnaire minoritaire est titulaire du droit de gérer les activités de la cible et d'en déterminer la politique commerciale¹⁷²³. La prise de participations minoritaires est par exemple contrôlante lorsqu'elle permet à son auteur de « bloquer les décisions stratégiques de l'entreprise (...), telles que celles relatives à la nomination des organes de décision de l'entreprise (...) que sont le conseil d'administration et le conseil de surveillance »¹⁷²⁴.

1236. La détention du contrôle exclusif de fait d'une entreprise peut aussi être reconnue à un actionnaire minoritaire.

β. L'acquisition d'un contrôle exclusif de fait

1237. La détention d'un contrôle exclusif de fait est reconnue à un actionnaire minoritaire lorsque celui-ci a la « quasi-certitude d'obtenir la majorité à l'assemblée générale »¹⁷²⁵. Plus précisément, la Commission tente de déterminer si, à l'issue de

¹⁷²² L'admission de ce « contrôle exclusif négatif » est cependant dépendante des faits soumis, en particulier au sein des États membres. Par exemple, en France, la prise de participations minoritaires n'est pas contrôlante dans le cas d'une entreprise détenant 42.4% des votes ainsi qu'une minorité de blocage qui lui permettrait seulement de s'opposer aux décisions requérant la majorité des deux tiers (Conseil de la concurrence, 1^{er} juillet 1997, *avis relatif à la prise de participation de la société Carrefour dans le capital de la société Grands Magasins B (GMB)*, n°97-A-14).

¹⁷²³ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 56 et s.

¹⁷²⁴ Commission, 26 juin 2002, *Haniel/Cementbouw/JV (CVK)*, aff. M.2650, *JOUE* L282, 30 octobre 2003, p. 1, rectifié par *JOUE* L285, 1^{er} novembre 2003, p. 52 ; confirmé par TPICE, 23 février 2006, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. T-282/02, *Rec.*, 2006, II, p. 319 ; confirmé par CJCE, 18 décembre 2007, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. C-202/06 P, *Rec.* 2007, I, p. 12129.

¹⁷²⁵ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 59.

l'opération, le minoritaire obtiendra une « majorité stable » dont le pourcentage n'est cependant pas fixe¹⁷²⁶. Pour caractériser cette majorité, la Commission apprécie non seulement la participation que le minoritaire détient, la dispersion de l'actionnariat mais aussi le taux de présence des actionnaires lors des assemblées générales tenues sur une période comprise entre trois et cinq ans avant l'opération¹⁷²⁷. À l'appui de ces éléments, la Commission procède à une analyse prospective dans le but de déterminer si, au vu de la situation des autres actionnaires et de la structure des votes, l'opération permettra à l'actionnaire minoritaire, dans les faits, d'exercer un contrôle exclusif sur l'entreprise¹⁷²⁸.

1238. Faute de précisions plus poussées à ce sujet dans les textes, l'appréciation à laquelle elle se livre semble cependant éminemment dépendre des faits. Quelques lignes de conduite peuvent être dégagées. Par exemple et sauf exceptions¹⁷²⁹, la présence seule d'une option d'achat ou de conversion d'actions ne permet pas de caractériser un contrôle exclusif de fait, ce qui n'empêche pas, toutefois, que l'option soit prise en considération lors de l'appréciation d'une opération de concentration¹⁷³⁰. Ce principe prévaut en particulier lorsqu'elle a vocation à être exercée peu après l'opération en vertu d'un accord¹⁷³¹.

¹⁷²⁶ V. en ce sens not., Commission, 21 mai 2015, *Knorr Bremse/Vossloh*, aff. M.7538, JOUE C219, 17 juin 2016, p. 1 où la Commission considère, à l'issue de son examen, que la participation minoritaire en cause de 30.21% ne permet pas de caractériser cette majorité stable alors qu'elle admet, dans la même affaire, que tel est le cas, et le contrôle de fait caractérisé, s'agissant d'une participation de 35.8%. De même, dans l'affaire *Electrabel*, la Commission a prononcé à son encontre une sanction de vingt millions d'euros pour ne pas lui avoir notifié l'acquisition de 32% des actions de la cible La Compagnie nationale du Rhône. Cette prise de participation minoritaire était en effet contrôlante dans la mesure où, conjuguée au nombre d'actions qu'Electrabel détenait déjà dans la cible avant l'opération, celle-ci conduisait à lui conférer 47.92% des droits de vote, dans un contexte où le taux de participation n'excédait pas 95.84% (Commission, 10 juin 2009, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, aff. M.4994 ; confirmé par Trib. UE, 12 décembre 2012, *Electrabel SA c/ Commission*, aff. T-332/09, Rec. ; confirmé par CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel SA c/ Commission*, aff. C-84/13 P, Rec.).

¹⁷²⁷ Commission, 3 août 1993, *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*, aff. M.343, JOCE C225, 20 août 1993, p. 2 ; Commission, 12 mars 2004, *RTL/M6*, aff. M.3330, JOCE C95, 20 avril 2004, p. 35 ; Commission, 19 décembre 1991, *Mediobanca/Generali*, aff. M.159, JOCE C334, 28 décembre 1991, p. 23 ; Commission, 14 juin 2013, *Time Warner/CME*, aff. M.6866, JOUE C211, 25 juillet 2013, p. 1 ; Commission, 26 mai 2016, *HeidelbergCement/Italcementi*, aff. M.7744, JOUE C337, 7 octobre 2017, p. 2 ; Trib. UE, 12 décembre 2012, *Electrabel SA c/ Commission*, préc. ; Trib. UE, 26 octobre 2017, *Marine Harvest ASA c/ Commission*, aff. T-704/14, Rec.

¹⁷²⁸ Commission, 20 décembre 2007, *MAN/Scania*, aff. M.4336, JOUE C100, 4 mai 2007, p. 3 ; Commission, 20 septembre 2001, *Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Itali*, aff. M.2574, JOCE C325, 21 novembre 2001, p. 13.

¹⁷²⁹ Commission, 7 mars 1994, *Ford/Hertz*, aff. M.397, JOCE C121, 3 mai 1994, p. 4.

¹⁷³⁰ Commission, 21 décembre 2005, *E.ON/MOL*, aff. M.3696, JOUE L253, 16 septembre 2006, p. 20.

¹⁷³¹ TPICE, 19 mai 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission*, aff. T-2/93, Rec. 1994, II, p. 323.

1239. La pratique décisionnelle de la Commission montre, dans des cas plus ponctuels, que le contrôle exclusif de fait peut aussi résulter de situations dans lesquelles l'acquéreur n'a pas la quasi-certitude d'obtenir une majorité stable en assemblée. Dans ces hypothèses, la Commission s'appuie sur un faisceau d'indices de fait ou de droit pour déterminer si l'exercice d'un contrôle matériel est constitué. Elle apprécie ainsi la possibilité que l'acquéreur devienne le seul actionnaire industriel ou commercial ; le fait qu'il dispose, de droit ou de fait, du pouvoir de désigner les administrateurs ou organes sociaux ; l'existence de mandataires communs ou de relations commerciales établies et prospères ; ou encore, la dispersion du reste de l'actionnariat¹⁷³².

1240. À côté de ces cas spécifiques, dont l'admission est dépendante des faits soumis à l'examen de la Commission, la plupart des prises de participations minoritaires échappent au droit européen des concentrations.

b) Le rejet des prises de participations minoritaires non-contrôlantes au sein de l'Union

1241. Les prises de participations minoritaires non-contrôlantes sont exclues du droit européen des concentrations selon des principes qui ne sont pas nécessairement partagés par certaines législations nationales (α). Cet état du droit occasionne diverses difficultés. L'affaire *Ryanair/Aer Lingus* en est un exemple et elle mérite une analyse attentive pour cette raison (β).

α . État du droit au sein de l'Union européenne

1242. En droit européen, les prises de participations minoritaires n'entraînent que dans des hypothèses spécifiques l'exercice du contrôle en commun de la cible ou l'exercice de son contrôle exclusif. S'agissant en particulier des opérations susceptibles d'entraîner le contrôle exclusif de la cible¹⁷³³, le droit européen les admet de manière restrictive : comme cette étude l'a précédemment montré, en présence d'une prise de participations minoritaires, le contrôle exclusif de droit ou de fait est réputé caractérisé dans certaines situations, à l'appui de critères parfois assez ambigus. Les opérations qui s'écartent de ces conditions ne sont pas considérées comme pouvant entraîner le changement durable du contrôle de la cible et ne

¹⁷³² Commission, 12 mai 1999, *Renault/Nissan*, aff. M.1519, JOCE C178, 23 juin 1999, p. 14 ; Commission, 3 novembre 2010, *News Corp/BSkyB*, aff. M.5932, JOUE C37, 5 février 2011, p. 5 ; Commission, 22 novembre 2012, *Glencore/Xstrata*, aff. M.6541, JOUE C109, 11 avril 2014, p. 1.

¹⁷³³ S'agissant du contrôle en commun, v. *Infra*, cette Section, §2.

constituent pas, par conséquent, des opérations contrôlables au titre de l'article 3 du règlement « concentrations ».

1243. Certaines législations nationales partagent une conception similaire.

1244. Tel est le cas par exemple du droit français qui ne fournit pas plus que l'Union de réponse ferme à la question suivante : quels critères permettent d'apprécier l'exercice d'une influence déterminante d'une entreprise sur une autre ? Les décisions semblent des plus éparses. Ainsi, l'Autorité de la concurrence reconnaît l'exercice de ce type d'influence dans le cadre de prises de participations minoritaires, avec ou sans minorité de blocage¹⁷³⁴. Il est également nécessaire qu'une majorité stable se dégage, les majorités fluctuantes ne permettant pas de caractériser cette influence déterminante¹⁷³⁵, à l'image de la position retenue par la Commission¹⁷³⁶. De même, tandis qu'une situation de simple créancier peut suffire à aboutir à cette conclusion alors même qu'il ne détient aucune participation dans des circonstances exceptionnelles¹⁷³⁷, une consolidation comptable ne le permet pas¹⁷³⁸. L'Autorité s'appuie plus généralement sur un faisceau d'indices comprenant les droits dont le minoritaire est titulaire, plus rarement les contrats conclus par les parties ou bien encore d'autres facteurs, tel l'état de dépendance économique de la cible à l'égard de l'acquéreur¹⁷³⁹.

¹⁷³⁴ V. not., à propos d'une acquisition de 49.02% de parts qui permettait de modifier les règles de gouvernance de la cible : Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, 28 janvier 2008, *arrêté relatif à l'absence de notification d'une concentration consistant en la prise de contrôle de Novatrans par SNCF Participations*, C2007-99, BOCCRF n°2 bis du 28 février 2008.

¹⁷³⁵ V. not., Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 20 août 2002, *lettre aux conseils des sociétés Financière Argassi et Groupement industriel et commercial (GIC), relative à une concentration dans le secteur du commerce de détail de biens de consommation non alimentaires*, BOCCRF n°19 du 31 décembre 2002 ; à propos de majorités fluctuantes et donc de l'absence de contrôle, v. not., Autorité de la concurrence, 5 juillet 2017, *décision relative à la fusion des Unions Mutualistes de Groupe Groupe Istya et Groupe Harmonie*, n°17-DCC-104.

¹⁷³⁶ V. not., Commission, 29 octobre 2009, *SNCF-P/CDPQ/Keolis/Effia*, aff. M.5557.

¹⁷³⁷ V. not., Conseil de la concurrence, 15 octobre 1991, *avis relatif à une opération de concentration intéressant les sociétés Gillette Company et Eemland Management Services*, n°91-A-09 ; en l'espèce, le créancier était toutefois détenteur d'obligations convertibles, la cible était en état de dépendance économique vis-à-vis de Gillette et divers accords commerciaux limitant la concurrence opposée par la cible avaient été conclus.

¹⁷³⁸ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 34 (anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 30).

¹⁷³⁹ *Ibid.*, pts 35 et s. (anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pts 47 et s.).

1245. Certaines législations nationales préfèrent, contrairement au droit européen, contrôler les prises de participations minoritaires non-contrôlantes, comme les États-Unis et le Canada et au sein du marché unique, l'Allemagne, l'Autriche ou encore le Royaume-Uni¹⁷⁴⁰.

1246. Ces trois derniers États s'attachent à ce titre moins à l'influence « déterminante », qu'à l'influence « sensible »¹⁷⁴¹, si ce n'est « matérielle »¹⁷⁴², qui peut être exercée sur la cible.

1247. En Allemagne et en Autriche, les prises de participations sont en effet notifiables lorsqu'elles excèdent le seuil de 25%. Les acquisitions situées en-deçà de ce seuil relèvent aussi de ces contrôles nationaux quand leurs auteurs détiennent par ailleurs des prérogatives similaires à ceux dont un actionnaire serait titulaire en détenant 25% des actions. Le droit allemand étend encore la contrôlabilité de ces opérations en admettant que les prises de participations minoritaires soient notifiées lorsqu'elles sont inférieures à ce seuil mais qu'elles permettent l'exercice direct ou indirect d'une influence sensible sur la cible. L'autorité allemande est amenée en pareil cas à apprécier si l'auteur de l'opération exerce une influence de fait, avant d'examiner les effets de l'opération.

1248. Au Royaume-Uni, la Competition and Markets Authority peut contrôler l'opération lorsque celle-ci confère à son auteur une influence sensible sur la cible, ce qui est présumé caractérisé lorsque les participations s'élèvent à 25%. Dans ses notes explicatives, l'Enterprise Act prévoit encore que l'opération peut l'être lorsque la prise de participations porte sur 15% des actions de la cible et qu'elle permet l'exercice de ce type d'influence¹⁷⁴³. Les lignes directrices de la Competition and Markets Authority admettent en outre le contrôle de manière exceptionnelle lorsque la participation est inférieure à ce seuil de 15% mais qu'elle s'accompagne d'indices

¹⁷⁴⁰ Le droit applicable dans ces États présenté ensuite résulte d'une analyse conjointe de leurs normes (en Allemagne : GWB, §37, 3. et 4. ; au Royaume-Uni : Enterprise Act, art. 26. 3. et 4. et CCC et spécialement, pts 4. 18 et s.), de rapports émis par l'OCDE (OCDE, « *Antitrust issues involving minority shareholding and interlocking directorates* », 23 juin 2009 [remplaçant la version du 2 décembre 2008], DAF/COMP(2008)30 ; OCDE, « *L'actionnariat institutionnel commun et son impact sur la concurrence* », 5-6 décembre 2017, DAF/COMP(2017)10) et de la doctrine (à propos de ces États, v. not., E. Pfister, « Les participations minoritaires : quel effet sur l'analyse de concurrence ? », *Concurrences*, 27 mars 2013) ; v. aussi Annexe n°2.

¹⁷⁴¹ Il s'agit de l'adjectif retenu notamment par l'OCDE dans son rapport (OCDE, « *L'actionnariat institutionnel commun et son impact sur la concurrence* », préc.).

¹⁷⁴² La législation britannique use de l'expression « material influence ».

¹⁷⁴³ Enterprise Act, note explicative sous Section 26 et spécialement, pt 113.

permettant de conclure aussi à la caractérisation d'une influence matérielle¹⁷⁴⁴. Cet état du droit a par exemple permis aux autorités britanniques de concurrence de soumettre la validité d'une prise de participations minoritaires de 17.9% à une cession la réduisant de 7.5% en raison de la minorité de blocage de fait qui l'accompagnait¹⁷⁴⁵.

1249. Les difficultés induites par le caractère différencié des approches des autorités de concurrence au sein de l'Union sont certaines et ce, d'autant que l'interprétation du juge interne sur l'exercice d'un éventuel contrôle par un actionnaire minoritaire ne lie pas la Commission¹⁷⁴⁶. Le contrôle des prises de participations minoritaires non-contrôlantes a été particulièrement discuté dans les années 2010, à l'occasion de l'affaire *Ryanair/Aer Lingus*¹⁷⁴⁷.

1250. Il semble nécessaire d'analyser quelque peu cette affaire, tant celle-ci, par sa longueur et sa complexité, paraît avoir montré les limites du droit européen des concentrations face au lien qui unit prises de participations minoritaires et contrôle exclusif de la cible.

β. L'affaire Ryanair/Aer Lingus

1251. L'opération portait en l'espèce sur l'acquisition d'actions d'Aer Lingus Group Plc (« Aer Lingus »), une compagnie aérienne *low cost* irlandaise qui assure des liaisons à destination et en provenance de Dublin, Cork et Shannon. Après avoir été privatisée, ses actions ont été admises aux négociations le 2 octobre 2006. Le 23 octobre suivant, Ryanair Holdings plc (« Ryanair »), déjà actionnaire indirect (via sa filiale Coinside Ltd.) de Aer Lingus à hauteur de 19.21%, lançait une offre publique

¹⁷⁴⁴ *Competition and Markets Authority, Mergers : Guidances on the CMA's jurisdiction and procedure*, janvier 2014, et spécialement, pt 4.20.

¹⁷⁴⁵ *Office of Fair Trading*, 27 avril 2007, *Acquisition by British Sky Broadcasting Group plc of a 17.9 per cent stake in ITV plc*, ME/2811/06 ; *Competition Commission*, 14 décembre 2007, *British Sky Broadcasting Group plc / ITV plc*.

¹⁷⁴⁶ Saisie à propos d'une opération qui conduisait à élever à 69.5% la participation d'un actionnaire initialement minoritaire dans le capital d'une entreprise, la Commission a relevé que le Tribunal de commerce de Bruxelles avait considéré que même avant cette opération, lorsque l'actionnaire était donc minoritaire, celui-ci détenait le contrôle de l'entreprise qu'il exerçait conjointement avec les autres actionnaires. Or, cette appréciation « qui ne lie pas la Commission » l'indiffère et seule lui importe l'issue de l'opération : parce que l'opération qui lui est notifiée conduit à un contrôle exclusif de l'entreprise, peu importe qu'elle l'ait auparavant contrôlée de manière conjointe (Commission, 28 avril 1992, *Accor/Wagons-Lits*, aff. M.126, JOCE L204, 21 juillet 1992, p. 1).

¹⁷⁴⁷ À ce propos, v. aussi les nombreux articles s'y intéressant et not. E. Barbier de la Serre, L. Flochel, E. Morgan de Rivery et N. Mouy, « Participations minoritaires et concentrations », *Concurrences*, n°1-2012, p. 1 ; J. Lübking, « Acquisitions de participations minoritaires : une lacune des règles européennes sur les concentrations ? », *Revue Lamy de la concurrence*, juillet-septembre 2012, p. 8.

d'achat sur l'intégralité du capital d'Aer Lingus. Ryanair a notifié l'opération à la Commission quelques jours plus tard, dans les conditions de l'article 4 du règlement¹⁷⁴⁸. Pendant la période d'offre, Ryanair a acquis des actions d'Aer Lingus, portant ainsi sa participation à hauteur de 25.17% du capital de la cible.

1252. Estimant que l'achat d'actions et l'offre publique d'achat constituaient une opération unique, la Commission a choisi d'ouvrir la phase II du contrôle des concentrations fin décembre 2006.

1253. Le 27 juin 2007, la Commission a finalement décidé que l'opération était incompatible avec le marché commun. Elle a en effet considéré, sur le fondement de l'article 8, 3. du règlement, que cette opération créerait une position dominante de Ryanair et Aer Lingus sur trente-cinq liaisons à destination et en provenance de Dublin, Cork et Shannon et qu'elle créerait ou renforcerait leur position dominante sur quinze autres liaisons en provenance et à destination de Cork et Dublin¹⁷⁴⁹.

1254. La Commission n'a cependant pas assorti sa décision d'une mesure de déconcentration ; tandis que Ryanair poursuivait son processus d'acquisition en acquérant 4.2% d'actions supplémentaires au cours du mois d'août 2007, Aer Lingus saisissait de son côté à nouveau la Commission dans le but qu'une déconcentration soit prononcée, dans les conditions de l'article 8, 4.

1255. Ce recours a cependant fait l'objet d'un rejet le 11 octobre 2007 : la Commission a estimé qu'une telle mesure ne se justifiait qu'en présence d'une concentration réalisée et frappée d'incompatibilité, *i.e.* d'une opération ayant entraîné le changement durable du contrôle de la cible alors qu'elle a été interdite. En effet, le fait de disposer de 25.17% des actions d'Aer Lingus n'impliquait pas de considérer, *de jure* ou *de facto*, que Ryanair bénéficiait du contrôle durable de l'entité, au sens de l'article 3, 2. du règlement¹⁷⁵⁰. Les demandes de mesures provisoires émises par la

¹⁷⁴⁸ S'agissant des offres publiques d'achat, l'article 4 prévoit en effet que l'opération doit être notifiée non lors de la conclusion de l'accord et avant la réalisation de celle-ci mais à la publication de l'offre. Il est précisé que l'article 7 de ce même règlement permet à titre dérogatoire de contrevenir à l'effet suspensif du contrôle en présence d'une offre publique d'achat. Il est cependant nécessaire que la concentration soit notifiée dans les conditions de l'article 4 et que l'acquéreur n'exerce pas les droits de vote attachés à sa participation, sauf autorisation spéciale délivrée par la Commission dans le but de préserver la valeur de l'investissement.

¹⁷⁴⁹ Commission, 27 juin 2007, *Ryanair/Aer Lingus*, aff. M. 4439, *JOUE* C47, 20 février 2008, p. 9 ; L. Gard, « Un an de droit européen des transports », *RTD eur.*, 2009, p. 137 ; J. Goyer, « L'actualité du droit des concentrations : regard sur le contrôle juridictionnel des concentrations en 2007 », *LPA*, juillet 2008, n°133, p. 55.

¹⁷⁵⁰ Commission, 11 octobre 2007, *Ryanair/Aer Lingus*, aff. M.4439.

requérante tendaient par ailleurs d'une part, au gel des droits de vote par Ryanair en raison de leur caractère accessoire aux actions litigieuses et d'autre part, à la nécessité pour Ryanair d'obtenir le consentement préalable de la Commission avant toute décision de cession de ces actions. Elles ont été rejetées pour les mêmes raisons que la Commission s'est refusée à ordonner toute déconcentration éventuelle, ce qui a amené Aer Lingus à saisir le juge des référés.

1256. La réponse de la Commission, comme celle donnée par le Président du Tribunal aux actions intentées par Aer Lingus, sont intéressantes. La requérante demandait en effet à la Commission qu'une mesure de déconcentration soit ordonnée, puis au juge de suspendre la décision la rejetant. Par sa demande, Aer Lingus admettait ainsi implicitement qu'il y avait eu concentration et donc exercice d'un nouveau contrôle durable par Ryanair. Cet argument s'entendait difficilement dans la mesure où Aer Lingus avait eu l'autonomie suffisante pour saisir la Commission d'une plainte à l'encontre de son actionnaire. En d'autres termes, l'existence d'un véritable contrôle matériel par Ryanair sur Aer Lingus semblait discutable. Ce n'est cependant pas sur ce point précis que la Commission a rejeté la plainte et le juge, lié par la procédure en cause, a quant à lui fondé sa décision sur les seuls aspects procéduraux. Faute pour la requérante d'avoir su prouver l'urgence de sa demande et le *fumus boni juris*, le juge n'a par conséquent pas accueilli sa demande en référé de sursis à exécution de la décision de la Commission le 18 mars 2008¹⁷⁵¹. La décision de la Commission étant une décision administrative négative, la demande de sursis à exécution ne pouvait en effet se concevoir. Un tel sursis ne saurait effectivement modifier la situation du requérant¹⁷⁵².

1257. Au cours du mois de juillet suivant, Ryanair achetait 0.2% d'actions supplémentaires d'Aer Lingus, portant ainsi sa participation totale à 29.82%¹⁷⁵³. Dans ces conditions, Ryanair détenait près de 30% du capital d'Aer Lingus et ce, en dépit de la décision d'interdiction dont l'opération avait fait l'objet et de sa mécontente manifeste avec la cible.

¹⁷⁵¹ Ordonnance du Président du TPICE, 18 mars 2008, *Aer Lingus plc c/ Commission*, aff. T-411/07, *Rec.* 2008, II, p. 411.

¹⁷⁵² *Ibid.*, et spécialement, pt 46.

¹⁷⁵³ C'est aussi en 2008-2009 que Ryanair avait initié une seconde offre publique d'achat sur Aer Lingus, avant de l'abandonner (Commission, 23 janvier 2009, *Ryanair/Aer Lingus II*, aff. M.5434, *JOUE* C14, 21 janvier 2009, p. 10).

1258. Alors que Ryanair avait en effet tenté d'obtenir du juge l'annulation de la décision de la Commission interdisant l'opération¹⁷⁵⁴, Aer Lingus saisissait aussi le Tribunal pour obtenir l'annulation de la décision de la Commission refusant le prononcé d'une mesure de déconcentration et de mesures provisoires¹⁷⁵⁵. Ces deux actions ont toutes deux été rejetées le même jour par le Tribunal de l'Union¹⁷⁵⁶. Celui-ci a notamment confirmé le bien-fondé de la position de la Commission tendant à estimer que la prise de participations minoritaires n'était pas une concentration susceptible de déconcentration en ce qu'elle n'induisait pas le changement de contrôle durable d'Aer Lingus. Il a en particulier rejeté les arguments de la requérante qui tentait de faire valoir que cette opération avait permis à Ryanair d'accéder à ses informations confidentielles en relevant que même si la preuve d'un tel accès était rapportée, celui-ci relevait non du contrôle des concentrations mais de l'article 101 du TFUE¹⁷⁵⁷. Le juge a également souligné la différence d'approche qui opposait le droit de l'Union au droit des États membres s'agissant des prises de participations minoritaires non-contrôlantes : « l'acquisition d'une participation qui ne confère pas, en tant que telle, le contrôle au sens défini par l'article 3 du règlement sur les concentrations ne constitue pas une concentration réputée réalisée, visée par ce règlement. Sur ce point, *le droit de l'Union se distingue du droit de certains États membres, dont les autorités nationales sont habilitées par les dispositions de droit interne relatives au contrôle des concentrations à agir en ce qui concerne des participations minoritaires plus largement définies* »¹⁷⁵⁸.

1259. Prenant acte en particulier de cette partie de la décision du Tribunal et des effets susceptibles d'être occasionnées par la détention d'actions de Ryanair dans Aer Lingus au Royaume-Uni, l'OFT s'est ensuite saisie de l'affaire en 2012¹⁷⁵⁹. Tout en reconnaissant que l'exercice d'une influence « matérielle » constituait le degré le plus léger de contrôle susceptible de caractériser une opération de concentration contrôlable¹⁷⁶⁰, l'OFT a estimé que les participations minoritaires de Ryanair et ses prérogatives y conduisaient effectivement et qu'il était ainsi nécessaire de renvoyer l'affaire pour examen à la Competition Commission.

¹⁷⁵⁴ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Ryanair Holdings plc c/ Commission*, aff. T-342/07, Rec. 2010, II, p. 3457.

¹⁷⁵⁵ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07, Rec. 2010, II, p. 3691.

¹⁷⁵⁶ V. notes précédentes.

¹⁷⁵⁷ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, préc., et spécialement, pt 70.

¹⁷⁵⁸ Nous soulignons ; Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, préc., et spécialement, pt 64.

¹⁷⁵⁹ *Office of Fair Trading*, 15 juin 2012, *Completed acquisition by Ryanair Holdings plc of a minority interest in Aer Lingus Group plc*, ME/4694/10.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, et spécialement, pt 11.

1260. Quelques jours plus tard, Ryanair offrait aux actionnaires d'Aer Lingus d'acquiescer une partie de leurs actions, dans le but de porter sa propre participation à 70.18%. Alors que l'opération restait en cours d'examen au Royaume-Uni¹⁷⁶¹, la Commission a été saisie de l'opération visant à conférer le contrôle exclusif d'Aer Lingus à Ryanair avant de la déclarer à nouveau incompatible avec le marché unique. Cette nouvelle acquisition risquait en effet de créer une position dominante sur quarante-six routes en provenance et à destination de Dublin, Shannon, Cork et Knock, d'éliminer la vive concurrence qui les opposait toutes deux et d'empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché¹⁷⁶².

1261. De son côté, la Competition Commission a déduit quelques mois plus tard que la détention de la participation de 29.82% par Ryanair lui conférait la possibilité d'exercer une influence matérielle sur Aer Lingus, ce qui présentait le risque de diminuer substantiellement la concurrence sur le marché. La Competition Commission a alors assorti sa décision d'une mesure que la Commission ne pouvait prendre pour les raisons précédemment évoquées : parce que le droit applicable permettait à l'autorité anglaise d'admettre que cette participation entraînait effectivement l'exercice d'un contrôle matériel durable, elle a ordonné à Ryanair de réduire sa participation à 5%, d'abandonner tout mandat de direction au sein du conseil d'administration d'Aer Lingus et de renoncer à de nouvelles acquisitions à venir¹⁷⁶³. Cette décision a été confirmée par le juge¹⁷⁶⁴. Ryanair a tenté de faire valoir

¹⁷⁶¹ La position du juge britannique à ce propos est intéressante. La Cour d'appel a en particulier considéré que le fait, pour la Commission d'avoir ouvert une enquête sur l'acquisition de l'entité irlandaise Aer Lingus par son concurrent Aer Lingus n'obligeait pas la Competition Commission à cesser l'enquête qu'elle avait elle-même initiée au vu de l'acquisition de la participation minoritaire envisagée par Ryanair. Elle a ainsi estimé que l'article 4, 3. du TUE relatif au principe de coopération de loyale imposait certes aux États membres de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par l'Union. Néanmoins, selon la Cour, cet article ne s'opposait pas à ce qu'une enquête initiée par l'autorité nationale soit maintenue pour trois raisons : l'enquête ne relevait pas de la compétence exclusive de la Commission telle que définie par l'article 21 du règlement « concentrations », la décision de la Commission était susceptible d'être rendue avant celle de l'autorité nationale et dans l'hypothèse où ce ne serait pas le cas, l'autorité nationale pouvait, en vertu du droit britannique, différer l'application des mesures ordonnées à la publication de la décision de la Commission (*Court of appeal*, 13 décembre 2012, *Ryanair Holdings plc v. Competition Commission and Aer Lingus Group plc*, [2012] EWCA Civ 1632). De son côté, la Commission a aussi estimé que cette procédure était compatible avec sa propre saisine (Commission, 27 février 2013, *Ryanair/Aer Lingus III*, aff. M.6663, et spécialement, note 11, *JOUE* C216, 30 juillet 2013, p. 22).

¹⁷⁶² *Ibid.*

¹⁷⁶³ *Competition Commission*, 28 août 2013, *Ryanair and Aer Lingus*.

¹⁷⁶⁴ *England and Wales Competition Appeal Tribunal*, 7 mars 2014, *Ryanair Holdings PLC v Competition Commission and Aer Lingus Group Plc*, n°1219/4/8/13, obs. V. E. Abdul-Wahab, « The UK Competition Commission's decision ordering partial divestment of an airlines minority shareholding in its director competitor (Ryanair) », *e-Competitions*, mars 2014, n°66173 ; confirmé par *Court of appeal*, 12

ensuite l'existence de circonstances justifiant une réévaluation du bien-fondé de ces mesures, ce qui a également été rejeté¹⁷⁶⁵.

1262. L'affaire *Ryanair/Aer Lingus* fournit divers enseignements.

1263. Elle est d'abord une illustration de la diversité des traitements réservés aux prises de participations minoritaires non-contrôlantes au sein de l'Union.

1264. Elle montre ensuite les limites du droit de l'Union en la matière dans la mesure où la Commission était dans l'impossibilité de prononcer la déconcentration de l'opération alors même que celle-ci était incompatible avec le marché unique. C'est finalement le secours offert par les autorités britanniques qui a permis de rétablir des conditions de concurrence similaires à celles qui préexistaient aux diverses opérations.

1265. Le droit des concentrations anglais semble ainsi avoir davantage atteint les objectifs qui lui sont assignés que ne l'a fait le droit européen : tous deux cherchaient à empêcher la réalisation d'opérations susceptibles de réduire significativement la concurrence sur le marché mais seul le premier disposait des outils nécessaires pour appréhender au plus juste la prise de participations minoritaires en cause.

1266. Au cours de l'examen de l'opération notifiée en 2012, le Vice-Président de la Commission en charge de la concurrence, Joaquín Almunia, a d'ailleurs reconnu dans l'un de ses discours où il citait l'affaire *Ryanair/Aer Lingus* que les prises de participations minoritaires non-contrôlantes échappaient au contrôle européen des concentrations, que certaines législations nationales en admettaient pourtant le contrôle mais que le droit de l'Union, en ce compris les articles 101 et 102 du TFUE, était dans l'incapacité d'adopter une position analogue. Conscient des difficultés suscitées par cette problématique, il avait ainsi annoncé qu'une réforme semblait nécessaire et dès lors, qu'une consultation publique allait être lancée¹⁷⁶⁶. Cette

février 2015, *Ryanair Holdings PLC v Competition and Markets Authority and Aer Lingus Group Plc*, [2015] EWCA Civ 83.

¹⁷⁶⁵ *Competition and Markets Authority*, 11 juin 2015, *Ryanair/Aer Lingus* ; confirmé par *England and Wales Competition Appeal Tribunal*, 15 juillet 2015, *Ryanair Holdings plc v Competition and Markets Authority and Aer Lingus Group Plc*, [2015] CAT 14.

¹⁷⁶⁶ « In the longer term, there is also room for improvement on one substantive point. The transactions that lead to the acquisition of non-controlling minority stakes currently escape our scrutiny even though they may sometimes cause significant harm to competition. Other authorities can address these problems, such as in the US and in some national EU jurisdictions. But the Merger Regulation limits our control to the acquisition of controlling stakes; and the actions that are possible under Articles 101 and 102 don't cover all situations. (...) Therefore, I can see an enforcement gap here. We are currently considering the different options. Any reform would have to strike the right balance

consultation a ainsi été lancée en 2013 afin de déterminer si une révision du contrôle des concentrations était nécessaire dans le cadre des prises de participations minoritaires¹⁷⁶⁷.

1267. Un Livre blanc de la Commission a été publié par la suite et a défendu la nécessité qu'il y aurait d'instaurer un « système de transparence ciblé »¹⁷⁶⁸, ce qui n'a toutefois pas été suivi d'une réforme. Aussi les prises de participations minoritaires continuent-elles d'échapper au droit européen des concentrations si la preuve, outre d'un contrôle en commun, d'un contrôle exclusif de droit ou de fait n'est pas rapportée.

1268. Les effets que ces opérations entraînent sur le marché semblent pourtant avérés.

2) Une pluralité d'effets de l'opération sur le marché

1269. Le droit européen des concentrations admet que les prises de participations minoritaires sont susceptibles de produire des effets sur le marché. C'est la raison pour laquelle la Commission en ordonne par exemple la cession lorsqu'elle soumet la compatibilité d'une opération au marché à l'accomplissement de conditions¹⁷⁶⁹.

1270. Les effets attachés aux prises de participations minoritaires, en tant qu'opérations de concentration, ont également fait l'objet de divers travaux.

1271. La Commission les a en particulier caractérisés à propos de prises de participations minoritaires qui préexisteraient ou seraient accessoires à une opération de concentration notifiée. En ce sens, des prises de participations minoritaires

between effective enforcement and the need to keep the regulatory burden light. (...) I intend to launch a public consultation to discuss these options. » (J. Almunia, « *Merger review : Past evolution and future prospects* », Conference on Competition Policy, Law and Economics, 2 novembre 2012, SPEECH/12/773).

¹⁷⁶⁷ Commission, « *Commission staff working document. Towards more effective EU merger control* », consultation publique, 25 juin 2013, SWD(2013) 239 ; obs. J. Buhart et L. Lesur, « Participations minoritaires et droit de la concurrence : Une réforme européenne nécessaire ? », *Concurrences*, n°4-2013, p. 57 ; J.-P. Schmidt, « Germany : Merger control analysis of minority shareholding – A model for the EU ? », *Concurrences*, n°2-2013, p. 207.

¹⁷⁶⁸ Livre blanc de la Commission, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », 9 juillet 2014, COM (2014) 449 final. Les propositions émises par la Commission dans ce document font l'objet d'une analyse dans le Titre II de la présente Partie.

¹⁷⁶⁹ V. not., Commission, 13 juin 2000, *Veba/Viag*, aff. M.1673, JOCE L188, 10 juillet 2001, p. 1 ; Commission, 13 juillet 2005, *Siemens/Va Tech*, aff. M.3653, JOUE L353, 13 décembre 2006, p. 19 ; Commission, 19 septembre 2006, *Toshiba/Westinghouse*, JOUE C10, 16 janvier 2007, p. 1 ; Commission, 13 mars 2009, *IPIC/Man Ferrostaal AG*, aff. M.5406, JOUE C114, 19 mai 2009, p. 8.

peuvent occasionner des effets horizontaux dans la mesure où l'actionnaire peut être tenté de réduire son agressivité à l'encontre de sa filiale concurrente¹⁷⁷⁰. Plus encore, il est aussi possible d'imaginer qu'un actionnaire minoritaire soit tenté de conclure un accord avec l'une de ses filiales l'enjoignant à réduire la concurrence qu'elle oppose habituellement à l'entité dans laquelle l'actionnaire détient nouvellement des titres minoritaires. En pareil cas, cette convention est nécessairement licite, les accords intragroupes et les prises de participations minoritaires non-contrôlantes échappant ensemble au contrôle des concentrations. De la même façon, si l'actionnaire minoritaire détient des participations dans plusieurs entités actives sur un même marché, il est à craindre que cette situation soit à même de réduire la concurrence sur celui-ci. Une prise de participations minoritaires peut en outre induire des effets verticaux, un fournisseur actionnaire pouvant être incité à octroyer des avantages financiers à sa filiale cliente, si ce n'est provoquer un verrouillage du marché¹⁷⁷¹. Dans son Livre blanc de 2014¹⁷⁷², la Commission relevait de même que ces opérations peuvent causer des effets similaires à ceux traditionnellement attribués aux opérations contrôlées en raison de l'augmentation du pouvoir de marché à laquelle elles sont susceptibles de mener. Elles peuvent ainsi provoquer des effets non-coordonnés en incitant l'actionnaire entrant à augmenter unilatéralement ses prix ou diminuer sa production et ce, que l'actionnaire exerce ou non une influence sur les décisions de la cible. Lorsque l'actionnaire dispose d'une telle influence, la Commission redoute particulièrement que la prise de participations permette de réduire la concurrence opposée par la cible à l'actionnaire minoritaire. Celui-ci peut en effet être incité à ralentir les orientations stratégiques de l'entreprise¹⁷⁷³. Elles peuvent aussi provoquer des effets coordonnés puisqu'en agissant de manière transparente, les minoritaires peuvent, explicitement ou tacitement, coordonner leurs efforts pour surveiller les autres actionnaires minoritaires déviants, si ce n'est exercer des représailles sur eux¹⁷⁷⁴.

1272. En ce sens, les prises de participations minoritaires assorties ou non de prérogatives permettant à l'actionnaire d'exercer une influence déterminante sur une

¹⁷⁷⁰ Commission, 29 septembre 1999, *Exxon/Mobil*, aff. M.1383, JOUE L103, 7 avril 2004, p. 1 ; Commission, 11 avril 2006, *Abbott/Guidant*, M.4150, JOUE C256, 24 octobre 2006, p.15.

¹⁷⁷¹ Commission, 13 octobre 2000, *Vivendi/Canal +/Seagram*, M.2050, JOCE C311, 13 octobre 2000, p.3 ; Commission, 13 mars 2009, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*, aff. M.5406, JOUE C114, 19 mai 2009, p. 8.

¹⁷⁷² Livre blanc de la Commission, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », *préc.*

¹⁷⁷³ En ce sens, v. not., Commission, 13 juillet 2005, *Siemens/Va Tech*, *préc.* ; Commission, 19 septembre 2006, *Toshiba/Westinghouse*, *préc.*

¹⁷⁷⁴ En ce sens, v. not., Commission, 13 juin 2000, *Veba/Viag*, *préc.* ; Commission, 25 novembre 2008, *RCA/MAV Cargo*, aff. M.5096, JOUE C29, 5 février 2009, p. 4.

filiale sont susceptibles de provoquer des effets anticoncurrentiels et ce, notamment lorsque ledit actionnaire détient par ailleurs des participations dans d'autres entités. Dans ce dernier cas en effet, plusieurs membres du groupe sont incités à atténuer la concurrence entre eux de manière à favoriser l'augmentation du chiffre d'affaires de l'un d'eux, à coordonner leurs comportements, etc.

1273. Les risques induits par les prises de participations minoritaires soulignent par conséquent les nombreuses questions qu'elles soulèvent pour une révision éventuelle du droit européen et ce, particulièrement s'agissant des prises de contrôle exclusif. L'expérience de l'affaire *Ryanair/Aer Lingus* révèle la nécessité qu'il y aurait pour le contrôle européen d'intégrer en son sein les prises de participations non-contrôlantes.

1274. Cette extension risquerait cependant de provoquer une inflation du contrôle. En raison de la diversité des problématiques que suscitent ces opérations, il s'agirait aussi d'imposer aux entreprises notifiantes d'informer la Commission de la totalité de l'actionnariat composant le groupe. Seule une parfaite information semble à même de permettre à la Commission de déterminer les effets que la prise de participations minoritaires en cause pourrait provoquer auprès de chaque membre du groupe et *in fine*, sur l'état de la concurrence sur le marché. Or, il n'est pas certain qu'une nouvelle obligation de ce type soit pleinement accueillie par les entreprises. Le défaut d'adoption d'une réforme portant sur l'extension du champ du contrôle européen des concentrations aux prises de participations minoritaires non-contrôlantes peut donc se comprendre.

1275. Cependant, il nous semble que la cohérence du contrôle européen des concentrations requiert que la priorité soit donnée à l'atteinte des objectifs qui ont mené à son adoption. L'ambition affichée d'un contrôle réalisé par un guichet unique sur les opérations susceptibles de produire des effets sur le marché et sa prévisibilité paraissent aussi commander qu'aucune de celles-ci ne lui échappe ou à tout le moins, qu'aucune législation nationale ne soit amenée à pallier un vide que la Commission semble parfois regretter.

1276. Pourtant, la Commission doit se satisfaire seulement pour l'heure d'une méthode d'appréciation *in concreto*. Cette approche paraît impropre à appréhender la complexité de cette question, en dépit des nouveaux outils que la Commission a récemment déployés dans ce cadre.

B. L'insuffisance de la méthode d'appréciation *in concreto*

1277. Alors que les prises de participations minoritaires non-contrôlantes demeurent exclues du contrôle européen des concentrations, la pratique décisionnelle récente de la Commission semble témoigner d'un certain regain d'intérêt à leur endroit. En l'état actuel du droit, la Commission n'a ainsi d'autre choix que de se livrer à une appréciation *in concreto* de ces opérations pour déterminer si la cible est ou non susceptible de faire l'objet d'un nouveau contrôle exclusif. En dépit de méthodes d'appréciation parfois nouvelles auxquelles elle a pu recourir, soumettre le sort de ces opérations à des appréciations plus ou moins variables ne paraît cependant pas convaincant.

1278. Aussi est-il nécessaire d'en proposer une analyse.

1279. L'appréciation récente de certaines prises de participations minoritaires atteste de la volonté de la Commission d'appréhender au plus juste la réalité de l'opération. En l'absence d'un droit européen admettant plus facilement que ces opérations soient contrôlées, la Commission semble ainsi avoir choisi de diversifier ses méthodes d'appréciation. L'attention de plus en plus soutenue qu'elle manifeste aux prises de participations minoritaires susceptibles d'entraîner des prises de contrôle exclusif tend cependant à souligner la nécessité d'adopter un droit plus dur sur la question et de se défaire des seules appréciations *in concreto*.

1280. Ce regain d'intérêt de la Commission peut se déduire notamment de deux types d'affaires sur lesquelles elle s'est prononcée en 2017. Pour certaines d'entre elles, la Commission a recouru à la méthode du faisceau d'indices, montrant ainsi l'utilité d'une méthode d'appréciation qui devrait pourtant demeurer ponctuelle. Dans d'autres affaires, la Commission a fondé une partie significative de son contrôle de l'opération sur l'appréciation des participations minoritaires qui lui étaient liées, confirmant ainsi le caractère parfois déterminant des participations minoritaires pour l'exercice d'un contrôle réaliste de la matérialité de l'opération.

1281. D'abord, les affaires *Bolloré/Vivendi*¹⁷⁷⁵ et *Vivendi/Telecom Italia*¹⁷⁷⁶ ont montré le secours offert par la méthode du faisceau d'indices. Rappelons qu'en présence d'une prise de participations minoritaires, la Commission cherche à déterminer si l'auteur de celle-ci est amené à exercer un contrôle exclusif de droit ou de fait sur la cible. Dans ce cadre, la Commission peut déduire le contrôle de fait de la certitude pour

¹⁷⁷⁵ Commission, 24 avril 2017, *Bolloré/Vivendi*, aff. M.8392, JOUE C177, 3 juin 2017, p. 1.

¹⁷⁷⁶ Commission, 30 mai 2017, *Vivendi/Telecom Italia*, aff. M.8465, JOUE C220, 8 juillet 2017, p. 53.

l'actionnaire d'obtenir une majorité stable en assemblée. En 2017, le juge a d'ailleurs confirmé la position qu'il avait retenue lors de l'affaire *Electrabel*¹⁷⁷⁷ en estimant que la détention d'un contrôle de fait par un actionnaire minoritaire pouvait dans ces conditions se déduire en présence d'un actionnariat dispersé, en particulier lorsque celui-ci est assorti d'un certain absentéisme aux assemblées générales¹⁷⁷⁸. Outre le critère de la quasi-certitude d'obtenir une majorité stable, la Commission peut aussi se fonder sur un faisceau d'indices.

1282. Cette dernière méthode d'appréciation, normalement plus ponctuelle, a permis à la Commission de se prononcer à propos de l'opération *Bolloré/Vivendi*. À cette occasion, elle a considéré que le fait, pour Bolloré, de détenir 26.43% des droits de vote de Vivendi lui permettait d'« exercer une influence déterminante » sur elle, alors même que la présence des autres actionnaires ne lui conférait pas la quasi-certitude d'obtenir la majorité des voix en assemblée. Pour conclure à l'exercice d'une telle influence et partant, en déduire que l'opération entraînait effectivement un changement de contrôle de la cible, la Commission a relevé un certain nombre d'éléments de fait, tels que la qualité de plus important actionnaire dont jouissait Bolloré, sa qualité de seul actionnaire industriel, le soutien qu'ont pu exprimer d'autres actionnaires aux positions adoptées par Bolloré, la qualité de président du conseil de surveillance détenue par M. Bolloré, la prérogative offerte à ce conseil de surveillance de désigner le directoire de Vivendi ou bien encore la dispersion du reste de l'actionnariat qui ne laissait pas présager l'émergence d'une minorité de blocage.

1283. De même, à propos du premier volet¹⁷⁷⁹ de l'opération *Vivendi/Telecom Italia*, la Commission a considéré que depuis une assemblée générale tenue début mai 2017, Vivendi avait obtenu le contrôle exclusif de fait de Telecom Italia alors que sa participation de 23.93% ne lui avait pas permis d'obtenir la majorité à cette assemblée. La Commission a en effet relevé le fait qu'en dépit du caractère majoritaire de ses voix, les statuts de Telecom Italia permettaient notamment à Vivendi de désigner la majorité des membres du conseil d'administration chargé d'adopter les décisions stratégiques de l'entreprise. Comme dans la précédente

¹⁷⁷⁷ Trib. UE, 12 décembre 2012, *Electrabel SA c/ Commission*, aff. T-332/09, *Rec.*, et spécialement, pts 45 à 48.

¹⁷⁷⁸ Trib. UE, 26 octobre 2017, *Marine Harvest ASA c/ Commission*, aff. T-704/14, *Rec.*, et spécialement, pts 51 à 54.

¹⁷⁷⁹ Une seconde décision a été rendue à propos de cette opération un an plus tard ; à ce propos, v. *Infra*, ce B.

affaire, la Commission a aussi souligné la dispersion du reste de l'actionnariat et le fait que Vivendi était le seul actionnaire industriel.

1284. Ces deux décisions de 2017, qui s'écartent des méthodes traditionnelles d'appréciation de la Commission, permettent d'entrevoir un regain d'intérêt de la Commission pour la question du contrôle des participations minoritaires susceptibles d'entraîner un contrôle exclusif de la cible¹⁷⁸⁰. Or, l'absence de droit dur en la matière paraît préjudiciable. La méconnaissance de l'exigence de la quasi-certitude d'obtenir la majorité stable des voix, critère assez ambigu en soi et figurant seulement dans un texte de droit mou, a déjà donné naissance au prononcé de sanctions à l'encontre de certains groupes. C'est pour cette raison, par exemple, que des amendes de vingt millions d'euros ont été infligées dans d'autres affaires par la Commission¹⁷⁸¹. L'émergence de la méthode du faisceau d'indices présente en outre un caractère incertain en soi et le second volet de l'opération *Vivendi/Telecom Italia* tend d'ailleurs à le montrer¹⁷⁸². Dès lors, exiger des entreprises de faire preuve de vigilance en les obligeant à déceler en amont les indices qui risqueraient de conduire à la qualification d'un contrôle exclusif de fait en l'absence de droit dur semble malvenu pour des raisons évidentes de sécurité juridique et de prévisibilité de la norme.

1285. La nécessité d'une révision en la matière paraît d'autant plus vive qu'en 2017 également, la Commission a eu à se prononcer dans des affaires qui ont confirmé l'importance des participations minoritaires pour la préservation de la concurrence sur le marché. La Commission a ainsi été amenée à apprécier la probabilité qu'une opération soumise à son examen puisse avoir des effets anticoncurrentiels du fait de la participation minoritaire que détenait en particulier l'une des parties dans des filiales concurrentes de la cible.

1286. La décision de 2017 *Vivendi/Telecom Italia* en est encore un premier exemple. À propos de la prise du contrôle exclusif de fait de Telecom Italia par Vivendi qui lui a été notifiée, la Commission a aussi pris en considération les 28.80% détenus par Vivendi dans le capital de Mediaset et les 29.94% de voix dont elle disposait. Elle a d'abord pris soin de relever que Vivendi n'exerçait pas, à sa connaissance, de contrôle de fait ou de droit au sein de Mediaset et que si une opération devait y

¹⁷⁸⁰ V. aussi en ce sens, M-C. Rameau et Y. Trifounouitch, « Contrôle des concentrations – L'appréhension des participations minoritaires par la Commission européenne : Des solutions classiques aux thèses d'avant-garde », *Concurrences*, 2018, n°2, p. 50, et spécialement, n° 15.

¹⁷⁸¹ Commission, 10 juin 2009, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, aff. M.4994 ; Commission, 23 juillet 2014, *Marine Harvest/Morpol*, aff. M.7184, *JOUE* C455, 18 décembre 2014, p. 5.

¹⁷⁸² À ce propos, v. *Infra*, ce B.

conduire, il devrait s'agir d'une opération notifiée par ailleurs. Elle a cependant considéré en parallèle qu'il était nécessaire d'évaluer les effets horizontaux et verticaux suscités par cette participation minoritaire pour évaluer l'opération *Vivendi/Telecom Italia*. Ainsi, Vivendi a dû prendre l'engagement structurel de s'assurer que la participation de 70% détenue par Telecom Italia dans Persidera, une filiale concurrente italienne, soit cédée et ce, dans le but d'apaiser les effets anticoncurrentiels qui pouvaient résulter de l'opération par suite de la participation de Vivendi dans Mediaset.

1287. Ce type d'appréciation n'est certes pas nouveau¹⁷⁸³ mais la décision reste intéressante parce qu'elle a conduit la Commission à clarifier sa position à propos des effets horizontaux susceptibles d'être provoqués par les participations minoritaires. Elle a en effet considéré que « les participations minoritaires, *y compris non-contrôlantes*, peuvent potentiellement affecter la concurrence entre des opérateurs actifs sur le même marché en entraînant des effets anticoncurrentiels non-coordonnés. La détention de participations minoritaires dans un concurrent peut accroître l'incitation et le pouvoir de l'actionnaire minoritaire d'augmenter unilatéralement ses propres prix ou de restreindre sa production. (...) Cet effet anticoncurrentiel peut se matérialiser tant lorsque la participation minoritaire est passive (donc lorsqu'elle ne confère aucune influence sur les décisions de l'entreprise) qu'active (donc lorsqu'elle confère une certaine influence sur les décisions de l'entreprise) »¹⁷⁸⁴.

1288. En d'autres termes, l'affaire *Vivendi/Telecom Italia* a été l'occasion pour la Commission de reproduire quasiment à l'identique les conclusions qu'elle avait fait figurer dans son Livre blanc de 2014¹⁷⁸⁵ et dans lequel elle appelait à réviser le droit européen en matière de prises de participations minoritaires.

¹⁷⁸³ Commission, 13 juillet 2005, *Siemens/VA Tech*, préc..

¹⁷⁸⁴ Nous soulignons ; traduction libre de « Minority shareholdings, including non-controlling ones, can potentially weaken competition between operators active in the same market by leading to non-coordinated anti-competitive effects. The minority interest held in a competitor can increase the minority shareholder's incentive and ability to unilaterally raise its own prices or restrict output. (...) This ant-competitive effect may materialize whether the minority shareholding is passive (giving it no influence in the company's decisions) or active (giving some influence over the company's decision. » (Commission, 30 mai 2017, *Vivendi/Telecom Italia*, préc., et spécialement, pt 60).

¹⁷⁸⁵ V. en ce sens, Livre blanc de la Commission, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », préc., et spécialement, pt 29.

1289. D'autres affaires rendues en 2017 doivent aussi être signalées, tant elles semblent avoir confirmé l'importance d'une juste évaluation des prises de participations minoritaires pour le contrôle des concentrations.

1290. Il en va ainsi de l'affaire *Rolls-Royce/ITP*¹⁷⁸⁶. En l'espèce, Rolls-Royce, sise au Royaume-Uni, avait notifié à la Commission son opération de prise de contrôle exclusif d'Industria de Turbo Propulsores SA (« ITP ») sise en Espagne, par le biais d'achat d'actions. Or, Rolls-Royce et ITP, détenaient chacun des participations minoritaires, respectivement de 33% et 13%, dans un consortium militaire de fabrication de moteurs, dénommé « EPI ». Le but poursuivi par EPI consistait à fabriquer le moteur d'un modèle Airbus concurrent d'un autre avion dont le moteur avait été fabriqué par Rolls-Royce. La Commission craignait que la réalisation de l'opération confère à Rolls-Royce le bénéfice d'une influence supplémentaire dans EPI. En acquérant indirectement les participations d'ITP dans le consortium, Rolls-Royce risquait en effet d'être à même de nuire à la compétitivité du modèle destiné à Airbus dans le but de privilégier ses propres moteurs. La Commission a par conséquent soumis l'autorisation de l'opération à l'accomplissement d'engagements comportementaux portant sur les participations minoritaires de Rolls-Royce dans ce consortium. Les modalités de prises de décisions dans celui-ci ont en particulier dû être révisées dans le but de s'assurer que Rolls-Royce ne puisse abuser de ses participations minoritaires directes et indirectes vis-à-vis de son concurrent Airbus.

1291. L'affaire *J&J/Actelion*¹⁷⁸⁷ est encore un exemple. En l'espèce, les parties avaient notifié l'opération par laquelle, par suite d'une offre publique d'achat, Johnson & Johnson, active notamment sur le marché pharmaceutique, obtenait entre 67 et 100% des actions d'Actelion, l'un de ses concurrents. Il était également prévu qu'à la clôture de l'offre et préalablement à l'acquisition d'Actelion, celle-ci transfère une partie de ses activités dans une société nouvelle, Idorsia dans laquelle Johnson & Johnson aurait été actionnaire minoritaire à hauteur de 16% et titulaire d'une option d'achat portant sur 16 % supplémentaires des actions. La Commission s'est concentrée sur les activités concurrentes de recherche et développement réalisées par les parties. À cette occasion, elle a estimé que le transfert des activités d'Actelion à Idorsia aurait permis à Johnson & Johnson d'influencer les décisions stratégiques d'Idorsia. À l'appui d'autres indices, et notamment de la capacité de Johnson & Johnson de désigner la majorité des membres dirigeants d'Idorsia, la Commission a estimé que l'opération risquait de permettre à Johnson & Johnson d'orienter de

¹⁷⁸⁶ Commission, 19 avril 2017, *Rolls-Royce/ITP*, M.8242, JOUE C220, 8 juillet 2017, p. 53.

¹⁷⁸⁷ Commission, 9 juin 2017, *J&J/Actelion*, M.8401, JOUE C281, 25 août 2017, p. 1.

manière décisive les programmes de recherche en cause. Johnson & Johnson a par conséquent souscrit des engagements, consistant notamment à renoncer à l'acquisition d'une partie des parts qui devaient lui être réservées dans le capital d'Idorsia et à céder la participation minoritaire qu'elle détenait dans le capital d'un autre concurrent.

1292. Ces affaires sont autant d'illustrations de l'intérêt renouvelé que la Commission a manifesté récemment face aux prises de participations minoritaires dans le cadre du contrôle des concentrations. Ces appréciations, pour intéressantes qu'elles soient, montrent que l'absence de règles de droit dur portant sur ces opérations l'incite à recourir à des analyses toujours plus économiques, si ce n'est empiriques.

1293. Un certain paradoxe paraît se dessiner : alors que les dispositions du règlement « concentrations » destinées à rejeter ces opérations du champ du contrôle restent inchangées depuis 1989, la Commission perfectionne de son côté son appréciation en tentant de s'adapter au plus juste à l'évolution des pratiques commises sur le marché au fil des ans pour les appréhender.

1294. Outre la cohérence du contrôle qui pourrait s'en trouver quelque peu menacée, c'est aussi sa prévisibilité qui est questionnée. L'affaire *Vivendi/Telecom Italia* montre en particulier les limites du secours offert par ce type d'appréciation puisqu'un an plus tard, la Commission a finalement admis que Vivendi n'avait plus à exécuter les engagements auxquels elle s'était obligée : les circonstances avaient entre temps changé de manière significative, anéantissant ainsi le contrôle de fait qui avait été attribué à Vivendi¹⁷⁸⁸. Par conséquent, il ne semble pas satisfaisant d'admettre que le droit des concentrations puisse se contenter d'appréciations dépendant quasi-exclusivement des faits soumis.

1295. La nécessité d'une réforme semble ainsi pressante. La méthodologie retenue par la Commission en particulier en 2017 a montré ses limites. Certaines pistes développées par cette institution dans son Livre blanc de 2014 présentent un certain intérêt : dans la mesure où les limites du droit européen des concentrations en la matière paraissent certaines, l'apport de ce texte reste utile à ce jour, tant cette proposition pourrait utilement servir de base à l'adoption de nouveaux outils de contrôle que l'étude envisagera ultérieurement¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁸ Commission, 4 septembre 2018, *Vivendi/Telecom Italia*, aff. M.8465.

¹⁷⁸⁹ V. *Infra*, 2ème Partie, Titre II.

1296. Quoi qu'il en soit, l'actionnariat commun a suscité des discussions similaires et particulièrement ces dernières années, dans le cadre des opérations menées par des fonds d'investissement. Aussi importe-t-il d'en proposer désormais une analyse.

Paragraphe 2 : Vers une extension du contrôle aux cas de contrôle en commun de la cible par des fonds d'investissement ?

1297. Un récent rapport¹⁷⁹⁰ montre que l'actionnariat commun, tout en ayant tendance à augmenter, resterait quantitativement mineur par rapport aux autres prises de participations minoritaires. Les fonds d'investissement, régulièrement actionnaires en commun, auraient tendance à privilégier, dans le choix de leurs cibles, les grandes entreprises. De son côté, le droit des concentrations refuse majoritairement de contrôler ces opérations en raison de leur indifférence supposée pour le marché.

1298. La question de la détention du contrôle en commun de la cible par plusieurs actionnaires minoritaires partage ainsi des problématiques transversales avec celle, préalablement analysée, qui porte sur la détention du contrôle exclusif de la cible par un actionnaire minoritaire (A.).

1299. Elle semble toutefois mériter un examen attentif dans le cas précis des prises de participations effectuées par des fonds d'investissement tant les effets de ces opérations peuvent interroger l'indifférence qui leur est assignée par principe (B.).

A. Propos généraux sur l'exercice du contrôle en commun de la cible par plusieurs actionnaires minoritaires

1300. Les opérations entraînant le « changement durable du contrôle » d'une entreprise à même de relever du droit européen des concentrations ne résident pas seulement dans les prises de contrôle exclusif menées par une seule entreprise. Il peut aussi s'agir de prises de contrôle en commun, l'opération la plus simple y conduisant étant celle à l'issue de laquelle deux entreprises se partagent la détention du contrôle intégral de la cible de manière égalitaire.

1301. La possibilité qu'une entreprise soit contrôlée par plusieurs actionnaires minoritaires, et donc qu'un contrôle en commun leur soit reconnu au vu de « l'influence déterminante » qu'ils exercent, est en revanche plus discutée. La

¹⁷⁹⁰ Joint Research Centre, « *Common shareholding in Europe* », 2020, EUR 30312 EN.

Commission en admet le principe dans des cas précis et en rejette réciproquement la titularité dans d'autres¹⁷⁹¹.

1302. L'exercice d'un contrôle en commun peut d'abord être reconnu aux actionnaires minoritaires titulaires de droits de veto portant sur la stratégie commerciale de la filiale (budget, importants investissements, etc.)¹⁷⁹². En l'absence de droits de veto, des actionnaires minoritaires peuvent aussi être réputés exercer le contrôle en commun de la cible lorsqu'ils disposent d'autres moyens, comme la détention collective d'une majorité de droits de vote et la conclusion d'un accord leur assurant le bénéfice d'une concertation stable. Des actionnaires minoritaires qui créeraient par exemple une holding à cette fin sont réputés détenir le contrôle en commun de la cible¹⁷⁹³. De manière plus exceptionnelle, tel peut aussi être le cas lorsque les circonstances de fait créent une communauté d'intérêts entre eux qui les incitent à suivre une même ligne de conduite. Les actionnaires minoritaires sont par exemple susceptibles de coopérer naturellement lorsqu'ils ont apporté dans la cible des actifs essentiels à leurs exploitations¹⁷⁹⁴. De même, un actionnaire majoritaire, plus encore lorsque celui-ci n'est qu'investisseur, est susceptible de n'exercer aucun contrôle en présence d'actionnaires minoritaires dont les relations commerciales sont primordiales pour la cible¹⁷⁹⁵. Dans ce cas, le contrôle en commun de fait des actionnaires minoritaires tend même à primer sur le contrôle de droit qui devrait normalement être attribué à l'actionnaire majoritaire.

1303. Symétriquement, échappent au contrôle européen des concentrations les opérations à l'issue desquelles les actionnaires minoritaires détiennent des droits ou adoptent des comportements qui n'entraînent pas l'exercice d'un contrôle en commun. Ainsi, faute de caractériser une majorité stable, les alliances fluctuantes entre actionnaires minoritaires, dépendant des décisions en cause, ne montrent pas

¹⁷⁹¹ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 65 et s.

¹⁷⁹² TPICE, 19 mai 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission*, aff. T-2/93, *Rec.* 1994, II, p. 323, et spécialement, pts 62 et s. ; Commission, 30 mai 1991, *Conagra/Idea*, aff. M.10, *JOCE* C175, 6 juillet 1991, p. 18.

¹⁷⁹³ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 75.

¹⁷⁹⁴ V. par exemple à propos d'une opération conduisant au transfert de programmes et chaînes télévisées et radiophoniques vitales pour les entreprises concernées : Commission, 10 juillet 1996, *RTL/Veronica/Endemol('HMG')*, aff. M.553, *JOCE* L294, 19 novembre 1996, p. 14, et spécialement, pt 11.

¹⁷⁹⁵ Ce qui peut occasionner le bénéfice de droits de veto *de facto* au profit des actionnaires minoritaires (pour un exemple, v. Commission, 22 septembre 1997, *KLM/Air UK*, aff. M.967, *JOCE* C372, 9 décembre 1997, p. 20, et spécialement, pts 14 à 16) ; v. aussi, Commission, 13 février 2006, *Arcelor/OYAK/Erdemir*, aff. M.4085, *JOCE* C102, 28 avril 2006, p. 12.

l'exercice d'un contrôle en commun¹⁷⁹⁶. C'est d'ailleurs la position que le droit français retient aussi¹⁷⁹⁷. Plus généralement, lorsque les prises de participations minoritaires sont principalement motivées par de seuls motifs financiers, à de seules fins d'investissement, aucun contrôle commun n'est reconnu aux actionnaires minoritaires. Par exemple, ne sont pas contrôlables les prises de participations minoritaires assorties de droits de veto portant, non sur la stratégie commerciale de la cible, mais sur la seule protection des intérêts d'investisseurs de ces actionnaires minoritaires. De même, il ne saurait y avoir de communauté d'intérêts entre eux lorsque celle-ci repose seulement sur le rendement de l'investissement effectué par ces actionnaires¹⁷⁹⁸.

1304. Comme nous l'avons précédemment souligné, ce sont ainsi des considérations semblables qui justifient la distinction que la Commission opère, dans le cadre des prises de contrôle exclusif, entre prises de participations minoritaires contrôlantes et prises de participations minoritaires non-contrôlantes effectué par un seul actionnaire. Seules les opérations permettant aux actionnaires minoritaires d'exercer une « influence déterminante » sont effectivement susceptibles de contrôle, faute pour les autres d'entraîner le changement durable du contrôle de la cible. Si ce principe semble équilibré, les critères que le droit édicte à cet égard peuvent être discutés dans les mêmes termes que ceux qui ont été employés à propos des prises de contrôle exclusif. De même, l'exercice d'un contrôle en commun par plusieurs associés minoritaires est susceptible de produire des effets sur le marché¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁶ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 80, 88.

¹⁷⁹⁷ Le Ministre de l'économie expliquait par exemple dans une lettre du 5 août 2003 qu'« au cas d'espèce, cette seconde opération implique bien un changement de contrôle sur AES, puisqu'elle passe d'une situation où elle est exclusivement détenue par Skiva, filiale du groupe ABN Amro, à une situation où elle sera détenue par ABN Amro Ventures BV, FCPR A, FCPR B et d'autres actionnaires sans que pour autant aucun de ces actionnaires, en l'absence de clause particulière dans le pacte d'actionnaires qui les lie (cf. note 2), n'en détienne le contrôle. Ce changement de contrôle crée dès lors une majorité fluctuante au sens de la communication de la Commission sur la notion de concentration (cf. note 3), puisqu'il n'y aura pas de majorité stable dans la procédure de prise de décisions. De ce fait, elle ne constitue pas une concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce et n'est pas dès lors contrôlable. » (Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 5 août 2003, *lettre aux conseils de la société Skiva relative à une concentration dans le secteur de la fabrication et commercialisation des automates et des réactifs pour l'analyse microbiologique*, BOCCRF n°15 du 5 décembre 2003).

¹⁷⁹⁸ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 79.

¹⁷⁹⁹ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2, §2.

1305. À côté des problématiques transversales que la détention en commun du contrôle de la cible par plusieurs actionnaires minoritaires partage avec la titularité d'un contrôle exclusif résultant d'une prise de participations minoritaires, le contrôle en commun de la cible par plusieurs minoritaires a fait l'objet de discussions spécifiques qui appellent quelques analyses complémentaires.

1306. Des divergences de vues opposent d'abord régulièrement la Commission aux actionnaires minoritaires qui contestent détenir le contrôle en commun de la cible. Par exemple, l'opération *Skanska/Scancem* dans le secteur des matériaux de construction a suscité diverses difficultés¹⁸⁰⁰. L'affaire portait *prima facie* sur l'accroissement de la participation de Skanska dans Scancem. Bien que Skanska estimait que cette prise de participations, par son caractère minoritaire, n'était pas une concentration contrôlable, elle s'est finalement résolue à la notifier à la Commission. Or, l'enquête menée par la Commission lui a peu à peu permis de s'apercevoir que Scancem était susceptible de faire l'objet d'un contrôle conjoint de fait par Skanska et un autre actionnaire minoritaire, Aker, en raison de la concertation stable que ces entreprises avaient mise en place¹⁸⁰¹. Les arguments contraires invoqués par Skanska et Aker n'ont pas convaincu la Commission : celle-ci a finalement exigé que Skanska ramène le niveau de sa participation au montant précédant l'opération notifiée, en sus de l'accomplissement d'engagements supplémentaires.

1307. La détention en commun du contrôle de la cible par des actionnaires minoritaires a ensuite été particulièrement débattue ces dernières années dans le contexte précis des opérations réalisées par des fonds d'investissement.

B. Le cas spécifique de l'exercice du contrôle en commun de la cible par des fonds d'investissement

1308. L'effectivité du contrôle matériel exercé par les sociétés d'investissement ou les fonds qui leur sont associés a particulièrement interrogé, notamment en raison de leurs activités *de leveraged buy-out* (« LBO ») ou encore de *leveraged build-up* (« LBU ») qui ont pour objet d'acquérir des participations dans des entreprises d'un même secteur par le biais d'une holding¹⁸⁰². Au vu notamment de l'ajout de parts de marché

¹⁸⁰⁰ Commission, 11 novembre 1998, *Skanska/Scancem*, aff. M.1157, JOCE L183, 16 juillet 1999, p. 1.

¹⁸⁰¹ *Ibid.* et spécialement, pt 8.

¹⁸⁰² P. de Montalembert, « Spécificités du régime du contrôle des concentrations appliqué aux opérations de capital-investissement », *JCP E*, octobre 2004, n°42, p. 1509.

que ces opérations peuvent offrir à leurs auteurs, les prises de participations minoritaires conclues par ces fonds présentent un certain intérêt.

1309. Elles permettent en effet d'interroger la cohérence du contrôle européen à l'égard de ces opérations et du contrôle en commun qu'elles peuvent induire : alors qu'elles ne devraient être que financières, leur réalité s'en écarte parfois et le droit européen des concentrations peine à en appréhender la matérialité en raison des critères figés qu'il édicte **(1)**. Bien que plusieurs travaux et décisions semblent parfois en faveur du développement du droit européen des concentrations en la matière, ces diverses tentatives paraissent insuffisantes pour justifier l'adoption d'une réforme **(2)**.

1) Les opérations conclues par des fonds d'investissement par le prisme du contrôle européen des concentrations

1310. Le droit européen des concentrations réserve un traitement différencié aux prises de participations minoritaires susceptibles de mener à un contrôle en commun de la cible en fonction de leur objet, en particulier lorsque celles-ci paraissent avoir pour vocation essentielle d'investir dans la cible et non de la contrôler **(a)**. La contrôlabilité des opérations menées par des fonds d'investissement peut être délicate à déterminer en raison de la structure même des groupes dont ils font partie **(b)**.

a) Des investisseurs différenciés

1311. L'article 3, 5. du règlement « concentrations » liste trois séries d'opérations qui ne sont pas réputées constituer des opérations contrôlables. Tel est d'abord le cas de la détention temporaire de participations aux seules fins de revente par les établissements de crédit, établissements financiers et sociétés d'assurance¹⁸⁰³. Il en va de même ensuite en cas de reprise d'une entreprise en difficulté par une personne mandatée par une autorité publique¹⁸⁰⁴. Il s'agit enfin des opérations réalisées par les « sociétés de participation financière » définies par l'article 5, 3. de la quatrième directive 78/660/CEE¹⁸⁰⁵. Que ce soit en vertu de ladite quatrième directive¹⁸⁰⁶ ou de la

¹⁸⁰³ Règlement « concentrations », art. 3, 5., a).

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, art. 3, 5., b) et c).

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ Quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, *JOCE* L222, 14 août 1978, p. 11.

directive 2013/34/UE l'ayant remplacée¹⁸⁰⁷, sont ainsi visées les entités¹⁸⁰⁸ « dont l'objet unique est la prise de participations dans d'autres entreprises ainsi que la gestion et la mise en valeur de ces participations »¹⁸⁰⁹.

1312. Dans ce contexte, le droit européen des concentrations ne tend pas à exclure indistinctement de son domaine d'application la totalité des opérations auxquelles les investisseurs se livrent. En effet, les opérations conclues par des sociétés ou entreprises de participation financière sont exclues du contrôle à la condition qu'elles ne leur permettent pas de s'immiscer de manière directe ou indirecte dans la gestion de la cible. Leurs droits de vote doivent ainsi servir exclusivement leurs seuls intérêts d'actionnaires¹⁸¹⁰. C'est la raison pour laquelle les opérations deviennent des concentrations susceptibles de contrôles si ces droits excèdent la seule protection de leurs intérêts d'investisseurs en leur permettant par exemple de nommer des membres des organes dirigeants des entreprises dont elles sont les actionnaires¹⁸¹¹.

1313. En d'autres termes, l'exclusion des opérations conclues par des entreprises financières est limitée par les principes classiques qui gouvernent le droit européen des concentrations. Elles sont susceptibles de contrôles quand elles permettent à leurs auteurs de déterminer directement ou indirectement la stratégie commerciale de la cible ou bien encore lorsqu'elles constituent, avec d'autres, une opération de concentration unique¹⁸¹².

1314. Le domaine de cette exclusion est néanmoins circonscrit. Toutes les opérations qui semblent en apparence avoir pour fin un investissement ne sont pas traitées de manière égale en effet : en droit des concentrations, la Commission distingue ces entreprises de participation financière des fonds communs de placement. Elle estime que ces fonds ont généralement plus tendance à adopter des décisions affectant la composition des organes dirigeants, si ce n'est la restructuration des entreprises dans lesquelles ils détiennent des participations¹⁸¹³. Il s'agit de la raison pour laquelle la

¹⁸⁰⁷ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *JOUE* L182, 29 juin 2013, p. 19.

¹⁸⁰⁸ Tandis que la quatrième directive 78/660/CEE visait les « sociétés » de participation financière, la directive 2013/34/UE se réfère plus largement aux « entreprises » de participation financière.

¹⁸⁰⁹ Quatrième directive 78/660/CEE, art. 5, 3. ; directive 2013/34/UE, art. 2, 15).

¹⁸¹⁰ *Ibid.*

¹⁸¹¹ Règlement « concentrations », art. 3, 5., c).

¹⁸¹² Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 113, 114.

¹⁸¹³ *Ibid.*, et spécialement, pt 115.

Commission peut appréhender les opérations auxquelles les fonds d'investissement se livrent, lesquelles ne sont d'ailleurs pas toujours des prises de participations minoritaires. Il peut aussi s'agir de prises de contrôle exclusif et la Commission a par exemple interdit celle qui lui avait été notifiée dans l'affaire *CVC/Lenzing*¹⁸¹⁴ dans la mesure où le fonds en cause contrôlait déjà le principal concurrent de la cible au sein de l'Union et son unique concurrent aux États-Unis.

1315. S'agissant des prises de participations minoritaires susceptibles de conduire à l'exercice d'un contrôle en commun de la cible, l'intégration de ces fonds dans le champ du droit des concentrations reste néanmoins délicate en raison de leur structuration.

b) Des investisseurs structurés

1316. En droit des concentrations, les fonds d'investissement et les sociétés qui leur sont associées suscitent deux types de problèmes. D'une part, l'organisation à laquelle les fonds obéissent est assez complexe, ce qui opacifie l'identification du titulaire final du contrôle de la cible (α). D'autre part, les prises de participations minoritaires auxquelles elles se livrent sont susceptibles de ne pas intéresser, ou peu, le droit des concentrations en raison des critères qu'il édicte (β).

α . L'identification du titulaire du contrôle du portefeuille

1317. Dans sa communication, la Commission reconnaît qu'en présence d'opérations impliquant des fonds communs de placement, il lui est nécessaire d'« analyse[r] au cas par cas les structures [qui leur sont] associées »¹⁸¹⁵. L'organisation des groupes comprenant ces fonds, comme la nature en soi de ces fonds, présentent en effet une certaine complexité.

1318. Certes, la société en commandite est une forme assez répandue en la matière. Les investisseurs agissent souvent en qualité d'associés commandités, ce qui les conduit en principe à n'exercer aucun contrôle¹⁸¹⁶. Cependant, les fonds peuvent aussi revêtir des qualifications distinctes selon les législations en cause, ce qui en complique la juste appréciation. Par exemple, en droit français, certains ont la personnalité morale et d'autres non, à l'image de la distinction qui oppose les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) aux fonds

¹⁸¹⁴ Commission, 17 octobre 2001, *CVC/Lenzing*, aff. M.2187, *JOUE* L82, 19 mars 2004, p. 20.

¹⁸¹⁵ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 14.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, pt 15.

alternatifs. De même, la nature de ces fonds alternatifs peut varier comme leur structure juridique. Certains doivent faire l'objet d'un agrément par l'AMF quand d'autres ne nécessitent que le dépôt d'une simple déclaration¹⁸¹⁷. Par leur diversité, le contrôle effectif que ces fonds sont susceptibles d'exercer sur les entreprises dont ils détiennent des participations n'est ainsi pas toujours aisé à définir avec précision¹⁸¹⁸.

1319. Cette difficulté est d'autant plus forte que ces fonds sont parfois contrôlés par d'autres entités au sein d'un groupe, voire une famille¹⁸¹⁹, ce qui nécessite de s'interroger sur l'identité du titulaire final du contrôle de la cible, en sus de l'étendue de ce contrôle matériel¹⁸²⁰. En effet, l'acquisition de participations peut certes leur conférer la détention de droits de vote éventuellement à même de caractériser l'exercice d'un contrôle matériel direct sur la cible. Il reste que ces fonds sont souvent détenus par une société d'investissement ou de gestion qui est, en réalité, le titulaire du contrôle final de la cible. Ces fonds s'apparentent en effet parfois à de simples « vecteur[s] d'investissement »¹⁸²¹. Le contrôle sur l'entreprise du portefeuille du fonds exercé par la société d'investissement peut résulter de son organisation même¹⁸²², d'un contrat¹⁸²³ ou bien encore d'une alliance des deux. La Commission estime ainsi que c'est « la société d'investissement [qui] acquiert d'ordinaire un contrôle indirect au sens de l'article 3, paragraphe 1, point b), et de l'article 3, paragraphe 3, point b), du règlement sur les concentrations ».

¹⁸¹⁷ Code monétaire et financier, art. L. 214-1 et s. et la littérature à ce propos, not. J.-J. Daigre, « SCI, groupements divers et nouveau régime des fonds d'investissement alternatifs », *Deffrénois*, octobre 2014, n°19, p. 1028 ; R. Feydel, « Les fonds d'investissement alternatifs (FIA), une complexité juridique nécessaire », *LPA*, décembre 2019, n°258, p. 12 ; D. Abellard, « Le financement des fonds d'investissement », *Revue de Droit bancaire et financier*, mai 2008, n°3, dossier 19.

¹⁸¹⁸ G. Gournay, et spécialement, p. 5 in J. Buhart (dir.), « Contrôle des concentrations et fonds d'investissement : Faut-il un régime distinct ? », séminaire, 5 juin 2018, Paris, *Concurrences*.

¹⁸¹⁹ F. Pérochon, « Le financement de la restructuration : morceaux choisis », *Joly*, septembre 2017, n°5, p. 360.

¹⁸²⁰ En France, v. aussi la récente décision du Conseil d'État en ce sens : C.E., 3 avril 2020, *Société FII Co et Société B. Industries*, n°422580, *Rec. tables*, obs. M. Storck, « Le contrôle d'un fonds d'investissement est exercé par le gestionnaire et non par les investisseurs », *Joly*, mai 2020, n°3, p. 49.

¹⁸²¹ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 15.

¹⁸²² Notamment dans les termes prévus par un pacte d'actionnaires.

¹⁸²³ Il peut notamment s'agir de contrat de management, de consultance ou de conseil ; il est cependant nécessaire que ces contrats soient de longue durée ; pour des exemples, v. not., Commission, 25 septembre 1992, *CCIE/GTE*, aff. M.258, *JOCE* C258, 7 octobre 1992, p. 10 ; Commission, 4 février 1999, *Nordic Capital/Hilding Anders*, aff. M.1357, *JOCE* C62, 4 mars 1999, p. 8 ; Commission, 12 juillet 2000, *Industri Kapital (Nordkem)/Dyno*, aff. M.1813, *JOCE* L154, 9 juin 2001, p. 41 ; Commission, 20 juillet 2005, *Lehman Brothers/SCG /Sterwood/Le Meridien*, aff. M.3858, *JOUE* C203, 19 août 2005, p. 3.

1320. Ces opérations sont cependant susceptibles d'induire diverses difficultés dans le cadre du contrôle des concentrations.

β. La contrôlabilité des prises de participations des fonds d'investissement

1321. La contrôlabilité des prises de participations minoritaires conclues par les fonds d'investissement interroge dans deux types de situations, selon que les seuils requis par le règlement « concentrations » sont ou non atteints.

1322. En effet, certaines opérations ne sont pas susceptibles de contrôle par la Commission parce que les entreprises concernées par celles-ci ne répondent pas aux conditions de seuils exigées par le règlement. Cette hypothèse n'est pas anecdotique dans la mesure où les sociétés d'investissement, comme les fonds, réalisent peu de chiffre d'affaires. Aussi, même s'il résulte finalement de l'examen des prises de participations que celles-ci sont susceptibles de changer durablement le contrôle de la cible, elles peuvent échapper au contrôle des concentrations pour cette raison¹⁸²⁴.

1323. Dans d'autres opérations, les seuils peuvent être atteints, en particulier lorsque les sociétés d'investissement en cause détiennent plusieurs fonds. La prise en compte des diverses entités du groupe est parfois d'une importance telle que l'opération, parce qu'elle provoque par ailleurs le changement de contrôle de la cible, sera contrôlée dans des conditions habituelles. Il est arrivé que la Commission soumette par exemple la compatibilité de ce type d'opération à l'accomplissement de divers engagements¹⁸²⁵.

1324. Néanmoins, l'examen de la pratique décisionnelle tend à montrer que lorsque le changement de contrôle de la cible est établi, les prises de participations font souvent l'objet d'une procédure simplifiée en droit européen des concentrations en raison du chiffre d'affaires modéré réalisé par les entreprises concernées et des faibles préoccupations de concurrence qu'elles suscitent¹⁸²⁶. Le constat est le même en

¹⁸²⁴ En ce sens, v. aussi, G. Gournay, *préc.*, et spécialement, p. 5.

¹⁸²⁵ Par exemple, dans l'affaire *Industri Kapital (Nordkem)/Dyno*, était en cause une société de capital-risque qui gérait et contrôlait plusieurs fonds de participation sis dans plusieurs États au sein de l'EEE. La Commission a ainsi pris en considération toutes les sociétés de portefeuille contrôlées par le groupe. L'opération a été autorisée sous réserve de l'accomplissement de divers engagements structureaux imposés à la société d'investissement. Était en cause une prise de contrôle en commun par plusieurs entités d'un même groupe conduisant à la détention finale de l'intégralité des actions de la cible (Commission, 12 juillet 2000, *Industri Kapital (Nordkem)/Dyno* aff. M.1813, JOCE L154, 9 juin 2001, p. 41).

¹⁸²⁶ Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil ; G. Gournay in J. Buhart (dir.), « Contrôle des concentrations et fonds d'investissement : Faut-il un régime distinct ? »,

France notamment, l’Autorité de la concurrence admettant que la procédure simplifiée a vocation à s’appliquer à « la plupart des opérations menées par des fonds d’investissement »¹⁸²⁷, dès lors que ces fonds ne détiennent pas de participations contrôlantes dans le cadre de relations horizontales, verticales ou conglomérales relevant de la procédure habituelle. L’Autorité souligne que la préférence est donnée à la procédure simplifiée au vu de l’expérience qu’elle a constatée : cette procédure présente une utilité certaine en la matière dans la mesure où ces fonds sont susceptibles de se livrer à un grand nombre d’opérations contrôlables par an¹⁸²⁸.

1325. Enfin, dans d’autres cas encore et en dépit de l’atteinte des seuils, le caractère mineur des prises de participations compromet pleinement la mise en œuvre du contrôle des concentrations lorsqu’aucun changement de contrôle durable de la cible ne peut en être déduit. S’il ressort de l’analyse que les prises de participations des fonds ne conduisent pas à l’exercice d’un contrôle en commun de la cible dans les conditions précédemment exposées, la condition édictée par les paragraphes 1. et 2. de l’article 3 du règlement fait en effet défaut.

1326. Pourtant, le fait que ces opérations puissent échapper au contrôle ou ne conduire qu’à la mise en œuvre de la procédure simplifiée peut être discuté. Ces dernières années, divers travaux ont en effet montré les effets que ces opérations

séminaire, 5 juin 2018, Paris, *Concurrences*, et spécialement, p. 12 ; pour des exemples, v. not. Commission, 9 septembre 2015, *Bpifrance/Springwater/Delion France*, aff. M.7731, JOUE C306, 17 septembre 2015, p. 2 ; Commission, 30 mai 2016, *Avril/Bpifrance/BPT Israel/Evertree*, aff. M.8007, JOUE C227, 23 juin 2016, p. 1 ; Commission, 12 octobre 2018, *Vallourec Tubes/Groupe Bpifrance/Vallourec Umbilicals*, aff. M.9096, JOUE C380, 22 octobre 2018, p. 1.

¹⁸²⁷ Lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 236 (anciennement, lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 205) ; l’Autorité l’a aussi rappelé en des termes analogues alors qu’elle annonçait l’ouverture de la procédure de notification en ligne pour les opérations relevant de la procédure simplifiée. Parmi les opérations concernées, elle rappelait ainsi que figurent les « opérations pour lesquelles le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les entreprises rachetées (cibles), ni sur des marchés amont, aval ou connexes (ce qui englobe la plupart des opérations menées par des fonds d’investissement) » (Autorité de la concurrence, « *L’Autorité de la concurrence lance aujourd’hui sa procédure de notification en ligne pour certaines opérations de concentration* », communiqué de presse, 18 octobre 2019, disponible à l’adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-lance-aujourd'hui-sa-procedure-de-notification-en> ; cette nouvelle procédure a été adoptée conformément au décret n° 2019-339 du 18 avril 2019 portant simplification du dossier de notification d’une opération de concentration à l’Autorité de la concurrence, JORF n°94 du 20 avril 2010, t. n°10).

¹⁸²⁸ Lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 229 (anciennement, lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 188).

pouvaient provoquer sur le marché, invitant ainsi les autorités de concurrence à se pencher à nouveau sur elles.

2) L'échec du développement du contrôle des concentrations vis-à-vis des prises de participations des fonds d'investissement

1327. Les discussions portant sur la contrôlabilité, non pas seulement des prises de participations industrielles et commerciales comme dans l'affaire *Ryanair/Aer Lingus*, mais bien financières, ont été relancées en 2017 au sein de l'Union lors de l'affaire *Dow/DuPont*¹⁸²⁹. Plus précisément, la question s'est posée de l'influence que peuvent exercer des fonds d'investissement¹⁸³⁰ détenant en commun des parts minoritaires dans des cibles communes (a). En dépit des propositions qui ont suivi cette décision, la nécessité de développer le contrôle des concentrations à l'égard de ces opérations ne s'est pas pleinement imposée (b).

a) L'affaire *Dow/DuPont*, une décision socle

1328. Avant la décision *Dow/DuPont* de 2017, diverses études, en particulier nord-américaines, se sont intéressées à la présence de fonds d'investissement communs dans l'actionnariat des entreprises. Elles se sont notamment attachées à l'influence exercée par les fonds indiciaires, c'est-à-dire à l'emprise exercée par des fonds de placement de valeurs mobilières dépendant d'indices boursiers. Ces fonds d'investissement connaîtraient un développement considérable puisqu'ils représenteraient près d'un tiers de l'actionnariat aux États-Unis et 15% en Europe. Ces fonds, comme les fonds d'investissement en général, cherchent à diversifier leurs portefeuilles et donc à encourir moins de risques que s'ils investissaient dans une seule entreprise.

1329. Ces travaux ont montré que ces fonds se préoccupent seulement des indices boursiers, au mépris d'autres types d'arbitrages. Ils sont ainsi qualifiés de « passifs » puisqu'ils ne votent pas. Ces études ont pourtant souligné qu'ils entretiennent en réalité des échanges pérennes et officieux avec les directions des entreprises dont ils détiennent des titres, qu'il s'agisse de la stratégie de gouvernance, de la rémunération des dirigeants, etc. Cette doctrine a par conséquent suggéré que la présence d'actionnaires communs de cet ordre, dans le cadre d'une concentration, présentait non seulement un risque de collusion accru entre eux mais aussi celui d'entraîner des effets unilatéraux néfastes à la concurrence sur le marché.

¹⁸²⁹ Commission, 27 mars 2017, *Dow/DuPont*, aff. M.7932, JOUE C353, 20 octobre 2017, p. 9.

¹⁸³⁰ Voir les sociétés d'investissement qui les détiennent, s'agissant de la titularité du contrôle final de la cible.

1330. Ce parti a effectivement été retenu par la Commission dans sa décision *Dow/DuPont*, au mépris de l'argumentaire opposé par les entreprises concernées¹⁸³¹.

1331. À l'occasion de cette affaire, la Commission s'est intéressée aux spécificités du marché des produits phytosanitaires. Une vision précise de l'ensemble du secteur agrochimique était en effet nécessaire dans un contexte où les acquisitions de Syngenta par ChemChina, d'un côté¹⁸³² et de Monsanto par Bayer, de l'autre côté¹⁸³³, venaient d'être annoncées. Surtout, ainsi que le relevait la Commission, le nombre d'entreprises spécialisées dans la fourniture et la distribution de produits phytosanitaires avait augmenté de moitié entre 1995 et 2012¹⁸³⁴ et plusieurs opérations de rapprochement entre les concurrents de ces entités s'étaient produites quelques années avant l'affaire *Dow/DuPont*¹⁸³⁵.

1332. En l'espèce, Dow et DuPont avaient notifié à la Commission leur projet de fusionner. Dans son appréciation, la Commission a requis de la part des parties, en phase de prénotification, le détail de leur actionnariat minoritaire commun. Elle y a alors décelé une certaine « consanguinité »¹⁸³⁶ : elle a identifié un groupe de trente actionnaires minoritaires, qualifiés « d'investisseurs passifs », qui était commun à plusieurs entreprises du secteur agrochimique. Ces actionnaires, dont certains étaient plus précisément des fonds indiciels¹⁸³⁷, détenaient en effet des participations non seulement dans les entreprises au cœur des diverses décisions de la Commission, à savoir BASF, Bayer, Dow, DuPont, Monsanto et Syngenta¹⁸³⁸ mais aussi dans certaines entités concurrentes, dont FMC. Au sein de FMC, des fonds d'investissement communs aux autres, comme les fonds indiciels Vanguard avec 9.09% des parts ou bien encore BlackRock avec 2.59% des titres, y étaient en effet

¹⁸³¹ Commission, 27 mars 2017, *Dow/DuPont*, préc., et spécialement, Annex 5, note de bas de page n° 7 ; sur la question, v. la doctrine citée par la Commission et not. I. R. Appel, T. A. Gormley et D. B. Keim, « Passive investors, not passive owners », *Journal of Financial Economics*, juillet 2016, vol. 121, n°1, p. 111.

¹⁸³² Commission, 5 avril 2017, *ChemChina/Syngenta*, aff. M.7962, JOUE C186, 10 juin 2017, p. 8.

¹⁸³³ Commission, 11 avril 2018, *Bayer/Monsanto*, aff. M.8084, JOUE C459, 20 décembre 2018, p. 10 ; l'opération a été suivie de l'opération *BASF/Bayer* (Commission, 30 avril 2018, *BASF/Bayer Divestment Business*, aff. M.8851).

¹⁸³⁴ Commission, 27 mars 2017, *Dow/DuPont*, préc., et spécialement, pt (238).

¹⁸³⁵ Dans sa décision, la Commission relève ainsi qu'en 2014 et 2015, Platform Specialty Products Corporation a acquis les groupes Chemtura, Agriphar et Arysta LifeScience ; qu'en 2014, FMC a acquis Cheminova et qu'en 2011, le groupe Sumitomo a augmenté sa participation dans Nufarm de 21.7% (*ibid.*, et spécialement, pt [239]).

¹⁸³⁶ *Ibid.*, et spécialement, Annex 5, pt (13).

¹⁸³⁷ *Ibid.*, et spécialement, Annex 5, pts (11), (19), (48).

¹⁸³⁸ *Ibid.*, et spécialement, Annex 5, pts (8) et s.

présents au 30 juin 2016¹⁸³⁹. Pour elle, ces investisseurs étaient « passifs » dans la mesure où ils disposaient d'un portefeuille de titres particulièrement varié.

1333. Toutefois, la Commission a relevé que pour passifs qu'ils aient pu être, ces « investisseurs » n'étaient pas pour autant les « propriétaires passifs » de leurs titres ; au contraire, son enquête a montré qu'ils entretenaient des discussions actives avec les organes dirigeants des cibles dans le but d'influencer à long terme leurs décisions stratégiques¹⁸⁴⁰. Elle s'est appuyée à cette fin sur diverses déclarations de ces actionnaires minoritaires, comme celle du représentant de BlackRock selon laquelle « nous nous faisons entendre, nous travaillons avec les entreprises, nous avons besoin d'œuvrer pour des intérêts de long terme »¹⁸⁴¹. La Commission a par conséquent considéré que ces fonds d'investissement s'apparentaient à des « propriétaires actifs »¹⁸⁴² de leurs titres.

1334. Au vu de ces divers éléments, l'institution européenne en a conclu que l'actionnariat commun représenté par ces fonds au sein du secteur agrochimique constituait un « élément de contexte »¹⁸⁴³ permettant d'apprécier la probabilité d'effets anticoncurrentiels de l'opération soumise. Dans ce cadre, elle a directement pris appui sur une partie de la doctrine économique récente qui estime que les actionnaires minoritaires communs à plusieurs entreprises qualifiés de passifs influencent, en réalité, les choix de gouvernance des entreprises considérées. La Commission a consacré ainsi une partie conséquente d'une Annexe aux conclusions de cette doctrine propre à l'actionnariat minoritaire commun¹⁸⁴⁴.

1335. Dans ce cadre, elle s'est fondée non seulement sur les travaux précités portant sur les fonds indiciels mais aussi sur ceux d'Isabel Tecu et des Professeurs José Azar et Martin Schmalz¹⁸⁴⁵ portant plus largement sur les fonds d'investissement et le contrôle en commun qu'ils sont susceptibles d'exercer sur la cible¹⁸⁴⁶. En prenant acte du fait que 70 à 80% des parts des sociétés cotées étatsuniennes étaient détenues par ce type de fonds, ces auteurs avaient relevé que ce type de prises de participations en

¹⁸³⁹ *Ibid.*, et spécialement, Annex 5, pts (18), (48).

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*, et spécialement, Annex 5, pt (19).

¹⁸⁴¹ Traduction libre de : « [w]e are an active voice, we work with companies, but we need to work for the long-term interest » (*ibid.*, et spécialement, Annex 5, pt (24)).

¹⁸⁴² Traduction libre de « active owners » (*ibid.*, et spécialement, Annex 5, 3.3.).

¹⁸⁴³ Traduction libre de : « element of context » (*ibid.*, et spécialement, Annex 5, pt (81)).

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, et spécialement, Annex 5, §3.3, pts (28) et s..

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, et spécialement, pt (2349) et Annex 5, pts (30), (45), (49), (52), (53).

¹⁸⁴⁶ J. Azar, M. Schmalz et I. Tecu, « Anti-Competitive Effects of Common Ownership », *University of Michigan Ross School of Business*, 2015, Working Paper n°12335.

commun présentait des risques dix fois supérieurs d'une part, à ceux ayant pour effet de renforcer le pouvoir de marché des parties, tels que relevés par la FTC et le Doj dans leurs lignes directrices de 2010 et d'autre part, à la limite de l'IHH au-delà de laquelle il revient aux entreprises concernées, et non plus aux autorités, de prouver l'innocuité de leur opération. Leur étude invitait ainsi à déplacer la problématique : il ne s'agirait plus de démontrer si ce type de prise de participations occasionne un changement durable de contrôle, et si elles doivent donc être contrôlées sur ce fondement, mais seulement de déterminer si elles entraînent des effets susceptibles de nuire à la concurrence, ce qui justifierait en soi l'exercice du contrôle.

1336. À l'appui de ces travaux notamment, la Commission a relevé, dans le corps de sa décision, que la présence d'un actionnariat commun entre concurrents était susceptible de conduire à une augmentation des prix¹⁸⁴⁷. Elle s'est aussi livrée à une appréciation de l'IHH¹⁸⁴⁸ et elle a considéré que le fait, pour une entreprise, de prendre la décision d'accroître ses capacités d'innovation avait un impact considérable sur ses profits actuels et risquait d'en avoir également sur les profits attendus par ses concurrents. Elle craignait ainsi que cette situation affecte de manière néfaste le portfolio que détenaient les actionnaires actuels dans la cible et ses concurrents. En d'autres termes, à l'appui de cette doctrine économique et en rompant avec les théories classiques de Schumpeter¹⁸⁴⁹, la Commission a estimé que la présence d'un actionnariat minoritaire commun représenté par ces fonds d'investissement était dangereuse puisqu'il leur offrait la possibilité de favoriser leurs intérêts en freinant par ailleurs l'innovation sur le marché¹⁸⁵⁰. Dans ces conditions, elle a soumis la compatibilité de l'opération à la cession de nombreux actifs, dont une large part portait sur des produits susceptibles de faire l'objet d'innovations et sur des activités de recherche et développement.

1337. En se faisant l'écho de la doctrine économique qui avait montré les risques pour la concurrence que suscitait l'actionnariat commun des fonds d'investissement, la Commission a fait montre, et a provoqué, un certain regain d'intérêt à l'égard de ces opérations. Par exemple, lors de l'examen, un an plus tard, de l'opération *Bayer/Monsanto*¹⁸⁵¹, c'est en recourant à son analyse de 2017 qu'elle confirmait encore

¹⁸⁴⁷ Commission, 27 mars 2017, *Dow/DuPont*, préc., et spécialement, pt (2349).

¹⁸⁴⁸ *Ibid.* et spécialement, pt (378).

¹⁸⁴⁹ C. E. Mosso, « *EU merger control : the big picture* », discours, 12 novembre 2014, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_06_en.pdf.

¹⁸⁵⁰ Commission, 27 mars 2017, *Dow/DuPont*, préc., et spécialement, pt (2351).

¹⁸⁵¹ Commission, 11 avril 2018, *Bayer/Monsanto*, préc.

la « consanguinité »¹⁸⁵² présente dans le secteur agrochimique, le caractère particulièrement concentré de ce marché en raison de cet actionnariat commun et les risques qui en découlaient pour la concurrence¹⁸⁵³.

1338. Ces conclusions ne semblent cependant pas vouées à demeurer pérennes en l'état actuel de la littérature.

b) L'affaire *Dow/DuPont*, une décision excessive ?

1339. Quelques mois après l'affaire *Dow/DuPont*, l'OCDE a émis diverses propositions portant sur le contrôle de ce type d'opérations (α). L'admission de ces recommandations, comme la possibilité de réviser le droit européen des concentrations à l'appui d'autres rapports ultérieurs, paraissent cependant prématurées (β).

α . Les propositions de l'OCDE

1340. En décembre 2017, l'OCDE a consacré une étude sur la question de l'actionnariat commun et sa prise en compte, ou non, par les autorités chargées de contrôler les opérations de concentration¹⁸⁵⁴.

1341. Elle y a recensé quatre grandes propositions destinées à appréhender la problématique de l'actionnariat commun des fonds de placement dans le cadre du contrôle des concentrations.

1342. La première option envisagée consistait à adapter les législations en vigueur. Il est vrai qu'aux États-Unis notamment, la doctrine préconisait de prendre en considération les effets anticoncurrentiels suscités par la présence de ces actionnaires¹⁸⁵⁵, éventuellement en prévoyant une exemption pour le cas où la preuve serait rapportée que l'acquisition a été réalisée à de seules fins de placement¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵² *Ibid.*, et spécialement, pt (217).

¹⁸⁵³ *Ibid.*, et spécialement, pt (229).

¹⁸⁵⁴ OCDE, « *L'actionnariat institutionnel commun et son impact sur la concurrence* », 5-6 décembre 2017, DAF/COMP(2017)10.

¹⁸⁵⁵ E. Elhauge, « Essay: Horizontal Shareholding », *Harvard Law Review*, 2016, vol. 129, p. 1267 ; E.B. Rock et D. Rubinfeld, « Antitrust for Institutional Investors », *New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series*, 2017, Working Paper n°17-23 ; E. B. Rock et D. Rubinfeld, « Antitrust for Institutional Investors in Corporate Governance. Hearing on Common Ownership by institutional investors and its impact on competition », publications de l'OCDE, 28 novembre 2017, DAF/COMP/WD(2017)94.

¹⁸⁵⁶ E. Elhauge, « Essay: Horizontal Shareholding », *art. préc.*

1343. La seconde piste portait sur le fait de limiter l'impact de ce type d'actionnariat sur le marché. Les Professeurs Eric Posner, Michael Scott Morton et Glen Weyl¹⁸⁵⁷ ont en effet estimé à cet égard qu'il faudrait imposer la limite suivante : « aucun investisseur institutionnel ou particulier *détenant* des participations dans *plus d'une entreprise effective* dans un *oligopole* ne pourrait être le détenteur *final* de plus de 1% des parts du marché, à moins que l'entité détenant des actions ne soit un fonds indiciel autonome s'engageant à être *purement passif* »¹⁸⁵⁸. Cette proposition a toutefois fait l'objet de critiques¹⁸⁵⁹. Son adoption risquerait en effet d'obliger les autorités de concurrence concernées à dresser, chaque année, une liste des oligopoles affectés. Des lourdeurs administratives risqueraient d'en résulter tant pour les entreprises que pour les autorités de concurrence. Elle impliquerait aussi une vigilance perpétuelle et difficilement tenable de la part des fonds.

1344. La troisième solution avancée résidait dans le fait de limiter l'actionnariat au sein de chaque structure. Les Professeurs Edward B. Rock et Daniel L. Rubinfeld ont notamment pu avancer l'idée selon laquelle des investisseurs seraient à l'abri de tout soupçon lorsqu'ils détiennent moins de 15% des parts dans une entreprise, qu'ils ne disposent guère de prérogatives particulières affectant la composition de la direction et qu'ils n'ont aucun représentant au sein de l'organe dirigeant¹⁸⁶⁰. Comme l'OCDE l'a cependant relevé, cette proposition conduirait à ne pas examiner la probabilité d'effets anticoncurrentiels que pourrait pourtant susciter l'acquisition de pareilles participations¹⁸⁶¹.

1345. La dernière mesure évoquée était enfin relative à l'impact d'une fusion entre fonds de placement¹⁸⁶². Cette proposition peut cependant soulever quelques interrogations : en ne s'attachant qu'au traitement d'une situation spécifique, elle ne

¹⁸⁵⁷ E. A. Posner, F. Scott Morton et E. G. Weyl, « A Proposal to Limit the Anti-Competitive Power of Institutional Investors », *Antitrust Law Journal*, 2017.

¹⁸⁵⁸ Souligné dans le texte ; traduction libre de : « No institutional investor or individual *holding* shares of more than a *single effective firm* in an *oligopoly* may ultimately own more than 1% of the market share unless the entity holding shares is a free-standing index fund that commits to being *purely passive*. » (*Ibid.*, et spécialement, p. 33).

¹⁸⁵⁹ J. Baker, « Overlapping Financial Investor Ownership, Market Power, and Antitrust Enforcement: My Qualified Agreement with Professor Elhauge », *Harvard Law Review Forum*, vol. 129, p. 212 et spécialement, pp. 225-226.

¹⁸⁶⁰ E. B. Rock et D. Rubinfeld, « Antitrust for Institutional Investors in Corporate Governance. Hearing on Common Ownership by institutional investors and its impact on competition », *art. préc.*

¹⁸⁶¹ OCDE, « *L'actionnariat institutionnel commun et son impact sur la concurrence* », *préc.*, et spécialement, pt 110.

¹⁸⁶² *Ibid.* et spécialement, pt 91.

semble pas à même d'épuiser à elle seule l'ensemble des questions soulevées par l'actionnariat commun des fonds.

1346. En d'autres termes, aucune de ces propositions ne semble faire l'unanimité au sein de la doctrine et l'OCDE relève elle-même ces divergences. Leur avenir paraît ainsi compromis pour l'heure, en dépit de certaines avancées qui méritent d'être relevées.

β. L'impossibilité d'une réforme à court terme

1347. Les réticences vis-à-vis des propositions précédemment exposées n'ont pas seulement reçu des traductions théoriques. Elles ont au contraire eu un retentissement certain, que ce soit au niveau de l'OCDE ou de l'Union elle-même.

1348. Dans son étude, l'OCDE a relayé les risques qui avaient été identifiés par la doctrine économique citée par la Commission. Elle pointait le fait que dans la mesure où ces fonds cherchent à diversifier leurs portefeuilles, leurs participations restent souvent minoritaires et, de ce fait, que leurs opérations échappent à la plupart des législations relatives au contrôle des concentrations. Elle admettait pourtant que « de nombreux canaux, tant directs qu'indirects, permettent à ces fonds d'exercer une influence sur les entreprises de leurs portefeuilles »¹⁸⁶³.

1349. Néanmoins et contrairement à la position de la Commission dans la décision *Dow/DuPont* – ce qui a d'ailleurs été largement critiqué¹⁸⁶⁴ –, l'OCDE a également fait état des critiques qui se sont dressées face à ces travaux. Il a d'abord été avancé que l'un des principaux intérêts de ces fonds de placement résiderait dans leurs faibles coûts de gestion et donc, que leur organisation interne ne se prêtait pas nécessairement à des démarches actives qui conduiraient à influencer la stratégie des entreprises qu'ils détiennent¹⁸⁶⁵. Il a ensuite été montré que des fonds qui chercheraient seulement à poursuivre la performance d'un indice éviteraient justement d'avoir un rôle actif, ne serait-ce qu'officieusement, dans les entreprises dont ils détiennent des parts. Un tel comportement risquerait en effet d'entraîner une certaine liquidité du marché¹⁸⁶⁶ et les inciteraient même à vendre leurs actions¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, et spécialement, p. 5.

¹⁸⁶⁴ M-C. Rameau et Y. Trifounouitch, « Contrôle des concentrations – L'appréhension des participations minoritaires par la Commission européenne : Des solutions classiques aux thèses d'avant-garde », *Concurrences*, 2018, n°2, p. 50, et spécialement, pp. 57-59.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*, et spécialement, p. 57.

¹⁸⁶⁶ J. A. McCahery, Z. Sautner et L. Starks, « Behind the Scenes: The Corporate Governance Preferences of Institutional Investors », *Journal of Finance*, juin 2015.

1350. Surtout, l'OCDE a relevé l'absence partielle de théories en la matière : « relativement peu d'études ou de débats ont envisagé la possibilité que les investisseurs institutionnels s'abstiennent d'exercer une influence agressive sur la gouvernance des entreprises de leur portefeuille dans le but d'obtenir d'autres contrats de ces entreprises. »¹⁸⁶⁸. À l'inverse, si des théories ont pu montrer les gains d'efficience entraînés par ce type d'actionnariat, d'autres en ont contesté la probabilité¹⁸⁶⁹ et l'OCDE a estimé qu'aucune preuve n'en démontrait pour l'heure l'existence¹⁸⁷⁰.

1351. Les réserves émises par l'OCDE semblent ainsi particulièrement affaiblir la portée que celle-ci souhaiterait voir donnée aux propositions précitées. De même et alors que la Commission est l'auteur de la décision *Dow/DuPont*, la position générale de l'Union vis-à-vis du développement du contrôle des concentrations à l'égard de ces opérations ne semble pas dénuée d'une certaine ambiguïté.

1352. Hors le seul cadre de l'affaire *Dow/DuPont*, la position plus générale de l'Union à l'égard des investisseurs présente en effet une certaine complexité. Notamment, la directive (UE) n°2017/828¹⁸⁷¹ souligne leur rôle important, voire sous-entend l'influence que ces actionnaires minoritaires peuvent exercer sur les entreprises qu'ils détiennent. Elle relève ainsi en préambule que « les investisseurs institutionnels et les gestionnaires d'actifs sont souvent des actionnaires importants des sociétés cotées dans l'Union et peuvent dès lors jouer un grand rôle dans la gouvernance de ces sociétés, mais aussi, de manière plus générale, en ce qui concerne leur stratégie et leurs performances à long terme »¹⁸⁷² et ce, dans le but de les appeler à faire preuve de plus de transparence s'agissant de leur politique d'investissement et d'engagement. Cependant, la directive prévoit en parallèle que ces actionnaires contribuent malgré tout peu au développement à long terme de leurs filiales, ce qui

¹⁸⁶⁷ G. F. Davis, « A new finance capitalism? Mutual funds and ownership re-concentration in the United States », *European Management Review*, vol. 5, n°1, p. 11.

¹⁸⁶⁸ OCDE, « *L'actionnariat institutionnel commun et son impact sur la concurrence* », *préc.*, et spécialement, pt 62.

¹⁸⁶⁹ E. Elhauge, « Essay: Horizontal Shareholding », *art. préc.*

¹⁸⁷⁰ OCDE, « *L'actionnariat institutionnel commun et son impact sur la concurrence* », *préc.*, et spécialement, pt 88.

¹⁸⁷¹ Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, *JOUE* L132, 20 mai 2017, p. 1.

¹⁸⁷² *Ibid.*, (15).

peut avoir des effets néfastes pour les performances des entreprises¹⁸⁷³. La directive cherche par conséquent à pallier ces difficultés : elle encourage les actionnaires à peser davantage dans la gouvernance de l'entreprise, en particulier s'agissant de la rémunération des dirigeants¹⁸⁷⁴.

1353. Aussi, alors que la Commission reprend à son compte des théories économiques qui mettent en évidence les effets, éventuellement anticoncurrentiels, qu'engendre la présence d'un actionnariat commun détenu par des fonds d'investissement dans le cadre d'une opération de concentration, l'Union cherche, par ailleurs, à encourager ce type d'investisseurs. Les moyens utilisés au titre de la politique de concurrence européenne semblent ainsi, à cet égard également, se heurter quelque peu à ceux auxquels une politique industrielle de l'Union pourrait recourir.

1354. Dans ces conditions, la Commission semble n'avoir d'autre choix que d'opter pour une position prudente pour l'heure.

1355. Un peu moins d'un an après l'affaire *Dow/DuPont*, Margrethe Vestager a d'abord confirmé la nécessité, pour la Commission, de se préoccuper davantage de l'actionnariat commun minoritaire en relevant qu'il était « important de comprendre l'effet qu'entraîne véritablement l'actionnariat commun ». Elle a ainsi reconnu que « même en dehors de tout contrôle, ces fonds disposent certainement de moyens pour faire entendre leurs voix » dans leurs filiales¹⁸⁷⁵. Loin d'en déduire cependant

¹⁸⁷³ « Toutefois, l'expérience de ces dernières années a montré que, souvent, les investisseurs institutionnels et les gestionnaires d'actifs ne s'engagent pas à l'égard des sociétés dont ils détiennent des actions, et il apparaît que les marchés des capitaux exercent souvent une pression sur les sociétés pour que celles-ci soient performantes à court terme, ce qui peut compromettre les performances financières et non financières des sociétés à long terme et conduire, entre autres conséquences négatives, à des niveaux d'investissement sous-optimaux, par exemple dans la recherche et le développement, au détriment des performances à long terme tant des sociétés que des investisseurs » (*ibid.*).

¹⁸⁷⁴ « Étant donné que la rémunération est un des éléments essentiels permettant aux sociétés de mettre leurs intérêts en adéquation avec ceux de leurs dirigeants et compte tenu du rôle crucial joué par ces derniers dans les sociétés, il est important que la politique de rémunération des sociétés soit déterminée de manière appropriée par les organes compétents au sein de la société et que les actionnaires aient la possibilité d'exprimer leur point de vue en ce qui concerne la politique de rémunération de la société. » (*ibid.*, (28)).

¹⁸⁷⁵ Traduction libre de : « It's also important to understand what effect common ownership really has. (...) Even without control, there are certainly ways for these funds to make their voices heard. » (M. Vestager, « *Competition in changing times* », discours, 16 février 2018, disponible à l'adresse suivante : https://wayback.archive-it.org/12090/20191129215248/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-changing-times-0_en).

que l'adoption d'une réforme sur la question était impérieuse, elle a ensuite timidement conclu qu'« il y a une différence entre détenir des actions dans une entreprise et contrôler ses décisions. Même sans contrôle, ces fonds ont certainement trouvé des moyens pour faire entendre leurs voix. *Mais nous ne pouvons pas juste considérer qu'ils ont le pouvoir de changer les opinions. Il nous faut observer avec attention ce qui se produit réellement – s'ils disposent véritablement de la capacité d'atténuer la concurrence entre entreprises* »¹⁸⁷⁶.

1356. À certains égards, les analyses relatives aux fonds d'investissement et à l'effectivité du contrôle qu'ils exercent, ou dont jouissent les sociétés d'investissement les détenant, ne nous semblent pas pleinement antagonistes. Les déclarations des représentants des actionnaires minoritaires recueillies par la Commission dans le cadre de l'affaire *Dow/DuPont* paraissent attester du fait que leurs intérêts d'investisseurs ne les empêchent pas de chercher par ailleurs à développer les activités de leurs filiales sur le marché. Il ne va pas en effet aller à l'encontre de leurs intérêts propres que de vouloir obtenir une augmentation de leurs parts de marché sur un secteur spécifique, y compris dans la perspective de la revente éventuelle de leurs participations. Symétriquement, rien ne paraît faire obstacle à l'existence d'un fonds dont la faiblesse des coûts de gestion l'empêcherait de contribuer activement aux stratégies commerciales déployées par ses filiales ou qui s'abstiendrait de toute immixtion dans les affaires de celles-ci dans sa recherche de performance d'un indice.

1357. Au même titre que les groupes comprenant des fonds d'investissement et que les fonds eux-mêmes obéissent à des organisations variées, leur attribuer d'office l'exercice d'une influence sur une cible, ou la leur dénier en toutes hypothèses, ne semble donc pas envisageable.

1358. Par ailleurs, la Commission a rendu public le 29 septembre 2020 un rapport de l'un de ses services scientifiques, le Joint Research Centre, portant sur l'actionnariat en commun et ses conséquences pour la concurrence¹⁸⁷⁷. Il propose, pour la première fois au sein de l'Union, une analyse sous un angle économique de l'augmentation de l'actionnariat des fonds d'investissement. En enquêtant dans cinq secteurs, l'étude

¹⁸⁷⁶ Nous soulignons ; traduction libre de : « There's a difference between holding shares in a company, and controlling its decisions. Even without control, there are certainly ways for these funds to make their voices heard. But we can't just assume they have the power to change minds. We need to look closely at what actually happens – whether they can really get companies to compete less hard » (*ibid.*).

¹⁸⁷⁷ Joint Research Centre, « *Common shareholding in Europe* », 2020, EUR 30312 EN.

s'intéresse en particulier aux pratiques de certains fonds, comme BlackRock, Vanguard ou encore State Street. Tout en apaisant son propos par d'importantes réserves méthodologiques, elle tend à montrer l'existence d'une certaine corrélation entre l'existence de ce type d'actionnariat et l'augmentation du pouvoir de marché des entreprises en cause. En cela, ces prises de participations auraient un impact sur la concurrence alors qu'elles devraient se limiter à des fins d'investissement.

1359. Dans ces conditions et en dépit de sa prudence, la Commission semble avoir confirmé son intérêt pour ces opérations en sollicitant le bénéfice de ce rapport. Ce mouvement peut être salué et encouragé, comme le raisonnement qu'elle a proposé dans les affaires *Dow/DuPont* ou bien encore *Bayer/Monsanto*. À cet égard, s'il est discutable que seule une partie de la doctrine ait été explicitement citée dans ces décisions, le soin que la Commission a accordé à la justification de ses appréciations reste certain. Il permet, en outre, de disposer d'informations supplémentaires et précises sur l'ensemble d'un secteur, éléments dont l'importance ne semble pas devoir être négligée dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique de concurrence effective. La décision *Dow/DuPont* atteste une nouvelle fois également de la volonté de la Commission d'appréhender la réalité de l'opération sur le marché sans se circonscrire aux seuls critères et qualifications édictés par le règlement. Le droit européen des concentrations, et plus encore sa cohérence substantielle, nécessitent en effet que la réalité du contrôle matériel de la cible soit appréhendée avec justesse.

1360. Le développement récent de ces préoccupations semble cependant fonder la réserve que l'OCDE formulait : la modification éventuelle de la réglementation propre au contrôle des concentrations en la matière semble encore impliquer à ce jour la réalisation de travaux économiques complémentaires consacrés à la question. La publication de l'étude du Joint Research Centre est un premier pas mais il ne paraît pas apaiser à lui seul l'ensemble des craintes que ces problématiques soulèvent. L'OCDE soulignait à juste titre qu'« il existe indubitablement un désaccord important sur les effets anticoncurrentiels de l'actionnariat commun, sur la validité des travaux tentant d'estimer ce phénomène de manière empirique et sur les propositions visant à résoudre les problèmes de concurrence qu'il peut causer. Avant d'adapter leurs approches et leur législation, les autorités de la concurrence

pourraient donc souhaiter réaliser des analyses plus approfondies de l'actionnariat commun dans leurs juridictions »¹⁸⁷⁸.

CONCLUSION DU CHAPITRE

1361. Le critère du « changement durable du contrôle » de la cible tel qu'édicté par le règlement « concentrations » soulève un certain nombre d'incertitudes et nécessite que le contrôle institutionnel de la Commission soit réévalué, au moins pour partie¹⁸⁷⁹.

1362. Cette analyse résulte en premier lieu des règles applicables à la création d'une entreprise commune et à la conclusion des opérations intragroupes. Alors que les lacunes éventuelles du droit des concentrations en la matière devraient être palliées par le droit européen des pratiques anticoncurrentielles, le droit européen de la concurrence peine parfois à appréhender l'ensemble des pratiques commises sur le marché. En ne dotant pas le droit des concentrations de moyens lui permettant d'appréhender davantage ces opérations, cet état du droit contribue peu aux objectifs concurrentiels qui lui sont assignés.

1363. Des considérations analogues peuvent en second lieu être proposées à propos de « l'influence déterminante » que doivent exercer les actionnaires minoritaires. L'attachement du droit de l'Union au « changement durable du contrôle de la cible » ainsi qu'à l'exercice d'une « influence déterminante » empêche de contrôler les prises de participations minoritaires susceptibles d'entraîner des effets anticoncurrentiels sur le marché, ce qui nuit à la cohérence du contrôle. L'affaire *Ryanair/Aer Lingus* a montré les limites du droit applicable et semble justifier un renforcement du contrôle institutionnel. L'affaire *Dow/DuPont* a pour sa part montré quelques années plus tard la nécessité qu'il y aurait d'apprécier au plus juste, *a minima*, l'influence que les fonds ou les sociétés d'investissement sont susceptibles d'exercer sur leur cible. De ce point de vue cependant, la production de nouveaux travaux économiques reste nécessaire pour que l'extension du contrôle institutionnel dévolu à la Commission soit pleinement envisagée.

¹⁸⁷⁸ OCDE, « L'actionnariat institutionnel commun et son impact sur la concurrence », *préc.*, et spécialement, pt 125.

¹⁸⁷⁹ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II.

CONCLUSION DU TITRE

1364. Le droit européen des concentrations cherche à appréhender les opérations de croissance externe des groupes en intégrant en son sein celles dont l'envergure est susceptible d'affecter la concurrence sur le marché et dont le contrôle a été durablement modifié. En laissant aux États membres le soin de contrôler ou non les opérations de plus faible dimension, il garantit l'existence d'un système équilibré et efficace qui devrait permettre aux autorités d'atteindre les objectifs fixés par le règlement.

1365. Cependant, parce que les objectifs poursuivis reposent sur un équilibre subtil entre protection de la concurrence et maintien de la compétitivité au sein du marché unique, les définitions auxquelles le droit recourt sont discutables. Le règlement « concentrations » oppose à la notion de contrôle matériel de la cible une vision rigide à même d'en menacer la cohérence.

1366. Il peine d'abord à appréhender la réalité des groupes concernés par l'opération en raison des définitions qu'il édicte et qui ne trouvent pas nécessairement écho au vu des pratiques de ces mêmes groupes.

1367. Par sa dimension pour partie politique, le système de seuils prévu par le règlement « concentrations » fige encore l'ensemble. Au sein du marché unique, les critères permettant de déclencher les contrôles nationaux varient aussi pour leur part au fil des frontières, en particulier à propos des conditions de seuils. Si leurs divergences peuvent s'expliquer pour des raisons de nature principalement économique et politique, elles n'en restent pas moins problématiques pour les opérations multi-juridictionnelles.

1368. Les difficultés induites par cet état du droit trouvent en particulier une traduction dans les acquisitions tueuses ou consolidantes qui se sont multipliées ces dernières années. Bien que leur développement soit relativement émergent, ces opérations peuvent échapper à tout ou partie des contrôles exercés au sein du marché unique. Les pratiques constatées notamment sur le marché du numérique devraient pourtant fonder un renforcement du contrôle institutionnel exercé par la Commission.

1369. La prise en compte du contrôle matériel exercé sur la cible interroge de manière analogue à propos des prises de participations minoritaires. Les législations au sein de l'Union apprécient à l'appui de critères distincts la possibilité que ce type

d'opérations conduise à l'exercice d'un contrôle exclusif par un associé minoritaire, interrogeant par là même une nouvelle fois la mise en œuvre cohérente du droit des concentrations au sein du marché unique. En présence de ces opérations, le contrôle exercé par la Commission peine pour sa part particulièrement à tirer toutes les conséquences de ses propres décisions d'incompatibilité.

1370. Le contrôle en commun susceptible d'être exercé par plusieurs investisseurs minoritaires a également fait l'objet de diverses discussions. L'opacité de leur structure comme leur importance pour la compétitivité européenne pourraient justifier une extension du contrôle européen des concentrations. Bien que divers travaux et décisions tendent de plus en plus à souligner les risques que leur défaut de contrôle pourrait faire peser pour la préservation de la concurrence, la littérature économique disponible reste néanmoins encore trop sujette à caution.

1371. Dans ces conditions, une partie conséquente des lacunes du droit européen des concentrations résulte des définitions qu'il édicte lui-même à propos du « contrôle matériel » de la cible. Ces difficultés pourraient ainsi justifier que les prérogatives dévolues notamment à l'institution en charge d'apprécier les opérations de dimension communautaires soient discutées, et plus encore, renforcées (**Titre 2**).

– Titre 2 –

Le renforcement du « contrôle institutionnel » en droit européen des concentrations, un moyen au service d'un contrôle cohérent

1372. Il ressort de la pratique décisionnelle, et notamment des affaires récentes, que le droit des concentrations peine parfois à appréhender la titularité et l'étendue du contrôle matériel susceptible d'être exercé sur la cible par une ou plusieurs entreprises. Dans ces conditions, les critères édictés par le règlement « concentrations », voire ceux prévus par les législations nationales, semblent à tout le moins nécessiter une révision partielle dans le but de conférer davantage de cohérence aux divers contrôles au sein du marché unique.

1373. Pour que le contrôle européen des concentrations atteigne les objectifs qui lui ont été assignés en préservant la concurrence sur le marché sans porter d'atteinte d'excessive à la compétitivité européenne, encore faut-il cependant que les autorités chargées d'apprécier les concentrations soient dotées des compétences nécessaires pour analyser au plus juste l'étendue du pouvoir de marché du groupe à venir.

1374. En l'état actuel du droit européen et de la « séparation des pouvoirs » qu'il organise¹⁸⁸⁰, le juge est « le tiers arbitre »¹⁸⁸¹ et « le gardien de la cohérence de l'action

¹⁸⁸⁰ Lors de sa décision *Meroni*, la Cour s'est référée à l'« équilibre des pouvoirs », en tant que « caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté », laquelle serait « une garantie fondamentale accordée par le Traité, notamment aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles il s'applique » (CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. 10/56, *Rec.* 1958, p. 51). L'ancien Conseiller d'État français puis juge au Tribunal de l'Union Hubert Legal a retenu pour sa part la notion de « séparation des pouvoirs » : selon lui, parce qu'elle impose l'application des règles constitutionnelles, législatives ou de concurrence et non celles des juges, cette séparation protège et empêche du même temps le juge d'intervenir dans des questions sociales ou politiques. Il a toutefois relevé que certaines décisions présentent parfois le risque de s'intéresser davantage à l'« opportunité » qu'à la seule « légalité » de la décision attaquée (T. Christoforou, H. Legal, T. Reeves et R. M. Stener, « Chapter 8. Standards of proof and standards of judicial review in EC Competition Law roundtable », et spécialement p. 162 in Barry E. Hawk (dir.), *International Antitrust Law and Policy : Fordham Corporate Law*, Juris Publishing Inc., 1 mai 2006, 660 p.).

¹⁸⁸¹ L. Boy, « Le relatif et l'universel. Entre contrôle juridictionnel et gouvernement des juges en droit de la concentration », p. 505 in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, 1105 p.

du régulateur avec les objectifs du droit des concentrations »¹⁸⁸² tandis que la Commission est le « guichet unique » de l'appréciation des opérations de dimension communautaire¹⁸⁸³. À ce titre, cette dernière dispose d'un « certain pouvoir discrétionnaire, notamment pour ce qui est des appréciations d'ordre économique »¹⁸⁸⁴ pour en apprécier les caractéristiques et les effets sur le marché concerné. Le droit à un recours juridictionnel effectif est certes garanti par la saisine du juge européen à l'encontre des décisions de la Commission¹⁸⁸⁵ et celle-ci est tenue d'exécuter certaines obligations, dont le respect des droits de la défense¹⁸⁸⁶. Il reste

¹⁸⁸² M. Cousin, « Droit des concentrations : faut-il réformer pour mieux contrôler ? », CCC, août 2018, n°8-9, dossier 4, et spécialement, n°11 ; le juge doit contrôler l'interprétation par la Commission des données économiques. Ainsi, il « doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. Un tel contrôle est d'autant plus nécessaire s'agissant d'une analyse prospective requise par l'examen d'un projet de concentration produisant un effet de conglomérat » (CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV, préc.*, et spécialement, pt 39). Cet équilibre est d'autant plus fort que la décision de la Commission doit être suffisamment motivée pour permettre au juge d'exercer correctement son contrôle de légalité (en ce sens, v. not., TPICE, 22 octobre 1997, *SCK et FNK c/ Commission*, aff. jtes 18/96 et 213/95, et spécialement, pt 226 ; TPICE, 17 février 2000, *Stork Amsterdam BV c/ Commission*, aff. T-241/97, *Rec.* 2000, II, p. 309, et spécialement, pt 73). Le Tribunal admet toutefois que l'exigence de motivation imposée à la Commission soit fonction de l'espèce ; il est par conséquent suffisant qu'elle fasse apparaître clairement et sans équivoque son raisonnement, sans qu'il soit nécessaire qu'elle détaille tous les éléments de fait ou de droit (Trib. UE, 7 juin 2013, *Spar Österreichische Warenhandels AG c/ Commission*, aff. T-405/08, *Rec.*, et spécialement, pt 26 ; sur la clarté du raisonnement exigé, v. aussi TPICE, 20 novembre 2002, *Lagardère SCA et Canal + SA c/ Commission*, aff. T-251/00, *Rec.* 2002, II, p. 4825, et spécialement, pt 155 ; TPICE, 17 février 2000, *Stork Amsterdam BV c/ Commission, préc.*). De même, si le juge est également tenu par une obligation de motivation, il ne lui est toutefois pas imposé « d'effectuer un exposé qui suivrait de manière exhaustive et un par un tous les moyens et les arguments articulés par les parties au litige » (Statut de la Cour de Justice de l'Union européenne, version consolidée, 1^{er} mai 2019, art. 53 ; dans le cadre spécifique du contrôle des concentrations, v. Trib. UE, 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission*, aff. T-399/16, non encore publié au *Rec.*, et spécialement, pt 122).

¹⁸⁸³ Règlement « concentrations », (8) et art. 21.

¹⁸⁸⁴ CJCE, 31 mars 1998, *Kali und Salz*, aff. C-68/94, *Rec.* 1998, I, p. 1375, et spécialement, pt 223 ; TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* 1999, II, p. 743, et spécialement, pts 164 et 165 ; TPICE, 15 décembre 1999, *Kesko Oy c/ Commission*, aff. T-22/97, *Rec.* 1999, II, p. 3775, et spécialement, pt 142 ; TPICE, 6 juin 2002, *Airtours plc c/ Commission*, aff. T-342/99, *Rec.* 2002, II, p. 2585, et spécialement, pt 64 ; CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-12/03, *Rec.* 2005, I, p. 987, et spécialement, pt 38 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. C-202/06 P, *Rec.* 2007, I, p. 12129, et spécialement, pt 53.

¹⁸⁸⁵ Règlement « concentrations », art. 21, 2.

¹⁸⁸⁶ Bien qu'elle soit tenue par un impératif de célérité, la Commission n'en est pas moins dans l'obligation de respecter, outre le principe du contradictoire (*Best practices on the conduct of EC merger control proceedings*, 20 janvier 2004, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>), les droits de la défense des parties dans la mesure où il s'agit d'un principe général du droit de l'Union qui s'applique lorsque

que l'appréciation laissée au Tribunal de l'Union européenne comme à la Cour de Justice de l'Union européenne se limite à celle « de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir »¹⁸⁸⁷.

l'administration prend à l'encontre d'une personne un acte lui faisant grief (CJCE, 18 décembre 2008, *Sopropé - Organizações de Calçado Lda c/ Fazenda Pública*, aff. C-349/07, *Rec.* 2008, I, p. 10369, et spécialement, pt 36). De même, la communication des griefs doit être rédigée dans des termes suffisamment clairs (TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider I*, aff. T-310/01, *Rec.* 2002, II, p. 4201). Encore, les règles relatives à l'accès au dossier constituent un corollaire des droits de la défense (v. not., CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission* (« Vitamines »), aff. 85/76, *Rec.* 1979, p. 461, conf. not. par CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA et Cementir - Cementerie del Tirreno SpA*, aff. jtes. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Rec.* 2004, I, p. 123, et spécialement, pt 68). Le principe du respect des droits de la défense est décliné au contrôle des concentrations par les articles 18, 3. du règlement « concentrations » et 13, 2. du règlement (CE) n°802/2004. Dans ces conditions, dans l'affaire *UPS c/ Commission*, le juge a annulé la décision de la Commission sur ce fondement après avoir relevé qu'elle avait finalement retenu un modèle plus restrictif que celui qui avait fait l'objet de discussions avec les entreprises concernées et ce, sans avoir pris soin de le leur communiquer préalablement (Trib. UE, 7 mars 2017, *UPS*, aff. T-194/13, *Rec.* ; conf. par CJUE, 16 janvier 2019, *UPS*, aff. C-265/17 P, *Rec.*). Elle doit en effet mettre les entreprises notifiantes en mesure « de faire connaître utilement leur point de vue sur la réalité et la pertinence de tous les éléments sur lesquels la Commission entend fonder sa décision » (CJUE, 16 janvier 2019, *Commission c/ United Parcel Service, Inc.* (« UPS »), *préc.*, et spécialement, pt 31).

¹⁸⁸⁷ TPICE, 3 avril 2003, *Petrolessence SA et Société de gestion de restauration Routière SA (SG2R) c/ Commission*, aff. T-342/00, *Rec.* 2003, II, p. 1161, et spécialement, pt 101; TPICE, 23 février 2006, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. T-282/02, *Rec.*, 2006, II, p. 319, et spécialement, pt 197 ; v. aussi, CJCE, 31 mars 1998, *Kali und Salz*, *préc.*; TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pts 245, 326 et 327 ; CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, *préc.* ; TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177/04, *Rec.* 2006, II, p. 1931, et spécialement, pt 128. Lorsque le juge communautaire évalue l'erreur manifeste d'appréciation commise par la Commission à l'occasion d'un contrôle des concentrations, il applique une méthode classique en droit européen : lorsque l'erreur de l'institution n'a pas eu d'influence déterminante sur le dispositif de la décision, elle ne peut justifier l'annulation de cette dernière (TPICE, 5 juin 1996, *Günzler Aluminium GmbH c/ Commission*, aff. T-75/95, *Rec.* 1996, II, p. 497, et spécialement, pt 55). Dans ce cadre, le juge a retenu, dans le domaine des concentrations, la théorie des piliers. Dans la mesure où chaque décision de la Commission repose sur plusieurs piliers, l'erreur ou l'illégalité qui n'affecte que l'un des piliers du raisonnement de la Commission ne peut justifier l'annulation de la décision litigieuse dès lors que cette erreur n'a pas eu d'influence déterminante sur le dispositif de la décision considérée (en ce sens, v. not., TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider I*, *préc.*, et spécialement, pts 404 à 420 ; TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c/ Commission*, aff. T-210/01, *Rec.* 2005, II, p. 5575, et spécialement, pts 43 et s. ; TPICE, 14 décembre 2005, *Honeywell International, Inc. c/ Commission*, aff. T-209/01, *Rec.* 2005, II, p. 5527, et spécialement, pts 49 et s.). Précisons que l'obligation de motivation de la Commission définie par le juge dans l'affaire *Tetra Laval* était toutefois telle (CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, *préc.*, et spécialement, pt 39 précité), que la doctrine en a parfois déduit un certain glissement indirect en faveur d'un contrôle de l'opportunité (L. Boy, « Le relatif et l'universel. Entre contrôle juridictionnel et gouvernement des juges en droit de la concentration », *art. préc.* ; en ce sens, v. aussi, H. Legal, « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Concurrences*, 2005, n°2). L'affaire *Impala* ultérieure aurait pu infléchir cette tendance, dans la mesure où le Tribunal s'est d'abord contenté d'annuler la décision de la Commission en relevant une erreur manifeste d'appréciation au vu de la caractérisation de la

Bien qu'« essentiel », le contrôle dévolu au juge et non plus à la Commission, « doit être effectué compte tenu de la marge d'appréciation que sous-tendent les normes de caractère économique faisant partie du régime des concentrations. »¹⁸⁸⁸. Elle doit ainsi « exposer clairement et de manière succincte les faits et les considérations juridiques et économiques déterminants, ainsi que les moyens et les éléments de preuve revêtant une importance essentielle dans l'économie d'une décision en matière de concentrations. En outre, la motivation doit être logique, ne présentant notamment pas de contradiction interne »¹⁸⁸⁹. Le rôle dévolu à la Commission, comme aux autorités nationales de concurrence par ailleurs, se justifie : la complexité du contrôle et la prolifération des opérations de concentration semblent imposer, ne serait-ce que pour éviter un phénomène d'engorgement des tribunaux, une centralisation de la procédure et des décisions auprès d'un régulateur. Leurs actions dans ce domaine peuvent d'ailleurs être considérées comme une illustration du rôle traditionnellement¹⁸⁹⁰ reconnu aux autorités administratives indépendantes : il s'agit d'éviter une intervention immédiate de l'État dans des domaines rendus complexes par leur nature et la mondialisation des échanges.

1375. Le fait que le règlement « concentrations » régisse le contrôle institutionnel exercé par la Commission sur les opérations de dimension communautaire et confie en creux aux autorités nationales de concurrence le soin d'apprécier les opérations de

position dominante collective et en s'appuyant sur des considérations plus légères (TPICE, 13 juillet 2006, *Impala*, aff. T-464/04, *Rec.* 2006, II, p. 2289). Toutefois, la censure consécutive de l'arrêt du Tribunal par la Cour n'a finalement pas contredit le caractère étendu du contrôle juridictionnel en droit des concentrations. Elle a en effet relevé qu'« il y a lieu d'éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite » (CJCE, 10 juillet 2008, *Impala*, aff. C-413/06 P, *Rec.* 2008, I, p. 4951, et spécialement, pt 125 ; en ce sens, v. aussi, Trib. UE, 13 septembre 2010, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. T-279/04, *Rec.* 2010, II, p.185, et spécialement, pts 248 et 249 ; Trib. UE, 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*, aff. T-162/10, *Rec.*, et spécialement, pts 85 et s. ; C. Prieto, *Synthèse 170. Fasc. 1480 et 1490 – Contrôle européen des concentrations*, JCI Europe Traité, 1^{er} février 2018, et spécialement, n°88 et s.).

¹⁸⁸⁸ CJCE, 31 mars 1998, *Kali und Salz*, *préc.* et spécialement, pt 224 ; TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 165 ; CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, *préc.*, et spécialement, pt 38 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 53.

¹⁸⁸⁹ CJCE, 10 juillet 2008, *Impala*, *préc.*, et spécialement, pt 169, conf. not. par Trib. UE, 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 121.

¹⁸⁹⁰ N. Decoopman, « À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », p. 249, in J. Clam et G. martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1998, 454 p.

dimension nationale conformément à la législation de leurs États membres de rattachement¹⁸⁹¹ n'a pas cependant éteint toutes les difficultés.

1376. Aussi cette étude a-t-elle précédemment montré que l'harmonisation des règles au sein de l'Union restait pour partie inachevée au vu des conditions dans lesquelles les autorités nationales de concurrence sont amenées à connaître des opérations de dimension nationale¹⁸⁹². Toutefois, c'est surtout le contrôle exercé par la Commission qui a fait l'objet de discussions soutenues.

1377. La marge d'appréciation qui lui est laissée n'a en effet de cesse d'être interrogée dans son principe comme dans son étendue depuis que les concentrations ont intégré le champ du droit européen. Ce débat se comprend : ces opérations étant susceptibles tant de servir la compétitivité de l'industrie européenne que de nuire à la concurrence sur le marché, la Commission doit se livrer à un certain jeu d'équilibriste. L'interdiction en 1991 de l'opération *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*¹⁸⁹³ dans le secteur de l'aviation avait déjà été vivement critiquée, certains l'ayant interprétée comme un refus de la Commission d'intégrer dans son analyse des éléments d'appréciation susceptibles de servir l'industrie européenne¹⁸⁹⁴. Récemment, l'affaire *Siemens/Alstom*¹⁸⁹⁵ sur le marché ferroviaire a ranimé le débat : parce que la Commission aurait été trop sévère, diverses pistes ont été avancées pour affaiblir le contrôle institutionnel de ces opérations. L'examen de ces propositions nous semble cependant servir *prima facie* la construction d'une nouvelle politique industrielle de l'Union susceptible de compromettre les objectifs du contrôle (**Chapitre 1**). Ses finalités ne paraissent pouvoir être atteintes qu'en l'absence d'une telle évolution et qu'en présence d'un contrôle *ex ante* des concentrations renforcé, en particulier grâce à l'adoption d'un nouveau contrôle *ex post* complémentaire (**Chapitre 2**).

¹⁸⁹¹ Règlement « concentrations », art. 21.

¹⁸⁹² V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2.

¹⁸⁹³ Commission, 2 octobre 1991, *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*, aff. M.53, JOCE L334, 5 décembre 1991, p. 42.

¹⁸⁹⁴ C. D. Ehlerman et L. Laudati, *European Competition Law Annual 1997 : Objectives of Competition Policy*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 616 p.

¹⁸⁹⁵ Commission, 6 février 2019, *Siemens/Alstom*, aff. M.8677, JOUE C300, 5 septembre 2019, p. 14.

CHAPITRE 1 :

L'APRÈS SIEMENS/ALSTOM OU LES DANGERS D'UNE NOUVELLE « POLITISATION » DU CONTRÔLE

1378. Le 18 décembre 2018, lors de la sixième conférence des « Friends of Industry », les Ministres de l'économie de dix-huit États membres ont invité la Commission européenne à intégrer davantage, dans son appréciation des concentrations, le contexte international et les impératifs de compétitivité européenne¹⁸⁹⁶. Le 24 décembre de la même année, le Ministre de l'économie français et sa Secrétaire d'État confiaient à l'Inspection Générale des Finances (ci-après « IGF ») et au Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies (ci-après « CGE ») la mission d'« évaluer la politique européenne de concurrence et de proposer des aménagements en vue de contribuer à la préparation de l'agenda de la Commission européenne »¹⁸⁹⁷.

1379. Moins de deux mois plus tard et malgré les souhaits formulés par les Ministres européens, la Commission réaffirmait l'existence d'un contrôle dépendant de la politique de concurrence en interdisant le rapprochement des deux géants européens Alstom et Siemens¹⁸⁹⁸.

1380. Les réactions, en particulier de la part des représentants politiques français et allemands, ont été vives et ont conduit à réinterroger les objectifs et l'efficacité du contrôle européen des concentrations.

¹⁸⁹⁶ *Friends of Industry*, « Joint statement by France, Austria, Croatia, Czech Republic, Estonia, Finland, Germany, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Luxembourg, Malta, Netherlands, Poland, Romania, Slovakia, Spain », sixième conférence ministérielle, Paris, 18 décembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/locale/piece-jointe/2018/12/929_-_declaration_finale_-_6eme_reunion_des_amis_de_lindustrie-en.pdf et spécialement, p. 2.

¹⁸⁹⁷ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », avril 2019, n°2018-M-105-03 et n°2018/29/CGE/SG, disponible à l'adresse suivante : <http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2019/2018-M-105-03-UE.pdf>, et spécialement, p. 1.

¹⁸⁹⁸ Commission, 6 février 2019, *Siemens/Alstom*, préc..

1381. Une dizaine de jours après la décision de la Commission, les Ministres français et allemand ont en effet publié leur Manifeste¹⁸⁹⁹ dans le but de questionner l'existence du droit européen de la concurrence. En droit des concentrations, l'une des propositions phares consistait à introduire une nouvelle voie de recours contre les décisions de la Commission : le Conseil serait habilité à « revenir sur des décisions de la Commission », ceci étant jugé comme « approprié dans des cas bien définis » tout en étant limité par des « conditions strictes »¹⁹⁰⁰. Il s'agissait donc d'introduire un contrôle plus politique que juridique des décisions de la Commission s'agissant, en particulier, des concentrations d'entreprises.

1382. Ce Manifeste a suscité d'âpres débats. En témoigne par exemple le commentaire du Professeur David Bosco¹⁹⁰¹ qui, en prenant appui sur le pouvoir d'évocation dont jouit le Ministre français de l'économie, a dénoncé le risque de marchandage politique auquel une telle mesure conduirait¹⁹⁰². De même, le lauréat 2014 du Prix Nobel d'économie, le Professeur Jean Tirole, a rappelé avec le Professeur Patrick Rey la position délicate dans laquelle une telle mesure placerait les hommes et femmes politiques eu égard au poids que jouent les lobbys industriels¹⁹⁰³. L'EPSC, *think tank* de la Commission européenne, a aussi rejeté avec force le Manifeste, allant même jusqu'à qualifier l'affaire *Siemens/Alstom* de « bouc-émissaire »¹⁹⁰⁴.

¹⁸⁹⁹ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* et Ministre de l'économie et des finances, *Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXI^e siècle*, Paris, 19 février 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/manifeste-franco-allemand-pour-une>.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.* et spécialement, p. 3.

¹⁹⁰¹ D. Bosco, « La "faute politique" serait de politiser le contrôle des concentrations », *CCC*, mai 2019, n°5, repère 5.

¹⁹⁰² Le Professeur David Bosco donne l'illustration suivante : ce chantage pourrait avoir lieu « sur le mode "vous acceptez ma fusion dans le ferroviaire, j'accepte la vôtre dans les télécoms" » (*Ibid.*).

¹⁹⁰³ P. Rey et J. Tirole, « Keep Politics Out of Europe's Competition Decisions », *Project Syndicate*, mars 2019.

¹⁹⁰⁴ « Bien que de telles réactions soient des compréhensibles, il importe de se concentrer sur les véritables défis auxquels l'Europe est confrontée plutôt que de perdre et de l'énergie sur un bouc-émissaire » (traduction libre de « While feelings are understandably still raw, attention needs to focus on the real challenges Europe is facing, rather than losing time and energy on finding a scapegoat » ; *European Political Strategy Centre*, « *EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protection* », 2019, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_industrial-policy.pdf, et spécialement, p.4).

1383. Le rapport de l'IGF et du CGE publié par la suite¹⁹⁰⁵ ainsi que la proposition commune des Ministres allemand, français et polonais¹⁹⁰⁶ ont finalement opté pour des suggestions en apparence plus mesurées.

1384. Il n'en reste pas moins que la plupart des pistes abordées par ces divers travaux semble avoir été construite en partant du postulat que l'avenir du droit européen des concentrations ne se construirait valablement qu'en lui associant une certaine vision de ce que devrait être la politique industrielle européenne. En faisant fi des objectifs actuels du contrôle et de la politique de concurrence dans laquelle il s'inscrit, ces propositions cherchent à conférer au contrôle un nouveau volet politique.

1385. Pourtant, les propositions tendant à affaiblir l'emprise de l'appréciation de la DG COMP de la Commission lors de l'appréciation de l'opération (**Section 1**) comme celles conduisant au développement d'autres outils dans le but de servir de nouvelles finalités industrielles (**Section 2**) paraissent éloignées des objectifs assignés au contrôle et gagnent à être rejetées pour cette raison.

Section 1 :

Des propositions tendant à une dispersion institutionnelle du contrôle

1386. Le Manifeste franco-allemand, le rapport de l'IGF et du CGE et la proposition commune ont défendu l'idée que les opérations de concentration mériteraient d'être appréciées à l'aune de considérations autres que concurrentielles. Pour cette raison, ces travaux ont cherché à atténuer l'emprise de la DG COMP de la Commission lors de l'exercice du contrôle des opérations de dimension communautaire.

1387. En dépit de la menace que de telles mesures pourraient faire peser sur l'efficacité et la cohérence de ce dispositif, ces textes ont tantôt proposé que le Conseil intervienne dans le cadre du contrôle des concentrations (§1) et tantôt recommandé que l'analyse de l'opération soit répartie entre plusieurs directions générales de la Commission (§2).

¹⁹⁰⁵ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc.

¹⁹⁰⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Ministre de l'économie et des finances et *Ministerstwo Przemyslowosci i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>.

Paragraphe 1 : Le caractère inadapté d'un contrôle extra-juridictionnel des décisions de la Commission

1388. Plusieurs propositions ont été émises dans le but de pouvoir évoquer les décisions relatives aux opérations de concentration de dimension communautaire ou à tout le moins de contraindre la Commission à échanger sur le sujet (A.). Ces recommandations ne semblent cependant pas contribuer à l'efficacité du contrôle des concentrations (B.).

A. Des propositions en faveur d'un droit d'évocation des décisions de la Commission

1389. Le Manifeste du 19 février 2019 proposait de manière lapidaire la création d'un « droit de recours » offert au Conseil à l'encontre des décisions de la Commission. Il serait simplement réservé à des « cas bien définis » et mis en œuvre « sous réserve de conditions strictes »¹⁹⁰⁷.

1390. En juin 2019, les Ministres de l'économie allemand, français et polonais ont atténué les termes de leur proposition tout en insistant sur la nécessité d'associer l'expertise du Conseil au contrôle de la Commission. Dans ce texte, s'il n'est plus explicitement question d'un droit de recours du Conseil portant sur les décisions de la Commission, l'importance de bâtir un nouveau contrôle des concentrations plus soucieux des impératifs industriels de l'Union ne fait aucun doute. La proposition recommande en effet qu'en sa formation « Compétitivité », le Conseil puisse, avec l'autorisation de la Présidence en exercice, « discuter de la politique des concentrations pour ce qui concerne la compétitivité des secteurs industriels de l'UE ». Il disposerait ainsi de la faculté de « contribuer à la stratégie et à la politique de la Commission européenne ». Le poids de ces interventions serait d'autant plus fort que le comité consultatif du contrôle des concentrations¹⁹⁰⁸ est aussi invité à prêter attention aux « considérations de compétitivité »¹⁹⁰⁹.

¹⁹⁰⁷ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* et *Ministre de l'économie et des finances, Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXI^e siècle, préc.*, et spécialement, pt 8.

¹⁹⁰⁸ Un comité consultatif composé des représentants des autorités compétentes des États membres est en effet constitué et consulté avant l'appréciation d'une opération de dimension communautaire par la Commission. Il dresse ensuite un avis dont la Commission doit tenir compte et qui est communiqué aux entreprises concernées ainsi qu'au public, dans le respect du secret des affaires (règlement « concentrations », art. 19).

¹⁹⁰⁹ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Ministre de l'économie et des finances et Ministerstwo Przemyslowosci i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », *préc.*, et spécialement, pt 6.

1391. De son côté, le rapport de l'IGF et du CGE a adopté une position plus mesurée sur la pertinence de l'intervention du Conseil dans l'appréciation des opérations de concentration¹⁹¹⁰. À la place, celui-ci suggère notamment de confier un pouvoir d'évocation de la décision au Président de la Commission¹⁹¹¹ ou de créer une nouvelle autorité qui assumerait les tâches pour l'heure dévolues à la DG COMP tout en confiant un pouvoir d'évocation à la Commission¹⁹¹².

1392. Ces diverses propositions ne semblent cependant pas convaincantes.

B. Des propositions menaçant la cohérence du contrôle

1393. Ces pistes ne paraissent pas à même de contribuer à l'efficacité du droit européen des concentrations, d'abord parce qu'elles s'appuient sur une modification profonde des objectifs assignés au contrôle (1), ensuite parce qu'elles prônent de manière contestable l'adoption d'un pouvoir d'évocation proche de celui dont certains Ministres de l'économie bénéficient au sein des États membres (2) et enfin parce qu'elles soulèvent d'autres difficultés pratiques et politiques (3).

1) Des propositions reposant sur une confusion des politiques économiques de l'Union

1394. La création d'un contrôle extra-juridictionnel des décisions relatives aux opérations de concentration repose d'abord sur le postulat que le contrôle des concentrations affaiblirait démesurément la compétitivité de l'industrie européenne, en particulier sur la scène internationale. Dans ces conditions, les travaux précités ont requis que de nouveaux objectifs soient attribués au contrôle des concentrations.

1395. À l'image des craintes qui ont historiquement ralenti l'adoption d'un droit des concentrations¹⁹¹³, les ministères français et allemand ont à nouveau estimé en 2019 que le succès économique de l'Union dépendait de la concentration du pouvoir

¹⁹¹⁰ L'IGF et le CGE adoptent même parfois une position assez tranchée sur la question qui prend le contre-pied parfait des positions retenues dans le Manifeste : « (...) parce que le bilan coût-avantage d'une telle réforme d'envergure ne semble pas positif, la mission recommande d'écarter ce scénario [i.e. l'attribution d'un pouvoir d'évocation au Conseil] » (Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 2.2 p. 35).

¹⁹¹¹ *Ibid.*, et spécialement, et spécialement, 2.2 p. 33.

¹⁹¹² *Ibid.*, et spécialement, 2.2 p. 36.

¹⁹¹³ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

économique et de la correcte réalisation de ces opérations¹⁹¹⁴. Laisser libre cours au rapprochement des entreprises permettrait à l'Union de se dresser face à la compétitivité internationale.

1396. De son côté, le rapport de l'IGF et du CGE fonde aussi la modification de la méthode actuelle d'appréciation de la Commission sur la révision des objectifs du contrôle européen des concentrations. Il s'agirait ainsi de lui assigner d'autres finalités que le seul maintien de la concurrence. À ce sujet, il relève que de telles modifications ne sauraient intervenir sans une révision, non seulement du règlement « concentrations » selon la procédure instituée par l'article 352 du TFUE mais aussi des Traités de l'Union eux-mêmes. En effet, en l'état actuel, ceux-ci « n'offrent pas de base juridique suffisante pour faire évoluer le droit européen » en la matière¹⁹¹⁵. Dès lors, les Traités gagneraient à être révisés de manière à ce que les opérations de concentration puissent être appréciées au regard de motifs d'intérêt général autres que le seul maintien de la concurrence¹⁹¹⁶. La révision conduirait à fonder « de manière alternative » les décisions en la matière sur des « objectifs industriels et de préservation de l'emploi ».

1397. Il nous semble pourtant que ces propositions conduisent à oublier les dérives que la concentration du pouvoir économique a historiquement causées au sein du marché unique, à omettre le fait qu'elle a été à l'origine de l'adoption d'un contrôle des concentrations autonome¹⁹¹⁷ et, au moins s'agissant du Manifeste, à interpréter à tort les objectifs poursuivis par la politique de concurrence dans lequel le contrôle des concentrations a vocation à s'inscrire. Le *think tank* de la Commission rappelle d'ailleurs le principe de la politique de concurrence européenne en soulignant que celle-ci « n'empêche pas l'émergence de champions européens. Par le maintien de marchés justes et concurrentiels qu'elle opère, la politique de concurrence crée les conditions nécessaires à l'émergence de meilleures entreprises, plus efficaces et

¹⁹¹⁴ En réaction à la décision *Siemens/Alstom* qui avait empêché le rapprochement d'un géant français et allemand, les ministres de chacun de ces États concernés ont fait part ensemble de leur vision particulièrement tranchée en la matière « le choix est simple en matière de politique industrielle : unir nos forces ou laisser notre base et notre capacité industrielles disparaître progressivement. » (*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* et *Ministre de l'économie et des finances, Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXI^e siècle, préc.*, et spécialement, p. 1).

¹⁹¹⁵ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », *préc.*, et spécialement, p. 2.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*, et spécialement, 2.2 p. 31.

¹⁹¹⁷ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

innovantes »¹⁹¹⁸. Admettre l'inverse paraît aussi écarter le fait que la création de champions européens ne sert pas la construction de la politique industrielle de l'Union lorsque celle-ci ne contribue pas au maintien de la concurrence sur le marché. Autoriser l'opération *Siemens/Alstom* aurait en effet pu y nuire dans la mesure où elle présentait le risque de supprimer une partie de la concurrence au sein même du marché unique¹⁹¹⁹.

1398. La modification des objectifs assignés au contrôle des concentrations comme la création d'un contrôle extra-juridictionnel des décisions en la matière sont présentées de telle sorte qu'il s'agirait de créer un nouveau pouvoir d'évocation, bâti à l'image de celui dont disposent les Ministres de l'économie français et allemand¹⁹²⁰ ainsi que certains gouvernements des États membres¹⁹²¹.

1399. Dans la mesure où les travaux à l'origine de cette proposition sont pour partie français et où le rapport de l'IGF du CGE s'en fait notamment l'écho, il semble nécessaire d'analyser les attributions dévolues au Ministre de l'économie français pour apprécier la pertinence de ce type de mesure en droit européen. De ce point de vue, l'analogie sur laquelle ces travaux s'appuient paraît particulièrement maladroite.

2) Des propositions reposant sur une analogie maladroite avec les pouvoirs d'évocation des Ministres de l'économie, l'exemple français

1400. Le Manifeste et la proposition sont pour partie d'origine française mais ils restent assez lacunaires sur l'étendue du pouvoir d'évocation ou de la compétence

¹⁹¹⁸ Traduction libre de « (...) competition enforcement does not prevent the creation of European champions. If anything, by keeping markets fair and competitive, the enforcement of competition policy creates the conditions for better, more efficient and innovative industries to emerge. » (*European Political Strategy Centre, « EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protection », 2019, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_industrial-policy.pdf, et spécialement, p. 4*

¹⁹¹⁹ V. aussi en ce sens, D. Bosco et C. Prieto, « Chronique de droit des concentrations », CCC, août 2019, n°8-9, chron. 4.

¹⁹²⁰ Le pouvoir d'évocation dont jouit le Ministère allemand est similaire à celui dont bénéficie le Ministre de l'économie français en vertu de l'article L. 430-7-1, II du Code de commerce, à ceci près qu'il dispose d'un délai de quatre mois et non de vingt-cinq jours pour autoriser l'opération contre l'avis de l'autorité de la concurrence allemande et qu'en cas de silence long de six mois, la demande des parties est réputée rejetée.

¹⁹²¹ D'autres États membres accordent également un pouvoir d'évocation à leurs gouvernements (Italie, Pays-Bas, Espagne, Portugal et Royaume-Uni) qui conduit à autoriser l'opération sur des motifs d'intérêts général ou plus spécifiques (Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 2.2 p. 36).

consultative qui pourrait être attribuée au Conseil en droit européen des concentrations. Le rapport de l'IGF et du CGE est un peu plus éloquent lorsqu'il évoque la création d'un nouveau pouvoir d'évocation au profit du Président de la Commission ou de la Commission elle-même, dans la mesure où il se réfère aux « objectifs industriels et de préservation de l'emploi ». Cette expression rappelle en effet les termes employés par le Ministre de l'économie français lors de sa décision d'évoquer l'affaire *Cofigeo/Agripole*¹⁹²² et dont l'évocation a effectivement abouti à autoriser l'opération en cause.

1401. Dans ces conditions, une analyse du pouvoir d'évocation dévolu au Ministre de l'économie français semble utile pour apprécier la création de ce type de mécanisme en droit européen.

1402. En France, ce pouvoir est un héritage de la compétence exclusive dont le Ministre de l'économie disposait avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie (« LME ») de 2008¹⁹²³ en matière de concentrations. La Commission de la concurrence, puis le Conseil de la concurrence, ancêtres de l'Autorité de la concurrence, n'étaient alors saisis que pour avis. Il s'agissait en effet d'octroyer au Ministre une « contrepartie » à l'abandon de ses pouvoirs de sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles¹⁹²⁴. Les débuts du contrôle français des concentrations ont été particulièrement marqués par des impératifs relevant de la politique industrielle. Par exemple, des opérations ont été autorisées parce qu'elles permettaient une augmentation de la compétitivité internationale des entreprises participantes en diminuant les coûts de développement à l'étranger grâce à une rationalisation des investissements¹⁹²⁵ ou en entraînant l'adhésion d'une société à un groupe international¹⁹²⁶. L'ordonnance de 1986¹⁹²⁷ créant le Conseil de la concurrence confirmait encore sa compétence consultative en matière de concentrations et prévoyait que « le conseil tient compte de la compétitivité des entreprises en cause au

¹⁹²² Le Ministre de l'économie avait en effet décidé d'évoquer l'affaire « en vue d'un examen au regard de motifs d'intérêt général tels que le maintien de l'emploi et le développement industriel » (Ministre de l'économie et des finances, 21 juin 2018, *décision relative à l'évocation de la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par Financière Cofigeo*, et spécialement, art. 1^{er}).

¹⁹²³ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (« LME »), *JORF* n°0181, 5 août 2008, p. 12471.

¹⁹²⁴ Commission de la concurrence, « *Rapport annuel. 1987* », 1988 et spécialement, p. IX.

¹⁹²⁵ Commission de la concurrence, 23 septembre 1982, *avis*.

¹⁹²⁶ Commission de la concurrence, 15 novembre 1979, *avis*.

¹⁹²⁷ Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986, p. 14773.

regard de la concurrence internationale »¹⁹²⁸, avant que cette disposition ne soit codifiée à l'article L. 430-4 du Code de commerce. En 1990, le Conseil de la concurrence a cependant recommandé de soumettre l'autorisation des opérations pour ce type de motifs à la condition que la concentration soit « nécessaire » au développement de la compétitivité internationale des entreprises parties¹⁹²⁹. Ces dernières devaient ainsi rapporter la preuve d'un « lien direct et inéluctable »¹⁹³⁰ entre leur opération de concentration et le développement international du groupe. Cette condition, approuvée plus tard par le Ministre de l'économie¹⁹³¹, a conduit à ce que l'opération soit autorisée sous réserve de l'accomplissement de mesures correctives destinées à compenser l'atteinte causée à la concurrence¹⁹³². En 1995, le Conseil a ensuite circonscrit le motif de la préservation de l'emploi au fait qu'il était nécessaire que la création d'emplois ne soit pas au détriment d'autres entreprises et que celle-ci ne pouvait être obtenue autrement qu'en réalisant l'opération de concentration considérée¹⁹³³. L'adoption de la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001¹⁹³⁴ a confirmé cette tendance : tout en attribuant toujours le contrôle à la compétence exclusive du Ministre de l'économie et en prévoyant que le Conseil de la concurrence « tien[ne] compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale », elle confiait au Conseil le soin de se livrer d'abord au test de la dominance¹⁹³⁵. Depuis la LME de 2008, l'Autorité de la concurrence est seule compétente pour apprécier les opérations de concentration en déterminant « si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence »¹⁹³⁶, sous le contrôle du Conseil d'État. Toutefois, cette réforme ne semble pas avoir ôté toute dimension

¹⁹²⁸ *Ibid.*, art. 41.

¹⁹²⁹ Conseil de la concurrence, 10 juillet 1990, *avis relatif au projet de concentration entre les groupes Eurocom, WCRS Group Plc, Carat Espace dans le secteur de la communication publicitaire*, n°90-A-10, et spécialement, p. 8.

¹⁹³⁰ Conseil de la concurrence, « *Rapport annuel. 1990* », 1991, et spécialement, p. XLV.

¹⁹³¹ Ministre de l'économie, des finances et du budget et le Ministre délégué auprès du Ministre de l'industrie et de l'aménagement du territoire, chargé du commerce et de l'artisanat, 3 septembre 1990, *arrêté relatif à une concentration dans le secteur de la communication publicitaire*, BOCC n°20 du 4 septembre 1990.

¹⁹³² Conseil de la concurrence, 10 juillet 1990, *avis relatif au projet de concentration entre les groupes Eurocom, WCRS Group Plc, Carat Espace dans le secteur de la communication publicitaire*, n°90-A-10.

¹⁹³³ Conseil de la concurrence, 29 août 1995, *avis relatif à l'acquisition par la société Sensormatic Electronics Corporation des actifs de la société Knogo Corporation situés en dehors de l'Amérique du Nord*, n°95-A-14.

¹⁹³⁴ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n°113 du 16 mai 2001 p. 7776.

¹⁹³⁵ C. com., art. L. 430-6 alors applicable.

¹⁹³⁶ C. com., art. L. 430-6 dans sa version en vigueur au jour de la rédaction de ses lignes.

politique au droit français des concentrations¹⁹³⁷. Depuis lors, l'article L. 430-7-1 du Code de commerce permet en effet au Ministre de l'économie français d'évoquer une affaire et de statuer à son sujet à l'appui de « motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence », à savoir « notamment le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création et le maintien de l'emploi ». Il peut donc, sur ces motifs, autoriser une opération que l'Autorité de la concurrence aurait prohibée au terme de son bilan concurrentiel et interdire une opération qu'elle aurait autorisée.

1403. Depuis que ce pouvoir d'évocation a été attribué au Ministre de l'économie, ce n'est qu'à l'occasion de l'affaire *Cofigeo/Agripole* que sa mise en œuvre a été couronnée de succès en France en permettant la réalisation d'une opération pour des motifs autres que la préservation de la concurrence. En l'espèce, l'Autorité de la concurrence avait autorisé la reprise de certains titres et actifs du pôle plats cuisinés du groupe Agripole (comprenant William Saurin, Panzani et Garbit) par la société financière Cofigeo sous réserve de deux cessions destinées à maintenir la concurrence sur le marché concerné¹⁹³⁸. Le 21 juin 2018, le Ministre de l'économie a ensuite décidé d'évoquer l'affaire¹⁹³⁹ avant de finalement l'autoriser, sous réserve de l'engagement de maintien global de l'emploi au sein du groupe Cofigeo¹⁹⁴⁰.

1404. Dès lors et en dépit du faible nombre d'affaires dans lesquelles l'opération de concentration a finalement été autorisée en raison de l'exercice du pouvoir d'évocation du Ministre¹⁹⁴¹, les motifs ayant conduit à l'attribution d'un tel pouvoir

¹⁹³⁷ L. Boy, « Le contrôle français des opérations de concentration, Une originalité regrettable ? », p. 393 in L. Boy, J. Drexler et R. M. Hilty (dir.), *Technologie et concurrence : mélanges en l'honneur de Hans Ullrich*, Larcier, Bruxelles, 2009, 744 p.

¹⁹³⁸ Autorité de la concurrence, 14 juin 2018, *décision relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo*, n°18-DCC-95, obs. A. Baudelin, M. Louvet et S. Sorinas, « Le ministre de l'Économie utilise pour la première fois son pouvoir d'évocation en matière de concentration sous réserve d'un engagement de maintenir l'emploi », *Concurrences*, 2018, n°3, p. 145.

¹⁹³⁹ Ministre de l'économie et des finances, 21 juin 2018, *décision relative à l'évocation de la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par Financière Cofigeo*, préc.

¹⁹⁴⁰ Ministre de l'économie et des finances, 19 juillet 2018, *décision statuant sur la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par Financière Cofigeo*, ECOC1822241S, BOCCRF n°7 du 7 août 2018, obs. A. Baudelin, M. Louvet et S. Sorinas, « Le ministre de l'Économie utilise pour la première fois son pouvoir d'évocation en matière de concentration sous réserve d'un engagement de maintenir l'emploi », *art. préc.*

¹⁹⁴¹ Ainsi que le souligne le rapport, le nombre de cas ayant donné lieu à autorisation par l'effet d'un tel pouvoir d'évocation reste toutefois limité puisqu'il s'élève, en Allemagne, à neuf entre 1973 et avril 2019 et à un seul en France (Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », avril 2019, n°2018-M-105-03 et n°2018/29/CGE/SG, disponible à l'adresse

au Ministre français ne sauraient être éludés lorsque l'adoption d'un dispositif semblable est envisagée à l'échelle de l'Union. Au contraire du schéma français¹⁹⁴², le contrôle européen des concentrations a en effet été adopté à la condition qu'il soit mis en œuvre indépendamment des politiques menées par les États membres. Justifier l'adoption de ce mécanisme en droit européen en procédant par analogie avec le modèle français est par conséquent contestable. Davantage, le droit français a évolué de telle sorte que les motifs permettant l'autorisation d'une opération de concentration pour des raisons autres que le maintien de la concurrence ont été peu à peu restreints dans leur domaine. La pratique française a par conséquent montré qu'il était nécessaire de fonder l'essentiel du contrôle des concentrations sur le seul bilan concurrentiel pour parvenir à le rendre efficace.

1405. En outre, une partie des compétences du Ministre de l'économie français en la matière trouve son origine dans la pratique décisionnelle européenne : c'est en effet l'affaire *Kali+Salz*¹⁹⁴³ qui a permis en droit européen d'autoriser les opérations de concentration ayant pour cible des entreprises en difficulté. D'origine américaine, l'« exception de l'entreprise défaillante » repose sur l'idée que les effets néfastes engendrés par une entreprise en difficulté seraient finalement un moindre mal comparé au coût économique et social qu'entraînerait la liquidation de la cible. La Commission a imposé trois conditions à cet égard qui se distinguent du modèle nord-américain : la cible doit être amenée à disparaître à défaut de reprise ; l'acquéreur récupère dans tous les cas les parts de marché de la cible si celle-ci disparaît¹⁹⁴⁴ ; aucune autre opération ne permet d'avoir des conséquences moins dommageables pour la concurrence. Ce n'est donc qu'à l'appui des critères européens que cette exception a été mobilisée en France. Tel a par exemple été le cas dans l'affaire *SEB/Moulinex*. En l'espèce et alors que la Commission avait accepté le

suivante :

<http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2019/2018-M-105-03-UE.pdf>, et spécialement, 2.2 p. 36).

¹⁹⁴² En ce sens, v. aussi, not., C. Champaud, « Merger control in France : Direct and Indirect Ways of Control », p. 101 in K. Hopt, *European Merger Control, Legal and economic analysis on multinational enterprises*, W. de Gruyter, Berlin, 1982, 276 p.

¹⁹⁴³ Commission, 14 décembre 1993, *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, aff. M.308, JOCE L186, 21 juillet 1994, p. 38.

¹⁹⁴⁴ À cet égard, les conditions posées en droit européen sont plus strictes qu'en droit américain : ce critère impose en particulier d'apporter la preuve complexe que tous les autres acteurs sur le marché sont dans l'incapacité d'acquérir la clientèle de l'entreprise défaillante et qu'elles ne peuvent pas non plus investir dans cet objectif (F. Brunet, « Chronique de droit communautaire de la concurrence : le contrôle des opérations de concentrations », *Revue de droit des affaires internationales*, n°1-1995, p. 107).

renvoi partiel de l'affaire auprès des autorités nationales¹⁹⁴⁵, le Ministre de l'économie français avait autorisé l'opération le 5 juillet 2002 en s'appuyant sur cette théorie¹⁹⁴⁶, après avis du Conseil de la concurrence¹⁹⁴⁷. Le Conseil d'État, également compétent pour connaître des recours intentés en cas d'exercice par le Ministre de son pouvoir d'évocation en droit des concentrations¹⁹⁴⁸, a cependant annulé la décision du Ministre. Le juge a en effet rappelé la nécessité de se livrer à un bilan des effets de l'opération sur la concurrence ainsi que le caractère cumulatif des critères européens¹⁹⁴⁹. Ce n'est ainsi qu'après avoir veillé au respect scrupuleux de ces conditions que le Ministre de l'économie a finalement pu autoriser l'opération¹⁹⁵⁰, après avis du Conseil de la concurrence¹⁹⁵¹.

1406. Dès lors, non seulement la Commission a déjà admis que le contrôle des concentrations pouvait prendre en considération les difficultés économiques de la cible de l'opération mais le droit français n'en est encore qu'une étroite traduction.

1407. En ce sens, pour que le contrôle européen des concentrations se dote d'un droit d'évocation proche du modèle des États membres, en notamment du mécanisme français, dans le but de soutenir la compétitivité européenne, encore convient-il de rapporter la preuve que l'appréciation menée par la Commission entrave la compétitivité européenne, que cette analogie est justifiée dans son fondement et que ce dispositif est rigoureusement encadré. Il ne semble pas que ce soit le cas, en l'état actuel de la littérature proposée.

¹⁹⁴⁵ Commission, 8 janvier 2002, *SEB/Moulinex*, aff. M.2621 ; après cette procédure, l'opération a été autorisée par la Commission (Commission, 11 novembre 2003, *SEB/Moulinex*, aff. M.2621, *JOUE* L138, 1^{er} juin 2005, p. 18). Saisi par les concurrents Babyliiss et Royal Philips Electronics en appel, le Tribunal a ensuite confirmé cette décision (TPICE, 3 avril 2003, *BaByliiss SA c/ Commission*, aff. T-114/02, *Rec.* 2003, II, p. 1279 ; TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c/ Commission*, aff. T-119/02, *Rec.* 2003, II, p. 1433).

¹⁹⁴⁶ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 5 juillet 2002, *lettre au conseil de la société SEB relative à une concentration dans le secteur de la vente de petits appareils d'électroménager*, BOCCRF n°15 du 21 octobre 2002.

¹⁹⁴⁷ Conseil de la concurrence, 15 mai 2002, *avis relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB*, n°02-A-07.

¹⁹⁴⁸ Code de justice administrative, art. R. 311-1 (issu du décret n°2000-389 du 4 mai 2000 relatif à la partie Réglementaire du code de justice administrative, *JORF* n°107 du 7 mai 2000, p. 6907) ; v. aussi C.E., 7 novembre 2005, *Compagnie générale des eaux*, n°271982, *Rec.* p. 490.

¹⁹⁴⁹ C.E., Sect., 6 février 2004, *Société Royal Philips Electronic et a.*, n°s249267, 252297, 252350 et 252809, *Rec.* p. 29.

¹⁹⁵⁰ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 16 août 2004, *lettre relative à une concentration dans le secteur de la fabrication et de la vente de petit électroménager*, BOCCRF n°1 du 21 janvier 2005.

¹⁹⁵¹ Conseil de la concurrence, 28 juillet 2004, *avis relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB*, n°04-A-16.

1408. Dans le cas où une mesure de cette nature serait néanmoins adoptée en prenant appui sur le modèle français, l'encadrement de cet éventuel pouvoir d'évocation à l'échelle européenne gagnerait à tirer des enseignements des lacunes qui peuvent être reprochées au droit interne. Le domaine précis du pouvoir d'évocation laissé au Ministre de l'économie français est en effet discuté encore à ce jour. À l'heure actuelle, un certain flou entoure la question de savoir si le Ministre est tenu par l'appréciation des effets de l'opération par l'Autorité de la concurrence et s'il lui est offert de proposer d'autres mesures correctives¹⁹⁵². Les pouvoirs du juge européen mériteraient aussi d'être précisés dans une telle hypothèse, tant l'office du juge français se caractérise par une certaine subtilité en la matière. Ainsi, si le Conseil d'État admet le recours tendant à l'absence d'évocation de l'affaire devant le Ministre de l'économie, il se limite en pareil cas à l'appréciation de l'erreur manifeste d'appréciation du Ministre¹⁹⁵³. En revanche, lorsque le Ministre décide d'user de son pouvoir, le Conseil d'État exerce son contrôle de l'excès de pouvoir au lieu de l'évaluation de la seule erreur manifeste d'appréciation¹⁹⁵⁴.

1409. Enfin et outre les seules questions de technique juridique, le rapport de l'IGF et du CGE relève lui-même un certain nombre de difficultés que la création d'un pouvoir d'évocation pourrait soulever en droit européen des concentrations.

3) Des propositions soulevant des difficultés pratiques et politiques

1410. D'abord, le rapport de l'IGF et du CGE ne confirme pas pleinement l'opportunité de confier un « droit de recours » au Conseil à l'encontre des décisions de la Commission pour diverses raisons¹⁹⁵⁵. Il relève en effet que ce dispositif présente le risque de rallonger le délai d'examen d'une opération de concentration laquelle, lorsqu'elle implique la mise en œuvre d'une phase II, s'élève déjà à près de sept mois à compter de sa notification. Il fait aussi écho aux critiques qui ont pu être émises à ce sujet¹⁹⁵⁶ en mettant en avant le risque de marchandage politique entre États auquel une telle réforme pourrait conduire et au sentiment « d'arbitraire » que

¹⁹⁵² G. Odinet, « Le Conseil d'État, juge des concentrations », *Revue Lamy de la concurrence*, février 2016, n°47, p. 21.

¹⁹⁵³ C.E., Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et a.*, n°s362347, 363542 et 363703, *Rec.* p. 447.

¹⁹⁵⁴ G. Odinet, « Le Conseil d'État, juge des concentrations », *art. préc.*

¹⁹⁵⁵ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », avril 2019, n°2018-M-105-03 et n°2018/29/CGE/SG, disponible à l'adresse suivante : <http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2019/2018-M-105-03-UE.pdf>, et spécialement, 2.2 p. 35

¹⁹⁵⁶ D. Bosco, « La "faute politique" serait de politiser le contrôle des concentrations », *CCC*, mai 2019, n°5, repère 5.

les acteurs économiques et les pays tiers pourraient éprouver face de telles décisions. Il souligne en outre que le rôle de la Commission pourrait s'en trouver affaibli dans la mesure où les parties pourraient être tentées de s'intéresser moins à son examen au fond qu'à d'éventuelles négociations avec le ou les États membres concernés.

1411. Ensuite, le rapport relève de lui-même les difficultés qu'il y aurait à confier ce pouvoir au Président de la Commission ou à la Commission dans l'hypothèse où une autre autorité serait chargée d'apprécier en premier ressort l'opération. Dans le premier cas, il semble difficilement concevable que le Président adopte une position en parfaite opposition avec celle qui a été retenue par l'institution qu'il dirige. Sa décision pourrait aussi être orientée par sa nationalité en présence d'entreprises rattachées à l'État membre dont il relève¹⁹⁵⁷. Dans le second cas, le principe de l'équilibre institutionnel de l'Union pourrait s'en trouver fragilisé et le contrôle, rigidifié¹⁹⁵⁸.

1412. Ces réserves nous paraissent en effet fondées. Cependant, le rapport s'appuie sur ces limites pour justifier la nécessité qu'il y aurait de répartir le contrôle entre plusieurs directions générales. Pourtant, ces préconisations soulèvent aussi un certain nombre de risques.

Paragraphe 2 : Le caractère inadapté d'un contrôle réparti entre plusieurs directions générales de la Commission

1413. Dans leur rapport, l'IGF et le CGE considèrent que les opérations de concentration gagneraient à être examinées en phase II par plusieurs directions générales. Cette recommandation figure également dans des termes similaires dans la proposition commune allemande, française et polonaise (A.). Cette proposition soulève cependant, comme les précédentes, un certain nombre de difficultés (B.).

A. La création d'une contre-expertise

1414. Après avoir émis des réserves sur la création du « droit de recours » qui avait été recommandée par le Manifeste franco-allemand et suggéré de modifier les objectifs du contrôle, l'IGF et le CGE ont défendu l'adoption d'une autre mesure. Il conviendrait d'imposer au collège des Commissaires d'apprécier l'opération notifiée en prenant « en considération l'ensemble des critères, qu'ils soient concurrentiels ou

¹⁹⁵⁷ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 2.2 p. 34.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, et spécialement, 2.2 pp. 36-37.

non (emploi, environnement, santé, développement industriel, souveraineté technologique, etc.) »¹⁹⁵⁹.

1415. Au sein de la Commission, la DG COMP se verrait confier la tâche de transmettre au collège appelé à statuer les arguments d'ordre concurrentiel. Les autres directions générales de la Commission seraient invitées à faire part également de leurs positions sur d'autres aspects.

1416. À l'appui de ces diverses analyses, le collège serait alors en capacité d'adopter sa décision « selon une approche englobante dans le sens de "l'intérêt de l'Union" »¹⁹⁶⁰. Pour éviter des lourdeurs administratives, le texte subordonne la recevabilité de cette méthode d'appréciation collégiale à plusieurs conditions, dont la nécessité que l'opération fasse l'objet d'une phase d'examen approfondi.

1417. De son côté, la proposition allemande, française et polonaise publiée quelques mois plus tard invite aussi la Commission à faire appel à divers experts selon les opérations en cause. À côté du comité consultatif dont les missions seraient renforcées, la Commission gagnerait ainsi à faire appel à une unité spécialisée dans le secteur du numérique pour les opérations en relevant et plus généralement, à s'appuyer « sur l'expertise de spécialistes sectoriels d'autres directions générales afin d'élaborer une approche plus précise et plus complète des marchés affectés par les concentrations »¹⁹⁶¹. Les autres directions générales ne sont certes pas expressément identifiées mais l'esprit général du texte laisse présager qu'un avis sur la compétitivité de l'Union serait en particulier attendu. Une proposition de répartition similaire de l'appréciation des opérations de concentration figure par ailleurs dans d'autres travaux¹⁹⁶².

1418. Les Ministères allemand, français et polonais ne font explicitement état d'aucune réserve sur l'opportunité de cette mesure. À l'inverse, l'IGF et le CGE

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, et spécialement, 2.2 p. 32.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁹⁶¹ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ministre de l'économie et des finances et *Ministerstwo Przesiebiorczości i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>, et spécialement, pt 5.

¹⁹⁶² V. not., B. Deffains, O. d'Ormesson et T. Perroud, « Politique de concurrence et politique industrielle : pour une réforme du droit européen », *Fondation Robert Schuman*, janvier 2020 ; Sénat, A. Chatillon et O. Henno, « Rapport n°603 fait au nom de la commission des affaires économiques et de la commission des affaires européennes sur la modernisation de la politique européenne de concurrence », 8 juillet 2020.

prennent soin d'en souligner les limites, tout en concluant cependant que ce scénario serait le plus adapté en présence d'une révision des Traités¹⁹⁶³.

1419. L'adoption d'une réforme de ce type ne paraît pourtant pas pertinente.

B. L'inopportunité d'une contre-expertise

1420. La question de savoir s'il conviendrait de confier à plusieurs protagonistes le soin d'apprécier les opérations de concentration ou au contraire d'en réserver l'appréciation à une seule autorité n'a pas attendu l'affaire *Siemens/Alstom*. Le Professeur André Marchal écrivait par exemple en 1961 que « la législation européenne concernant les (...) concentrations ne [doit] pas être trop minutieuse et détaillée. Elle ne doit pas chercher à prévoir tous les cas qui pourraient se présenter. Elle doit faire confiance à ceux qui seront chargés de l'appliquer, leur laisser un large pouvoir d'appréciation, bref, se borner à poser quelques principes et quelques directives échappant à toute discussion. Il ne serait pas mauvais que, dans les jugements des affaires (...) de concentrations, les juges prennent l'avis d'experts impartiaux, mais possédant assez de qualification économiques ou techniques pour pouvoir apprécier la marche générale de l'affaire, sa nature, ses perspectives »¹⁹⁶⁴. Désormais, il est admis que l'examen de l'opération de dimension communautaire est confié à la Commission et celle-ci bénéficie effectivement, comme le préconisait le Professeur André Marché, d'une certaine marge d'appréciation sous le contrôle du juge.

1421. Morceler davantage le contrôle reste néanmoins discutable.

1422. Dans leur rapport, l'IGF et le CGE identifient eux-mêmes certaines limites dont leur proposition pourrait souffrir¹⁹⁶⁵. Nous les rejoignons en ce qu'ils estiment que cette mesure pourrait présenter un risque d'insécurité juridique. En effet, le rapport ne liste pas de manière limitative les motifs autres que concurrentiels qui pourraient être pris en compte dans l'appréciation de l'opération, ce qui est

¹⁹⁶³ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 2.2 p. 33.

¹⁹⁶⁴ A. Marchal, « Progrès technique et concurrence dans la Communauté Économique Européenne », *Revue économique*, 1961, n° 12-6, p. 849, et spécialement, p. 874.

¹⁹⁶⁵ Le rapport en recense trois : cette mesure présenterait d'abord le risque de conserver un certain déséquilibre entre les directions générales au profit de la DG COMP, ensuite de soulever des préoccupations de sécurité juridique et enfin, de donner « fausse[ment] l'impression d'un *statu quo* institutionnel » (souligné dans le texte ; Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 2.2 p. 33).

susceptible de menacer la prévisibilité du contrôle et d'augmenter le risque d'arbitraire. Si des critères de cette nature venaient à être adoptés sans plus de précision, les opérations impliquant un examen en phase II pourraient être analysées à l'aune de considérations distinctes.

1423. D'autres dangers peuvent encore être relevés.

1424. Même si la révision du contrôle s'accompagne d'une liste exhaustive de motifs, la question de leur hiérarchie est en effet susceptible de se poser en présence d'appréciations divergentes entre les diverses directions générales de la Commission. L'histoire du droit européen des concentrations a montré que les services de la Commission peuvent s'opposer les uns aux autres de manière virulente¹⁹⁶⁶. Dans ces conditions, en cas de contradiction franche par exemple entre l'appréciation de la DG COMP portant sur le bilan concurrentiel de l'opération et la DG ECFIN¹⁹⁶⁷ sur les bénéfices de l'opération en termes de croissance économique, la question de la primauté de l'une ou l'autre de ces appréciations devra nécessairement être tranchée. Or, il est possible d'imaginer que les impératifs de compétitivité de l'industrie européenne prennent le pas sur l'analyse concurrentielle, en raison des tensions qui auront été à l'origine de l'adoption de cette mesure. L'IGF et le CGE ne cachent pas d'ailleurs leur préférence pour un effacement de la DG COMP puisque parmi les difficultés qu'ils recensent à propos de ce scénario, figure le fait que celle-ci bénéficiera « au moins pendant un certain temps, [d']un déséquilibre ». Ils conseillent ainsi de « rééquilibrer le rapport de force entre services [en] confi[ant] à l'Union des priorités politiques fortes en matière industrielle, d'innovation et de souveraineté technologique et [en] fai[sant] monter en responsabilité, par voie de conséquences, les directions générales chargées de ces politiques publiques »¹⁹⁶⁸.

1425. Dans tous les cas et quelle que soit l'issue d'une telle divergence d'appréciations entre les directions générales en cause, ce type d'arbitrage présente au moins le risque que la décision finale ne finisse par reposer sur des considérations plus politiques que juridiques.

¹⁹⁶⁶ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

¹⁹⁶⁷ Il s'agit de l'abréviation désignant la Direction générale des affaires économiques et financières de la Commission qui est en charge des questions relatives au bien-être économique des citoyens (croissance économique, stabilité de l'emploi, finances publiques et stabilité financière) ; à ce sujet, v. le site de la DG ECFIN : https://ec.europa.eu/info/departments/economic-and-financial-affairs_fr.

¹⁹⁶⁸ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 2.2 p. 33.

1426. Enfin, de manière générale, intégrer des motifs tels que le développement industriel dans l'appréciation de l'opération de concentration risquerait d'affaiblir tant l'autonomie que l'efficacité de la politique européenne de concurrence. Faciliter le développement de certaines entreprises présente en effet le risque que ce mouvement se produise au détriment des autres acteurs en conférant aux premières des avantages concurrentiels sur le marché. Le fait que le règlement « concentrations » actuel se préoccupe en particulier du maintien de la compétitivité, et non de sa croissance, se comprend en ce sens : l'application cohérente du droit européen des concentrations nécessite tout au plus que l'éventuelle politique industrielle de l'Union complète la politique de concurrence européenne, et non qu'elle la supplante.

1427. Dès lors, cette mesure, comme les précédentes, pourrait dénaturer le contrôle des concentrations. Le droit européen des concentrations souffre certes de limites qui peuvent en menacer la cohérence substantielle. Comme nous l'avons précédemment montré, la forme de l'opération de concentration ; les contrats en lien avec l'opération ; les acquisitions prédatrices ou globalisantes ; les entreprises communes ; les opérations intragroupes ou bien encore les prises de participations minoritaires tendent par exemple à échapper au contrôle dans certains cas. Leur impact sur la concurrence reste pourtant possible, que ce soit en raison de l'ingéniosité des groupes sur le marché ou de critères de contrôle susceptibles d'être par trop figés. La méthode d'appréciation à laquelle la Commission recourt à cet égard pourrait par exemple être partiellement repensée pour permettre au contrôle d'atteindre ses objectifs en appréhendant au plus juste la réalité des opérations conclues sur le marché. Toutefois, l'adoption de mesures tendant à imposer à la Commission une analyse reposant sur des impératifs de compétitivité ne nous semble pas pertinente et paraît parfois procéder de diverses confusions.

1428. Les travaux précités ont également suggéré que d'autres outils soient développés dans le but de favoriser la prise en compte de la compétitivité de l'industrie européenne en droit des concentrations. Ces recommandations présentent néanmoins certains risques.

Section 2 :

Des propositions tendant à développer à l'excès d'autres instruments

1429. À côté des mesures destinées à répartir le contrôle entre plusieurs institutions, le Manifeste franco-allemand et le rapport de l'IGF et du CGE ont également défendu la nécessité de réviser la méthode d'appréciation à laquelle la Commission recourt pour l'heure en droit des concentrations. Si certaines de ces propositions sont discutées depuis plusieurs années, d'autres paraissent plus novatrices.

1430. Dans tous les cas, l'analyse de ces diverses recommandations est nécessaire dans la mesure où elles soulignent à nouveau le besoin qu'il y aurait d'accorder une place plus importante aux impératifs de compétitivité dans le cadre du contrôle européen des concentrations.

1431. Or, développer la technique des engagements comportementaux (§1), celle des gains d'efficience (§2) ou se préoccuper de « l'intervention des États tiers »¹⁹⁶⁹ (§3) pour des motifs industriels ne paraît pas à même de contribuer à l'efficacité et à la cohérence du droit européen des concentrations.

Paragraphe 1: La nécessité d'un recours raisonné aux engagements comportementaux

1432. L'opération *Siemens/Alstom* a été interdite par la Commission parce que les entreprises concernées se sont limitées à proposer des engagements qui ne permettaient pas de remédier à l'ensemble des problèmes de concurrence relevés par la Commission. Symétriquement, ce sont les engagements de nature structurelle souscrits par Alstom et Bombardier Transportation lors de la notification de leur opération sur ce même marché un an plus tard qui ont permis à la Commission de décider que l'opération était compatible avec le marché unique¹⁹⁷⁰.

1433. Dans le cadre de l'affaire *Siemens/Alstom*, les entreprises concernées proposaient en premier lieu un ensemble complexe de mesures comprenant tantôt des transferts de technologie et tantôt des licences, dans le cadre des systèmes de signalisation sur les grandes lignes. Elles refusaient ainsi de se tourner vers l'une des

¹⁹⁶⁹ Expression employée pour la première mesure préconisée par la proposition allemande, française et polonaise (*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ministre de l'économie et des finances et *Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », *préc.*, et spécialement, pt 1).

¹⁹⁷⁰ Commission, 31 juillet 2020, *Alstom/Bombardier Transportation*, aff. M.9779.

mesures qui a la préférence de la Commission en présence d'une opération qui soulève des préoccupations sérieuses de concurrence, à savoir l'engagement structurel de céder une activité autonome et pérenne auprès d'un tiers. Quant aux préoccupations que la Commission avait identifiées pour le matériel roulant à très grande vitesse, les parties à l'opération s'étaient contentées de proposer en second lieu la cession d'un train ne roulant pas à grande vitesse ou la conclusion d'une licence sur l'une de leurs technologies comprenant de nombreuses exceptions. Sans surprise, ces faibles propositions n'ont pas convaincu la Commission à l'issue des tests de marché¹⁹⁷¹, pas plus d'ailleurs que les autorités anglaises, belges, espagnoles et néerlandaises qui se sont prononcées spontanément sur le sujet¹⁹⁷².

1434. Bien que la décision *Siemens/Alstom* ne soit pas explicitement citée dans le rapport de l'IGF et du CGE¹⁹⁷³ et dans la proposition commune, les recommandations qu'ils contiennent paraissent pour une large part inspirées par le regret que les engagements précités aient été jugés insuffisants. Ces textes ont en effet souligné le besoin de recourir davantage aux engagements comportementaux. Ces remèdes, contrairement aux engagements structurels, permettraient d'adapter au mieux la décision à l'état de la concurrence sur le marché et à celui de la compétitivité. Il s'agirait ainsi de limiter le recours à des mesures comme les cessions de branches d'activités autonomes qui ont pour objet de préserver « les nouvelles structures commerciales (...) résultant [de l'opération de concentration en s'assurant que celles-ci soient] suffisamment viables et durables pour que l'entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective ne se concrétise pas »¹⁹⁷⁴, au profit de remèdes portant sur le « comportement futur de l'entité issue de la concentration », dont sa politique de prix¹⁹⁷⁵.

1435. Pourtant, développer la technique des engagements comportementaux pour les raisons de compétitivité avancées par le rapport et la proposition commune

¹⁹⁷¹ Commission, 6 février 2019, *Siemens/Alstom*, aff. M.8677, JOUE C300, 5 septembre 2019, p. 14, et spécialement, pts (1399) et s. et (1647) et s.

¹⁹⁷² V. en ce sens not., *Ibid.*, pts (1382) et (1383).

¹⁹⁷³ À ce propos, le rapport relève que « la mission a fait le choix de ne pas aborder directement dans le présent rapport [la décision d'interdiction de l'opération *Siemens/Alstom*], faute notamment d'avoir eu accès au dossier. La mission n'en a pas moins entendu les pistes formulées par les ministres français et allemand dans le cadre de leur manifeste pour une politique européenne industrielle du XXIème siècle, publié le 18 février 2019 » (Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, Introduction, p. 1).

¹⁹⁷⁴ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 10.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, pt 17.

pourrait menacer la cohérence substantielle du contrôle (A.). La question d'un recours accru à ces engagements reste toutefois posée au vu des travaux qui ont été proposés en marge de la décision controversée *Siemens/Alstom*. À cet égard, c'est plutôt le suivi des engagements qui pourrait mériter d'être davantage encadré (B.).

A. La politisation des engagements comportementaux, un obstacle à la cohérence du contrôle

1436. Le rapport de l'IGF et du CGE comme la proposition commune allemande, française et polonaise préconisent de développer le recours aux engagements comportementaux pour des motifs industriels (1). Cette évolution pourrait pourtant affaiblir la cohérence substantielle du contrôle européen des concentrations (2).

1) Des recommandations en faveur d'un recul des remèdes structurels

1437. Après avoir comparé la politique européenne de concurrence au regard de celle mise en œuvre par les pays tiers, dont les États-Unis, l'IGF et le CGE estiment que la politique de l'Union est particulièrement stricte pour deux raisons.

1438. En plus du rôle du juge européen qui contraindrait la Commission à une interprétation stricte des textes¹⁹⁷⁶, la Commission aurait tendance à conditionner l'autorisation de l'opération à l'accomplissement d'engagements de nature structurelle, ce qui présenterait le risque de céder des actifs européens auprès de concurrents externes à l'Union¹⁹⁷⁷. Davantage, le rapport relève que la Commission évalue les effets de l'opération en examinant la possibilité dont les concurrents disposent d'entrer sur le marché sur une période de deux ans¹⁹⁷⁸. Or, cette analyse ne permettrait « que très imparfaitement d'anticiper des changements majeurs liés à l'entrée sur le marché d'acteurs innovants »¹⁹⁷⁹. Le rapport recommande ainsi de s'écarter de cette méthode d'appréciation, voire d'imposer à la DG COMP de se livrer à un *benchmark*, soit à une évaluation de la concurrence sur des secteurs comparables lors de son contrôle¹⁹⁸⁰.

¹⁹⁷⁶ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement Synthèse, p. 1.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*, et spécialement Synthèse, p.1 et 1.2, p.14 et s.

¹⁹⁷⁸ Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pt 74.

¹⁹⁷⁹ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 2.2 p. 26.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, et spécialement, 2.2 p. 27 et s.

1439. Le rapport défend dans ces conditions la nécessité de limiter le recours aux remèdes structureaux dont il juge les effets délétères et celle de prendre correctement en considération les effets postérieurs de l'opération. À cette fin, si l'IGF et le CGE se refusent à l'introduction de remèdes intermédiaires¹⁹⁸¹, ils proposent en revanche de recourir aux remèdes comportementaux, soit en les favorisant, soit en les plaçant sur un pied d'égalité avec les remèdes structureaux¹⁹⁸². Le rapport suggère également d'associer aux remèdes comportementaux des « clauses de revoyure » destinées à anticiper davantage le caractère évolutif des marchés¹⁹⁸³.

1440. Par ailleurs, le rapport invite la *case team* de la DG COMP à faire appel à « une équipe d'experts en stratégie industrielle ou sectorielle (...) pour identifier la *faisabilité industrielle, financière et commerciale* des remèdes »¹⁹⁸⁴.

1441. La proposition commune allemande, française et polonaise postérieure au rapport mentionne aussi la nécessité qu'il y aurait de recourir de manière plus soutenue aux engagements comportementaux. Elle ne fait cependant pas mention à ce propos d'une expertise sur leur « faisabilité industrielle, financière et commerciale ». Elle recommande tout au plus qu'ils « fa[ssent] l'objet d'un suivi approprié »¹⁹⁸⁵ sans plus de précision.

1442. Ces propositions appellent plusieurs remarques.

2) Des recommandations insuffisantes

1443. Pour commencer, le constat selon lequel la politique européenne de concurrence en droit des concentrations serait plus stricte que celle mise en œuvre aux États-Unis semble contestable, que ce soit au vu des raisons qui expliqueraient

¹⁹⁸¹ Le rapport évoque à cet égard la pratique chinoise : en droit chinois des concentrations, les entreprises peuvent se voir imposer des remèdes intermédiaires, qualifiés de *hold-separate remedies*, qui empruntent tant aux remèdes structureaux que comportementaux. L'autorisation de l'opération est en effet subordonnée à l'engagement des parties de maintenir leurs activités de manière distincte pendant un certain délai. À l'issue de ce délai, elles doivent généralement solliciter une nouvelle approbation de l'opération. Le rapport écarte l'opportunité de ce dispositif en droit européen en raison des risques d'interprétations divergentes qu'elles suscitent (*ibid.*).

¹⁹⁸² Ce qui induirait une modification de la Communication sur la compétence de la Commission.

¹⁹⁸³ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », *préc.*, et spécialement, 2.2 p. 27.

¹⁹⁸⁴ Nous soulignons ; *ibid.*, et spécialement, 2.2 p. 30.

¹⁹⁸⁵ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ministre de l'économie et des finances et *Ministerstwo Przemyslowosci i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>, et spécialement, pt 7.

cette sévérité ou du bilan lui-même. Des travaux ont en effet montré que la sévérité d'un contrôle s'apprécie au vu d'une conjonction de facteurs, dont l'identité des acteurs que le droit entend protéger, les critères qui en conditionnent le déclenchement, le degré d'indulgence que certaines formes de concentration suscitent ou bien encore l'intégration ou le rejet des gains d'efficience dans l'appréciation de l'opération¹⁹⁸⁶. Or, même après examen de ces divers éléments, il ressort de la comparaison des modèles européen et nord-américain qu'aucune sévérité plus prononcée ne saurait être attribuée à l'un d'eux. Les différences entre ces modèles sont en effet par trop prononcées pour en déduire de quelconques certitudes à cet égard : les seuils sont différents, la Commission est en droit d'obtenir plus d'informations sur l'opération lors de l'examen en phase II que ne le sont les autorités américaines, l'adoption du Hart Scott Rodino Act a empêché qu'un certain nombre d'opérations soient notifiées aux autorités sous son empire, etc.¹⁹⁸⁷

1444. S'il semble avéré cependant que la Commission recourt préférentiellement aux engagements structurels plutôt qu'aux remèdes comportementaux¹⁹⁸⁸, la mention d'une « clause de revoyure pour mieux s'adapter à l'évolutivité rapide (...) sur de nombreux marchés »¹⁹⁸⁹ est surprenante tant le principe de la révision, voire de la levée, de ces engagements est déjà admis au sein du marché unique.

1445. Le juge a en effet considéré qu'« en vertu d'un principe général de droit (...), en principe, l'organe qui est compétent pour adopter un certain acte juridique est également compétent pour l'abroger ou le modifier par l'adoption d'un actus contrarius »¹⁹⁹⁰. La Commission admet également dans sa communication qu'elle « peut, sur demande, adopter une décision formelle pour *toute levée, toute modification ou tout remplacement des engagements* ou simplement prendre acte du fait que les parties ont modifié de façon satisfaisante la mesure corrective, lorsque ces

¹⁹⁸⁶ F. Lévêque, « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis : Lequel est le plus sévère ? », *Concurrences*, 2005, n°2, p. 20.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸⁸ Sur ce point, v. *Infra*, ce paragraphe, B.

¹⁹⁸⁹ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », *préc.*, et spécialement, 2.2 p. 27.

¹⁹⁹⁰ TPICE, 20 novembre 2002, *Lagardère SCA et Canal + SA c/ Commission*, aff. T-251/00, *Rec.* 2002, II, p. 4825, et spécialement, pt 130.

modifications améliorent l'efficacité de la mesure et se traduisent par des obligations juridiquement contraignantes souscrites par les parties »¹⁹⁹¹.

1446. Ainsi et bien que la modification ou la levée des engagements n'intervienne que dans des « circonstances exceptionnelles »¹⁹⁹², la Commission prend effectivement en compte l'évolution du marché postérieurement à ses décisions, y compris en présence d'engagements comportementaux.

1447. La procédure est la suivante : à réception de la demande, la Commission lance un test de marché destiné à recueillir l'avis des tiers sur celle-ci¹⁹⁹³. S'il revient aux parties de prouver que les conditions requises pour la modification ou la levée des engagements sont remplies, la Commission doit quant à elle démontrer, le cas échéant, le caractère insuffisant des éléments de preuve apportés pour rejeter la demande voire ordonner une enquête¹⁹⁹⁴. En présence d'un changement significatif et imprévisible des conditions du marché, elle peut à l'inverse prononcer la modification ou la déchéance des engagements souscrits.

1448. L'affaire *Vivendi/Telecom Italia* en est une illustration, s'agissant des cessions d'activités. La Commission a rappelé à cette occasion que la levée des engagements était soumise à la condition que les parties démontrent que le changement sur le marché était « significatif, stable, imprévisible et que les préoccupations de concurrence qui avaient été identifiées ont été levées »¹⁹⁹⁵.

1449. Deux opérations sur le marché de la fourniture d'électricité en sont également des exemples alors qu'étaient en cause des engagements d'une autre nature. La première de ces opérations résidait dans la prise de contrôle par le fournisseur français EDF de l'entreprise allemande Energie Baden-Württemberg AG (« EnBW »). En raison des préoccupations de concurrence que l'opération soulevait, EDF s'était

¹⁹⁹¹ Nous soulignons ; communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 76.

¹⁹⁹² Commission, 4 septembre 2018, *Vivendi/Telecom Italia*, aff. M.8465, et spécialement, pt 16.

¹⁹⁹³ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 74.

¹⁹⁹⁴ Trib. UE, 16 mai 2018, *Deutsche Lufthansa AG c/Commission*, aff. T-712/16, *Rec.*, et spécialement, pt 45.

¹⁹⁹⁵ Commission, 4 septembre 2018, *Vivendi/Telecom Italia*, *préc.*, et spécialement, pt 18 ; à propos des détails de l'affaire *Vivendi/Telecom Italia* et de ses enseignements à propos des prises de participations minoritaires, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2, §1 ; dans le même sens que *Vivendi/Telecom Italia* à propos des conditions relatives à la modification et la levée des engagements, v. aussi Commission, 13 octobre 2014, *Nordbanken/Postgirot*, aff. M.2567, et spécialement, pt 18 et Commission, 24 septembre 2019, *Evrax/Highveld*, aff. M.4494, et spécialement, pt 23.

engagée à se livrer à des enchères trimestrielles afin de permettre à ses concurrents d'accéder à son parc nucléaire selon certaines conditions¹⁹⁹⁶. Dix ans après la réalisation de cette opération, EDF a cédé les participations qu'elle détenait dans EnBW auprès d'un tiers, tout en poursuivant l'exécution des engagements souscrits jusqu'au prononcé de la décision de la Commission. L'opération de concentration n'ayant plus eu lieu d'être, la Commission a abrogé l'engagement à la demande d'EDF¹⁹⁹⁷. La seconde opération portait quant à elle sur la prise de contrôle d'une entreprise espagnole par BnBW. La Commission craignait que cette opération n'incite EDF, amenée à être l'actionnaire indirect de l'entité espagnole, à promouvoir le développement des activités franco-espagnoles. Afin que l'opération de sa filiale soit autorisée, EDF s'était engagée à adopter diverses mesures dans ce but¹⁹⁹⁸. Dans la mesure où EnBW a cédé quelques années plus tard ses participations dans l'entité espagnole auprès d'un tiers et où EnBW n'était plus une filiale d'EDF, la Commission a également fini par abroger ces autres engagements¹⁹⁹⁹.

1450. De même, la Commission a prononcé la levée des engagements comportementaux souscrits par les parties dans le cadre de l'opération *Hoffman-La Roche/Boehringer Mannheim*²⁰⁰⁰, après avoir constaté que l'octroi de licences initialement prévu avait atteint l'objectif qui lui avait été assigné.

¹⁹⁹⁶ Commission, 7 février 2001, *EDF/EnBW*, aff. M.1853, JOCE L59, 28 février 2002, p. 1.

¹⁹⁹⁷ La décision n'ayant pas été publiée, v. à ce sujet le commentaire de la direction juridique d'EDF : D. Crevel-Sander, « Quand une déconcentration rend sans cause les engagements souscrits lors de la concentration », *Revue juridique de l'économie publique*, mars 2013, n°706, étude 6.

¹⁹⁹⁸ Commission, 19 mars 2002, *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*, aff. M.2684, JOCE C114, 15 mai 2002, p. 23.

¹⁹⁹⁹ De même, la décision n'ayant pas été publiée, v. à ce sujet le commentaire de la direction juridique d'EDF : D. Crevel-Sander, « Quand une déconcentration rend sans cause les engagements souscrits lors de la concentration », *art. préc.*

²⁰⁰⁰ Commission, 3 mai 2011, *Hoffman-La Roche/Boehringer Mannheim*, aff. M.950, JOUE C189, 29 juin 2011, p. 31 ; v. aussi not., à propos de la modification ou de la levée d'engagements comportementaux, l'affaire *Newscorp/Telepiù* où la Commission a toutefois assorti sa décision de nouvelles conditions et charges (Commission, 2 avril 2003, *Newscorp/Telepiù*, aff. M.2876, JOUE L110, 16 avril 2004, p. 73), l'affaire *Bombardier/ADtranz* où la Commission a accepté de renoncer à l'accomplissement d'engagements d'achat (Commission, 13 juillet 2005, *Bombardier/ADtranz*, aff. M.2139) dans la mesure où l'entreprise auprès de laquelle Bombardier s'était engagée a été rachetée par Siemens (Commission, 13 juillet 2005, *Siemens/Va Tech*, aff. M.3653, JOUE L353, 13 décembre 2006, p. 19), l'affaire *Air France/KLM* (Commission, 6 février 2019, *Air France/KLM*, aff. M.3280), ou bien encore, par exemple, l'affaire *Nidec/Whirlpool (Embraco Business)* où la Commission a accepté de lever les engagements comportementaux peu de temps après sa décision (Commission, 15 mai 2020, *Nidec/Whirlpool (Embraco Business)*, aff. M.8947).

1451. Même si elle s'est prononcée après la décision *Siemens/Alstom*, la Commission a également récemment confirmé cette possibilité dans l'affaire *Takeda/Shire*²⁰⁰¹ en prononçant la levée totale des engagements de cession souscrits, alors que la décision y afférant avait été rendue peu de temps auparavant et que les parties n'avaient pas encore commencé à les exécuter.

1452. Surtout, s'il n'appartient pas à la Commission de se saisir d'office pour examiner si les engagements de longue durée doivent être modifiés ou levés²⁰⁰², elle s'assure généralement que les engagements s'accompagnent d'une clause de réexamen afin de recevoir les demandes des entreprises concernées en ce sens²⁰⁰³. Plus encore, la Commission est habilitée à modifier ou lever les engagements souscrits en l'absence de cette clause²⁰⁰⁴. Dans tous les cas, l'appréciation de la Commission vis-à-vis de ces engagements n'est pas hégémonique : dans l'hypothèse d'un recours, c'est au juge qu'il revient le soin de vérifier l'exhaustivité des motifs retenus par la Commission lors de la fixation des engagements. Il ne doit pas se livrer à de simples vérifications formelles²⁰⁰⁵.

1453. Qui plus est, le principe de la modification ou de la levée des engagements n'est pas seulement admis en droit de l'Union : il l'est également au sein de certains États membres. Par exemple, en France, l'Autorité de la concurrence a revu à la baisse les engagements souscrits par les parties au vu de l'évolution du marché et de

²⁰⁰¹ Commission, 28 mai 2020, *Takeda/Shire*, aff. M.8955, obs. M. de l'Estang et F. Viala, « La Commission européenne accepte de lever totalement des engagements de cession avant toute mise en œuvre effective », CCC, août 2020, n°8-9, étude 10.

²⁰⁰² Trib. UE, 16 mai 2018, *Deutsche Lufthansa AG c/ Commission*, aff. T-712/16, *Rec.*, et spécialement, pt 45.

²⁰⁰³ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, 22 octobre 2008, pts 71 et s. ; le juge accueille d'ailleurs les recours des tiers destinés à évaluer l'impact de ces clauses de « réexamen » ou « renégociation » sur eux (TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c/ Commission*, aff. T-119/02, *Rec.* 2003, II, p. 1433, et spécialement, pts 183 et s.). Notons qu'en France, les engagements prévoient parfois des « clauses de rendez-vous » avec la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes dans le but de vérifier la pertinence des engagements souscrits au fil du temps (N. Jalabert-Doury et L. Nouvel, « Le dispositif existant est-il à la mesure des enjeux ? », *Concurrences*, 2007, n°2, p. 29 et spécialement, p. 34).

²⁰⁰⁴ Commission, 3 mai 2011, *Hoffman-La Roche/Boehringer Mannheim*, *préc.* ; Trib. UE, 16 mai 2018, *Deutsche Lufthansa AG c/Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 31.

²⁰⁰⁵ Outre nos explications figurant en note du chapeau du présent Titre, précisons qu'il s'agit de la raison pour laquelle le juge se prononce parfois « à titre surabondant », en l'absence de motivation de la Commission, pour justifier de la proportionnalité des engagements vis-à-vis des requérants en s'appuyant sur des données économiques, si ce n'est empiriques (pour un exemple, v. not., TPICE, 19 juin 2009, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe BV c/ Commission*, aff. T-48/04, *Rec.*, 2009, II, p. 2029, obs. G. Decocq, « Le difficile mariage du télépage et du GPS », CCC, août 2009, n°8-9, comm. 225).

l'opération en cause. L'Autorité de la concurrence a en effet fini par se positionner en ce sens en 2017 à propos de deux prises de contrôle exclusif opérées par Vivendi SA et Groupe Canal Plus.

1454. Dans le cadre de la première opération, le Ministre de l'économie avait autorisé en 2006 le regroupement des activités de télévision payante des deux bouquets satellitaires TPS et Groupe Canal Plus, sous réserve de l'exécution de cinquante-neuf engagements²⁰⁰⁶, après avis rendu par le Conseil de la concurrence²⁰⁰⁷. L'Autorité de la concurrence avait cependant constaté en 2011 l'inexécution de dix de ces engagements. Elle avait ainsi prononcé le retrait de l'autorisation de l'opération, le paiement d'une amende et exigé que les parties notifient leur opération de nouveau, sauf à revenir à l'état antérieur à la concentration²⁰⁰⁸. Une fois l'opération à nouveau notifiée, l'Autorité de la concurrence avait par la suite autorisé l'opération sous réserve de l'exécution de trente-trois injonctions²⁰⁰⁹. Pour la seconde opération, l'Autorité de la concurrence avait autorisé sous conditions en 2012 la prise de contrôle exclusif d'autres chaînes de télévision payante²⁰¹⁰ par Vivendi SA et Groupe Canal Plus²⁰¹¹. En raison de l'arrêt du Conseil d'État qui avait annulé cette

²⁰⁰⁶ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 30 août 2006, *lettre aux conseils de la société Vivendi Universal, relative à une concentration dans le secteur de la télévision payante*, C2006-02, BOCCRF n°7 bis du 15 septembre 2006.

²⁰⁰⁷ Conseil de la concurrence, 13 juillet 2006, *avis relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus*, n°06-A-13.

²⁰⁰⁸ Autorité de la concurrence, 20 septembre 2011, *décision relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus*, n°11-D-12.

²⁰⁰⁹ Autorité de la concurrence, 23 juillet 2012, *décision relative au réexamen de l'opération d'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus*, n°12-DCC-100 ; conf. par C.E., Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et a.*, nos 362347, 363542 et 363703, Rec. p. 447.

²⁰¹⁰ Direct 8, Direct Star Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia.

²⁰¹¹ Autorité de la concurrence, 23 juillet 2012, *décision relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus*, n°12-DCC-001 ; Il est précisé qu'en droit français des concentrations, les mesures correctives peuvent prendre la forme d'engagements pris par les parties en phase I ou en phase II (C. com., art. L. 430-5, II ; C. com., art. L. 430-7, III) ou d'injonctions et de prescriptions (C. com., art. L. 430-7, III). Au titre de ces dernières, l'Autorité de la concurrence peut 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. ». Le recours aux injonctions et prescriptions est rare : l'Autorité de la concurrence n'envisage de les imposer que dans les cas où les parties refusent de soumettre des engagements à son appréciation ou que ceux-ci sont insuffisants (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 355 [anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 571]). En outre, si l'Autorité de la concurrence estime que les mesures correctives n'ont pas été exécutées par les parties dans les délais fixés, l'Autorité de la concurrence

décision²⁰¹², l'Autorité de la concurrence avait ensuite à nouveau autorisé l'opération sous réserve de la mise en œuvre de plusieurs engagements²⁰¹³.

1455. Or, en 2017, l'Autorité de la concurrence a fini par revoir à la baisse les remèdes comportementaux qu'elle avait imposés aux parties dans le cadre de ces deux opérations en raison de l'évolution du marché et notamment, de la concurrence opposée par Amazon et Netflix²⁰¹⁴.

1456. L'examen des engagements par l'Autorité de la concurrence est par ailleurs encadré : dans le cas où l'Autorité de la concurrence estimerait par la suite que des engagements supplémentaires doivent être exécutés, il lui est en effet nécessaire de se réunir à nouveau de manière collégiale²⁰¹⁵. Le juge peut enfin aussi contrôler la

conclut à l'inexécution de sa décision. Elle peut en pareil cas enjoindre aux parties d'exécuter la décision et prononcer le paiement d'une astreinte, retirer l'autorisation et infliger une sanction pécuniaire (Code de commerce, art. L. 430-8, IV ; conf. par Cons. constit., 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*, n°2012-280 QPC, Rec. p. 529, JORF du 13 octobre 2012, p. 16031, t. n°49 ; obs. S. Sorinas, « Le Conseil constitutionnel confirme la constitutionnalité du pouvoir de retrait des autorisations de concentration et valide l'organisation interne de l'Autorité de la concurrence (Conseil constitutionnel, 12.10.12, *décision Canal + n°2012-280 QPC*) », *Concurrences*, 2013, n°1, p. 140 ; C. Lemaire, « Le Conseil Constitutionnel statuant dans le cadre d'une QPC juge que les pouvoirs de sanction de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations ne méconnaissent pas l'exigence d'impartialité et sont de ce fait conformes à la Constitution (Conseil constitutionnel, décision n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012 ; CE, 21 décembre 2012, *Groupe Canal Plus*, nos 362347, 363542, 363703) », *Concurrences*, 2013, n°1, p. 174). À propos des méthodes d'appréciation de l'Autorité de la concurrence en matière d'engagements et d'injonctions, v. not., T. Dahan et C. Lemaire, « Le respect des engagements en droit antitrust doit-il être soumis à la règle de raison ? », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 15.

²⁰¹² C.E., Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1)*, nos 363702 et 363719, Rec. p. 323.

²⁰¹³ Autorité de la concurrence, 2 avril 2014, *décision relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus*, n°14-DCC-50.

²⁰¹⁴ Autorité de la concurrence, 22 juin 2017, *décision portant réexamen des injonctions de la décision n°12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi SA et Groupe Canal Plus*, n°17-DCC-92 ; Autorité de la concurrence, 22 juin 2017, *décision portant réexamen des engagements de la décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus*, n°17-DCC-93.

²⁰¹⁵ C.E., Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1)*, *préc.* ; précisons que l'Autorité de la concurrence arrête par principe collégalement les modalités des engagements qui doivent être souscrits mais si elle estime par la suite que les mesures mises en place par les parties sont insuffisantes, il n'est pas nécessaire qu'elle se réunisse à nouveau de manière collégiale (Code de commerce, art. L. 430-7 et C.E., Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et a., préc.*). Précisons toutefois que par suite de l'article 215 de loi Macron n°2015-990 du 6 août 2015 (loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°181 du 7 août 2015, p. 13537), le Président de l'Autorité ou un Vice-président désigné par lui peut adopter seul certaines décisions, dans les limites de l'article L. 461-3, alinéa 4 du Code de commerce.

proportionnalité des mesures correctives lorsqu'il est saisi à cette fin par les parties²⁰¹⁶ et s'assurer qu'elles sont certaines et mesurables lorsqu'il doit en apprécier les effets à l'égard des tiers²⁰¹⁷.

1457. Aussi semble-t-il particulièrement contestable de dénoncer, comme le fait le rapport, la circonstance que les règles applicables ne suivraient pas assez pour l'heure l'évolution du marché et qu'elles mériteraient d'être enrichies par une « clause de revoyure ».

1458. Dans la mesure où elle semble peu à même de souligner une lacune de la procédure actuelle de contrôle, les raisons qui ont gouverné cette critique peuvent être interrogées. À cette fin, il est utile de rapprocher cette proposition de celle qui consisterait à « identifier la faisabilité industrielle, financière et commerciale de ces remèdes » pendant la phase de négociation des engagements grâce à l'intervention d'« experts »²⁰¹⁸.

1459. Cette mesure peut paraître légitime d'un certain point de vue : évaluer la faisabilité et plus encore, l'adéquation des engagements proposés par les parties à l'opération au stade de la négociation des engagements pourrait garantir la cohérence du contrôle en atténuant les risques de sous-évaluation qui sont parfois

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à ce propos dans le cadre de l'affaire *Fnac/Darty*, a estimé que ces nouvelles attributions ne méconnaissent pas, contrairement aux moyens de la requérante, la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité devant la loi. Selon lui, le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général, dans la mesure où il « a entendu assurer l'exécution effective et rapide des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des opérations de concentration. » (Cons. constit., 20 avril 2018, *Société Fnac Darty (Pouvoirs du président de l'Autorité de la concurrence en matière d'opérations de concentration)*, n°2018-702 QPC, *JORF* n°0093 du 21 avril 2018, t. n° 73, et spécialement, n°9 ; obs G. Decocq, « Le renforcement des pouvoirs du président de l'Autorité de la concurrence est constitutionnel », *CCC*, juin 2018, n°6, comm. 116).

²⁰¹⁶ Le Conseil d'État vérifie que les mesures correctives ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire au maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés (C.E., Sect., 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision (M6)*, n°338197, *Rec.* p. 551). Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité classique de police (C.E., Sect., 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*, n°201853, *Rec.* p. 119) dont le but est de s'assurer que les mesures sont nécessaires et proportionnées au but poursuivi (C.E., Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et a., préc.*, reprenant les critères de C.E., Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et a.*, n°s317827, 317952, 318013 et 318051, *Rec.* p. 506).

²⁰¹⁷ Le but étant de s'assurer que des effets anticoncurrentiels ne sont pas susceptibles de se produire dans un avenir proche (C.E., Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et a., préc.*).

²⁰¹⁸ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », avril 2019, n°2018-M-105-03 et n°2018/29/CGE/SG, disponible à l'adresse suivante : <http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2019/2018-M-105-03-UE.pdf>, et spécialement, p. 30.

susceptibles de se présenter lors de cette phase. Elle pourrait en particulier faciliter l'intervention des autorités de contrôle dans le contrat²⁰¹⁹.

1460. Cependant, les propositions que le rapport développe à ce sujet ne paraissent pas satisfaisantes. D'abord, aucune mention n'est faite du bilan concurrentiel, qui constitue pourtant l'objet de l'appréciation à laquelle se livre la Commission. Ensuite, elles laissent en suspens la question de l'identité des « experts » précités et le détail des axes qui gouverneraient l'appréciation de la « faisabilité industrielle, financière et commerciale de ces remèdes ».

1461. Or, il est à craindre que cette expression dénote moins un besoin de s'assurer de la faisabilité technique d'un remède que celui d'encourager l'exécution des seuls engagements à même de servir la compétitivité des entreprises européennes, que ce soit en leur imposant de faibles mesures ou en en garantissant les fruits à leurs concurrents européens.

1462. Cette analyse peut en premier lieu se déduire de la proposition commune. Certes, les Ministères n'évoquent pas la « faisabilité industrielle, financière et commerciale » des remèdes lorsqu'ils prônent un recours plus soutenu à la technique des engagements comportementaux. Les raisons qui paraissent avoir présidé à cette recommandation ne devraient cependant pas en être éloignées, puisqu'ils précisent que « l'objectif global serait de renforcer la compétitivité de l'industrie et des chaînes de valeur européennes sans fausser la concurrence sur les marchés européens concernés »²⁰²⁰.

1463. Elle semble en second lieu s'imposer lorsque l'IGF et le CGE analysent l'impact des engagements structurels sur le marché. Ils dénoncent en effet à ce titre le risque que l'exécution d'un engagement structurel conduise à la cession d'un actif européen auprès d'une entreprise rattachée à un État tiers à l'Union²⁰²¹.

1464. Cette affirmation paraît par conséquent dénoter le souhait de l'IGF et du CGE de protéger l'industrie européenne face à la concurrence opposée par les entreprises

²⁰¹⁹ À propos des difficultés que cette question suscite pour l'heure, v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II.

²⁰²⁰ Nous soulignons ; *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ministre de l'économie et des finances et *Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>, et spécialement, pt 3.

²⁰²¹ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 1.2.1.2., p. 14.

tierces. Son bien-fondé est contestable : elle ne répond pas aux objectifs du règlement « concentrations », ni même à son objet. Au demeurant, elle est également surprenante au fond.

1465. Le contrôle des concentrations est en effet applicable aux concentrations ayant des effets au sein du marché unique. Dans ces conditions, la reprise éventuelle d'une entreprise par une autre entreprise de nationalité étrangère peut en effet faire l'objet d'un contrôle par ricochet dès lors que les conditions de son déclenchement sont remplies.

1466. L'opération récente *ChemChina/Syngenta* sur le marché phytosanitaire en est une illustration. Dans cette affaire, la Commission avait autorisé la prise de contrôle exclusif du groupe suisse Syngenta par l'entreprise chinoise ChemChina, sous réserve de l'exécution de conditions et charges destinées à compenser les effets de l'opération sur le marché. Parmi celles-ci, les entreprises concernées s'étaient engagées à céder une partie du portefeuille de produits qu'elles détenaient au sein de l'EEE²⁰²². Le 30 octobre 2017, les parties ont soumis à l'approbation de la Commission la candidature d'un acquéreur australien, l'entreprise Nufarm. Conformément aux engagements qui avaient été négociés lors de l'examen de l'opération *ChemChina/Syngenta*, pour être recevable, il était nécessaire que l'acquéreur soit indépendant des groupes concernés par l'opération, qu'il soit en mesure de leur opposer une concurrence effective sur le marché et que cette concentration par ricochet ne soulève pas de préoccupations de concurrence. Au vu du rapport dressé par le mandataire en charge de veiller à l'accomplissement de la transaction et tout en relevant que Nufarm exerçait aussi ses activités au sein de l'Union, la Commission a estimé que l'ensemble de ces critères étaient respectés à l'appui d'un bilan concurrentiel classique. Aussi a-t-elle autorisé à l'issue d'un contrôle habituel des concentrations une opération résultant de l'exécution d'un engagement structurel qui conduisait à la reprise d'une entreprise européenne par une entreprise de nationalité étrangère²⁰²³.

1467. Par conséquent, ces diverses propositions mènent au constat suivant : si celles-ci venaient à être adoptées en droit européen des concentrations, le développement du recours aux engagements, en particulier de nature comportementale, pourraient n'être qu'un moyen au service d'une certaine forme de développement industriel dont les contours semblent mal dessinés. Sauf à modifier les objectifs assignés au

²⁰²² Commission, 5 avril 2017, *ChemChina/Syngenta*, aff. M.7962, JOUE C186, 10 juin 2017, p. 8.

²⁰²³ Commission, 15 mars 2018, *ChemChina/Syngenta*, aff. M.7962.

contrôle des concentrations, ce qui ne paraît pas non plus satisfaisant pour la correcte mise en œuvre de la politique européenne de concurrence, ces mesures pourraient menacer la cohérence du contrôle comme son efficacité.

1468. Il n'en reste pas moins cependant que la manière dont le droit européen des concentrations tente de rectifier les opérations de concentration sur le marché par la technique des engagements, notamment comportementaux, mérite d'être interrogée.

1469. De ce point de vue, s'agissant de l'exécution des engagements et non de leur seule négociation²⁰²⁴, plus qu'un effort de politisation, c'est un effort d'encadrement juridique qui pourrait contribuer à la cohérence du contrôle européen des concentrations.

B. L'encadrement renforcé du suivi des engagements, une nécessité pour la cohérence du contrôle

1470. Le contrôle européen des concentrations en vigueur impose une hiérarchie entre les remèdes en fonction de leur efficacité. Tandis que la pratique décisionnelle comme la jurisprudence tentent d'en éprouver les limites, une tendance en faveur du développement des engagements comportementaux se dessine dans le but de contribuer à la mise en œuvre effective du contrôle (1).

1471. Un recours plus soutenu à cette technique qui ne s'accompagnerait pas d'une révision partielle ne semble cependant pas opportun. Les mesures envisagées précédemment ne paraissent pas convaincantes dans la mesure où elles reviendraient pour l'essentiel à politiser le contrôle et non à en conforter la cohérence. Réévaluer les dispositifs propres à la nomination et au rôle du mandataire chargé de veiller à la correcte exécution des remèdes paraît plus pertinent (2).

1) Vers un recours plus soutenu à la technique des engagements comportementaux

1472. Le juge européen considère depuis le règlement (CE) n°4064/89 que pour être valables, les engagements souscrits en droit européen des concentrations doivent garantir la correcte structuration du marché²⁰²⁵. Parce qu'ils tous deux à même de servir cette finalité, le juge a admis que leur nature structurelle ou comportementale est en principe indifférente. Cependant, les engagements structurels sont

²⁰²⁴ S'agissant de la négociation des engagements, v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 2.

²⁰²⁵ TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* 1999, II, p. 743, et spécialement, pt 317 ; CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-12/03, *Rec.* 2005, I, p. 987, et spécialement, pt 86 ; TPICE, 30 septembre 2003, *ARD c/ Commission*, aff. T-158/00, *Rec.* 2003, II, p. 3825, et spécialement, pt 192.

traditionnellement préférés en droit européen des concentrations²⁰²⁶, en particulier parce que leur correcte exécution peut être vérifiée sur un plus court terme²⁰²⁷.

1473. Ces principes ont pourtant montré leurs limites et invité la Commission à moderniser la pratique des engagements.

1474. Comme évoqué précédemment²⁰²⁸, une étude²⁰²⁹ a en effet été commandée en 2005 par la Commission dans le but d'évaluer l'efficacité de huit cent quatre-vingt-seize mesures correctives qui avait été prononcées à l'occasion de quarante affaires entre 1996 et 2000. Au vu des lacunes qui ont été relevées, la Commission a par la suite publié une autre communication sur les mesures correctives en 2008.

1475. Depuis lors, les engagements obéissent à une nouvelle typologie qui, si elle ne remet pas en cause la préférence nette de la Commission pour les engagements structurels, laisse néanmoins une place plus conséquente au développement des autres formes de remèdes.

1476. La Commission distingue en effet les cessions²⁰³⁰, les autres engagements structurels tels que l'octroi d'un accès aux infrastructures clés ou aux sources d'approvisionnement et les engagements sur les comportements à venir de l'entité issue de l'opération²⁰³¹.

1477. L'institution européenne les hiérarchise sans ambiguïté.

1478. Les cessions sont en premier lieu privilégiées²⁰³² et leur prononcé est des plus récurrents. Plusieurs affaires récentes peuvent être citées pour en témoigner. Par exemple, l'acquisition des activités énergétiques d'Alstom par l'entreprise américaine General Electric²⁰³³ a été autorisée moyennant la cession d'une partie de ses actifs

²⁰²⁶ TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission, préc.*, et spécialement, pt 319 ; CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV, préc.*, et spécialement, pt 86 ; TPICE, 30 septembre 2003, *ARD c/ Commission, préc.*, et spécialement, pt 193.

²⁰²⁷ TPICE, 30 septembre 2003, *ARD c/ Commission, préc.*, et spécialement, pt 193.

²⁰²⁸ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, §2.

²⁰²⁹ Commission, « *Merger remedies study* », octobre 2005.

²⁰³⁰ Les cessions s'accompagnent parfois de l'engagement de ne pas licencier les salariés de l'entité cédée (v. par exemple en ce sens, Commission, 30 avril 2003, *Siemens/Drägerwerk/JV*, aff. M.2861, *JOCE* L291, 8 novembre 2003, p. 1, et spécialement, pt 162).

²⁰³¹ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 17.

²⁰³² *Ibid.*, pt 15.

²⁰³³ Commission, 8 septembre 2015, *General Electric/Alstom (thermal power – renewable power & grid business)*, aff. M.7278.

majeurs auprès d'une entreprise italienne. Dans l'affaire *Solvay/Cytec*²⁰³⁴, ce sont notamment des cessions de marques et de droits de propriété intellectuelle qui ont conditionné la compatibilité de l'opération. Quelques mois plus tard, l'opération *Honeywell/Elster*²⁰³⁵ a quant à elle été autorisée sous réserve de la cession d'une usine, avant que les parties n'obtiennent un allègement de cet engagement au vu d'un changement de circonstances²⁰³⁶. De même, l'acquisition de Gemalto par Thales²⁰³⁷ a été autorisée à la condition que Thales cède une partie de ses activités mondiales dans le domaine des modules matériels de sécurité à usage général. Encore, la concentration entre les deux géants mondiaux dans le secteur de la production de gaz, Linde et Praxair²⁰³⁸, a été déclarée compatible avec le marché unique à condition notamment que la totalité des activités gazières de Praxair dans l'EEE soit cédée à un tiers et qu'elle transfère ses parts dans une entreprise commune italienne au profit de l'autre actionnaire contrôlant. Également, l'acquisition de l'activité nylon de Solvay par BASF²⁰³⁹ a été autorisée sous réserve notamment de la cession de certaines installations de Solvay et de la création d'une entreprise commune de production. De même, après l'échec de l'opération *Siemens/Alstom*, la Commission a autorisé un an plus tard la prise de contrôle de Bombardier Transportation, c'est-à-dire la division allemande du groupe canadien Bombardier, par l'entreprise française Alstom par suite notamment de la cession de certains actifs de Bombardier et d'Alstom, dont des usines et plateformes de trains²⁰⁴⁰.

1479. En second lieu, la Commission admet les autres mesures structurelles lorsque leurs effets sont aussi efficaces que ceux des cessions²⁰⁴¹.

²⁰³⁴ Commission, 2 décembre 2015, *Solvay/Cytec*, aff. M.7777, JOUE C26, 23 janvier 2016, p. 1 ; obs I. Girgenson, « La Commission européenne autorise un rapprochement entre deux fabricants de produits chimiques », *Concurrences*, 2016, n°3, p. 110.

²⁰³⁵ Commission, 21 décembre 2015, *Honeywell/Elster*, aff. M.7737, JOUE C119, 5 avril 2016, p. 2 ; obs. I. Girgenson, « La Commission européenne autorise un rapprochement entre deux entreprises actives dans le secteur des produits de chauffage », *Concurrences*, 2016, n°3, p. 111.

²⁰³⁶ Commission, 22 avril 2016, *Honeywell/Elster*, aff. M.7737.

²⁰³⁷ Commission, 11 décembre 2018, *Thales/Gemalto*, aff. M.8797.

²⁰³⁸ Commission, 19 décembre 2018, *Praxair/Linde*, aff. M.8480.

²⁰³⁹ Commission, 18 novembre 2019, *BASF/Solvay's EP and P&I Business*, aff. M.8674.

²⁰⁴⁰ Commission, 31 juillet 2020, *Alstom/Bombardier Transportation*, aff. M.9779.

²⁰⁴¹ Ce qui fut le cas not. dans Commission, 28 avril 2005, *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio*, aff. M.3680, JOUE C139, 8 juin 2005, p. 37 ; il est toutefois nécessaire de prouver concomitamment qu'il y aura une nouvelle entrée de concurrents susceptible d'éliminer les entraves à la concurrence occasionnées par l'opération : TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177/04, *Rec.* 2006, II, p. 1931, et spécialement, pts 197 et s. Également, à propos d'un engagement permettant un accès aux télévisions payantes, v. Commission, 2 avril 2003, *Newscorp/Telepiù*, aff. M.2876, JOUE L110, 16 avril 2004, p. 73 et Commission, 21 mars 2000, *BskyB/KirchPayTV*, aff. COMP/JV.37, conf. par TPICE, 30 septembre 2003, *ARD c/ Commission*, *préc.*; pour un engagement

1480. Aussi n'est-ce enfin, « qu'exceptionnellement, dans des circonstances très spécifiques »²⁰⁴² que les engagements comportementaux peuvent être recevables.

1481. En dépit d'invitations en ce sens du juge²⁰⁴³, l'admission de ce type de mesures a effectivement été assez lente. La Commission considère en effet que ces remèdes sont peu susceptibles d'anéantir les problèmes de concurrence suscités par des chevauchements horizontaux, d'autant qu'il peut lui être impossible d'en vérifier la correcte exécution postérieure²⁰⁴⁴. Dans l'affaire *Boeing/McDonnell Douglas*²⁰⁴⁵, l'engagement comportemental visant à résilier des accords d'approvisionnement exclusif conclus par diverses compagnies aériennes est, par exemple, resté inexécuté²⁰⁴⁶. Aussi ne sont-ils admis par principe que de manière occasionnelle, notamment en présence de conglomérat²⁰⁴⁷. Leur recevabilité reste conditionnée à la mise en œuvre de mécanismes de surveillance efficaces et à la preuve qu'ils ne sont pas susceptibles de produire des effets de distorsion sur la concurrence.

1482. Cependant, de plus en plus d'affaires ont donné lieu au prononcé de ce type de mesures. Par exemple, la prise de contrôle exclusif de l'entreprise Seagram par Vivendi n'a été autorisée qu'à la condition que Vivendi n'adopte aucun comportement discriminatoire lors de la conclusion de ses futurs contrats²⁰⁴⁸. La

permettant un accès à l'énergie par des programmes de cession de gaz, v. Commission, 21 décembre 2005, *E.ON/MOL*, aff. M.3696, *JOUE* L253, 16 septembre 2006, p. 20 et Commission, 14 mars 2006, *DONG/Elsam/Energi E2*, aff. M.3868, *JOUE* L133, 25 mai 2007, p. 24.

²⁰⁴² Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 17.

²⁰⁴³ TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission, préc.*, et spécialement, pts 318 et 319 ; dans l'affaire *Tetra Laval*, le juge a ensuite reproché à la Commission de ne pas avoir suffisamment apprécié les effets des mesures comportementales proposées par les parties alors qu'il s'agissait de mettre fin au risque de création ou de renforcement d'une position dominante (TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c/ Commission*, aff. T-5/02, *Rec.* 2002, II, p. 4381 ; CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV, préc.*, pts 86 à 88). En ce sens, v. aussi, L. Idot, « À propos des engagements en droit de la concurrence : quelques réflexions sur la pratique communautaire française », *Cahiers de droit européen*, 1999, n°4, p. 569 ; L. Idot, « Le rôle clé des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique », *RLDA*, avril 2001, n°37, supplément ; L. Fréneaux, « L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations », *RIDE*, 2007, 2007/1, p. 43.

²⁰⁴⁴ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 69.

²⁰⁴⁵ Commission, 30 juillet 1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, aff. M.877, *JOCE* L336, 8 décembre 1997, p. 16.

²⁰⁴⁶ C. Prieto, *Synthèse* 170. Fasc. 1480 et 1490 – *Contrôle européen des concentrations*, JCI Europe Traité, février 2018.

²⁰⁴⁷ CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV, préc.*, et spécialement, pts 85 et 86.

²⁰⁴⁸ Commission, 13 octobre 2000, *Vivendi/Canal +/Seagram*, aff. M.2050, *JOCE* C311, 13 octobre 2000, p. 3, et spécialement, pts 68 et s.

Commission a par ailleurs estimé suffisant qu'un accord de licence exclusive de longue durée sur une marque connue soit conclu. Des engagements de ce type ont en effet permis la réalisation des opérations *Glaxosmithkline/Novartis*²⁰⁴⁹, *Seb/Moulinex*²⁰⁵⁰ ou bien encore *Qualcomm/NXP*²⁰⁵¹. De même, la création d'une entreprise commune entre Airbus et Safran n'a été admise qu'à la condition qu'une activité distincte du secteur concerné soit maintenue et qu'un contrat cadre de fourniture soit conclu avec l'un des clients de Safran²⁰⁵². Par la suite, seuls des engagements de nature comportementale paraissent avoir été nécessaires pour la décision autorisant l'acquisition d'Arianespace par Airbus Safran Launchers²⁰⁵³. La Commission admet également les engagements comportementaux lorsqu'ils s'accompagnent de « joyaux

²⁰⁴⁹ En l'espèce, le contrôle portait sur l'acquisition par Glaxosmithkline de la branche d'activités « vaccins » de Novartis et sur la création d'une nouvelle entité regroupant les activités de Glaxosmithkline et Novartis. Pour compenser les effets néfastes de concurrence sur le marché des vaccins, Glaxosmithkline s'est notamment engagée à concéder une licence exclusive, mondiale et d'une durée indéterminée portant sur un vaccin (Commission, 28 janvier 2015, *Glaxosmithkline/Novartis Vaccines Business / Novartis Consumer Health Business*, aff. M.7276, JOUE C152, 8 mai 2015, p. 1).

²⁰⁵⁰ Pour l'acquisition de Moulinex, Seb s'est engagée à concéder une licence exclusive de la marque pour certains électroménagers dans neuf pays pendant cinq ans et de ne pas y réintroduire la marque Moulinex pendant trois ans afin de permettre aux tiers d'imposer leurs marques (Commission, 8 janvier 2002, *SEB/Moulinex*, aff. M.2621 ; conf. par TPICE, 3 avril 2003, *BaByliss SA c/ Commission*, aff. T-114/02, Rec. 2003, II, p. 1279 et TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c/ Commission*, aff. T-119/02, Rec. 2003, II, p. 1433).

²⁰⁵¹ Aux côtés d'autres engagements consistant à assurer l'interopérabilité entre certains produits, Qualcomm s'est ainsi engagée à octroyer des licences sur certaines technologies, marques et brevets (Commission, 18 janvier 2018, *Qualcomm/NXP Semiconductors*, aff. M.8306, JOUE C113, 27 mars 2018, p. 79).

²⁰⁵² Commission, 26 novembre 2014, *Airbus/Safran/JV*, aff. M.7353, JOUE C210, 26 juin 2015, p. 1.

²⁰⁵³ Commission, 20 juillet 2016, *ASL/Arianespace*, aff. M.7724, JOUE C438, 19 décembre 2017, p. 31 ; nous émettons cependant une réserve à ce sujet : les engagements consistant à limiter la mobilité des travailleurs entre les entreprises concernées et à inclure un mécanisme d'arbitrage au sein des contrats à venir de non-divulgaration semblent effectivement répondre à la qualification d'engagements comportementaux. En revanche, les parties se sont aussi engagées à mettre en place des « pare-feux » au sein du groupe à naître dans le but de limiter l'échange de certaines informations portant sur les tiers entre Airbus et Arianespace. S'il a été estimé que cet engagement était aussi comportemental (C. Prieto, *Synthèse 170. Fasc. 1480 et 1490 – Contrôle européen des concentrations, préc.*, et spécialement n°78 ; P. de Bonnières, « Mandataire dans le respect des engagements », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 29 et spécialement, p. 30), il nous semble que cet engagement répond à la définition de la « muraille de Chine » à laquelle la Commission a notamment recouru dans l'affaire *Ford/Volkswagen* (Commission, 23 décembre 1992, *Ford/Volkswagen*, aff. IV/33.814, JOCE L20, 28 janvier 1993, p. 14). L'Autorité de la concurrence en France recense les murailles de Chine parmi les engagements comportementaux (Autorité de la concurrence, « *Les engagements comportementaux* », La documentation Française, Les Essentiels, 2018 et spécialement, pp. 75 et s.). mais elles s'apparentent, pour d'autres, à des mesures de nature structurelle (P. Arhel, *Concentration*, Rép. com., 2017, et spécialement, n°122 et s.). La Commission ne semble pas avoir pris position explicitement sur la question dans les affaires précitées et dans sa communication sur les mesures correctives.

de la couronne ». Dans l'affaire *Billa/Adeg*²⁰⁵⁴ par exemple, était en cause une opération par laquelle l'entreprise allemande Billa du groupe REWE spécialisé dans le commerce de produits de consommation prenait le contrôle de l'entreprise autrichienne Adeg sur le même marché. Parmi les engagements qui ont conduit à l'autorisation de l'opération, figurait le fait que REWE devait s'assurer que les commerçants Adeg situés dans des districts soulevant des préoccupations de concurrence puissent se lier à d'autres grossistes alimentaires. Cet engagement a été accueilli car, par le bénéfice de la technique des « joyaux de la couronne », REWE s'était engagée en cas d'échec à céder certaines succursales lui appartenant.

1483. Les législations nationales partagent aussi cette vision hiérarchisée. En Allemagne notamment, le *GWB* exige ainsi que les conditions et charges ne conduisent pas à « soumettre les entreprises en cause à un contrôle permanent de leur comportement »²⁰⁵⁵. Les engagements structurels ont la préférence du *Bundeskartellamt*²⁰⁵⁶ et ce d'autant, qu'il n'a rendu aucune décision d'autorisation assortie d'engagements comportementaux depuis 2011²⁰⁵⁷. En France, l'Autorité de la concurrence admet les engagements à condition qu'ils soient efficaces, dépourvus d'ambiguïté, rapides à mettre en œuvre et contrôlables. Elle accueille prioritairement²⁰⁵⁸ les mesures structurelles²⁰⁵⁹ mais elle peut aussi admettre des

²⁰⁵⁴ Commission, 23 juin 2008, *REWE/Adeg*, aff. M.5047, *JOUE* C177, 12 juillet 2008, p. 6 ; Trib. UE, 7 juin 2013, *Spar Österreichische Warenhandels AG c/ Commission*, aff. T-405/08, *Rec.*

²⁰⁵⁵ *GWB*, art. 40§3.

²⁰⁵⁶ *Bundeskartellamt*, *Guidance on Remedies in Merger Control*, mai 2017 et spécialement, pts 23 et s.

²⁰⁵⁷ Autorité de la concurrence, « *Les engagements comportementaux* », *prés.*, et spécialement, p. 65.

²⁰⁵⁸ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 414 (anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 575).

²⁰⁵⁹ Par exemple, il peut s'agir, à titre non-exhaustif, d'une cession de participations ou d'actifs (v. not., Autorité de la concurrence, 23 juillet 2012, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus*, n°12-DCC-100), voire d'un portefeuille de clients (Autorité de la concurrence, 31 janvier 2017, *décision relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Anios par le groupe Ecolab*, n°17-DCC-12), de la conclusion de contrats dans le but de limiter les parts de marché de l'entité à naître (v. not., Ministre de l'économie, des finances et du budget et le Ministre de l'agriculture et de la forêt, 20 juillet 1991, *arrêté relatif à une concentration dans le secteur de la distribution d'eau*, version consolidée au 01 janvier 2017, NOR : ECOC9110096A), ou encore de la cession ou l'abandon de droits de propriété intellectuelle ou marques (v. not., Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 17 mai 2002, *lettre aux conseils de la société Panzani, relative à une concentration dans les secteurs de la semoulerie, des pâtes alimentaires sèches et fraîches, du couscous et des sauces ambiantes*, BOCCRF n°5 du 20 mai 2003 ; Autorité de la concurrence, 14 juin 2018, *décision relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo*, n°18-DCC-95).

remèdes de nature comportementale, que ce soit en complément ou seuls²⁰⁶⁰. Elle a récemment considéré cependant que le fait de proposer de réduire la surface du magasin cible d'une prise de contrôle conjointe était un engagement insuffisant dans la mesure où l'opération présentait le risque de création d'un duopole sur le marché considéré. C'est la raison pour laquelle l'Autorité de la concurrence a, pour la première fois depuis la LME, conclu à l'incompatibilité de l'opération. Les engagements proposés doivent en effet répondre à l'objectif de préservation du bien-être des consommateurs ; or, cette suggestion conduisait au contraire à réduire l'offre mise à leur disposition. L'Autorité de la concurrence s'était appuyée à cette fin sur deux sondages, méthode qui a compté parmi les critiques adressées à cette décision²⁰⁶¹.

1484. Quoi qu'il en soit, par leur nature « curative » et « préventive »²⁰⁶², l'efficacité des engagements est régulièrement soulignée quand ces remèdes ne sont pas

²⁰⁶⁰ Des engagements comportementaux ont par exemple été acceptés en complément d'engagements structurels récemment, alors que l'Autorité de la concurrence était appelée à se prononcer pour la première fois sur les effets d'une opération sur l'offre de soins médicaux et les tarifs des prestations hôtelières pratiquées par les cliniques privées (Autorité de la concurrence, 23 juin 2017, *décision relative à la prise de contrôle exclusif du groupe MédiPôle Partenaires par le groupe Elsan*, n°17-DCC-95 ; obs. O. Billard et Y. Chevalier, « L'Autorité de la concurrence autorise, sous réserve d'engagements, un rapprochement dans le secteur des cliniques privées en prenant en compte les spécificités du secteur de la santé dans son analyse concurrentielle », *Concurrences*, 2017, n°4, p. 130). À propos des engagements comportementaux, v. plus généralement les décisions qui ont accueilli des mesures portant sur l'aménagement des prix (v. not., Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 5 mai 1999, *lettre au président-directeur général de la société Total relative à une concentration dans le secteur du stockage de produits pétroliers*, BOCCRF n°13 du 27 juillet 1999), sur l'accès aux informations et services ou à la clientèle (Autorité de la concurrence, 12 janvier 2010, *décision relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec*, n°10-DCC-02 ; Autorité de la concurrence, 5 septembre 2012, *décision relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participations*, n°12-DCC-129 ; Autorité de la concurrence, 16 octobre 2009, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA*, n° 09-DCC-54), etc. Entre 2009 et 2018, douze opérations de concentration ont été autorisées grâce à la souscription de seuls engagements comportementaux alors qu'elles soulevaient des risques d'effets horizontaux (Autorité de la concurrence, « *Les engagements comportementaux* », *préc.*, et spécialement, p. 75).

²⁰⁶¹ Autorité de la concurrence, 28 août 2020, *décision relative à la prise de contrôle conjoint d'un fonds de commerce de détail à dominante alimentaire par la société Soditroy aux côtés de l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc*, n°20-DCC-116 ; obs. A. Ronzano, « *INFOS CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS : Aux termes d'une décision contestable à certains égards, l'Autorité interdit pour la première fois depuis sa création une opération de concentration* », *L'actu-concurrence, Hebdo*, 5 octobre 2020, n°36/2020.

²⁰⁶² A. Mouzon, « *Le respect des engagements : un point de vue de l'Autorité de la concurrence* », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 24 et spécialement, p. 24.

présentés comme un « contrat gagnant/gagnant »²⁰⁶³. La pratique décisionnelle précitée atteste en outre qu'ils revêtent des formes particulièrement diverses et qu'il y a une tendance certaine à recourir davantage aux engagements comportementaux en dépit des réticences de principe qu'ils suscitent. Malgré les risques de « standardisation »²⁰⁶⁴ que ce type de mesures peut présenter, la pratique de la Commission a également gagné en transparence dans la mesure où elle a publié un « *Guide de bonnes pratiques relatif aux engagements de cession dans les affaires de concentration* »²⁰⁶⁵ sur le sujet. Elle a aussi mis à la disposition des entreprises concernées des textes types²⁰⁶⁶.

1485. Toutefois, malgré l'expérience de la Commission en la matière et les précautions prises après l'étude de 2005, les remèdes suscitent toujours certaines difficultés. Lors de l'exécution des engagements structurels, les entreprises peuvent rencontrer des obstacles pour délimiter précisément l'étendue de la cession, obtenir l'agrément du tiers acquéreur par la Commission ou plus simplement, en trouver un. Pour les remèdes comportementaux, ce sont encore des problèmes d'organisation ou de maintien dans le temps qui peuvent se poser²⁰⁶⁷.

1486. Surtout, parce que l'accomplissement des mesures correctives nécessite d'être vérifié dans le temps, la Commission²⁰⁶⁸ peut manquer de ressources. Dans ces conditions, elle fait souvent appel à des mandataires et plus ponctuellement, à

²⁰⁶³ *Ibid.* et spécialement, p. 25 ; s'agissant plus précisément des avantages et de la modernité de la technique de négociation des engagements, v. aussi *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, §1.

²⁰⁶⁴ V. en ce sens à propos du droit français des concentrations : F. Amand et T. Piquereau, « Le suivi des engagements souscrits dans le cadre du contrôle des concentrations en France », *Concurrences*, 2007, n°4, p. 36 et spécialement, p. 39.

²⁰⁶⁵ *Best Practice Guidelines for divestiture commitments*, 5 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practice_commitments_trustee_en.pdf.

²⁰⁶⁶ Que ce soit pour les engagements de cession (*Standard Model for Divestiture Commitments*, 5 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/template_commitments_en.pdf) ou pour le mandat des personnes nommées comme mandataires (*Standard Trustee Mandate*, 5 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate_en.pdf). À propos de l'ancienne version du Guide précité et de ces modèles, v. aussi M. Gaved et T. Hoehn, « Merger remedies control. The role of monitoring trustee in merger cases », *Concurrences*, 2007, n°2, p. 37.

²⁰⁶⁷ P. de Bonnières, « Mandataire dans le respect des engagements », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 29 et spécialement, p. 30.

²⁰⁶⁸ Tel est aussi le cas en France pour l'Autorité de la concurrence (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pts 421 et s. [anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pts 596 et s. et 618 et s.]).

l'arbitrage par un tiers pour résoudre les éventuels litiges qui pourraient naître entre les acteurs du marché lors de l'exécution des engagements²⁰⁶⁹.

1487. Or, c'est précisément à propos des mandataires que l'efficacité des engagements est particulièrement discutée. Le suivi des engagements est en effet crucial pour apprécier l'efficacité de cette technique. Surveiller la correcte exécution des remèdes est problématique lorsqu'ils sont de nature comportementale dans la mesure où ils sont par définition d'une plus longue durée. Les mandataires étant chargés d'en surveiller le correct accomplissement, leur contribution est ainsi centrale pour déterminer si la technique des engagements contribue *in fine* à la cohérence substantielle du contrôle européen des concentrations.

2) Vers un encadrement supplémentaire de la nomination et des missions du mandataire ?

1488. Avant d'envisager plus en détail la nécessité qu'il y aurait d'encadrer davantage les conditions de désignation du mandataire et l'étendue de ses missions (**(b)**), il semble utile d'en analyser au préalable les principes fondamentaux (**(a)**).

a) La nomination et les missions du mandataire chargé du suivi des engagements

1489. Dans sa communication, la Commission précise notamment la procédure de nomination et les missions du mandataire. Ainsi, les parties doivent présenter à la Commission les noms d'un ou de plusieurs mandataires. En dehors des engagements dits « de règlement préalable » ou « *fix-it-first* »²⁰⁷⁰, si la Commission estime dans sa communication qu'elles doivent « proposer un mandataire compétent

²⁰⁶⁹ En ce sens, v. not., W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, Thèse, LGDJ, Paris, 2001, 632 p. ; C. Liebscher, « L'arbitrage dans les procédures de contrôle des concentrations : des perspectives », *Gaz. Pal.*, mai 2003, n°149, p. 24 ; G. Aubron et D. Théophile, « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence », *AJ contrat*, 2014, p. 212 ; L. Idot, « Arbitrage et droit de la concurrence », *Concurrences*, 2010, n°4, p. 1 ; H. Lesguillons, « La solitude pondérée de l'arbitre face au droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, mai 2003, n°149, p. 17 ; L. Idot (dir.), *Arbitrage et droit de la concurrence*, séminaire, Paris, 31 janvier 2017, *Concurrences*, 2017.

²⁰⁷⁰ Cet engagement consiste à proposer à la Commission un acquéreur d'emblée, avant même la réalisation de l'opération de concentration, lorsque les circonstances sur le marché le justifient ; Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pts 50, 56 et 27 ; il est précisé que cette technique existe aussi en France (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pts 390 et s. [anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pts 591 et s.] ; v. not., Autorité de la concurrence, 29 janvier 2019, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Alsa France SAS et des actifs incorporels nécessaires à la fabrication et à la vente des produits alimentaires sous marques Alsa et Moench par le groupe Dr. Oetker*, n°19-DCC-15).

immédiatement après la décision de la Commission »²⁰⁷¹, elle a toutefois admis par ailleurs qu'un délai de vingt jours ouvrés pour cette nomination était possible²⁰⁷². Quoiqu'il en soit, le mandataire doit présenter toutes les garanties d'impartialité nécessaires²⁰⁷³. Plus précisément, un ou plusieurs²⁰⁷⁴ mandataires doivent assurer deux rôles : l'un consiste à contrôler l'exécution des engagements²⁰⁷⁵ et l'autre, à se charger de la cession lorsque celle-ci compte parmi les engagements souscrits²⁰⁷⁶. Il peut aussi apporter son aide dans le cadre d'une procédure d'arbitrage²⁰⁷⁷.

1490. Le juge s'est encore intéressé au rôle des mandataires lors de l'affaire emblématique *Odile Jacob*. Il semble utile d'en analyser quelques traits dans la mesure où elle a permis de préciser davantage les conditions dans lesquelles les mandataires sont appelés à surveiller l'exécution des remèdes. Rappelons²⁰⁷⁸ qu'en 2004, la Commission avait autorisé sous réserve d'engagements l'opération de concentration par laquelle Vivendi Universal cédait l'ensemble de ses actifs en Europe à Lagardère par l'intermédiaire de sa filiale Vivendi Universal Publishing. Lagardère s'était ainsi engagée à revendre une partie des actifs concernés à un tiers. Odile Jacob s'était portée candidate pour les acheter mais Lagardère avait retenu la proposition de Wendel Investissement, laquelle a été agréée par la suite par la Commission. Odile Jacob a tenté plus tard d'obtenir l'annulation de la décision admettant la compatibilité de l'opération en faisant valoir que l'obligation de notification préalable avait été violée. Nous avons déjà vu que Tribunal avait rejeté le recours²⁰⁷⁹. Cependant, en parallèle et c'est ce qui nous intéresse à ce stade de l'étude, le juge a annulé la décision d'agrément de la Commission dans la mesure où le mandataire désigné pour la cession auprès de Wendel ne présentait pas des gages

²⁰⁷¹ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 123.

²⁰⁷² Les parties peuvent prendre soin de préciser cet aspect dans leurs engagements ; Commission, 26 janvier 2011, *Intel/McAfee*, aff. M.5984, *JOUE* C98, 30 mars 2011, p. 1 et spécialement, pt 344.

²⁰⁷³ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 125.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, pt 123.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*, pts 117 et s.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, pts 121 et s.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, pt 130.

²⁰⁷⁸ À propos de cette affaire et plus précisément, de ses enseignements en cas de défaut de notification préalable de l'opération, v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre I).

²⁰⁷⁹ Trib. UE, 13 septembre 2010, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. T-279/04, *Rec.* 2010, II, p. 185.

d'indépendance suffisants²⁰⁸⁰. Dans ce contexte, Lagardère a ensuite proposé à nouveau la candidature de Wendel en recourant à un nouveau mandataire que la Commission a agréé en 2011 avec effet rétroactif à la date de la décision autorisant l'opération. Saisi d'un nouveau recours en annulation par Odile Jacob, le Tribunal²⁰⁸¹ a confirmé la décision de la Commission avant que la Cour²⁰⁸² ne se prononce également en ce sens. Alors qu'Odile Jacob tentait de contester le caractère rétroactif de la nomination du mandataire, le juge a écarté ces prétentions en estimant que cette décision de la Commission « visait à satisfaire plusieurs objectifs d'intérêt général, à savoir le respect par l'administration de la légalité et de l'autorité de la chose jugée ainsi que la nécessité de combler le vide juridique provoqué par l'annulation de la première décision d'agrément »²⁰⁸³. Le rôle du juge en la matière doit en outre se limiter « à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits ainsi que de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir »²⁰⁸⁴.

1491. Dans ces conditions, l'attention soutenue que les autorités européennes accordent aux mandataires ne paraît pas discutable. Il reste néanmoins que de nombreuses défaillances ont été dénoncées tant par les groupes que par certaines autorités de concurrence.

1492. De leur côté, les entreprises ont dénoncé le risque d'insécurité juridique soulevé par les remèdes comportementaux, s'agissant de l'imprécision du rôle dévolu au mandataire et des difficultés qui en découlaient pour le suivi de ces mesures. Contrairement d'ailleurs à ce que semblent considérer le rapport de l'IGF et du CGE ainsi la proposition commune allemande, française et polonaise, les engagements comportementaux ne serviraient ainsi pas nécessairement les desseins des groupes sur le marché ; bien que les engagements structurels soient plus contraignants et moins intéressants économiquement, ils présenteraient parfois des gages de simplicité d'exécution plus prononcés que les remèdes comportementaux²⁰⁸⁵.

²⁰⁸⁰ Trib. UE, 13 septembre 2010, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. T-452/04, *Rec.* 2010, II, p. 4713 ; conf. par CJUE, 6 novembre 2012, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. jtes C-553/10 P et C-554/10 P, *Rec.*

²⁰⁸¹ Trib. UE, 5 septembre 2014, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. T-471/11, *Rec.*

²⁰⁸² CJUE, 28 janvier 2016, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. C-514/14 P, *Rec.*

²⁰⁸³ *Ibid.*, et spécialement, pt 51.

²⁰⁸⁴ Trib. UE, 5 septembre 2014, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, *préc.*, et spécialement, pt 137.

²⁰⁸⁵ P. Wilhelm, « Le respect des engagements : Le point de vue des entreprises dans le contrôle des concentrations », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 21.

1493. Par ailleurs, l'impartialité du mandataire comme l'effectivité du suivi dont il a la charge peuvent soulever quelques préoccupations pour les autorités de concurrence. Alors que la Commission entend que le mandataire soit « [s]es yeux et [s]es oreilles »²⁰⁸⁶, le fait qu'il soit un tiers externe et que les parties en fixent notamment les conditions de rémunération l'empêcherait de pleinement exprimer « la voix »²⁰⁸⁷ de cette autorité.

1494. Dans ce contexte, l'Autorité de la concurrence en France s'est interrogée en 2017 sur la nécessité qu'il y aurait de réviser partiellement les règles nationales²⁰⁸⁸ gouvernant son intervention. Ses propositions, comme les évolutions auxquelles elles ont donné lieu, méritent par conséquent un examen attentif. En effet, elles peuvent en particulier servir de base pour un encadrement supplémentaire de la nomination et des missions du mandataire en droit européen des concentrations.

b) Proposition de nouvel encadrement de la nomination et des missions du mandataire

1495. L'Autorité de la concurrence a émis quatre propositions en 2017²⁰⁸⁹ qui semblent particulièrement intéressantes. En premier lieu, il s'agirait d'exiger que les propositions d'engagements contiennent au moins trois propositions de mandataires et de recourir en parallèle à des experts pour les secteurs particulièrement techniques (audiovisuel, télécommunications). En second lieu, l'Autorité a évoqué la possibilité de « formaliser et systématiser davantage les liens » entre l'Autorité et les mandataires. En troisième lieu, l'Autorité a proposé de publier l'identité du mandataire sur son site Internet pour parfaire l'information des tiers. Enfin, elle a suggéré qu'un fonds soit créé et qu'il soit dédié à la rémunération des mandataires. Son financement pourrait être effectué par les entreprises ayant souscrit des engagements ou subi des injonctions.

²⁰⁸⁶ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, pt 118.

²⁰⁸⁷ D. Bosco, « Introduction », in « Le respect des engagements pris devant les autorités de concurrence », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 12 et spécialement, p. 13.

²⁰⁸⁸ Lesquelles en droit français se font particulièrement rares. Le Code de commerce ne régit ni la nomination ni les missions du mandataire appelé à intervenir lors de l'examen de l'opération de concentration. Dans ses lignes directrices, l'Autorité de la concurrence exige qu'il satisfasse à des critères d'indépendance, de qualifications et qu'il n'y ait pas de conflits d'intérêts.

²⁰⁸⁹ Autorité de la concurrence, « *L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.* », 20 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf.

1496. Dans son projet de lignes directrices de 2019 cependant²⁰⁹⁰, comme dans la publication consécutive de la nouvelle version des lignes directrices remplaçant celles de 2013²⁰⁹¹, l’Autorité de la concurrence n’a semble-t-il retenu que les deux premières pistes. Ainsi, les parties sont désormais dans l’obligation de proposer une liste d’au moins trois mandataires, afin que l’Autorité puisse par la suite agréer l’un d’eux ou plusieurs d’entre eux. Dans le cas où l’Autorité en retiendrait plusieurs, les parties sont en droit d’en choisir un pour assurer le suivi des engagements ou injonctions. À défaut d’agrément de l’un des noms proposés par les parties, celles-ci doivent soumettre une nouvelle liste dans le délai d’une semaine. Ce n’est qu’en cas de nouveau refus que l’Autorité est en droit de désigner elle-même un mandataire et ce, aux frais des parties. Pour être agréé, le mandataire doit remplir les conditions suivantes : « être indépendant des parties, avoir les compétences requises et les moyens suffisants pour mener à bien sa mission, et ne pas faire ou devenir l’objet d’un conflit d’intérêts »²⁰⁹².

1497. La question de la rémunération du mandataire est pour sa part restée inchangée : celle-ci doit seulement être arrêtée « selon des modalités qui ne porteront pas atteinte à l’accomplissement indépendant et effectif de ses missions »²⁰⁹³ et la structure de ces honoraires reste également soumise à l’approbation de l’Autorité²⁰⁹⁴. Par ailleurs, en regroupant une partie des principes applicables aux mandataires indépendamment de la nature des engagements en cause, la nouvelle version des lignes directrices comprend une nouvelle section propre aux missions du mandataire²⁰⁹⁵. L’indépendance du mandataire vis-à-vis de la partie notifiante y est rappelée ; il lui est permis de proposer l’accomplissement des mesures nécessaires au respect des engagements auprès de cette partie ou à défaut de l’Autorité ; il lui est demandé d’établir des rapports régulièrement auprès de l’Autorité et de lui faire part de ses éventuelles difficultés ; il est précisé que ses interprétations ne lient pas l’Autorité ; les principes généraux du mandat sont enfin rappelés, en ce sens que

²⁰⁹⁰ Projet de lignes directrices de l’Autorité de la concurrence sur le contrôle des concentrations, 2019, pts 408 et s.

²⁰⁹¹ Lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pts 424 et s.

²⁰⁹² *Ibid.*, pt 427.

²⁰⁹³ Cette exigence figure dans le modèle d’engagements proposé par l’Autorité de la concurrence en annexe de ses lignes de directrices (lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 868 [anciennement, lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 18, p. 196]).

²⁰⁹⁴ *Ibid.*, pt 921 (anciennement, lignes directrices de l’Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pt 27, p. 213).

²⁰⁹⁵ *Ibid.*, pts 431 et s.

seule la partie mandante est responsable du correct accomplissement des mesures souscrites.

1498. Si les mesures décrites dans les nouvelles lignes directrices de 2020 présentent un certain intérêt, les propositions initiales nous semblent cependant plus pertinentes encore, que ce soit pour une révision du droit français ou européen des concentrations. Obliger les entreprises à proposer plusieurs mandataires et laisser à la Commission ou à l'Autorité le soin d'en nommer un à l'appui des informations obtenues paraît utile pour leur permettre de déléguer leurs missions avec plus de précautions. De même, le fait d'avoir rassemblé les principes gouvernant les missions du mandataire et ses rapports avec l'Autorité dans la partie concernée des lignes directrices peut faciliter la lisibilité de la procédure, même si aucune modification substantielle ne paraît avoir été apportée au fond²⁰⁹⁶.

1499. Cependant, il peut être regretté que les autres pistes n'aient pas été retenues. Notamment, le recours à des experts pour les secteurs qui le nécessiteraient pourrait renseigner davantage l'autorité sur la pertinence des mesures proposées par les parties²⁰⁹⁷. La publication immédiate de l'identité du mandataire pourrait également faciliter les recours des tiers ; l'affaire *Odile Jacob* a montré que son identité pouvait en effet affecter leurs intérêts et fonder d'éventuels recours. Raccourcir les délais pourrait également protéger les tiers, tout en réduisant les délais finaux induits par l'examen de l'opération. Enfin, la création du fonds évoquée par l'Autorité de la concurrence semble essentielle : pour l'heure, le fait que le mandataire soit non seulement choisi par les parties mais encore rémunéré par celles-ci peut être de nature à limiter le droit de regard de la Commission ou de l'Autorité sur son impartialité.

1500. Dès lors, développer les engagements comportementaux au motif que ceux-ci serviraient davantage les impératifs de compétitivité de l'industrie européenne n'est pas pertinent. D'une part, les arguments juridiques invoqués ne paraissent pas se

²⁰⁹⁶ Dans l'ancienne version des lignes directrices, les missions précitées figuraient en effet dans les développements consacrés spécifiquement aux mesures structurelles (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pts 596 et s.) et comportementales (*ibid.*, pts 618 et s.). Au fond, la nouvelle version semble avoir simplement consacré en plus la possibilité qui est offerte au mandataire de proposer des mesures à la partie notifiante destinées à garantir le correct accomplissement des engagements souscrits ou à l'Autorité, à défaut de mise en œuvre de ces mesures dans les délais impartis (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pt 433).

²⁰⁹⁷ À noter cependant les réserves qui ont été émises au vu de l'abandon d'une tentative similaire mise en place par la Commission : F. Amand et T. Piquereau, « Le suivi des engagements souscrits dans le cadre du contrôle des concentrations en France », *Concurrences*, 2007, n°4, p. 36, et spécialement, p. 37.

vérifier pleinement. D'autre part, une telle révision risque de nuire aux objectifs de préservation de la concurrence que le droit européen des concentrations poursuit. Il reste cependant que certains aspects de ces engagements atténuent la pertinence de cette technique pour le contrôle, en particulier s'agissant de leur suivi par un ou plusieurs mandataires. Dans ces conditions, des mesures à l'image de celles proposées par l'Autorité de la concurrence en 2017 et qui ont été pour partie reprises ensuite, semblent plus pertinentes pour la cohérence substantielle du contrôle des concentrations que ne paraît l'être la politisation des remèdes.

1501. À côté des engagements comportementaux, ce sont par ailleurs les gains d'efficacité qui nécessitent d'être interrogés dans des termes analogues.

Paragraphe 2 : L'admission nécessairement marginale des gains d'efficacité

1502. Les gains d'efficacité ou d'efficacité désignent les avantages suscités par l'opération dès lors que ceux-ci compensent les effets néfastes de la concentration sur la concurrence. Plusieurs classifications ont été proposées à propos de ces gains. Ainsi, sont-ils parfois qualifiés de quantitatifs ou qualitatifs²⁰⁹⁸. Ils sont quantitatifs lorsqu'ils permettent notamment une baisse des coûts de production ou le bénéfice d'économies d'échelle. Ils sont qualitatifs quand ils entraînent par exemple la production ou la distribution de nouveaux produits ou services, voire leur amélioration. Ils sont aussi parfois identifiés comme statiques ou dynamiques²⁰⁹⁹. Qualifiés de statiques, les gains résident dans des baisses de coûts permises par une production rationalisée, des économies d'échelle et de gamme, si ce n'est une augmentation de la puissance d'achat. Lorsqu'ils provoquent une augmentation de la capacité d'innovation, ils sont alors dénommés dynamiques et considérés comme plus complexes à évaluer.

1503. Les critiques qui ont été émises après l'affaire *Siemens/Alstom* ne se sont néanmoins pas spécifiquement consacrées à l'un ou l'autre de ces gains. Ces travaux ont en effet plus largement dénoncé la faible prise en compte des gains d'efficacité par la Commission dans son analyse des concentrations (A.). Leur admission en droit européen semble cependant devoir rester marginale au vu de l'objectif de protection du bien-être des consommateurs que le contrôle poursuit (B.).

²⁰⁹⁸ V. en ce sens, M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, Paris, 2017, 7^{ème} éd., 385 p., et spécialement, n°861.

²⁰⁹⁹ OCDE, « *Policy roundtables. Dynamic efficiencies in Mergers Analysis. 2007* », Competition law & Policy OECD, 15 mai 2008, DAF/COMP(2007)41.

A. Des propositions en faveur de la théorie des gains d'efficience

1504. Dans leur rapport, l'IGF et le CGE préconisent de « mieux expertiser les gains d'efficience présentés par les entreprises et [d']encourager ces dernières à s'en saisir »²¹⁰⁰. À cette fin, ils proposent une comparaison entre les principes d'interprétation applicables en droit des ententes et en droit des concentrations. L'article 101§3 du TFUE pose en effet les conditions auxquelles doivent répondre les accords, décisions et pratiques pour échapper à l'interdiction prévue par l'article 101§1 de ce même Traité. Les lignes directrices applicables aux restrictions horizontales en régissent quant à elles l'appréciation : elles prévoient que pour être recevables, les gains d'efficacité doivent être indispensables, se répercuter sur les consommateurs et surtout, ne pas « éliminer la concurrence »²¹⁰¹. En relevant que l'article 2, 1., b) du règlement « concentrations » exige pour sa part que l'évolution technique et économique « soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence », le rapport en déduit que les conditions posées en droit des concentrations seraient plus lourdes. Dans ces conditions, l'IGF et le CGE recommandent de modifier le règlement « concentrations » en intégrant une formule proche de celle retenue pour l'application de l'article 101§3. Il s'agirait également d'introduire une liste indicative de motifs pouvant en justifier, à l'instar de l'emploi, de la sécurité publique, de la souveraineté technologique et du développement durable²¹⁰². Dans ce contexte, ce document invite la Commission à publier des lignes directrices spécifiques destinées à clarifier l'éventail des gains pouvant justifier la compatibilité d'une opération et souligne la nécessité qu'une contre-expertise soit menée à cette occasion. Quelques mois plus tard, la proposition allemande, française et polonaise a fait part de suggestions similaires²¹⁰³.

²¹⁰⁰ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », avril 2019, n°2018-M-105-03 et n°2018/29/CGE/SG, disponible à l'adresse suivante : <http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2019/2018-M-105-03-UE.pdf>, et spécialement, 2.2 p. 29.

²¹⁰¹ Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, pts 141 à 144 ; il en va de même pour les restrictions verticales (lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, pt 122).

²¹⁰² Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 2.2 p. 30.

²¹⁰³ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ministre de l'économie et des finances et *Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>, et spécialement, pt 3.

1505. Ces recommandations invitent ainsi à s'interroger sur la nécessité qu'il y aurait d'intégrer davantage les gains d'efficacité dans l'analyse des opérations de concentration. Le fait que l'admission de ces gains soit questionnée s'explique certes non seulement en raison du souhait plus général émis par ces travaux d'assouplir le contrôle mais aussi au vu du caractère relativement récent de leur intégration en droit européen. Il semble toutefois que les objectifs que le contrôle poursuit se prêtent peu à les admettre de manière extensive, au contraire du modèle nord-américain. Or, l'équilibre actuel sur lequel repose le contrôle européen à cet égard gagne à être encouragé.

B. Des propositions inadaptées au standard du bien-être des consommateurs

1506. Rappelons que la consécration de la théorie américaine des gains d'efficacité ou gains d'efficacité en droit européen est récente dans la mesure où elle a compté parmi les innovations introduites par le règlement (CE) n°139/2004 par rapport au règlement (CEE) n°4064/89²¹⁰⁴. En son préambule, le règlement « concentrations » prévoit ainsi que « pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées »²¹⁰⁵. Alors que le règlement (CEE) n°4064/89 imposait à la Commission de se livrer au seul bilan concurrentiel de l'opération de dimension communautaire pour en apprécier la compatibilité sur le marché, le règlement « concentrations » a opéré un glissement en faveur d'un bilan un peu plus économique²¹⁰⁶.

1507. En dépit du rapprochement entre les modèles européen et nord-américain que l'adoption du règlement « concentrations » a opéré, le standard de preuve exigé par le guichet unique européen reste plus contraignant en la matière qu'il ne l'est aux États-Unis. La Commission considère en effet dans ses lignes directrices que trois conditions doivent être remplies : les entreprises concernées par l'opération doivent démontrer que le gain allégué est à l'avantage des consommateurs, qu'il est propre à la concentration et vérifiable²¹⁰⁷. Le juge européen applique les mêmes exigences que

²¹⁰⁴ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

²¹⁰⁵ Règlement « concentrations », (29).

²¹⁰⁶ V. not. L. Vogel, *Droit de la concurrence européen et français*, Juriscience, Lawlex, 2012, 1812 p., et spécialement, n°855 et s. ; à propos du règlement (CEE) n°4064/89, M. Glais, « L'application du règlement communautaire relatif au contrôle de la concentration : premier bilan », *Revue d'économie industrielle*, 1992, n°60, p. 94.

²¹⁰⁷ Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pts 79 et s ; lignes

la Commission. C'est ainsi que les prétendues économies d'échelle dont aurait pu bénéficier à terme Aer Lingus par suite de son rachat par RyanAir ont été jugées insuffisantes au regard des effets anticoncurrentiels affectant les prix et la diversité de l'offre pour les consommateurs suscités par la situation de quasi-monopole qui en aurait résulté²¹⁰⁸. Il importe que les parties notifiantes prouvent que les gains d'efficacité ne profiteront pas majoritairement à l'entité issue de l'opération mais au contraire, qu'ils se répercuteront principalement sur les consommateurs²¹⁰⁹. En tout état de cause, la réunion de ces diverses conditions n'est pas aisée, en particulier s'agissant du caractère vérifiable du gain dans un contexte où le contrôle repose sur une analyse prospective de l'opération²¹¹⁰.

1508. Ce dernier critère semble cependant justifié par l'asymétrie d'informations qui caractérise cet aspect du contrôle : puisqu'il revient aux entreprises concernées de faire valoir les gains d'efficacité induits par leur opération, elles peuvent être tentées de ne divulguer à la Commission que les seules informations en attestant²¹¹¹. L'importance de cette condition doit en outre être relativisée : ainsi que la Commission le relève elle-même, cette « vérification » s'appuie certes notamment sur des expertises extérieures mais aussi sur des documents internes appartenant aux entreprises, si ce n'est sur les déclarations de leurs dirigeants²¹¹².

1509. Quoi qu'il en soit, il n'est donc pas surprenant que les travaux précités relèvent la certaine frilosité dont la Commission fait preuve à l'égard des gains d'efficacité²¹¹³. Cette méthode d'appréciation est toutefois justifiée par les objectifs poursuivis par le droit européen des concentrations. Symétriquement, l'attention plus soutenue que les autorités américaines accordent aux gains d'efficacité s'explique aussi par les objectifs poursuivis par le contrôle nord-américain.

directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pts 6 et 21.

²¹⁰⁸ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Ryanair Holdings plc c/ Commission*, aff. T-342/07, *Rec.* 2010, II, p. 3457.

²¹⁰⁹ Trib. UE, 9 mars 2015, *Deutsche Börse AG c/ Commission*, aff. T-175/12, *Rec.*

²¹¹⁰ D. Encaoua et R. Guesnerie, *Politiques de la concurrence*, La Documentation française, Paris, 2006, 304 p., et spécialement pp. 104-105.

²¹¹¹ Cette situation peut être permise par divers paramètres, tels l'influence dont les entreprises concernées disposent, les coûts sociaux de l'opération et les standards de preuve requis par l'autorité de contrôle saisie (J. N. M. Lagerlöf et P. Heidhues, « On the desirability of an efficiency defense in merger control », *International Journal of Industrial Organization*, décembre 2005, vol. 23, n°9-10, p. 803).

²¹¹² Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pt 88.

²¹¹³ En ce sens, v. aussi M. Glais, « À propos du règlement européen n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *RIDE*, 2006, n°1, p. 47.

1510. Certes, aux États-Unis comme au sein de l'Union, les gains d'efficacité ont peu à peu investi le contrôle des concentrations à la faveur de divers travaux économiques. À cet égard, rappelons brièvement²¹¹⁴ que si la question des avantages pro-concurrentiels d'une opération comptaient déjà parmi les critères gouvernant la *rule of reason* américaine permettant d'apprécier les effets d'une opération²¹¹⁵, l'Autrichien Schumpeter soulignait pour sa part, dans la lignée de Walras, les bienfaits pour l'innovation que la concentration économique peut provoquer. En prenant le contre-pied des travaux structuralistes, l'École de Chicago, incarnée notamment par Robert H. Bork²¹¹⁶, a quant à elle défendu les avantages qui pouvaient résulter de ce type d'opération au profit des consommateurs. Les Horizontal Mergers Guidelines s'en sont ensuite fait l'écho en consacrant, dès 1984 d'importants développements aux gains d'efficacité²¹¹⁷. Ce sont encore les travaux sur ces gains d'Oliver E. Williamson²¹¹⁸ qui ont inspiré la version des lignes directrices américaines en 1997, dont la méthode d'appréciation dans ce domaine n'a pas été modifiée lors de leur révision de 2010²¹¹⁹. Si l'influence des travaux de cette École semble avoir été moins marquée en droit de l'Union qu'aux États-Unis, la réception au sein du marché unique de la théorie propre à ces gains ainsi que d'autres instruments en témoignent cependant.

1511. Néanmoins, si le droit nord-américain des concentrations accorde une attention plus soutenue aux gains d'efficacité que ne le fait le droit européen des concentrations, c'est surtout en raison de leurs finalités distinctes. L'approche historiquement structuraliste du droit européen des concentrations, soit celle qui visait à protéger les structures de la concurrence en empêchant la création ou le renforcement d'une position dominante, était gouvernée par la nécessité de garantir le surplus des consommateurs. Le changement opéré en 2004 en faveur du test de la réduction substantielle de concurrence qui a conduit à atténuer le test de la dominance a quelque peu apaisé cette tendance, à mesure que le modèle de concurrence pure et parfaite montrait aussi ses limites dans la littérature

²¹¹⁴ V. *Supra*, Chapitre Préliminaire.

²¹¹⁵ En ce sens, v. not., *U.S. Supreme Court*, 4 mars 1918, *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 et *FTC*, 30 avril 1962, *Foremost Dairies, Inc.*, 60 F.T.C. 944, 1102

²¹¹⁶ V. not., R. H. Bork, « The Rule of Reason and the Per Se Concept : Price Fixing and Market Division », *The Yale Law Journal*, 1965, vol. 74, no. 5, p. 775 ; R. H. Bork, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, Simon & Schuster, 1993, 479 p.

²¹¹⁷ V. not., *Mergers guidelines*, 1984, art. 3-5.

²¹¹⁸ O. E. Williamson, « Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Tradeoffs », *The American Economic Review*, 1968, vol. 58, no. 1, p. 18.

²¹¹⁹ J. E. Stone et J. D. Wright, « The Sound of One Hand Clapping : the 2010 Merger Guidelines and the Challenge of Judicial Adoption », *Review of industrial organization*, 2011, vol. 39, n°1/2, p. 145.

économique. Toutefois, l'objectif de préservation du bien-être des consommateurs n'a pas été modifié²¹²⁰. Or, cette finalité peut se heurter aux gains d'efficacité : si une opération présente d'importants gains d'efficacité, il est possible qu'elle conduise mécaniquement à évincer une partie des concurrents sur le marché et partant, à nuire au bien-être des consommateurs²¹²¹.

1512. Lorsqu'un État dispose d'une politique de concurrence ou de règles en la matière, l'objectif de préservation du bien-être des consommateurs lui est certes toujours associé²¹²². Tel est par conséquent le cas aussi aux États-Unis mais il semble n'être qu'un but parmi d'autres. Lors d'une interview, Thomas Barnett, Deputy Assistant Attorney General de la division Antitrust du DoJ, expliquait en effet que « (...) la concurrence est le meilleur moyen pour promouvoir non seulement le bien-être des consommateurs, mais aussi beaucoup d'autres objectifs à long terme qui sont souvent utilisés pour écarter le droit de la concurrence, tels que l'accroissement de l'emploi et la préservation d'une économie propice à la croissance des entreprises »²¹²³. Depuis lors, le constat est le même : bien qu'il soit régulièrement souligné que le Sherman act s'apparente au « texte du bien-être du consommateur », il reste que les juges américains n'ont pas érigé cette finalité comme l'unique but à

²¹²⁰ V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

²¹²¹ Ce type de gains a été qualifié d'« *efficiency offense* » dans la mesure où il se retournerait contre les entreprises concernées. Il serait à même de donner lieu à deux types de décisions inverses : dans un cas, l'autorité de contrôle saisie ferait preuve d'une certaine « myopie » car en rejetant la possibilité que l'opération soit suivie d'autres concentrations qui en compenseraient les effets, elle en déduirait que l'opération notifiée doit être bloquée ; dans l'autre, l'autorité de contrôle accueillerait ce gain et autoriserait l'opération car elle aurait conscience que cette opération incitera les concurrents des entreprises concernées à se concentrer à leur tour (M. Motta et H. Vasconcelos, « Efficiency gains and myopic antitrust authority in a dynamic merger game », *International Journal of Industrial Organization*, décembre 2005, vol. 23, n°9-10, p. 777).

²¹²² Dans son *Manuel sur la protection du consommateur*, la CNUCED a relevé en 2017 que cent vingt-deux pays à travers le monde disposent ou ont disposés d'une politique de concurrence ou à tout le moins, de lois y afférant (CNUCED, « *Manuel sur la protection du consommateur* », 2017, UNCTAD/DITC/CPLP/2017/1, et spécialement, p. 54). Tout en soulignant que le lien entre les politiques de concurrence et le bien-être des consommateurs a pu varier au fil des époques et des frontières géographiques, la CNUCED y confirme que la protection du bien-être des consommateurs est l'objectif de ces droits de la concurrence. Elle déclare ainsi que « bien que la protection des consommateurs soit abordée sous l'angle de la demande et la politique de concurrence sous celui de l'offre, dans un cas comme dans l'autre c'est l'intérêt du consommateur qui doit primer » (*ibid.*, et spécialement, p. 10) ou encore que « la possibilité pour le consommateur de choisir est la raison d'être de la concurrence. » (*ibid.*, et spécialement, p. 60).

²¹²³ Traduction libre de : « competition is the best way to promote not only consumer welfare, but also many of the long-term goals that are often cited as excuses for setting the antitrust laws aside, such as increased employment and the fostering of an economy conducive to business growth. » (« Interview with Thomas Barnett, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice », *The Antitrust Source*, mai 2005, p.8).

atteindre en matière de droit *antitrust*. Il s'agit ainsi non de s'attacher au seul bien-être des consommateurs mais au bien-être total correspondant à un point d'équilibre entre le surplus des consommateurs et celui des producteurs²¹²⁴.

1513. Dans ces conditions, les objectifs poursuivis par le droit de l'Union européenne, d'un côté et par le droit des États-Unis, de l'autre, conduisent à deux approches distinctes. L'Union apprécie les concentrations à l'issue d'un bilan qui reste à ce jour plus concurrentiel qu'économique : elle cherche à déterminer si la concurrence effective est maintenue à l'issue de l'opération en appréciant sous réserve de strictes conditions l'existence de gains d'efficacité. Les États-Unis privilégient en revanche la méthode du bilan économique en mettant pleinement en balance les gains d'efficacité, d'un côté et les effets néfastes de l'opération sur la concurrence, de l'autre. Cette diversité d'approches explique quasiment naturellement que les gains d'efficacité bénéficient d'une plus faible réception en droit européen qu'en droit nord-américain. Non seulement l'approche américaine conduit à laisser une place plus conséquente aux facteurs qui pourraient contribuer au surplus des producteurs mais c'est aussi une divergence de temporalité qui fonde cette différence de traitement.

1514. Le Professeur Marie Malaurie-Vignal l'a ainsi souligné à propos d'un autre volet du droit de la concurrence²¹²⁵. Elle relève que l'intérêt du consommateur s'apprécie en effet à court terme tandis que les effets de ces gains d'efficacité sont nécessairement appréciables sur une échéance plus longue. Déterminer l'intérêt qu'il convient de protéger revient ainsi à choisir entre satisfaire des besoins de manière immédiate ou miser sur « un avenir économique radieux, mais nécessairement incertain »²¹²⁶. Faute pour les travaux économiques d'être parvenus à dégager une seule ligne de conduite, cette question relève nécessairement de considérations politiques. Le juriste ne peut tout au plus que s'interroger sur la pertinence d'un certain équilibre.

1515. Des réflexions à ce propos ont été avancées et ont opté pour un positionnement proche de celui que les travaux précités ont défendu après l'affaire *Siemens/Alstom*. Il s'agirait ainsi de s'assurer que le droit européen des concentrations

²¹²⁴ S. Calkins, E. Gellhorn et W. Kovacic, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West Academic, 19 août 2004, 667 p.

²¹²⁵ M. Malaurie-Vignal, « Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? Différence d'analyse entre droit et économie ou "un consommateur pris à partie par le droit de la concurrence" », CCC, juillet 2007, n° 7, étude 10.

²¹²⁶ *Ibid.*

ne soit plus guidé par la nécessité de protéger le seul bien-être des consommateurs mais le bien-être total. Les gains d'efficacité gagneraient à être davantage mobilisés à cette fin. C'est notamment la thèse soutenue par Georges Vallindas²¹²⁷. Certaines études économiques plus récentes ont également considéré que les gains d'efficacité destinés à accroître le bien-être des consommateurs peuvent diminuer le bien-être total²¹²⁸. De même, dans la mesure où le consommateur désigne en droit de la concurrence l'acheteur et non, contrairement au droit de la consommation, la personne physique agissant à des fins non-professionnelles, favoriser le bien-être de ce type d'acteurs conduirait *in fine* à encourager l'activité économique de certaines entreprises sur le marché au détriment d'autres²¹²⁹.

1516. Ces divers éléments appellent toutefois deux séries de remarques.

1517. D'une part, une partie des recommandations émises par le rapport et la proposition commune semble justifiée : la publication de lignes directrices ou d'une communication portant sur les gains d'efficacité pourrait clarifier les principes d'interprétation applicables en droit européen des concentrations. L'adoption de ces textes ne semble cependant pas à même de faciliter le recours aux gains d'efficience en l'état actuel : les critères de preuve requis demeureraient à l'identique et l'approche structuraliste qui persiste en droit européen des concentrations se prête peu à une prise en compte accrue de ces gains au contraire de son homologue nord-américain. Sauf à pleinement embrasser les théories économiques qui gouvernent la mise en œuvre du droit nord-américain des concentrations actuel, la place des gains d'efficience dans le contrôle européen des concentrations a vocation à demeurer circonscrite.

1518. Pourtant, rien ne semble justifier à suffisance, d'autre part, que le droit européen des concentrations gagnerait à être modifié en ce sens. Comme le Professeur Marie Malaurie-Vignal l'a montré, le fait de privilégier la satisfaction du bien-être des consommateurs ou les intérêts à plus long terme que les gains d'efficience servent, est avant tout un choix politique²¹³⁰. Or, dans la mesure où le

²¹²⁷ G. Vallindas, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, thèse, Bruylant, Travaux du CERIC, 2009, 561 p., et spécialement, p. 410 et s.

²¹²⁸ S. C. Salop, « Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard », *Loyola Consumer Law Review*, 2010, vol. 22, no. 3, p. 336.

²¹²⁹ V. en ce sens, K. Cseres, « The Controversies of the Consumer Welfare Standard », *The Competition Law Review*, mars 2007, vol. 3, issue 2, p. 121.

²¹³⁰ M. Malaurie-Vignal, « Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? Différence d'analyse entre droit et économie ou "un consommateur pris à partie par le droit de la concurrence" », *art. préc.*

droit européen des concentrations relève pour l'heure de la politique européenne de concurrence, le critère de la préservation du bien-être des consommateurs, tout malléable qu'il soit, ne peut être occulté, ni abandonné²¹³¹. Les contrôles nord-américain et européen diffèrent à certains égards, non seulement au vu des finalités précédemment décrites mais aussi d'une partie des critères d'appréciation substantielle que chacun retient²¹³² ; dans ces conditions, des objets différents appellent des méthodes d'appréciation distinctes et le décalque parfait du modèle nord-américain n'est pas justifié.

1519. Par ailleurs, le fait que des théories économiques plus récentes aient montré les effets néfastes qu'entraînait le critère européen du bien-être du consommateur ne semble pas à même de justifier une quelconque évolution. Les critères retenus outre-Atlantique ont en effet fait l'objet de vives critiques, rendant ainsi discutable la pertinence du bien-être total, y compris s'agissant de la compétitivité que ce standard servirait. L'introduction des gains d'efficacité aux États-Unis s'est en effet accompagnée de revirements de jurisprudence²¹³³ et les réticences initiales des autorités américaines à l'encontre des opérations de concentration se sont quasiment éteintes à cet instant. Or, il a été montré que la hausse du degré de concentration du marché constaté ces dernières années a été assortie non seulement d'une hausse des marges et du prix des actions mais aussi d'une baisse des investissements, notamment dans le domaine de la recherche et du développement alors que la diminution du degré de concentration au sein de l'Union européenne s'est accompagnée, certes d'une diminution des bénéfices et du prix des actions mais aussi d'un niveau quasi-stable des investissements²¹³⁴. L'impact actuel des travaux de l'École de Chicago et le crédit porté par les autorités américaines aux effets pro-concurrentiels des opérations de concentration ont également pu être dénoncés comme l'une des causes majeures des difficultés rencontrées par la politique économique nord-américaine²¹³⁵, si ce n'est comme l'une des menaces principales faites à l'innovation²¹³⁶.

²¹³¹ En ce sens, v. *Supra*, Chapitre préliminaire.

²¹³² V. Viillard, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations : étude comparée des droits communautaire et américain*, thèse, D., Paris, 2007, 576 p.

²¹³³ La nomination du juge R. Posner de l'École de Chicago y a notamment contribué : R. D. Cudahy, « Judge Posner through Dissenting Eyes », *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 2000, vol. 17, issue 1, 41 p.

²¹³⁴ G. Gutierrez et T. Philippon, « How EU Markets Became More Competitive Than US Markets : a Study of Institutional Drift », *NBER Working paper*, juin 2018, n°24700.

²¹³⁵ J. B. Baker, *The Antitrust Paradigm : Restoring Competitive Economy*, Harvard University Press, mai 2019, 310 p. et spécialement, p. 14 et s.

²¹³⁶ *Ibid.*, et spécialement, p. 151 et s.

1520. Dès lors, si une clarification des principes applicables aux gains d'efficience pourrait servir la cohérence du contrôle des concentrations en augmentant sa prévisibilité, les objectifs poursuivis par le droit européen des concentrations ne sont pas de nature à ce que ces instruments intègrent l'appréciation de la Commission de manière plus prononcée. Or, rien ne semble pour l'heure pleinement fonder la pertinence d'une évolution à cet égard.

1521. Une telle modification du droit paraît d'autant moins opportune s'il s'agit de la justifier par la nécessité d'instrumentaliser le contrôle des concentrations au profit de la promotion de la compétitivité de l'industrie européenne, pour les raisons évoquées précédemment. Pourtant, selon les travaux publiés après l'affaire *Siemens/Alstom*, la Commission gagnerait à enrichir sa méthode d'appréciation en ce sens et ce, dans le but enfin de surveiller plus étroitement les opérations de concentration permises grâce à des subventions versées par des États tiers à l'Union.

Paragraphe 3 : La nécessité d'une prise en compte raisonnée de l'« intervention des États tiers »

1522. Les critiques qui se sont élevées à la suite de la décision *Siemens/Alstom* semblent avoir été particulièrement motivées par la possibilité que celle-ci conduise à favoriser la concurrence chinoise en empêchant l'émergence d'un champion européen dans le secteur ferroviaire. Dans ce contexte et en plus du droit de recours du Conseil, le Manifeste franco-allemand a également défendu une « prise en compte accrue du contrôle de l'État et des subventions accordées aux entreprises dans le cadre du contrôle des concentrations » et « [l]a mise à jour des lignes directrices actuelles en matière de concentrations »²¹³⁷. L'actualisation de ce texte de droit mou, qui pourrait accompagner une « adaptation » du règlement « concentrations », se justifierait par la nécessité de « mieux tenir compte de la concurrence au niveau mondial, de la concurrence potentielle future et du calendrier de développement de la concurrence »²¹³⁸ et ce, afin de permettre à la Commission de faire preuve de « flexibilité dans son appréciation des marchés pertinents ».

1523. De même, le rapport de l'IGF et du CGE a-t-il estimé que « le fait de bénéficier de subventions massives devrait être intégré dans l'analyse concurrentielle comme

²¹³⁷ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* et Ministre de l'économie et des finances, *Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXI^e siècle*, Paris, 19 février 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/manifeste-franco-allemand-pour-une>, et spécialement, p. 3.

²¹³⁸ *Ibid.*

un avantage concurrentiel qui facilitera son entrée et son expansion sur le marché européen ». Dans ce cadre, le rapport préconisait aussi de modifier les lignes directrices de la Commission afin qu'elle intègre dans son analyse de l'opération le fait que des subventions bénéficient à des concurrents et qu'elles sont susceptibles d'exercer une contrainte concurrentielle sur l'entité issue de l'opération de concentration²¹³⁹.

1524. En son frontispice, la proposition commune des Ministères allemand, français et polonais après l'affaire *Siemens/Alstom* retenait des mesures similaires en invitant la Commission à « prendre en compte les interventions des États tiers dans le contrôle des concentrations »²¹⁴⁰. Ainsi, le fait que des acquisitions soient permises au sein du marché unique grâce à des subventions versées par des États tiers pourrait menacer la compétitivité de l'industrie européenne : parce qu'elles seraient confrontées à des entreprises subventionnées par des États tiers à l'Union, les entreprises européennes risqueraient d'être moins compétitives et performantes. Tout en proposant aussi une révision des lignes directrices, la proposition est cependant un peu plus précise que ses prédécesseurs.

1525. Sur ce point, il s'agirait de modifier le texte à trois égards. D'abord, il s'agirait de s'intéresser nouvellement aux « interventions des États » uniquement lorsqu'il s'agit de pays tiers. En creux, ces propositions considèrent en effet que les règles européennes actuelles opèrent une différence de traitement selon la nationalité des entreprises et des aides dont elles bénéficient. Ensuite, il conviendrait de prendre en compte « le contrôle étatique des entreprises (...) dans le calcul du chiffre d'affaires, en cohérence avec la pratique de la Commission européenne concernant les entreprises publiques »²¹⁴¹. Enfin, il serait nécessaire de « prendre en compte la puissance financière des entreprises contrôlées et subventionnées par l'État » dans le test de la réduction significative de concurrence²¹⁴². De son côté, la Présidente de la Commission Ursula von der Leyen évoquait en septembre 2020 une « proposition

²¹³⁹ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », avril 2019, n°2018-M-105-03 et n°2018/29/CGE/SG, disponible à l'adresse suivante : <http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2019/2018-M-105-03-UE.pdf>, et spécialement, 2.2., pp. 27-28.

²¹⁴⁰ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ministre de l'économie et des finances et *Ministerstwo Przesiebiorczości i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>, et spécialement, pt 1.

²¹⁴¹ Nous soulignons, *ibid.* et spécialement, p. 1.

²¹⁴² *ibid.* et spécialement, p. 2.

législative relative à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères » parmi les initiatives prévues pour 2021²¹⁴³.

1526. Ces propositions, présentées comme novatrices, semblent surprenantes lorsqu'elles sont interprétées littéralement : la Commission s'intéresse déjà aux opérations mêlant des personnes publiques et à la question des subventions dans le cadre du calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées. La question de la nationalité lui est également indifférente en droit des concentrations. Envisagées *stricto sensu*, ces recommandations ne paraissent donc pas apporter de contribution nouvelle au fond (A.).

1527. Cependant, en les interprétant conjointement avec d'autres textes adoptés ces dernières années portant sur l'investissement étranger, il semble que le but véritable de ces mesures soit autre : il s'agirait que la Commission s'intéresse désormais aux raisons qui ont gouverné la conclusion de l'opération et non aux seuls effets de celle-ci sur le marché pour décider de l'autoriser ou non. Un contrôle reposant pour partie sur les raisons à l'origine de l'opération lorsque celle-ci a été facilitée par des subventions étrangères à l'Union semble pourtant des plus fragiles (B.).

A. Le contrôle européen des concentrations et le contrôle étatique des entreprises

1528. Pour l'heure, le contrôle européen des concentrations ne se préoccupe que de déterminer si une opération est ou non susceptible d'entraver de manière significative la concurrence sur le marché, notamment par le biais de la création ou du renforcement d'une position dominante.

1529. Dès lors, le contrôle ignore d'abord la nationalité des groupes concernés par l'opération. Par exemple, l'ouverture d'une enquête approfondie suivie d'une autorisation soumise à l'accomplissement de conditions et charges, voire d'une décision d'incompatibilité, peut frapper l'opération de dimension communautaire conclue par des groupes rattachés ou non à l'Union si celle-ci conduit à empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché ou si elle leur permet d'accroître leurs prix sur celui-ci en renforçant leur position dominante.

²¹⁴³ U. von der Leyen, « *État de l'Union en 2020. Lettre d'intention adressée au Président David Maria Sassoli et à la Chancelière Angela Merkel* », 16 septembre 2020, et spécialement, p. 5.

1530. Dans ces conditions, la mesure phare des propositions précitées semble davantage résider dans l'intégration du montant des subventions accordées par les États tiers dans le calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées. Cette prise en compte devrait avoir lieu, selon la proposition commune « en cohérence avec la pratique de la Commission européenne concernant les entreprises publiques »²¹⁴⁴.

1531. Aussi convient-il d'analyser l'appréciation qui gouverne les opérations de dimension communautaire de ce type en l'état actuel du droit pour comprendre les conséquences attachées à cette mesure.

1532. Le droit européen des concentrations s'intéresse pour l'heure aux entreprises publiques dans certaines conditions. Dans la mesure où l'actionnaire ultime de plusieurs entreprises publiques rattachées à un même État est identique, leurs opérations de concentration pourraient échapper au contrôle, faute pour celles-ci d'entraîner un quelconque changement de contrôle matériel. Le droit européen des concentrations les intègre cependant en son sein. Les opérations en relèvent d'abord parce que le règlement « concentrations » prévoit qu'aucune distinction ne doit être faite selon que les entreprises en cause sont privées ou publiques²¹⁴⁵. Dans sa communication, la Commission s'attache ensuite au cas dans lequel l'acquéreur comme la cible sont des entreprises publiques détenues par une seule personne publique (État, organisme de droit public ou bien encore municipalité)²¹⁴⁶. Pour déterminer en pareil cas si le droit des concentrations est ou non applicable, la Commission explique qu'elle recourt au critère classique de l'autonomie des entreprises concernées. Si celles-ci, avant l'opération et en dépit de leur actionnariat commun n'appartenaient pas au même ensemble économique et donc si elles adoptaient leurs décisions de façon autonome, l'opération entraîne effectivement un changement de contrôle matériel susceptible de contrôle institutionnel²¹⁴⁷. À l'inverse, l'opération est une restructuration interne insusceptible de contrôle²¹⁴⁸. De

²¹⁴⁴ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ministre de l'économie et des finances et *Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », *préc.*, et spécialement, p. 1.

²¹⁴⁵ Règlement « concentrations », (22).

²¹⁴⁶ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 52. Précisons que ces trois personnes publiques sont expressément identifiées par la communication.

²¹⁴⁷ Commission, 24 juin 1991, *Péchiney/Usinor*, aff. M.97, JOCE C175, 6 juillet 1991, p. 18 ; Commission, 22 février 1993, *CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson*, aff. M.216, JOCE C68, 11 mars 1993, p. 5 ; Commission, 2 juin 1998, *Neste/IVO*, aff. M.931, JOCE C218, 14 juillet 1998, p. 4.

²¹⁴⁸ Par exemple, la Commission a exclu l'existence d'un contrôle *de jure* ou *de facto* à une entreprise publique actionnaire de l'une des parties à l'opération sur la cible faite, pour cette entreprise

la même manière, en raison du critère de « l'influence déterminante », le fait que l'État concerné limite l'exercice de ses prérogatives à la seule défense de l'intérêt public lui ôte tout contrôle matériel sur l'entreprise considérée²¹⁴⁹.

1533. La prise en compte du chiffre d'affaires des entreprises concernées en pareil cas revêt par ailleurs un intérêt distinct d'une opération conclue dans le secteur privé : si les recettes de l'État actionnaire intègrent dans tous les cas le chiffre d'affaires, l'opération serait en effet toujours contrôlable au niveau européen. L'État étant alors l'actionnaire ultime, les seuils de chiffre d'affaires seraient par hypothèse tout le temps atteints. Dans ces conditions, la communication limite la prise en compte du chiffre d'affaires à celui réalisé par les seules entreprises appartenant au même ensemble économique autonome que celui des entreprises parties et cible²¹⁵⁰.

1534. Également, le montant du chiffre d'affaires pris en considération aux fins de détermination de la dimension de l'opération ne se limite pas nécessairement au seul montant des produits ou services commercialisés par les entreprises concernées. La Commission intègre en effet aussi dans le calcul les aides accordées par des organismes publics. Elle soumet cependant cette prise en compte à la réunion de deux conditions : il est nécessaire d'une part que les entreprises concernées soient « elle[s]-même[s] l[es] bénéficiaire[s] de cette aide » et d'autre part que cette aide soit « directement liée à la vente de produits et à la prestation de services de cette entreprise ». En d'autres termes, elle n'est prise en compte qu'à la condition qu'elle « s'ajoute au prix payé par le consommateur »²¹⁵¹. Réciproquement, cette méthode d'interprétation conduit à exclure du calcul les aides qui ne rempliraient pas en tout ou partie ces critères. Par exemple, dans le cadre du contrôle des concentrations, la Commission a refusé de prendre en compte une aide dans le calcul du chiffre d'affaires parce que celle-ci n'avait pas pour objet de contribuer directement à la vente des produits par l'une des entreprises concernées par

publique, de disposer à suffisance d'un nombre d'actions ou d'une influence déterminante (Commission, 7 novembre 2012, *Outokumpu/Inoxum*, aff. M.6471, *JOUE* C312, p. 11).

²¹⁴⁹ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pt 53 ; Commission, 1^{er} septembre 1994, *Tractebel/Distrigaz II*, aff. M.493, *JOCE* C249, 7 septembre 1994, p. 3.

²¹⁵⁰ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, pts 193 et 194.

²¹⁵¹ *Ibid.*, pt 62.

l'opération. Cette aide était en effet destinée aux fournisseurs de matières premières avec lesquels l'entreprise était en relation²¹⁵².

1535. En l'état actuel du droit, le contrôle européen des concentrations peut ainsi intégrer dans son appréciation le fait qu'une personne publique soit concernée par l'opération ainsi que les aides que celle-ci peut octroyer aux entreprises concernées. Cette méthode d'appréciation s'applique indépendamment de la nationalité de l'État de rattachement des entreprises en cause.

1536. L'affaire *Rosneft/TNK-BP*²¹⁵³ en est encore une illustration alors qu'elle était en cause un État tiers à l'Union. En l'espèce, les entreprises parties à l'opération étaient spécialisées dans la production de pétrole brut et de gaz naturel. Rosneft, une entreprise publique détenue par la Russie à hauteur de 75,16% de son capital par l'entremise d'une holding, avait notifié à la Commission sa décision d'acquérir le contrôle exclusif de TNK-BP, une entreprise privée anglaise, par le biais d'un achat d'actions. Pour apprécier le chiffre d'affaires rattaché à Rosneft, la Commission a dû déterminer si celle-ci faisait partie du même ensemble économique que d'autres entreprises publiques russes actives sur le même marché. En prenant en considération notamment l'influence exercée par la Russie dans la désignation des membres de leurs organes dirigeants, la Commission en a déduit l'existence d'un tel ensemble économique. Dans ce contexte, les participations de la Russie dans ces autres entités ont aussi intégré l'analyse concurrentielle de la Commission²¹⁵⁴. De la même manière que la Commission procède en présence d'entreprises publiques européennes, elle a analysé l'opération soumise au vu des effets de l'opération sur le marché au regard non seulement du nombre de concurrents restant à son issue mais aussi des liens entre les entreprises publiques russes dans le même secteur. La Commission a finalement autorisé l'opération purement et simplement, en estimant que celle-ci n'était pas susceptible d'entraver horizontalement ou verticalement la concurrence sur le marché.

1537. Dès lors, le fait que la proposition allemande, française et polonaise défende en particulier un contrôle des concentrations qui intégrerait « les interventions des États tiers dans le contrôle des concentrations » peut surprendre. Notamment, les amendements proposés consistant à s'assurer que « le contrôle étatique des entreprises devrait être rigoureusement pris en compte dans le calcul du chiffre

²¹⁵² Commission, 27 novembre 1991, *Cereol/Continentale Italiana*, aff. M.156, JOCE C7, 11 novembre 1992, p. 7.

²¹⁵³ Commission, 8 mars 2013, *Rosneft/TNK-BP*, aff. M.6801, JOUE C107, 13 avril 2013, p. 1.

²¹⁵⁴ *Ibid.*, et spécialement, pts (7) et s.

d'affaires » et que « pour décider si une concentration entrave de manière significative la concurrence, elle devrait prendre en compte la puissance financière des entreprises contrôlées et subventionnées par l'État » ne semblent rien apporter de nouveau. Tout au plus, lorsqu'elle est mise en perspective avec les règles en vigueur, la proposition requiert seulement que des explications supplémentaires soient données dans les lignes directrices de la Commission à cet égard.

1538. Les motifs sous-jacents pourraient cependant être d'une autre nature et induire finalement une révision plus profonde. Cette proposition paraît en effet s'inscrire plus globalement dans le souhait de l'Union d'appréhender les capitaux étrangers et impliquer plus spécifiquement de s'intéresser aux motifs qui ont gouverné la conclusion de l'opération dans le cadre du contrôle des concentrations. Une telle évolution ne semble cependant pas contribuer à la cohérence de celui-ci.

B. La fragilité d'un contrôle des motifs de l'opération subventionnée

1539. Quelques mois avant la publication de la proposition allemande, française et polonaise, la Commission publiait une communication conjointe sur les relations entre l'Union et la Chine qui dénonçait en particulier que « le contrôle des concentrations de l'UE ne permet pas à la Commission d'intervenir contre l'acquisition d'une entreprise européenne au seul motif que l'acheteur a bénéficié de subventions étrangères. ». En considérant que les prises de participations par des entreprises rattachées à des États tiers et que les financements publics entraînaient ensemble une distorsion de concurrence au sein du marché unique lorsqu'elles s'y déployaient, il était ainsi prévu que la Commission détermine dans l'année « la manière de combler les *lacunes*²¹⁵⁵ » relevées en droit européen de la concurrence²¹⁵⁶.

1540. Quelques jours plus tard, un règlement européen était adopté dans le but de laisser aux États la possibilité de contrôler toutes les participations des entreprises rattachées à des pays tiers dans leurs entreprises nationales pour des motifs de sécurité ou d'ordre public²¹⁵⁷. Ce type de mécanisme de filtrage n'est en soi pas

²¹⁵⁵ Nous soulignons.

²¹⁵⁶ Communication conjointe de la Commission au Parlement européen au Conseil européen et au Conseil sur les relations Chine-UE – Une vision stratégique, 12 mars 2019, JOIN(2019) 5 final.

²¹⁵⁷ Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, JOUE L791, 21 mars 2019, p. 1.

nouveau. Il existe notamment aux États-Unis²¹⁵⁸ : le comité sur l'investissement étranger dispose de la faculté d'empêcher l'acquisition par des entreprises étrangères d'entreprises américaines pour des raisons de sécurité nationale, depuis l'amendement Exon-Florio²¹⁵⁹ du Defense Production Act de 1950²¹⁶⁰. Au sein de l'Union, ce sont aussi certains États membres qui ont adopté une procédure analogue²¹⁶¹. Le règlement (UE) n°2019/452 renforce ainsi cette tendance afin que les États membres soient en mesure d'apprécier, avec le secours de la Commission, les effets de ces opérations conclues dans des secteurs affectant l'intérêt général tels l'énergie, les transports, l'eau, la santé, les communications, l'aérospatial, etc. Si ce mécanisme de filtrage cherche à protéger l'industrie européenne et donc à la promouvoir, il tend aussi par ailleurs à imposer un contrôle systématique à la discrétion des États.

1541. En 2020, la Commission s'interroge désormais sur les effets qu'entraînent sur le marché unique les subventions octroyées par des États tiers aux entreprises²¹⁶². En particulier, la Commission n'écarte pas la possibilité que de telles aides, que le droit de l'Union ne saurait appréhender pour l'heure, puissent avoir des effets sur la

²¹⁵⁸ Le *Committee on Foreign Investment in the US* (CFIUS) a fait l'objet d'une réforme par le Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA) du 13 août 2018 et des travaux sont actuellement en cours dans ce cadre (Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 2018 H. R. 5515-539 ; *U.S. Department of Treasury*, « The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », à l'adresse suivante : <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius>).

²¹⁵⁹ Exon-Florio Amendment, 1988, 50 U.S.C. app 2170.

²¹⁶⁰ Defense Production Act, 1950, 50 U.S.C. chap. 55.

²¹⁶¹ Par exemple, en France, le contrôle des investissements étrangers s'est particulièrement renforcé ces dernières années. Notamment, un décret en 2018 a étendu la liste des secteurs concernés par le dispositif de contrôle des investissements étrangers édicté par les articles L. 151-3 et s. du Code monétaire et financier (décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, *JORF* n°278, 1^{er} décembre 2018, t. n°11). Également, la loi PACTE (loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite « loi PACTE »), *JORF* n°119 du 23 mai 2019, t. n°2) a ensuite renforcé la procédure d'autorisation préalable des investissements étrangers par ses articles 152 et 153 (v. not. C. Barillon, « Le contrôle des investissements étrangers depuis la loi Pacte », *Gaz. Pal.*, septembre 2019, n°32, p. 82). Des décrets ont été adoptés par la suite (v. not. décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, *JORF* n°1, 1^{er} janvier 2020, t. n°35, obs. C. Nourissat, « Investissements étrangers : quelques observations sur le nouveau dispositif d'autorisation des investissements directs », *Defrénois*, mars 2020, p. 30 ; décret n°2020-892 du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JORF* n°179, 23 juillet 2020, t. n°16 ; arrêté du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JORF* n°179 du 23 juillet 2020, t. n°29).

²¹⁶² Commission, « *White paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies* », consultation publique ouverte jusqu'au 23 septembre 2020, 17 juin 2020, COM(2020) 253 final.

concurrence sur le marché lorsqu'elles accompagnent l'acquisition d'entreprises européennes. Aussi et dans le but de protéger l'industrie européenne, divers travaux de la Commission tendent à montrer que le règlement « concentrations » pourrait être étendu de manière à appréhender ces pratiques²¹⁶³ et plus précisément, à s'intéresser aux raisons qui motivent les opérations de concentration, et non plus seulement à leurs seuls effets²¹⁶⁴.

1542. Dès lors et en dépit de l'apparence timide de la proposition allemande, française et polonaise publiée après l'affaire *Siemens/Alstom*, l'objet véritable d'une révision du contrôle à cet égard ne paraît pas destiné à se limiter à un simple effort de pédagogie de la Commission. Le but semble au contraire tendre vers une modification en profondeur de la méthode d'analyse applicable en présence d'opérations de concentration impliquant des entreprises rattachées et subventionnées par des États tiers. Confrontée à ce type d'opérations, la Commission ne devrait plus limiter son contrôle à l'appréciation prospective de leurs seuls effets mais bien s'attacher aux motifs qui ont convaincu l'acquéreur de se livrer à une telle opération.

1543. Lors de l'adoption de la proposition parlementaire²¹⁶⁵ à l'origine du règlement (UE) n°2019/452 précité, il a été considéré qu'un contrôle des capitaux publics étrangers en droit des concentrations était nécessaire, non seulement parce

²¹⁶³ *Ibid.* et spécialement, pt 6.1.

²¹⁶⁴ À l'occasion du lancement de la consultation publique, Margrethe Vestager, Vice-Présidente exécutive de la Commission et Commissaire européenne à la concurrence, regrettait ainsi l'incapacité du droit de l'Union à appréhender cette problématique. Elle a ainsi évoqué l'impossibilité pour le droit de l'Union des aides d'État de s'y intéresser, tout comme celle rencontrée par les instruments de défense commerciale de l'Union et le caractère limité du filtrage des investissements étrangers aux seuls domaines de la sécurité et de l'ordre public. Elle a aussi explicitement identifié le droit européen des concentrations en relevant que « nos règles sur les concentrations s'attachent à la manière dont une opération de concentration affecte la concurrence en Europe – mais elles ne s'intéressent pas à la raison pour laquelle cette opération est payée » (traduction libre de « our merger rules look at how a merger affects competition in Europe – but don't go into how that merger is paid for »). Elle a ensuite conclu à propos de ces diverses lacunes en ces termes : « il y a donc un fossé à cet égard. Et cela doit changer – et c'est l'objectif du Livre blanc d'aujourd'hui. » (traduction libre de « so there's a gap here. And that needs to change - and that is the aim of today's White Paper ») ; Margrethe Vestager, « *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on adoption of White Paper on foreign subsidies in the Single Market* », communiqué, 17 juin 2020, STATEMENT/20/1121, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_1121.

²¹⁶⁵ Dans la proposition initiale, le rôle de contrôler les investissements étrangers aurait été confié à un comité européen chargé des investissements étrangers (D. Caspary, M. Weber, T. Saïfi, I. Winkler, S. Cicu, F. Proust, G. Quisthoudt-Rowohl, V. Reding, A. Schwab et A. Szejnfeld, Proposition d'acte de l'Union du Parlement européen présentée au titre de l'article 46, paragraphe 2, du règlement sur l'examen sélectif des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques, 26 avril 2017, B8-0302/2017).

qu'il conduirait à « poser les bases d'une réelle stratégie industrielle pour l'Union » mais aussi parce qu'il permettrait de légitimer l'existence même de ce droit auprès des entreprises européennes cibles de ce type d'opérations et des citoyens²¹⁶⁶.

1544. Il est vrai que l'expansion de la Chine suscite de sérieuses préoccupations au sein de l'Union. Le fait que la Commission ait évoqué le contrôle des concentrations dans sa communication sur les relations entre l'Union et la Chine n'est par exemple pas indifférent. En dépit des mécanismes de coopération mis en œuvre entre la Commission et la Chine en droit des concentrations²¹⁶⁷, le droit européen de la concurrence est de plus en plus mis en perspective avec les pratiques chinoises. L'inquiétude que suscite cet État n'est pas surprenante : alors qu'en 2005, le produit intérieur brut de l'Union était six fois plus important que celui de la Chine, en 2017, le produit intérieur brut chinois avoisinait celui de l'Union²¹⁶⁸ et ce, sans compter que dans le secteur du numérique en pleine expansion, les industries européennes doivent non seulement faire face aux GAFAM et aux NATU²¹⁶⁹ mais aussi aux BATX chinois²¹⁷⁰ sur des marchés où les premiers sont quasi-absents²¹⁷¹. Surtout, le laxisme du droit chinois des concentrations est régulièrement dénoncé. Si la loi chinoise

²¹⁶⁶ G. Vallindas, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, juin 2017, 509 p., et spécialement, n° 911.

²¹⁶⁷ Notamment, le 15 octobre 2015, la Commission et le MOFCOM chinois anciennement chargé du contrôle ont adopté un cadre de bonnes pratiques portant sur la coopération en matière de concentrations (Commission, « Concentrations : la Commission européenne adopte un cadre de bonnes pratiques en matière de coopération avec la Chine », communiqué de presse, 15 octobre 2015, IP/15/5843). Les autorités européennes et chinoises ont en effet coopéré dans certaines affaires. Tel a par exemple été le cas dans le cadre de l'opération *Abbott/St. Jude* (v. not. Commission, 23 novembre 2016, *Abbott Laboratories/ St Jude Medical*, aff. M.8060, JOUE C47, 14 février 2017, p. 2 ; Commission, 22 décembre 2016, *Abbott Laboratories/ St Jude Medical*, aff. M.8060 ; FTC, 3 janvier 2017, *Abbott Laboratories and St. Jude Medical*, aff. 1610126), aux côtés d'autorités de concurrence relevant de six autres législations différentes (Brésil, Canada, Corée, États-Unis, Israël et Afrique du Sud). Tel a encore été le cas dans le cadre de la prise de contrôle exclusif de l'entreprise américaine Life Technologies Corporation par une autre entreprise américaine, Thermo Fischer Scientific Inc. qui a nécessité la coopération de plusieurs autorités rattachées à des législations distinctes (Australie, Canada, Chine, Corée, États-Unis, Japon, Nouvelle-Zélande, Union européenne ; v. not. Commission, 26 novembre 2013, *Thermo Fischer Scientific/Life Technologies*, aff. M.6944, JOUE C150, 17 mai 2014, p. 1).

²¹⁶⁸ *European Political Strategy Centre*, « EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protection », 2019, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_industrial-policy.pdf, et spécialement, p. 8

²¹⁶⁹ Netflix, AirBnb, Tesla et Uber.

²¹⁷⁰ Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi.

²¹⁷¹ Plus généralement sur la place du droit de la concurrence dans le cadre de la nouvelle configuration du marché du numérique et la place qu'y occupent les BATX, v. not. A. Blandin, « La question concurrentielle dans le contexte des états généraux des nouvelles régulations numériques », CCC, juillet 2019, n°7 ; N. Lenoir, « Le droit de la concurrence confrontée [sic] à l'économie du Big Data », *AJ contrats d'affaires – concurrence – distribution*, 2016, p. 66.

« anti-monopole »²¹⁷² s’inspire des règles européennes, elle s’en distingue en effet à divers égards. L’article 4 prévoit que les règles de concurrence doivent être compatibles avec l’économie de marché socialiste. L’article 5 tend pour sa part à encourager les fusions et acquisitions en raison des économies d’échelle qu’elles permettent. Plus encore, l’article 27-v édicte que l’appréciation d’une fusion ou acquisition doit prendre en compte son « influence sur le développement économique national », ce qui ouvre la possibilité d’une certaine « subordination » de la politique de concurrence chinoise au profit de la politique industrielle du pays²¹⁷³. Cet état du droit a en particulier conduit des entreprises européennes à dénoncer le caractère opaque de la réglementation applicable, si ce n’est un certain favoritisme des autorités chinoises au profit des entreprises nationales²¹⁷⁴.

1545. Une révision du contrôle européen des concentrations semble certes à même, dans un tel contexte, d’apaiser une partie de ces inquiétudes et peut-être de lui associer une légitimité plus forte.

1546. Cependant, il ne nous revient pas de discuter de l’opportunité politique d’une révision du contrôle vis-à-vis des acquisitions d’entreprises par des entités étrangères à l’Union.

1547. Cette piste nous semble en revanche porteuse de divers enseignements et soulève certains questionnements juridiques dans le cadre de cette étude.

1548. En premier lieu, réviser le contrôle de telle sorte que la Commission s’attache aux raisons qui ont motivé l’acquéreur lors de la conclusion de l’opération et non plus aux seuls effets de l’opération sur le marché nécessite un profond changement

²¹⁷² Le contrôle chinois des concentrations est régi par la loi Anti-Monopole de la République Populaire de Chine [2007], telle que modifiée par le décret présidentiel n°68, du 30 août 2007 (« LAM »). Jusqu’en 2018, le droit chinois de la concurrence était mis en œuvre par trois autorités distinctes : la *National Development and Reform Commission* (NDRC) pour les ententes et abus de position dominante résultant d’accords ou de pratiques liées directement aux prix ; la *State Administration for Industry and Commerce* (SAIC) pour les autres ententes et abus de position dominante ; le *Ministry of commerce* (MOFCOM) après avis des autres ministères, administrations et du département administratif dénommé *Anti-Monopoly Bureau* (AMB) pour le contrôle des concentrations. Cependant, en 2018, ces trois autorités ont été fusionnées en une seule : la *State Administration for Market Regulation* (« SAMR »). Depuis lors, le contrôle chinois des concentrations est réparti entre trois divisions de l’AMB et la prise de décision finale est assurée par le SAMR. À propos du contrôle chinois des concentrations, v. not. A. Emch et J. Zhang, « Droit chinois de la concurrence : retour sur l’année 2015 », *Revue Lamy de la concurrence*, n°47, février 2016 et D. Liang, « China : Merger control 2019 », ICLG.

²¹⁷³ Conseil d’analyse économique, « Concurrence et commerce : quelles politiques pour l’Europe ? », *Les notes du conseil d’analyse économique*, mai 2019, n°51 et spécialement, p.8.

²¹⁷⁴ AmChaChina et Deloitte, « 2019 China Business Climate Survey Report », 2019 et spécialement, p. 8 et s.

d'objet. À cet égard, la seule révision des lignes directrices de la Commission que la proposition allemande, française et polonaise défend paraît insuffisante. L'article 2 du règlement « concentrations » assigne en effet au contrôle le seul objet de déterminer si l'opération notifiée à la Commission est susceptible ou non d'entraver de manière significative la concurrence effective sur le marché ou une partie substantielle de celui-ci, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante. S'attacher aux motifs de l'opération signifie à l'inverse que la Commission doit déterminer si l'opération est en mesure d'entraver significativement la compétitivité de l'industrie européenne, après en avoir arrêté les principes d'interprétation.

1549. Ladite proposition et les travaux qui l'ont suivie impliquent en effet de s'interroger, en second lieu, sur l'étendue, si ce n'est l'orientation, de l'appréciation à venir de la Commission sur ces opérations. Parce que ces textes ont suivi, d'une part, la très controversée décision d'interdiction *Siemens/Alstom* et qu'ils soulignent, d'autre part, la menace que la « lacune » du droit européen des concentrations présente en matière de prises de participations étrangères, ne s'agit-il pas en creux d'inviter la Commission à faire preuve d'une vigilance soutenue en présence d'une opération qui aurait reçu l'aide financière d'un État étranger ? N'est-ce pas l'expression d'un vœu en faveur d'une sévérité prononcée de la Commission à l'égard de ces opérations ? Si tel est le cas, la réforme du droit dur portant sur l'objet même du contrôle devrait être assortie d'explications sur la nouvelle méthode d'appréciation de la Commission. En plus de la vigilance attendue de cette institution vis-à-vis de cette opération, c'est encore la manière dont celle-ci parviendra à déterminer la réalité des raisons à l'origine de l'opération qu'il conviendra de préciser. Dans un contexte où la singularité française de la cause a été abandonnée au profit du contenu licite et certain du contrat, cette évolution peut aussi susciter une certaine perplexité par ailleurs, en particulier parce que l'initiative est pour partie d'origine française²¹⁷⁵.

²¹⁷⁵ Les articles 1108 et 1169 du Code civil ont remplacé les anciens articles 1108 et 1131 de ce même Code par l'effet de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations et du régime général de la preuve. Traditionnellement, l'ancienne cause était envisagée selon qu'elle soit objective et corresponde à la contrepartie de l'obligation ou subjective et traduise les motifs plus lointains qui animaient les parties au contrat. Après avoir réservé à la cause une stricte lecture objective, la jurisprudence française a peu à peu assigné des rôles distincts à ces deux acceptions. Au titre de la cause objective, le contrat n'était valable qu'à la condition qu'une contrepartie existe à l'obligation. Parce que cette cause était destinée à protéger les intérêts individuels des parties, son non-respect était frappé par la nullité du contrat. La cause subjective du contrat était pour sa part envisagée sous le seul angle de la licéité des motifs à l'origine du contrat. Elle tendait ainsi à protéger l'intérêt général. Bien que le nouvel article 1108 du Code civil vise le « contenu licite et certain » du

1550. Quoi qu'il en soit, dans le cas où la sévérité de la Commission serait effectivement attendue vis-à-vis de ces opérations, cette évolution risque d'introduire une différence de traitement opposant les opérations impliquant des entreprises concernées européennes d'un côté, à celles conclues par des entreprises bénéficiaires d'aides étrangères, de l'autre. En plus des règles précédemment évoquées, il semble en effet utile de mentionner à cet égard l'opération *RAG/Saarbergwerke/Preussag Anthrazit II*. Il s'agissait en l'espèce de soumettre à l'appréciation de la Commission la conclusion d'une opération de concentration sur le marché charbonnier allemand qui avait été permise grâce à des subventions allemandes. Dans son premier volet, cette affaire avait été appréciée en vertu de l'article 66 du Traité CECA, l'ancêtre du règlement « concentrations ». Le TPICE avait ensuite annulé la décision de la Commission où elle émettait des réserves vis-à-vis de cette opération en estimant que « si la Commission n'était pas tenue d'apprécier dans une décision formelle préalable la légalité de l'aide supposée (...), en l'occurrence l'aide inhérente à la fusion, elle ne pouvait s'abstenir d'apprécier si et, le cas échéant, dans quelle mesure, la puissance financière et partant commerciale de l'entité fusionnée a été renforcée par le soutien financier apporté par cette aide éventuelle dans le cadre de l'analyse concurrentielle effectuée au titre de l'article 66, paragraphe 2, du traité CECA »²¹⁷⁶. Néanmoins, lors du réexamen de l'opération par la Commission, celle-ci ne s'est pas attachée pour autant à évaluer les motifs qui ont présidé à la conclusion de l'opération. Elle s'est au contraire livrée à une stricte analyse concurrentielle. Ainsi, tout en relevant qu'à l'issue de l'opération, le groupe deviendrait le seul producteur allemand de charbon et que les aides de l'État allemand y avaient en effet contribué, elle a autorisé l'opération en s'appuyant sur l'état de la concurrence sur le marché. Elle a finalement autorisé l'opération, tout en prenant soin de relever que celle-ci relevait du seul contrôle des concentrations et

contrat, la réforme semble confirmer la préférence octroyée à la cause objective du contrat dans la mesure où le nouvel article 1169 du Code civil exige que le contrat soit doté d'une « contrepartie » qui ne soit pas « illusoire ou dérisoire » (sur la question, v. les manuels en droit des obligations et not. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations.*, D., coll. Précis, Paris, 2005, 9^{ème} éd., 1474 p. ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations.*, D., coll. Sirey, 16^{ème} éd., Paris, 2018, 1269 p.). Dans tous les cas, et en plus du fait que la cause objective du contrat ait une certaine préférence, les motifs des parties ne sont tout au plus envisagés en droit français qu'en termes de licéité. Le fait que le contrôle des concentrations puisse reposer sur les motifs subjectifs des parties, faute de pouvoir porter sur la licéité des subventions à l'origine de l'acquisition, semble ainsi très éloigné de la conception française du droit des obligations.

²¹⁷⁶ Nous soulignons ; TPICE, 31 janvier 2001, *RJB Mining plc c/ Commission*, aff. T-156/98, Rec. 2001, II, p. 337, et spécialement, pt 125.

étaient sans préjudice de l'application des règles en matière de contrôle des aides d'État²¹⁷⁷.

1551. En d'autres termes, un certain équilibre doit être observé en pareil cas entre le contrôle des concentrations et celui des aides de l'État, sans pour autant que l'analyse ne verse dans les motivations à l'origine de l'opération. Or, faute pour le droit de l'Union de contrôler les aides en provenance d'États étrangers, la piste consistant à pallier cette difficulté en confiant au contrôle le soin d'apprécier les raisons d'une acquisition faite grâce à des capitaux publics étrangers introduit une différence nette de traitement entre les opérations de concentration selon la nationalité des aides octroyées à leurs auteurs.

1552. Qu'une différence de traitement existe pourrait en soi être valable, à condition que les objectifs assignés au contrôle le permettent. La politique de concurrence de l'Union ne paraît pourtant pas à même d'y parvenir : celle-ci vise à doter l'Union de moyens lui permettant de maintenir une concurrence effective sur le marché. La création d'une politique industrielle de l'Union à l'inverse, tout en devant être définie, devrait pour sa part davantage résider dans la nécessité d'encourager le développement l'industrie européenne, éventuellement en soutenant certains secteurs spécifiques. Dans ces conditions, il ne revient donc pas au contrôle des concentrations de rationaliser la production au sein du marché unique, en accordant sa bienveillance ou sa sévérité, à certaines entreprises plutôt qu'à d'autres en raison de considérations politiques ou économiques.

1553. Dès lors, si le pas venait à être franchi de contraindre davantage les opérations de concentration lorsque celles-ci ont été financées par des capitaux publics étrangers, sans que des mesures supplémentaires et analogues soient prises en présence d'aides d'État européennes, le contrôle des concentrations risquerait de reposer sur des objectifs pour l'heure étrangers à la politique de concurrence²¹⁷⁸.

²¹⁷⁷ Commission, 7 mai 2002, *RAG/Saarbergwerke/Preussag Anthrazit II*, aff. COMP/CECA.1350, JOCE C12, 17 janvier 2003, p. 20.

²¹⁷⁸ La confusion des objectifs poursuivis par la politique de concurrence et une nouvelle politique industrielle a d'ailleurs été soulignée dans un commentaire portant sur le Manifeste franco-allemand (D. Bosco et C. Prieto, « Chronique de droit des concentrations », CCC, août 2019, n°8-9, chron. 4).

CONCLUSION DU CHAPITRE

1554. De manière générale, quelques enseignements peuvent être tirés des travaux qui ont suivi l'affaire *Siemens/Alstom*.

1555. Si la nécessité de promouvoir l'industrie européenne face à la concurrence internationale venait à compter parmi les objectifs non seulement du contrôle des concentrations mais aussi des Traités ²¹⁷⁹, il semblerait difficile d'empêcher l'introduction de nouvelles mesures de politisation et le développement d'autres outils répondant aux mêmes finalités dans le contrôle, en dépit de leurs dangers éventuels. Encore conviendrait-il néanmoins de définir avec précision au préalable les principes sur lesquels cette politique industrielle aurait vocation à répondre.

1556. À l'inverse, si les objectifs actuels du droit européen ne venaient pas à être modifiés, adopter de tels instruments risquerait de dénaturer le contrôle et le droit des concentrations ne serait vraisemblablement plus un outil de politique de concurrence dans les mêmes proportions qu'à l'heure actuelle.

1557. L'affirmation du *think tank* de la Commission semble devoir être rappelée tant elle paraît justifiée : « il doit être clair qu'adoucir les règles propres au contrôle des concentrations, à la concurrence ou aux aides d'État ne constitue pas le remède universel à la faiblesse et au défaut de compétitivité de l'industrie Européenne »²¹⁸⁰. Il est vrai en particulier que le contrôle des acquisitions au sein du marché unique faites par des entreprises tierces à l'Union ne paraît pas à même d'entraîner systématiquement l'augmentation corrélative de la puissance de l'industrie européenne. Par exemple, en France, pour remédier aux difficultés rencontrées par les sociétés cotées lors de la crise de 2020 et freiner la liquidité des marchés, c'est bien la décision d'alléger partiellement la procédure d'autorisation des investissements étrangers et non de la durcir qui a été adoptée par le Ministre de l'économie français,

²¹⁷⁹ Ainsi que le soulignait le rapport de l'IGF et du CGE, une telle modification du contrôle impliquerait en effet au préalable une modification des objectifs même des Traités (v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre I, Section 1).

²¹⁸⁰ Traduction libre de « (...) it must be clear that relaxing merger control, antitrust or state aid rules presents no panacea to alleged weaknesses and competitiveness challenges of European industry. » (European Political Strategy Centre, *EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protection*, 2019, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_industrial-policy.pdf, et spécialement, p. 4).

pourtant co-auteur précédemment du Manifeste franco-allemand et de la proposition commune²¹⁸¹.

1558. Aussi semble-t-il que le contrôle européen des concentrations gagne à être interrogé, si ce n'est révisé à certains égards mais de telles réformes ne paraissent pas convaincantes pour l'essentiel. Garantir que le contrôle des concentrations porte sur la réalité de la titularité et du domaine du contrôle matériel de la cible²¹⁸² ou, sur le plan procédural, que les engagements souscrits par les entreprises notifiantes soient effectivement exécutés, pourrait notamment permettre au contrôle d'atteindre les objectifs qui lui ont été fixés. L'adoption de lignes directrices propres aux gains d'efficacité pourrait encore en accroître la lisibilité. L'introduction de mesures destinées à le politiser autrement paraît en revanche en menacer la cohérence, et ce d'autant qu'il conviendrait au préalable d'en dessiner plus précisément les traits. Le contrôle des concentrations actuellement mis en œuvre par la Commission repose sur un *a priori* positif de ces opérations et en cela, l'institution européenne sert déjà des objectifs de politique industrielle. Aussi la critique émise par les Professeurs David Geradin et Nicolas Petit semble toujours valable : « les tensions [régulièrement soulignées] entre politique industrielle et droit communautaire de la concurrence résultent en réalité d'une incompréhension de la part des États membres sur les

²¹⁸¹ Les articles L. 151-1 et s. du Code monétaire et financier régissent les conditions dans lesquelles les investissements effectués par des entreprises rattachées à des États tiers à l'Union dans les entreprises françaises cotées de certains secteurs font l'objet d'un avis, d'une autorisation préalable ou d'un contrôle. Le décret de 2020 a certes abaissé le seuil applicable jusqu'à présent : alors que le taux de détention de droits de vote déclenchant l'exercice d'un contrôle était auparavant fixé à 25%, celui-ci est de 10% jusqu'au 31 décembre 2020 (décret n°2020-892 du 22 juillet 2020, *préc.*, art. 1). En d'autres termes, un nombre plus important d'opérations devrait être soumis à cette procédure. Cependant, les articles R. 151-1 et s. de ce même Code imposent que ces opérations fassent normalement l'objet d'une demande d'autorisation préalable : saisi à cette fin par l'investisseur, le Ministre de l'économie doit indiquer sous un certain délai à l'investisseur si son opération ne relève pas de cette procédure, si elle est autorisée avec ou sans conditions ou si elle est refusée. En admettant, comme l'a notamment suggéré le Ministère français, que le contrôle des investissements étrangers soit nécessaire pour favoriser le développement des industries nationales ou européennes, il aurait été logique que cette procédure soit durcie ou maintenue dans la perspective de soutenir l'industrie française. Pourtant, le décret précité de 2020 prévoit que l'investisseur n'a plus à demander cette autorisation : il doit simplement notifier son opération et celle-ci est réputée autorisée dans des délais restreints si elle est réalisée dans les six mois qui suivent sa notification (décret n°2020-892 du 22 juillet 2020, art. 2 ; arrêté du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JORF* n°179 du 23 juillet 2020, t. n°29). En d'autres termes, le décret paraît en partie encourager l'investissement étranger dans un contexte de crise économique.

²¹⁸² V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I.

objectifs et les méthodes de ce dernier, ainsi que sur les pouvoirs octroyés à la Commission européenne dans ce domaine »²¹⁸³.

1559. Dans ces conditions et s'il s'agit d'admettre que le contrôle des concentrations doit s'inscrire dans les seules limites de la politique européenne de concurrence et qu'il est nécessaire de remédier aux lacunes que nous avons préalablement identifiées dans le Titre I, l'avenir du droit européen des concentrations semble requérir un renforcement du contrôle institutionnel régi par le règlement « concentrations ». Cette mesure pourrait en particulier accroître partiellement les pouvoirs de la Commission dans le cadre de son contrôle *ex ante* actuel et lui confier la mise en œuvre un nouveau contrôle *ex post* (**Chapitre 2**).

²¹⁸³ D. Geradin et N. Petit, « La politique industrielle sous les tirs croisés de la mondialisation et du droit communautaire de la concurrence », p. 4, et spécialement, p. 37 in A. Mourre (dir.), *Mondialisation, politique industrielle et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Forum européen de la communication, Bruxelles, 2006, 114 p.

CHAPITRE 2 :

PROPOSITIONS DE MESURES EN FAVEUR D'UNE EXTENSION DU CONTRÔLE INSTITUTIONNEL EN DROIT EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS

1560. En dépit de son efficacité globale, le droit européen des concentrations présente selon nous de nombreuses lacunes.

1561. Sa cohérence substantielle paraît être menacée avant même que l'opération ne soit notifiée à la Commission ou aux autorités de concurrence. Les parties sont en effet libres de choisir la forme de l'opération au plan sociétaire dans la mesure où le droit des concentrations s'attache aux seuls effets de la concentration sur le marché²¹⁸⁴. Elles sont également libres de fixer le contenu des avant-contrats et du contrat de concentration, y compris lorsqu'il s'agit d'anticiper le déclenchement et le contrôle à venir. En raison de sa spécificité, le droit européen des concentrations permet la réalisation de pratiques qui pourraient pourtant soulever des préoccupations de concurrence, à l'image de la constitution des *data rooms* et des échanges d'informations éventuellement anticoncurrentiels auxquels elles conduisent²¹⁸⁵.

1562. Toutefois, dans l'hypothèse où il s'agirait de pallier ces difficultés en réformant le droit applicable, la question n'intéresserait pas seulement le contrôle institutionnel exercé par la Commission, pas plus que la répartition des compétences entre les autorités telle qu'édictée par le règlement « concentrations ». S'agissant de la forme de l'opération projetée, ces pratiques interrogent en effet plus largement la cohérence du droit européen dans son ensemble, en sus de la nécessité éventuelle qu'il y aurait de doter l'Union d'un droit des sociétés plus développé qu'il ne l'est actuellement et surtout, plus cohérent avec le droit des concentrations pour faciliter l'exercice du contrôle et la conclusion des opérations sur le marché²¹⁸⁶. Quant aux problématiques soulevées par les contrats à l'origine des opérations de concentration, c'est encore l'adoption d'un droit commun des contrats au niveau européen qui pourraient en atténuer l'ampleur. L'extension des pouvoirs de la Commission en

²¹⁸⁴ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I.

²¹⁸⁵ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre I.

²¹⁸⁶ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I.

l'absence d'une réforme plus profonde du droit matériel ne semble pas envisageable, tant une telle mesure serait à même de porter atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre des entreprises²¹⁸⁷. À cet égard, seules des mesures partielles pourraient éventuellement être envisagées en l'état actuel du droit : il pourrait en effet au mieux s'agir de redessiner le principe comme le *quantum* des sanctions définies par le règlement²¹⁸⁸, voire de recourir également de manière raisonnée à l'avis de nouveaux tiers experts chargés d'évaluer la pertinence et la proportionnalité des engagements proposés par les parties à l'opération pour atténuer les risques de sous-évaluation qui ont été relevés²¹⁸⁹.

1563. De même, qu'il s'agisse du volet sociétaire ou contractuel de la préparation de l'opération de concentration à naître, les difficultés qu'elles soulèvent sont souvent ignorées de la Commission comme des autorités de concurrence, rendant ainsi prématurée la possibilité d'une réforme en la matière. Ce constat peut d'autant plus s'imposer au vu des travaux d'harmonisation du droit de l'Union en la matière : tandis que la récente directive (UE) n°2019/2121 vient de s'atteler à la refonte partielle des règles applicables aux fusions et scissions transfrontalières des sociétés de capitaux au sein du marché unique²¹⁹⁰, l'adoption d'un droit européen des contrats reste pour sa part à l'état de projet²¹⁹¹.

1564. Dans ces conditions et au vu de la littérature disponible, envisager une première révision profonde du droit européen des concentrations ne semble pour l'heure possible que s'il s'agit pour l'essentiel de s'assurer que toutes les opérations de concentration à même de soulever des préoccupations de concurrence fassent l'objet d'un contrôle. Cette démarche, qui correspond aux objectifs comme à l'objet du règlement « concentrations », pourrait de manière indirecte permettre aux autorités d'approcher plus facilement les groupes et saisir davantage les enjeux de domination entre eux²¹⁹². Elle pourrait surtout pallier directement les lacunes qui résultent des définitions que le texte édicte lui-même s'agissant du contrôle matériel de la cible²¹⁹³. Il en résulte en effet que le règlement « concentrations » exclut de lui-même de son champ d'application les acquisitions tueuses ou consolidantes ainsi que

²¹⁸⁷ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre I.

²¹⁸⁸ V. *Supra*, *Ibid.*, et spécialement, Section 1, §2, B., 2) et Section 2, §2, B., 2) ; l'instauration d'un contrôle *ex post* des concentrations pourrait y contribuer (en ce sens, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Section 2, §2, B., 2)).

²¹⁸⁹ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Conclusion du Chapitre II.

²¹⁹⁰ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2.

²¹⁹¹ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre préliminaire.

²¹⁹² V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 1.

²¹⁹³ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I.

les opérations intragroupes. Il réserve également un traitement subtil aux cas de création d'une entreprise commune de plein exercice et aux prises de participations minoritaires.

1565. À cet égard, les mesures qui ont été envisagées après l'affaire *Siemens/Alstom* paraissent avoir non seulement écarté ces questions de leur champ d'analyse mais elles semblent aussi porteuses d'un certain nombre de difficultés. Certaines lacunes qu'elles ont contribué à révéler n'en restent pas moins regrettables. Nous avons défendu à ce propos la possibilité d'un encadrement supplémentaire des conditions de nomination du mandataire et de l'exercice de ses missions dans le but de favoriser le développement des engagements comportementaux²¹⁹⁴. Nous avons également souligné la pertinence de la publication de nouvelles lignes directrices spécifiques à l'appréciation des gains d'efficacité en droit européen des concentrations²¹⁹⁵.

1566. Aussi convient-il désormais d'envisager les dispositifs qui pourraient être adoptés dans le but de remédier aux difficultés inhérentes aux définitions édictées par le règlement « concentrations ». La question spécifique de l'extension du contrôle institutionnel aux prises de participations minoritaires effectuées par des fonds d'investissement est cependant exclue du présent Chapitre : comme cette étude l'a précédemment montré ²¹⁹⁶ , l'adoption d'une réforme à cet égard semble particulièrement prématurée, tant les désaccords dans la littérature économique restent prononcés.

1567. Pour les autres opérations qui ont été relevées dans le cadre du Titre I cependant, l'adoption de deux séries de mesures peut plus précisément se justifier : il s'agirait de réviser partiellement le système de seuils actuel qui déclenche le contrôle *ex ante* des concentrations au sein de l'Union (**Section 1**) et d'adopter en complément du système régi par le règlement un contrôle *ex post* des concentrations (**Section 2**). Les travaux sur le sujet étant toutefois nombreux, spécifiques à certains aspects du contrôle et parfois contradictoires, nous proposons ici une lecture d'ensemble et essayons d'en déduire des mesures qui cherchent à éviter les divers écueils qui ont pu être relevés, tout en tentant de garantir leur conformité aux objectifs poursuivis par le contrôle.

²¹⁹⁴ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Section 2, §1, B.

²¹⁹⁵ V. *Supra*, *Ibid.*, et spécialement, §2, B.

²¹⁹⁶ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2, §2.

Section 1 :

Vers l'adoption de nouvelles modalités de déclenchement du contrôle ex ante des concentrations

1568. Comme l'étude l'a précédemment montré, le règlement « concentrations » régit les conditions dans lesquelles la Commission est tenue d'apprécier les opérations de concentration de dimension communautaire et prévoit en creux en son article 21, 3. que l'examen des opérations de dimension nationale relève pour sa part de la compétence des autorités nationales de concurrence dans les conditions prévues par les législations des États membres.

1569. Sur ce dernier point, le chiffre d'affaires réalisé par les groupes concernés par l'opération, leurs parts de marché ou la valeur de la transaction sont appréciés de manière distincte par les États membres dans le cadre du déclenchement du contrôle qu'ils instituent²¹⁹⁷. Alors que ces contrôles internes poursuivent des objets similaires, les conditions de leur mise en œuvre varient au fil des frontières, suscitant par là-même certaines difficultés. Le traitement des opérations multi-juridictionnelles tend en particulier à le montrer²¹⁹⁸. Dès lors et dans le but de favoriser au niveau européen la convergence des législations au sein de l'Union, il semble nécessaire de réviser le dispositif actuel (§1).

1570. Symétriquement, les définitions que le droit européen des concentrations confère au contrôle matériel de la cible d'une opération de dimension communautaire conduisent à exclure du champ d'application du règlement certaines opérations. Leurs effets, comme leur réception ponctuelle par certaines autorités nationales de concurrence, tendent pourtant à montrer que leur intégration en droit européen contribuerait à l'atteinte des objectifs qui lui sont assignés. En ce sens, l'adoption de nouveaux seuils de notification pour les opérations relevant de la compétence de la Commission peut être envisagée (§2).

²¹⁹⁷ À l'exception toutefois du Luxembourg qui ne dispose pas de contrôle national des concentrations ; à propos des problématiques suscitées par les opérations multi-juridictionnelles, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B., 2).

²¹⁹⁸ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2 ; v. aussi Annexe n°2 « Panorama des seuils de contrôlabilité édictés par les législations nationales ».

Paragraphe 1 : Propositions de mesures en faveur d'une plus grande convergence des seuils nationaux

1571. L'affaire *Eurotunnel* et les autres²¹⁹⁹ illustrent les problèmes que ce type d'opérations soulève de manière générale, en dehors de la seule question posée par la coexistence de modalités distinctes de déclenchement des contrôles nationaux. Le développement du recours aux procédures simplifiées compte parmi les mesures qui ont été adoptées dans le but d'apaiser les difficultés que les opérations multi-juridictionnelles ont suscitées (A.). Toutefois, la simplification des procédures ne semble pas à elle seule de résoudre le constat selon lequel les contrôles nationaux des concentrations ont vocation à être déclenchés selon des modalités pour le moins distinctes. Des mesures supplémentaires ont par conséquent été discutées et il convient d'en proposer une analyse en conséquence (B.).

A. Le développement des procédures simplifiées, un premier pas au service d'une appréciation cohérente des concentrations au sein du marché unique

1572. Parmi les mesures destinées à résoudre les difficultés suscitées globalement par les opérations multi-juridictionnelles, figurait la nécessité de recourir de manière accrue aux procédures simplifiées. Ces procédures permettent aux entreprises concernées, dans des délais restreints, de notifier une opération et d'en obtenir l'autorisation dès lors que celle-ci soulève *a priori* peu de préoccupations en termes de concurrence.

1573. De très nombreux efforts ont été entrepris ces dernières années à cet égard. La Commission s'est dotée d'un tel dispositif²²⁰⁰ et une quinzaine d'États membres ont

²¹⁹⁹ À propos des opérations multi-juridictionnelles, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B., 2).

²²⁰⁰ La Commission a publié en 2005 une première communication destinée à décrire la procédure simplifiée applicable dans le cadre du contrôle des concentrations (Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du Règlement (CE) n°139/2004, 2005/C 56/04, *JOUE* C56, 5 mars 2005, p. 32); elle l'a remplacée en 2013 puis rectifiée en 2014 (Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, 2013/C 366/04, *JOUE* C366, 14 décembre 2013, p. 5, telle que rectifiée par Rectificatif, *JOUE* C11, 15 janvier 2014, p. 6). La procédure simplifiée en droit européen des concentrations permet à la Commission de déclarer une opération compatible avec le marché unique dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de sa notification au moyen d'une décision abrégée. Les opérations éligibles doivent répondre aux conditions posées aux points 5 ou 6 de ladite communication. Cette procédure ne s'applique pas cependant en présence de circonstances

également édicté ce type de procédure. La France a en particulier renouvelé récemment ses efforts en la matière²²⁰¹. Le succès que ces procédures ont rencontré est

particulières et la Commission peut décider finalement de contrôler l'opération dans les conditions prévues par le règlement « concentrations ».

²²⁰¹ En France, la procédure simplifiée a été mise en place en 2011 et elle permet aux opérations peu susceptibles de poser des problèmes de concurrence d'être examinées sous 15 jours dès lors que l'opération répond à certaines conditions (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020, pts 220 et s. [anciennement, lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013, pts 188 et s.]). En 2017, dans sa consultation publique, l'Autorité de la concurrence examinait encore la possibilité de développer le recours à ce type de procédure, que ce soit en intégrant des opérations qui ne soulèvent pas de problèmes de concurrence mais qui ne remplissent pas non plus les critères actuels de l'Autorité de la concurrence pour prétendre au bénéfice de la procédure simplifiée, en intégrant les seuils verticaux et horizontaux européens ou encore en incluant les opérations qui donnent pas lieu à des « marchés affectés ». Elle envisageait même de mettre en place deux systèmes de procédures simplifiées : l'un impliquerait le dépôt d'une simple déclaration préalable pour les opérations entrant actuellement dans le champ des procédures simplifiées (le silence de l'Autorité valant tacite acceptation) et l'autre consistant en la mise en place de l'actuelle procédure simplifiée pour les nouveaux cas (Autorité de la concurrence, « *L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.* », 20 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf). Dans son bilan présenté en 2018, l'Autorité a confirmé le bien-fondé de ces orientations, en sus de la nécessaire révision de ses lignes directrices et annoncé notamment une vaste entreprise de dématérialisation des démarches applicables en particulier à une partie de ces procédures simplifiées (Autorité de la concurrence, « *Modernisation et simplification du contrôle des concentrations* », communiqué de presse, 7 juin 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiques-de-presse/7-juin-2018-modernisation-et-simplification-du-controle-des-concentrations>; obs. A. Baudelin, M. Louvet et S. Sorinas, « L'Autorité de la concurrence annonce une réforme du droit des concentrations », *Concurrences*, 2018, n°3, p. 138). Un décret a été adopté en 2019 à ce titre et l'Autorité de la concurrence a adopté une nouvelle procédure de notification en ligne (décret n° 2019-339 du 18 avril 2019 portant simplification du dossier de notification d'une opération de concentration à l'Autorité de la concurrence, *JORF* n°94 du 20 avril 2019, t. n°10 et Autorité de la concurrence, « *L'Autorité de la concurrence lance aujourd'hui sa procédure de notification en ligne pour certaines opérations de concentration* », communiqué de presse, 18 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiques-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-lance-aujourd'hui-sa-procedure-de-notification-en>). Le projet de lignes directrices publié ensuite intègre ce nouveau volet (projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence sur le contrôle des concentrations, 2019 et spécialement, pts 229 et s. ; v. aussi, Autorité de la concurrence, « *Modernisation du contrôle des concentrations* », communiqué de presse, 18 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/article/modernisation-du-controle-des-concentrations>). Il figure désormais dans la nouvelle version des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence publiée en 2020 et remplaçant celle de 2013 (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020 et spécialement, pts 229 et s.). Le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière comprend également une série de mesures portant sur la procédure simplifiée, s'agissant notamment du déplaçonnement des amendes encourues dans ce cadre (projet de loi n°314 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière et enregistré à la Présidence du Sénat le 12 février 2020 ; projet de loi n°3196 adopté par le Sénat portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en

tel, qu'elles sont désormais mises en œuvre pour la plupart des opérations notifiées au sein de l'Union²²⁰².

1574. L'adoption de ce type de mesures peut être saluée, tant elle facilite la convergence des procédures entre les États membres, en plus de désengorger les services des autorités nationales de concurrence. Toutefois, elle ne paraît pas à même à elle seule d'atténuer les difficultés suscitées par la coexistence des seuils au sein du marché unique. Cette situation est en effet problématique : elle peut non seulement conduire à des ralentissements procéduraux et à des augmentations de coûts mais aussi à saisir des autorités amenées à se prononcer selon leurs impératifs nationaux.

1575. Dans ces conditions, il ne peut être mis fin aux difficultés suscitées en particulier par les opérations multi-juridictionnelles en l'absence de solution permettant de pallier la dispersion des modalités de déclenchement des contrôles

matière économique et financière et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juillet 2020). Il a fait l'objet de quatre amendements par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale. Il s'agirait d'une part de supprimer le recours au conseiller auditeur qui aurait été ouvert aux parties à l'opération avant la notification des griefs lorsque le rapporteur général doit être examinée par l'Autorité en l'absence du rapport préalable (amendement n°CE104 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020 ; amendement n°CE105 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020 ; amendement n°CE106 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020). Il s'agirait d'autre part de prolonger de deux mois supplémentaires du délai initial de deux mois laissé aux parties pour répondre à la notification des griefs ; pour en bénéficier, il reviendrait à l'une des parties d'en effectuer la demande à condition que le chiffre d'affaires cumulé excède le montant de deux cents millions d'euros (amendement n°CE105 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020 ; amendement n°CE106 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020 ; amendement n°CE107 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020).

²²⁰² Les opérations de dimension communautaire autorisées à l'issue d'une procédure simplifiée représentent ainsi plus de la moitié des opérations notifiées à la Commission et cette tendance va en augmentant : au 31 décembre 2019, elles représentaient 74% des opérations notifiées alors qu'elles n'en représentaient que 52% au 31 décembre 2010 (Commission, Statistiques relatives contrôle des concentrations, disponibles à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>). En France, elles représentent environ 50% des opérations notifiées chaque année (Autorité de la concurrence, « *L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.* », 20 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf).

nationaux. Plusieurs pistes ont été discutées sur ce point et il est ainsi nécessaire d'en proposer une analyse.

B. L'adoption de mesures complémentaires, un pas à franchir pour garantir une appréciation cohérente des concentrations au sein du marché unique

1576. Deux grandes séries de propositions peuvent être examinées. Il s'agit d'une part, de celles portant sur la mise en place d'un réseau de coopération entre autorités nationales de concurrence qui permettrait notamment d'apaiser les difficultés résultant de la coexistence de ces systèmes internes (1) et d'autre part, de celles portant spécifiquement sur la convergence des modalités de déclenchement du contrôle (2).

1) Vers l'adoption de mesures en faveur d'une coopération globale des autorités de concurrence chargées du contrôle des concentrations

1577. Parmi les mesures qui pourraient atténuer le caractère dispersé des systèmes procéduraux au sein des États membres, et en particulier des conditions de déclenchement des divers contrôles, la création d'un réseau pour le contrôle des concentrations, à l'image du REC, pourrait être intéressante.

1578. D'un point de vue technique en effet et outre le groupe de travail créé en 2010 à Bruxelles²²⁰³ ainsi que le comité consultatif visé par le règlement²²⁰⁴, il n'existe pas de réseau organisant la coopération entre autorités en droit des concentrations. En effet, le REC a uniquement été mis en place pour faciliter la coopération des autorités de concurrence s'agissant des seules pratiques anticoncurrentielles.

1579. Certes, les problèmes inhérents au fait que des seuils nationaux coexistent ne peuvent être résolus par la seule création d'une instance de coordination propre aux concentrations. Il semble cependant que la mise en place d'une coopération institutionnalisée entre autorités permette d'accentuer les efforts qui ont été entrepris en ce sens ces dernières années. Elle pourrait faciliter les échanges d'informations entre autorités et l'articulation des diverses procédures nationales. Elle pourrait aussi permettre d'éviter d'avoir à recourir de manière soutenue à la procédure de renvoi devant la Commission édictée par l'article 21 du règlement²²⁰⁵. Une telle réforme

²²⁰³ À propos de ce groupe de travail, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B, 2).

²²⁰⁴ Dont l'avis doit être pris en compte par la Commission (règlement « concentrations », art. 19 ; v. aussi *Supra*,...).

²²⁰⁵ Développer le recours au mécanisme de renvoi ne semble en effet pas pertinent, ainsi que nous l'avons montré à propos des acquisitions tueuses notamment, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2, B.

serait d'autant plus pertinente dans un contexte où le législateur européen cherche à accentuer la coopération entre autorités en droit européen de la concurrence²²⁰⁶. C'est d'ailleurs ce qu'a pu relever la Présidente de l'Autorité de la concurrence en France, Isabelle de Silva, à la suite de l'adoption de la directive ECN+²²⁰⁷.

1580. Édicter des obligations supplémentaires à l'encontre des entreprises concernées et des États pourrait également accompagner utilement cette coopération. Il pourrait par exemple s'agir d'imposer aux parties le soin de lister les autorités saisies lors de la notification de leur opération de dimension nationale ou encore d'obliger explicitement les États à se conformer au fond aux règles du règlement « concentrations »²²⁰⁸. Sur ce dernier point cependant, l'affaire *Eurotunnel* a montré que le recours à une même grille d'évaluation n'était pas nécessairement synonyme de décisions identiques, si ce n'est semblables.

1581. En plus d'une convergence globale que la création d'un tel réseau pourrait servir, ce sont encore d'autres mesures plus spécifiques au déclenchement des divers contrôles nationaux qui pourraient être adoptées.

²²⁰⁶ Nous faisons référence ici à l'adoption récente de la directive (UE) n°2019/1 du 11 décembre 2018 dite « ECN+ » (directive (UE) n°2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (« ECN+ »), *JOUE* L11, 14 janvier 2019, p. 3 ; obs. L. Idot, « Réseau européen de concurrence », *Europe*, mars 2019, n°3, comm. 127 ; E. Claudel, « Quelles nouveautés procédurales à la suite de la directive ECN+ ? - . - Le droit français à repenser à la suite de l'invalidation partielle de la loi Pacte », *CCC*, 7 juillet 2019, dossier 9 ; P. Arhel, *Concurrence : mise en œuvre par les autorités et les juridictions nationales. Chapitre 3 – Directive « ECN+ »*, Rép. eur., octobre 2019). En poursuivant le mouvement amorcé par le règlement (CE) n°1/2003, cette directive a renforcé et harmonisé les pouvoirs d'enquête et de décision des autorités nationales de concurrence qui leur sont dévolus lorsqu'elles mettent en œuvre les règles propres aux pratiques anticoncurrentielles.

²²⁰⁷ « Au-delà, alors que la directive vient renforcer l'efficacité du réseau instauré et encadré par le règlement (CE) n° 1/2003 pour mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE, le contrôle des concentrations, dont sont dotés toutes les ANC, ne bénéficie pas de règles communes. Nous pourrions ainsi réfléchir à une plus grande convergence dans ce domaine pour réduire la fragmentation des systèmes nationaux de contrôle des concentrations (...) » (L. Idot et I. de Silva, « L'Autorité de la concurrence et la directive ECN+ », *Europe*, mai 2019, n°5, alerte 31 ; v. aussi en ce sens L. Idot, « Un réseau pour le contrôle des concentrations dans l'Union européenne ? », *Europe*, n°11, Novembre 2013, alerte 60).

²²⁰⁸ J. Steenbergen, « Quelques réflexions au sujet du contrôle des concentrations multi-juridictionnelles », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 21.

2) Vers l'adoption de mesures en faveur d'une convergence spécifique des conditions de déclenchement des contrôles nationaux

1582. Plusieurs pistes ont été proposées dans le but d'étendre le nombre d'opérations confiées à l'examen de la Commission, ce qui pourrait permettre d'apaiser les conséquences induites par la dispersion des seuils nationaux au sein de l'Union.

1583. La question s'est ainsi posée de savoir s'il était pertinent d'abaisser les seuils européens ou bien encore, comme le préconisait Mario Monti dans son rapport au Président de la Commission²²⁰⁹, d'abandonner le critère des deux tiers qui implique de confier le contrôle d'une opération de dimension communautaire à l'État dans lequel les entreprises concernées réalisent plus des deux tiers de leurs chiffres d'affaires²²¹⁰. Si la première est souvent rejetée en raison de l'inflation du nombre d'opérations notifiées auprès de la Commission à laquelle elle conduirait²²¹¹, la seconde est un peu plus soumise à discussions.

1584. De notre point de vue, étant donné le système actuel de notification, l'abaissement des seuils risquerait en effet d'alourdir la tâche de la Commission et irait à l'encontre du mouvement de simplification des procédures qu'elle met en place ces dernières années. Il nous semble en revanche qu'abandonner le critère des deux tiers pourrait atténuer de manière utile la probabilité que d'importantes concentrations échappent au droit européen des concentrations pour les raisons « politiques » que le Professeur François Souty soulignait²²¹².

1585. Solution des plus radicales s'il en est, l'harmonisation des seuils nationaux a par ailleurs pu être proposée²²¹³.

²²⁰⁹ M. Monti, « *A New Strategy for the Single Market. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso* », 9 mai 2010 et spécialement, pp. 86-87.

²²¹⁰ Règlement « concentrations », art. 1, 2., al. 4 et art. 1, 3., al. 6.

²²¹¹ La détermination des seuils de chiffres d'affaires en droit européen des concentrations a compté parmi les diverses discussions à son origine ainsi que lors de celles qui ont lieu lors de ses révisions. Le rejet de cet argument est récurrent dans la littérature concernée. S'agissant du contexte spécifique des opérations multi-juridictionnelles, v. not. en ce sens Association des praticiens du droit de la concurrence, « Quelques brèves remarques de praticiens », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 19.

²²¹² V. *Supra*.

²²¹³ Par exemple, v. Autorité de la concurrence, « *Rapport au Ministre de l'Économie et des Finances (rapporteur F. ZIVY). Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe - Une réforme "gagnant-gagnant" au service de la compétitivité* - », La documentation Française, 16 décembre 2013, et spécialement, p. 38.

1586. Aller dans le sens d'une harmonisation plus soutenue est en effet pertinent pour la cohérence des divers contrôles au sein du marché unique et s'impose avec d'autant plus de facilité que les objets des contrôles nationaux et européen tendent à converger²²¹⁴. Une réforme de cette nature pourrait cependant faire fi des politiques économiques nationales et de la réalité économique propre à chaque territoire, ce qui ne paraît pas envisageable dans un contexte où les seuils nationaux dépendent plus de critères économiques et politiques que de facteurs juridiques²²¹⁵.

1587. Un compromis pourrait cependant être proposé. Une base réglementaire au niveau européen qui arrêterait une fourchette de seuils nationaux pourrait par exemple être une solution : elle encouragerait l'harmonisation des divers contrôles nationaux, tout en respectant les spécificités de chaque État.

1588. Dans les cas où l'harmonisation précise des seuils a été écartée, il a aussi été proposé d'imposer *a minima* de ne retenir qu'une seule grille d'évaluation : chaque État membre serait ainsi dans l'obligation de soumettre le déclenchement de son contrôle national selon un même type d'indicateur (chiffre d'affaires, parts de marché ou valeur de la transaction). Le chiffre d'affaires est souvent considéré comme le plus adapté. Le Professeur Louis Vogel a notamment affirmé à propos du droit français des concentrations que « l'institution de seuils en valeur absolue apparaît justifiée, non pas tellement parce qu'elle peut se réclamer de l'exemple européen, mais parce qu'elle répond à un souci d'efficacité »²²¹⁶. Préférer l'appréciation du chiffre d'affaires à celle des parts de marché peut effectivement présenter divers avantages, dont des facilités d'évaluation pour les entreprises concernées qui cherchent à déterminer la dimension de leur opération. Les problématiques soulevées récemment dans le secteur du numérique, en particulier, nous incitent cependant à penser que l'admission du critère des parts de marché gagnerait à être discutée à nouveau²²¹⁷.

1589. Comme cette étude l'a montré, la dispersion des contrôles nationaux des concentrations résulte d'appréciations distinctes de la dimension des groupes concernés par l'opération. Certaines mesures pourraient toutefois atténuer les difficultés qui en découlent. À côté des problématiques soulevées par la répartition des compétences auprès des autorités nationales de concurrence, le règlement

²²¹⁴ V. *Supra*.

²²¹⁵ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B., 1).

²²¹⁶ L. Vogel, *Droit de la concurrence européen et français*, Jurisscience, Lawlex, 2012, 1812 p., et spécialement, p. 1238 ; en ce sens, v. aussi à propos des opérations multi-juridictionnelles, Association des praticiens du droit de la concurrence, « Quelques brèves remarques de praticiens », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 19.

²²¹⁷ V. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, §2.

« concentrations » interroge encore lorsqu'il régit le contrôle des opérations de dimension communautaire exercé par la Commission. À cet égard, il pourrait également être utile d'adopter diverses mesures dans le but de réintégrer certaines opérations dans le champ du contrôle *ex ante* des concentrations.

Paragraphe 2 : Propositions de mesures en faveur d'une appréciation assouplie du contrôle matériel de la cible

1590. Le règlement « concentrations » définit les groupes concernés avec une certaine rigidité. Le déclenchement du contrôle par la Commission dépend en effet de l'atteinte de plusieurs seuils par certaines entreprises spécialement identifiées. Nous avons montré les limites de ce dispositif, en particulier dans la mesure où il conduit à exclure du champ d'application du contrôle européen les acquisitions tueuses ou consolidantes dont le nombre tend à augmenter sur le marché pharmaceutique ou du numérique. La mobilisation des mécanismes de renvoi ne paraît pas suffisante pour y pallier²²¹⁸. En ce sens, l'adoption de nouveaux seuils semble nécessaire pour permettre à la Commission d'appréhender ces opérations dans le cadre de son contrôle *ex ante* (A.). De même, le critère de l'« influence déterminante » édicté par le règlement présente le risque de permettre la conclusion de prises de participations minoritaires en dehors de tout contrôle et ce, alors même que des affaires à l'image de *Ryanair/Aer Lingus* ont montré le besoin d'un contrôle européen en la matière²²¹⁹. La question du renforcement du contrôle *ex ante* des concentrations peut par conséquent être aussi envisagée à ce niveau (B.).

A. Vers une appréciation assouplie des groupes concernés par l'opération, le cas des acquisitions tueuses ou consolidantes

1591. Tandis que le Professeur Claude Champaud relevait en son temps que « [la concentration des entreprises] met en cause l'autorité des pouvoirs publics et parfois même la souveraineté des États »²²²⁰, il est désormais admis que « les entreprises du numérique, en tête desquelles l'on trouve les fameux "GAFAM" (...) tendent à concurrencer l'imperium des États et leurs prérogatives régaliennes les plus traditionnelles »²²²¹. L'intégration dans le champ du droit européen de la concurrence

²²¹⁸ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2.

²²¹⁹ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2.

²²²⁰ C. Champaud, *Droit des affaires*, PUF, coll. Que sais-je, Paris, 1981, 127 p. et spécialement, p. 93.

²²²¹ F. Fatah, « La souveraineté à l'ère du numérique : enjeux stratégiques pour l'État français et les institutions européennes », *Revue de l'Union européenne*, 2020, n°634, p. 26.

des pratiques commises notamment par les GAFAM, en particulier s'agissant des acquisitions tueuses ou globalisantes, est en effet devenue un enjeu majeur.

1592. L'essor de ces opérations, conjugué au développement plus général du marché du numérique, a conduit à ce que diverses propositions soient émises dans le but de réviser notamment le système de seuils édicté par le règlement « concentrations ». Celles-ci restent cependant toujours en construction et ne cessent de diviser **(1)**.

1593. Le débat paraît pourtant mériter d'être clos en faveur notamment d'un renforcement du contrôle *ex ante* des concentrations afin de permettre aux autorités d'apprécier en particulier ces acquisitions. Dans la mesure où les effets des acquisitions tueuses ont aussi été constatés sur le marché pharmaceutique, cette mesure pourrait utilement permettre à la Commission d'apprécier les acquisitions tueuses comme consolidantes, quel que soit le marché considéré²²²² **(2)**.

1) Un processus de révision en construction

1594. L'adoption d'un nouveau mécanisme de déclenchement du contrôle des concentrations requiert que deux aspects soient examinés. Il s'agit d'une part, de l'étendue de la révision qu'il conviendrait de réaliser. La Commission comme certaines autorités nationales de concurrence ont envisagé à cet égard diverses pistes, allant d'une simple révision des seuils à la création d'une nouvelle obligation de notification ou d'information **(a)**. Il est aussi nécessaire, d'autre part, de s'interroger plus spécifiquement sur les critères retenus pour l'établissement de nouveaux seuils éventuels. Il est en effet nécessaire d'évaluer la pertinence du critère du chiffre d'affaires, des parts de marché ou bien encore de la valeur de la transaction. Une analyse à cet égard également paraît par conséquent utile **(b)**.

a) Analyse des propositions institutionnelles portant sur l'introduction d'un nouveau mécanisme de déclenchement du contrôle

1595. À la suite d'une consultation publique relative au règlement « concentrations », un groupe de travail de la Commission européenne avait conclu en 2009 à l'adéquation du système de seuils édicté par ce règlement²²²³.

1596. L'affaire *Facebook/WhatsApp*²²²⁴ et d'autres opérations comme *Facebook/Instagram*²²²⁵ et *Google/Waze*²²²⁶ ont cependant donné lieu à de nouvelles

²²²² Il ne s'agit pas d'atténuer pour autant l'importance de ces opérations sur le marché du numérique.

²²²³ Commission, « *Staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the Council Report on the functioning of Regulation No 139/2004* », 30 juin 2009, COM(2009) 281 final, SEC/2009/0808 final/2.

réflexions sur l'opportunité du système de seuils édicté par le règlement « concentrations ». Dans une note à propos de la première de ces affaires et parue dans la revue publiée par la Commission, plusieurs propositions ont été émises, allant de l'ajout du critère de la valeur de la transaction jusqu'à l'intégration de la protection des données personnelles comme nouvelle « monnaie » permettant d'apprécier les résultats de la cible²²²⁷.

1597. Ces pistes ont ensuite inspiré Margrethe Vestager²²²⁸ ainsi qu'une nouvelle consultation publique de la Commission en 2016²²²⁹. Cependant, les réponses à cette consultation ont pour la plupart conclu au caractère généralement adéquat du système actuel de seuils de chiffres d'affaires²²³⁰ ou ont, à tout le moins, invité la Commission à faire œuvre de prudence en consultant préalablement l'ICN avant l'adoption d'une mesure de cette nature²²³¹. Également, un rapport dressé par trois « *Special Advisors* » a recommandé à la Commission en 2019 d'attendre un retour d'expérience de l'Allemagne et de l'Autriche portant sur l'introduction de leur nouveau critère de la valeur de la transaction avant d'envisager une réforme²²³². Les seuils applicables en droit européen des concentrations n'ont ainsi pas été modifiés

²²²⁴ Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, JOUE C417, 21 novembre 2014, p. 4 ; Commission, 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.8228, JOUE C286, 30 août 2017, p. 6.

²²²⁵ Office of Fair Trading, 14 août 2012, *Facebook/Instagram*, ME/5525/12; FTC, 22 août 2012, « FTC Closes Its Investigation Into Facebook's Proposed Acquisition of Instagram Photo Sharing Program », communiqué de presse.

²²²⁶ Office of Fair Trading, 11 novembre 2013, *Motorola Mobility Holding (Google, Inc.)/Waze Mobile Limited*, aff. ME/6167/13.

²²²⁷ E. Ocello, C. Sjödin et A. Subočs, « What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case », *Competition merger brief*, 2015, n°1, p. 1 et spécialement, p. 2.

²²²⁸ M. Vestager, « *Refining the EU merger control system* », discours, 10 mars 2016, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en.

²²²⁹ Commission, « *Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of merger control* », 7 octobre 2016, HT. 3053.

²²³⁰ Commission, « *Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control* », juillet 2017, et spécialement, pp. 5 et s. disponible à l'adresse suivante :

https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/summary_of_replies_en.pdf.

²²³¹ The European Best Friends Law Firms, « *Response to the European Commission's evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control 20 December 2016* », 13 janvier 2017, et spécialement, p. 8, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/best_friends_group_of_law_firms_annex_4_en.pdf.

²²³² J. Crémer, Y.-A. de Monjoye et H. Schweitzer, « *Competition policy for the digital era* », Publications Office of the European Union, 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, et spécialement, p. 115.

mais une évaluation de leur adéquation devrait être prochainement demandée par la Commission²²³³.

1598. Au sein des États membres, des réflexions semblables ont aussi eu lieu.

1599. L'Autorité belge de la concurrence s'astreint en effet à une évaluation de la pertinence des seuils de notification des concentrations tous les trois ans, au sens de l'article IV. 7 du Code de droit économique belge. Le 16 mai 2017, elle concluait cependant à la pertinence des seuils de notification belges, en émettant une réserve particulière pour certains secteurs spécifiques²²³⁴.

1600. Dans sa consultation publique d'octobre 2017, l'Autorité de la concurrence se demandait quant à elle si les seuils prévus en droit français étaient trop bas ou à l'inverse trop élevés, si le critère du chiffre d'affaires gagnait ou non à être complété par d'autres et s'il était souhaitable de moduler les seuils nationaux en fonction des secteurs concernés²²³⁵. En constatant en effet que plus de quatre-vingt-dix pour cent de ses décisions consistaient en des autorisations pures, elle en déduisait que seules les opérations pour lesquelles les parties étaient dotées de forts chiffres d'affaires étaient susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Elle s'interrogeait ainsi sur la possibilité d'introduire de nouveaux seuils en fonction des secteurs à l'image du modèle allemand ou bien encore d'ajouter des critères exprimés en parts de marché, ce qui aurait cependant impliqué de délimiter le marché pertinent en amont.

1601. Cependant, en 2018, dans son bilan portant sur les enseignements tirés de cette consultation, l'Autorité de la concurrence a conclu que si certains aspects du contrôle méritaient effectivement d'être révisés²²³⁶, tel n'était pas le cas des seuils.

²²³³ Selon les déclarations récentes de Margrethe Vestager (M. Vestager, « *Speech to the Competition Day* », 7 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-competition-day_en).

²²³⁴ Autorité belge de la concurrence, « *Evaluation des seuils de notification des concentrations en Belgique* », 16 mai 2017.

²²³⁵ Autorité de la concurrence, « *L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.* », 20 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf.

²²³⁶ Dans son bilan, l'Autorité de la concurrence prône notamment un recours soutenu aux procédures simplifiées ainsi que leur développement (v. *Supra*) et elle a mis à l'étude l'instauration éventuelle d'un contrôle *ex post* (Autorité de la concurrence, « *Réforme du droit des concentrations et contrôle ex post* », consultation publique, 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/note_controle_expost.pdf).

Ceux-ci seraient en effet proportionnés et l'institution de seuils spécifiques au commerce de détail serait suffisante²²³⁷.

1602. De même, l'Autorité a décidé de rejeter l'ajout du critère de la valeur de la transaction parmi les conditions permettant de déclencher le contrôle national des concentrations. L'introduction d'un tel critère avait en effet été discutée dans le but, notamment, d'intégrer au sein du droit des concentrations, les acquisitions tueuses ou consolidantes, y compris lorsque celles-ci ont pour cibles des « licornes ». Or et tout en admettant les éventuelles préoccupations de concurrence que ces opérations peuvent susciter, l'Autorité a estimé que cette réforme était inopportune, non seulement parce que seul un nombre limité d'opérations problématiques serait concerné mais aussi parce que la prise en compte de la valeur de la transaction ne serait pas nécessairement un gage de réussite. Elle a également considéré que l'ouverture de ce nouveau cas imposerait une contrainte supplémentaire pour de nombreuses opérations. L'Autorité a pour conséquent conclu à la nécessité d'attendre un retour d'expérience de la part de l'Allemagne et de l'Autriche qui ont adopté ce critère.

1603. Un an plus tard, un rapport recommandait pourtant de renforcer les prérogatives de la Competition and Markets Authority au Royaume-Uni dans le but d'appréhender davantage les opérations de concentration conclues dans le secteur du numérique²²³⁸.

1604. Le rapport Stigler pour sa part a également proposé en 2019 de renforcer le contrôle des concentrations, en particulier aux États-Unis sur le marché du numérique, en estimant que la multiplication de ces concentrations présentait le risque de créer des monopoles²²³⁹ et qu'elles peuvent même constituer une « menace pour la démocratie »²²⁴⁰ lorsqu'elles ont lieu dans le secteur des médias. Il s'agirait ainsi notamment de créer une Autorité chargée du numérique²²⁴¹, d'instaurer une présomption simple d'incompatibilité pour les opérations conclues entre des

²²³⁷ C. com., art. L. 430-2, II.

²²³⁸ J. Furman (dir.), « *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel.* », mars 2019, disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf et spécialement, pp. 11 et s.

²²³⁹ F. M. Lancieri, G. Rolnik et L. Zingales (dir.), « *Stigler Committee on Digital Platforms. Final Report* », Chicago Booth, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, septembre 2019, et spécialement, p. 7.

²²⁴⁰ Traduction libre de « problem for democracy » (*Ibid.*, et spécialement, p. 9).

²²⁴¹ *Ibid.*, et spécialement, p. 18.

entreprises en position dominante et d'« importants » concurrents actuels ou potentiels²²⁴² et de faire désormais preuve de défiance à l'égard des opérations verticales²²⁴³. Prenant appui sur ces divers travaux, les autorités belge, luxembourgeoise et néerlandaise recommandaient ensemble fin 2019 à la DG COMP de la Commission de solliciter le bénéfice d'une nouvelle étude économique portant sur le contrôle des concentrations sur le marché du numérique²²⁴⁴.

1605. En 2020, l'Allemagne de son côté, a envisagé de créer une nouvelle série de seuils : devraient être notifiées les opérations conclues par des entreprises réalisant un chiffre d'affaires de deux cent cinquante millions d'euros portant sur une entité dotée de plus de deux millions d'euros de chiffre d'affaires lorsque de telles opérations risquent d'affecter la concurrence²²⁴⁵.

1606. Cette même année, l'Autorité de la concurrence en France a à nouveau souligné dans l'une de ses contributions les préoccupations que ces acquisitions soulevaient et suggéré la mise en place de mécanismes destinés à les intégrer dans le champ du contrôle²²⁴⁶.

1607. Selon l'Autorité de la concurrence, il s'agirait ainsi en premier lieu d'identifier une liste de « plateformes numériques structurantes », c'est-à-dire les « entreprise[s] qui fourni[ssent] en ligne des services d'intermédiation, en vue d'échanger, acheter ou vendre des biens, des contenus ou des services, et (...) [q]ui détiennent un pouvoir de marché structurant (...) [à] l'égard de [leurs] concurrents, de [leurs] utilisateurs et/ou des entreprises tierces qui dépendent pour leur activité économique de l'accès aux services qu'elle[s] offre[nt] »²²⁴⁷. Les plateformes auteurs de

²²⁴² Traduction libre de « substantial competitors or uniquely likely future competitors » (*ibid.*, et spécialement, p. 98).

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ Autorité belge de la concurrence, Conseil de la concurrence et *Authority for Consumers & Markets*, « Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world », 2 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma_acm_cdlcl.joint_memorandum_191002.pdf et spécialement, p. 3.

²²⁴⁵ *Ibid.* ; Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), 24 janvier 2020.

²²⁴⁶ Autorité de la concurrence, « Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques », 19 février 2020, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.19_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf.pdf, et spécialement, pp. 12 et s.

²²⁴⁷ *Ibid.*, et spécialement, p. 8.

concentrations conclues au sens de l'article 3 du règlement « concentrations » se trouveraient dans l'obligation d'en informer la Commission et/ou les autorités nationales de concurrence compétentes afin de permettre à celles-ci de solliciter qu'elles leur soient notifiées dans des conditions habituelles.

1608. Toujours selon l'Autorité de la concurrence, il conviendrait en second lieu d'introduire un nouveau type de seuils permettant à l'autorité concernée d'exiger des parties à l'opération qu'elles la notifient auprès d'elle, en vue d'une appréciation *ex ante* ou *ex post*²²⁴⁸. Tel pourrait ainsi être le cas en droit français²²⁴⁹ dès lors que les parties réalisent un chiffre d'affaires total mondial supérieur à 150 millions d'euros, que l'opération soulève des « préoccupations substantielles de concurrence » et qu'elle n'est pas de dimension communautaire. Dans sa contribution, l'Autorité a enfin suggéré la mise en place d'une procédure de notification volontaire des opérations.

1609. Des membres de l'Assemblée nationale ont par la suite suggéré de réviser le contrôle français en la matière²²⁵⁰ en dénonçant que « [l]a prophétie schumpetérienne ne s'est pas réalisée et [que] la concentration des marchés atteint des niveaux inquiétants, signe de dysfonctionnements concurrentiels »²²⁵¹. Reprenant pour partie les recommandations émises par l'Autorité, il s'agirait plus spécifiquement d'établir une liste de critères qui permettrait de qualifier un géant du numérique de « plateforme structurante », de manière à ce que les concentrations conclues par elles soient systématiquement notifiées auprès d'un régulateur dédié qui aurait la charge de les notifier à son tour à l'Autorité s'il estime qu'elles soulèvent des risques pour la concurrence²²⁵². À la faveur d'un amendement n°7 rect.²²⁵³, le Sénat a ensuite acté le principe d'un contrôle *ex ante* de ces plateformes « structurantes », autrement qualifiées de « systémiques », dans le cadre du projet de loi portant adaptation au

²²⁴⁸ Pour le volet portant sur un éventuel contrôle *ex post*, v. *Infra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 2.

²²⁴⁹ Dans sa contribution, l'Autorité ne vise pas spécifiquement le droit français à ce propos. Cependant, dans la mesure où les seuils nationaux dépendent de chaque État comme nous l'avons montré précédemment et où les seuils proposés par l'Autorité conduisent à exclure la compétence européenne, le texte semble pouvoir être interprété en ce sens.

²²⁵⁰ Assemblée nationale, V. Faure-Muntian et D. Fasquelle, « Rapport d'information n°3127 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques », 24 juin 2020.

²²⁵¹ *Ibid.*, et spécialement, Deuxième partie, II, B., 1.

²²⁵² *Ibid.*, et spécialement, Troisième partie, IV, A.

²²⁵³ Amendement n°7 rect. du Sénat présenté par Mesdames Primas et Noël et a. sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 7 juillet 2020.

droit de l'Union européenne en matière économique et financière²²⁵⁴. La Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale a néanmoins adopté l'amendement CE62 présenté par le gouvernement²²⁵⁵ dans le but de supprimer cette disposition. Le Secrétaire d'État chargé de la Transition numérique et des communications électroniques avait en particulier fait valoir devant ladite Commission qu'en dépit de l'intérêt suscité par ce mécanisme, il s'agissait là d'un « cavalier parlementaire »²²⁵⁶. Il relevait également que la pertinence de cette modification gagnerait à être d'abord envisagée à l'échelle européenne, éventuellement dans le cadre du Digital Services Act²²⁵⁷. Cet Act vise à moderniser les règles applicables au secteur du numérique et comprend en particulier une large consultation publique portant sur la pertinence de l'instauration de divers outils de régulation *ex ante*²²⁵⁸. Il est vrai que le niveau européen semble davantage se prêter à l'établissement de ce type de liste ; sa création comme sa révision pourraient être confiées à des organismes européens, à l'image de l'Observatoire européen des plateformes²²⁵⁹.

1610. Quoi qu'il en soit et quelle que soit la mesure finalement retenue, l'adoption d'un nouveau mécanisme risque dans tous les cas d'impliquer la création de

²²⁵⁴ Projet de loi n°3196 adopté par le Sénat portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juillet 2020, art. 4 bis ; la première version de ce projet de loi avait été enregistré à la Présidence du Sénat le 12 février 2020 (projet de loi n°314 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière et enregistré à la Présidence du Sénat le 12 février 2020).

²²⁵⁵ Amendement n°CE62 présenté par le Gouvernement sur le projet de loi n°3196 adopté par le Sénat portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 25 septembre 2020.

²²⁵⁶ A. Ronzano, « INFOS PJJ DDADUE : La Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale supprime le mécanisme de contrôle *ex ante* des killer acquisitions des entreprises structurantes et complexifie un peu plus la nouvelle procédure simplifiée devant l'Autorité », *L'actu-concurrence, Hebdo*, 5 octobre 2020, n°36/2020.

²²⁵⁷ Commission, « *The Digital Services Act package* », 2020.

²²⁵⁸ Cette consultation, ouverte jusqu'au 8 septembre 2020, ne semblait cependant pas porter explicitement sur le contrôle des concentrations (Commission, « *Inception impact assesment. Digital Services Act package: Ex ante regulatory instrument for large online platforms with significant network effects acting as gate-keepers in the European Union's internal market* », 2 juin 2020, consultation publique, Ares(2020)2877647).

²²⁵⁹ Créé en 2019, le projet de cet Observatoire se concentre davantage sur la collaboration et la représentation des travailleurs dans les plateformes numériques (v. le site de l'Observatoire : <https://digitalplatformobservatory.org/fr/home-fr/>). Ce nouveau rôle a néanmoins été suggéré par le Conseil d'analyse économique dans l'une de ses notes (Conseil d'analyse économique, « Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard », *Les notes du conseil d'analyse économique*, octobre 2020, n°60, et spécialement, p. 10).

nouveaux seuils. Les critères de quantification sur lesquels ces seuils auraient vocation à reposer méritent par conséquent d'être analysés également.

b) Analyse des travaux portant sur les critères pertinents pour l'établissement de nouveaux seuils

1611. Parmi les pistes envisagées précédemment, certaines tendent à compléter le système actuel de seuils édicté par l'article 1^{er} du règlement « concentrations » par la prise en compte du montant de la vente : seraient aussi qualifiées de dimension communautaire de plein droit les opérations dont le montant de la transaction atteindrait certains seuils, indépendamment du volume de chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées. Le raisonnement sur lequel repose une telle modification se comprend : dans la mesure où le montant de la transaction traduit l'importance de l'opération, instituer un seuil de ce type pourrait mieux rendre compte de la réalité des groupes et partant, des opérations sur le marché.

1612. L'Autriche et récemment l'Allemagne²²⁶⁰ ont adopté des seuils subsidiaires²²⁶¹ en ce sens. L'institution de ces seuils a au demeurant encouragé la coopération des autorités autrichienne et allemande, celles-ci ayant publié conjointement un guide portant sur l'appréciation de la valeur de la transaction²²⁶². Dans leur étude, les autorités montrent que cette réforme permet utilement d'appréhender la réalité du marché, en particulier du numérique, en intégrant dans le contrôle les cas dans lesquels le chiffre d'affaires des parties et le montant total de la transaction sont disproportionnés. L'idée sous-jacente est en effet que le caractère élevé du prix de la transaction serait un indicateur de l'importance de la capacité d'innovation de la cible plus adapté que la seule prise en compte de son chiffre d'affaires actuel. Dans ce contexte, le contenu du dossier de notification imposé aux parties a été alourdi, celles-ci devant également indiquer en pareil cas, outre les mentions habituellement requises, le prix de la transaction. Ces renseignements sont sans préjudice des

²²⁶⁰ Rappelons que cette création est récente : le 31 mars 2017, le législateur allemand, le *Bundesrat*, a en effet approuvé une loi prévoyant que les concentrations n'atteignant pas les seuils de notification devaient être au *Bundeskartellamt* lorsque plusieurs conditions sont remplies, dont le fait que le prix de la prise de contrôle excède quatre cents millions d'euros et que l'entreprise cible exerce substantiellement son activité en Allemagne.

²²⁶¹ V. Annexe n°2 ; en Allemagne : *GWB*, art. 35 (1a)) et en Autriche : *Kartellgesetz*, dit « *KartG* », art. 9(4).

²²⁶² *Bundeskartellamt* et *Bundeswettbewerbshörde*, « *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)* », juillet 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

demandes complémentaires que peuvent formuler les autorités, à l'image de la méthode de calcul du prix²²⁶³.

1613. Envisagée ainsi, l'introduction de ce critère en droit européen se justifie : dans la mesure où les opérations précédemment évoquées²²⁶⁴ qui ont échappé au contrôle de la Commission ont été conclues à des prix particulièrement élevés, l'admission de ce nouveau seuil en droit européen pourrait potentiellement faciliter l'exercice du droit européen des concentrations *ab initio*.

1614. Cependant, la prise en compte de la valeur de la transaction ne semble pas garantir à elle seule que le contrôle européen puisse effectivement être exercé. Les critères qui permettraient de déterminer le juste montant d'un seuil portant sur la valeur de la transaction soulèvent leur lot d'incertitudes et le caractère évolutif du marché nécessite d'en arrêter les conditions de révision selon une fréquence déterminée²²⁶⁵. Comme le Conseil d'analyse économique l'a par ailleurs montré, le prix de la transaction étant librement fixé par les parties, le montant réel de la transaction pourrait être dissimulé et l'exercice du contrôle s'en trouver, par conséquent, empêché²²⁶⁶. Ce sont d'ailleurs ces considérations qui ont conduit les *Special Advisors* à recommander à la Commission dans leur rapport précité d'attendre les retours d'expériences des autorités allemande et autrichienne²²⁶⁷. Il a aussi été relevé que ces nouvelles règles allemandes et autrichiennes n'ont, pour l'heure, conduit qu'à traiter un nombre limité d'affaires²²⁶⁸. Margrethe Vestager relevait aussi le risque de voir certaines opérations échapper à un contrôle dont le déclenchement aura été conditionné par la valeur de la transaction, tout en soulignant cependant que des seuils portant sur le volume de chiffre d'affaires ne permettaient pas de contrôler certaines opérations²²⁶⁹.

²²⁶³ *Ibid.* et spécialement, p. 30

²²⁶⁴ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2.

²²⁶⁵ A. de Brousse et F. Gordon, « Faut-il élargir les seuils de notification des concentrations devant la Commission européenne ? », *JCP E*, 13 avril 2017, n°15, 1199.

²²⁶⁶ Conseil d'analyse économique, « Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ? », *Les notes du conseil d'analyse économique*, mai 2019, n°51, et spécialement, p. 8

²²⁶⁷ J. Crémer, Y.-A. de Monjoye et H. Schweitzer, « *Competition policy for the digital era* », Publications Office of the European Union, 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, et spécialement, p. 15.

²²⁶⁸ D. Bosco, « Le contrôle des concentrations et la peur du vide », *CCC*, novembre 2019, n°11, repère 10.

²²⁶⁹ M. Vestager, « *The future of EU merger control* », discours, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, 11 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en.

1615. Davantage, l'expérience nord-américaine atteste du fait que le caractère amiable du prix de la transaction est susceptible de relativiser l'efficacité du contrôle. L'institution, en 2000, d'une exemption au bénéfice des opérations évaluées à moins de cinquante millions de dollars²²⁷⁰ a en effet conduit à une diminution drastique de 70% du nombre de notifications auprès de la FTC²²⁷¹. Il est donc possible d'imaginer que les groupes sur le marché soient tentés d'adapter le montant de leurs transactions en présence de règles y afférant.

1616. Il reste que la comparaison des modèles nord-américain et européen doit être relativisée. Outre leurs différences d'approches à d'autres égards, le système nord-américain a permis l'exercice d'un contrôle dans des affaires où la Commission ne pouvait être saisie. Tel a par exemple été le cas dans le cadre de l'affaire précitée *Facebook/Instagram* qui a été appréciée par les autorités anglaise²²⁷² et nord-américaine²²⁷³. Si la FTC a effectivement conclu qu'il convenait d'autoriser cette opération, elle a lancé une nouvelle enquête quelques années plus tard, après l'annonce de Facebook de mutualiser ses plateformes Messenger, Instagram et WhatsApp²²⁷⁴.

1617. Par conséquent, le droit nord-américain des concentrations ne semble pas seulement avoir échoué à renforcer son contrôle en instituant une exemption basée sur la valeur de la transaction, il paraît aussi rencontrer des difficultés analogues à celles de l'Union pour apprécier les effets des acquisitions tueuses ou consolidantes sur le marché.

1618. Dans ces conditions, les seuils en chiffres d'affaires édictés en droit européen ont montré leurs limites. Ceux portant sur la valeur de la transaction aux États-Unis

²²⁷⁰ Conformément à l'amendement de 2000, ce seuil est toutefois révisé chaque année. En conséquence, la Section 7A du Clayton Act, tel que résultant du Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976, est modifié annuellement. À titre d'exemples, en 2019, il s'élève ainsi à 90 millions de dollars (*FTC*, 3 avril 2019, Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7a of the Clayton Act, 84 FR 7369) et en 2020, à 94 millions de dollars (*FTC*, 27 février 2020, Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7a of the Clayton Act, 85 FR 4984).

²²⁷¹ T. G. Wollmann, « Stealth Consolidation : Evidence an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act », *Chicago Booth Working Paper*, 2018, p. 77, et spécialement, p. 78.

²²⁷² *Office of Fair Trading*, 14 août 2012, *Facebook/Instagram*, ME/5525/12.

²²⁷³ *FTC*, 22 août 2012, « FTC Closes Its Investigation Into Facebook's Proposed Acquisition of Instagram Photo Sharing Program », communiqué de presse.

²²⁷⁴ B. Kendall, J. D. McKinnon et D. Seetharaman, « FTC Antitrust Probe of Facebook Scrutinizes Its Acquisitions », *The Wall Street Journal*, 1^{er} août 2019 ; E. Glazer et J. D. McKinnon, « FTC Weighs Seeking Injunction Against Facebook Over How Its Apps Interact », *The Wall Street Journal*, 19 décembre 2019. La FTC a par ailleurs condamné Facebook en 2020 pour violation de ses engagements en matière de protection des données personnelles (*FTC*, 27 avril 2020, *Facebook Inc.*, C-4365).

partagent aussi un constat d'échec et la FTC peine plus généralement à appréhender les effets de ce type d'acquisition. Les autorités des deux côtés de l'Atlantique paraissent ainsi rencontrer des difficultés similaires lorsqu'il s'agit d'apprécier ces opérations, alors qu'elles les préoccupent toutes deux.

1619. Par ailleurs, l'abaissement des seuils, que ce soit en intégrant ou non la valeur de la transaction, présente aussi quelques risques dans la mesure où cette modification impliquerait que des opérations suscitant moins de risques concurrentiels soient également notifiées à la Commission. En d'autres termes et sauf à modifier le système de notification obligatoire actuel, ce type de révision peut entraîner une inflation du contrôle. Le *Bundeskartellamt* a d'ailleurs manifesté son insatisfaction à cet égard à la suite de la réforme de 2017²²⁷⁵.

1620. Également, envisager une refonte des seuils permet aussi de réinterroger l'opportunité du critère du chiffre d'affaires qui est actuellement la norme européenne par rapport à celui des parts de marché.

1621. L'expérience anglaise décrite précédemment a notamment montré l'utilité que le critère des parts de marché pouvait présenter. L'opportunité de cet outil est cependant discutée. La quantification de ces parts de marché en particulier sur le marché du numérique soulève d'abord diverses interrogations, le nombre de téléchargements effectués par les consommateurs étant par exemple insuffisant pour la déduire²²⁷⁶. Ensuite et outre nos propos précédents à cet égard, dans ses recommandations relatives au contrôle des concentrations, l'ICN incite à la mise en place de seuils de notification reposant sur des critères objectifs et quantifiables²²⁷⁷. Or, la prise en compte des volumes de ventes et du chiffre d'affaires bénéficie d'une préférence nette. L'ICN recense parmi les « exemples de critères qui ne sont

²²⁷⁵ Conseil d'analyse économique, « Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ? », *Les notes du conseil d'analyse économique*, mai 2019, n°51, et spécialement, p. 8.

²²⁷⁶ Lear – Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione, « *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets. Final report. Document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority* », 9 mai 2019, et spécialement, p. 70 à propos de l'affaire *Facebook/Instagram*. Il convient encore de déterminer l'étendue du marché sur lequel ces parts ont vocation à être comptabilisées et les difficultés que ce travail de délimitation suscite en droit de la concurrence ont déjà été soulignées (v. not. M. Luby-Gaucher et S. Poillot-Peruzzetto, « Les contrats de distribution », in *L'entreprise sous les influences réciproques du droit européen et des droits nationaux*, *Rev. soc.*, 2001, p. 235.). Notons cependant qu'à propos de cette délimitation, les récentes lignes directrices de la Commission de 2018 pourraient être un support utile (lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2018/C 159/01, *JOUE* C159, 7 mai 2018, p. 1).

²²⁷⁷ ICN, *Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*, 2002 et spécialement, p. E.

pas objectivement quantifiables », les « *parts de marché* et les effets susceptibles d'être produits par la transaction »²²⁷⁸. Le Réseau admet cependant que l'appréciation des parts de marché peut se justifier pour certaines parties de la procédure de contrôle, notamment lors de la récolte d'informations ou pour l'appréciation globale de l'opération.

1622. Ainsi, lorsque le principe de la révision des seuils de notification prévus en droit européen des concentrations est admis, des difficultés propres à chaque outil apparaissent.

1623. Le critère de la valeur de la transaction présente le risque d'inciter les entreprises à sous-évaluer le montant de leur opération et d'affaiblir l'effectivité du contrôle.

1624. L'abaissement des seuils suscite plus largement un risque d'inflation du contentieux devant la Commission, en l'état actuel du système de notification.

1625. Le critère des parts de marché présenterait pour sa part moins de gages d'objectivité et de prévisibilité que celui du chiffre d'affaires.

1626. Il nous semble cependant que les critiques dont ces critères font l'objet sont davantage justifiées lorsqu'ils sont envisagés isolément que conjointement.

1627. Les dispositions autrichiennes, allemandes et anglaises sont de ce point de vue particulièrement intéressantes. Tandis que les deux premières mêlent à titre subsidiaire valeur de la transaction, quantification des chiffres d'affaires et affectation géographique, la dernière intègre dans sa seconde série de seuils l'appréciation des parts de marché de tout ou partie des entreprises concernées ainsi que le défaut d'indépendance entre elles²²⁷⁹. Malgré les critiques qui ont été adressées au contrôle britannique²²⁸⁰, l'autorité anglaise a proposé une définition intéressante de l'activité économique qui permet d'intégrer dans le champ du contrôle celles qui sont réalisées à titre gratuit au moment de la conclusion de l'opération²²⁸¹. Si l'expérience autrichienne et allemande n'en est qu'à ses débuts, celle du Royaume-Uni a montré

²²⁷⁸ Nous soulignons; traduction libre de : « *Examples of criteria that are not objectively quantifiable are market share and potential transaction-related effects.* » (*ibid.*).

²²⁷⁹ À propos du détail des seuils, v. Annexe n°2.

²²⁸⁰ Lear – Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione, « *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets. Final report. Document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority* », préc.

²²⁸¹ En ce sens, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2, A., 2), b).

que sa méthode permettait d'exercer un contrôle là où la Commission n'y parvenait pas²²⁸².

1628. Enfin, si un risque de déguisement du prix de la transaction ne saurait être écarté, il est aussi possible d'imaginer qu'une opération répondant à plusieurs critères subsidiaires, à l'exception de celui portant sur la valeur de la vente, puisse alerter la Commission, en particulier lorsque l'opération en cause est menée par des GAFAM.

1629. Ces préalables posés, il semble désormais utile de proposer un dispositif en conséquence qui permettrait de réintégrer les acquisitions tueuses ou consolidantes dans le champ du droit européen des concentrations.

2) Un processus de révision nécessaire

1630. Malgré le débat qui entoure la question de la contrôlabilité des acquisitions tueuses ou consolidantes, le droit européen pourrait être révisé à cet égard (**a**). Les outils qui pourraient être adoptés à cette fin appellent quelques réflexions et la description d'un nouveau dispositif en conséquence (**b**).

a) Le positionnement général retenu par l'étude

1631. Le fait que la révision des seuils n'ait pas eu lieu pour l'heure, en particulier au sein de certains États membres, se comprend. Modifier les seuils actuels dans la perspective d'en ajouter de nouveaux qui permettraient d'appréhender les acquisitions tueuses ou consolidantes peut effectivement sembler inopportun. Non seulement une telle réforme ne répondrait pas au mouvement de simplification auquel se livrent plusieurs autorités mais elle concernerait un faible nombre d'opérations, ainsi que l'Autorité de la concurrence l'a relevé en France. Les propositions précitées restent encore discutées et s'appuient sur une pluralité de travaux économiques dont les conclusions sont régulièrement distinctes²²⁸³.

1632. Le renforcement du contrôle *ex ante* des concentrations à cet égard nous semble cependant urgent, au moins en droit de l'Union. Ainsi que l'étude l'a

²²⁸² V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2.

²²⁸³ À propos de la révision du contrôle des concentrations dans le but d'appréhender les opérations conclues sur le marché du numérique, la doctrine est d'ailleurs partagée. Notamment, tandis que le Professeur David Bosco y voit une « peur du vide » (D. Bosco, « Le contrôle des concentrations et la peur du vide », CCC, novembre 2019, n°11, repère 10), le Professeur Linda Arcelin estime que le renforcement du droit de la concurrence gagnerait à être envisagé, ceci dans le but notamment d'appréhender les opérations conclues par les GAFAM (L. Arcelin, « Le droit de la concurrence mis à l'épreuve par le numérique », JCP E, novembre 2019, n°45, 1493.).

précédemment montré²²⁸⁴, les acquisitions prédatrices ou globalisantes sont régulièrement menées par des entreprises parties à des groupes dotés d'importants chiffres d'affaires, quand ils ne détiennent pas une position dominante sur le marché considéré. Divers travaux ont montré que ces opérations étaient susceptibles d'avoir des effets sur le marché unique, que ce soit dans le secteur pharmaceutique ou du numérique et d'autres devraient prochainement les compléter²²⁸⁵. De même, cette problématique ne semble pas avoir été abandonnée par la Commission, Margrethe Vestager ayant notamment déclaré en 2019 s'intéresser à la manière dont les concentrations pouvaient menacer l'innovation, en particulier en présence d'acquisitions de start-ups²²⁸⁶. Un an plus tard et en dépit des réactions suscitées par l'affaire *Siemens/Alstom*, elle réaffirmait encore son souhait de garantir le « futur » du contrôle européen des concentrations, que ce soit en s'assurant que ses règles soient « à jour » des pratiques constatées sur le marché, en relevant la nécessité de réviser les seuils, d'encourager le processus de simplification ou bien encore en vérifiant l'adéquation substantielle de l'appréciation portée à ces opérations²²⁸⁷.

1633. Surtout, les trois types d'opérations qui ont été précédemment dégagés²²⁸⁸ ont ceci de commun qu'ils échappent tous par principe à la compétence de la Commission en dépit de ces divers facteurs. L'attention que les autorités leur portent est pourtant certaine et l'expérience apportée par la sanction prononcée²²⁸⁹ une fois l'opération *Facebook/WhatsApp* réalisée semble aussi montrer que le droit européen découvre les problématiques récentes que le secteur du numérique soulève. Parce que ces opérations sont en particulier mises en œuvre sur un marché qui ignore les frontières géographiques, en confier l'appréciation dans le cadre d'un ou de plusieurs contrôles nationaux ne paraît pas adapté. Une telle analyse peut d'autant

²²⁸⁴ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2.

²²⁸⁵ V. *Supra*, *Ibid.*, et spécialement, §1, B.

²²⁸⁶ « I'm interested in our advisers' ideas on how we can put a stop to mergers that would harm innovation, even when they happen early in the life of a startup. Right now, it isn't easy to be sure whether those startups would have turned into serious rivals if they hadn't been bought. And they may even have so little turnover that they don't need our approval for the merger at all. So we need to see if there are ways to overcome these problems – without getting in the way of mergers that keep the startup market working well. » (M. Vestager, « *Finding the right European industrial strategy* », discours, 2 avril 2019, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2019_05_en.pdf).

²²⁸⁷ M. Vestager, « *The future of EU merger control* », discours, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, 11 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en.

²²⁸⁸ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §1, B.

²²⁸⁹ Commission, 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M. 8228, *JOUE* C286, 30 août 2017, p. 6.

plus être proposée que les opérations multi-juridictionnelles apportent elles aussi leur lot de difficultés dans un contexte où chaque État membre dispose de son propre système de déclenchement du contrôle.

1634. Le problème n'est cependant pas résolu. Des mesures plus précises peuvent être proposées.

b) Les mesures proposées par l'étude

1635. Les travaux décrits précédemment et en particulier la contribution de l'Autorité de la concurrence en France en 2020 fournissent des pistes intéressantes pour l'adoption d'une nouvelle mesure. À l'appui de ces divers éléments, comme de nos analyses sur les critères qui pourraient faire l'objet de nouveaux seuils, un mécanisme supplémentaire de déclenchement du contrôle institutionnel par la Commission peut être proposé.

1636. Pour commencer, la création d'une liste de « plateformes numériques structurantes », telle que suggérée en France, ne nous semble pas pertinente, y compris dans le cas où une mesure semblable serait adoptée à l'échelle européenne. D'une part, cette modification aurait pour seul effet d'élargir le contrôle aux concentrations conclues sur le marché du numérique. Or, nous avons montré dans l'étude que les acquisitions tueuses sont également problématiques sur le marché pharmaceutique. D'autre part, la définition proposée par l'Autorité paraît par trop sujette à interprétations, en particulier au vu du sens qu'elle entend donner à la détention d'un « pouvoir de marché structurant ». En effet, elle vise tout au plus « l'importance de [la] taille [de la plateforme], sa capacité financière, sa communauté d'utilisateurs et/ou des données qu'elle détient (...) lui permettant de contrôler l'accès ou d'affecter de manière significative le fonctionnement du ou des marchés sur lesquels elle intervient »²²⁹⁰. Le Conseil d'analyse économique en France a par ailleurs souligné les risques de *lobbying* que l'établissement de ce type de liste pourrait susciter²²⁹¹.

1637. En revanche, la recommandation de l'Autorité de la concurrence résidant dans la nécessité pour les entreprises concernées d'informer seulement la ou les autorités

²²⁹⁰ Autorité de la concurrence, « Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques », 19 février 2020, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.19_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf.pdf, et spécialement, p. 8.

²²⁹¹ Conseil d'analyse économique, « Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard », *Les notes du conseil d'analyse économique*, octobre 2020, n°60, et spécialement, pp. 9 et s.

concernées paraît adaptée. Cette obligation, tout en évitant un engorgement superflu du contrôle, permet en effet à la ou les autorités de solliciter ensuite le bénéfice d'une notification complète de l'opération.

1638. Il nous semble toutefois que la mise en place supplémentaire d'un mécanisme d'information volontaire pourrait être utile dans le but de permettre aux parties à l'opération d'être plus rapidement fixées sur l'issue réservée à leur concentration.

1639. S'agissant de la création de l'obligation d'information, il conviendrait dans tous les cas de la restreindre aux seules opérations susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence. Seraient ainsi dans l'obligation d'informer la ou les autorités compétentes, non les « plateformes structurantes » précitées, mais les entreprises parties à l'opération qui, conjointement avec les groupes auxquels elles appartiennent, répondraient à certains critères. La définition des groupes concernés par l'opération gagnerait à cet égard à évoluer, au vu de la rigidité dont elle semble faire preuve pour l'heure et des risques qu'elle induit pour la cohérence substantielle du contrôle. En ce sens, de nouveaux seuils pourraient être édictés dans le but d'appréhender en particulier les acquisitions tueuses ou globalisantes, quel que soit le marché considéré.

1640. Au niveau européen, une fois les groupes concernés identifiés, l'opération pourrait ainsi être portée à la connaissance de la Commission si au moins l'un de ces groupes concernés réalise un chiffre d'affaires total mondial supérieur à deux milliards cinq cents millions d'euros et si la valeur de la transaction excède deux cent cinquante millions d'euros.

1641. Ces chiffres, qui ne sont que des exemples, nous semblent intéressants parce qu'ils s'inspirent des seuils édictés par l'article 1^{er} du règlement « concentrations » et paraissent à même d'intégrer les acquisitions tueuses ou globalisantes préalablement exposées. En effet, en n'imposant une évaluation du chiffre d'affaires qu'à la charge d'un seul de ces groupes, le fait que la cible soit dépourvue de chiffre d'affaires serait indifférent pour cette nouvelle voie de contrôle. Ces critères pourraient en outre s'articuler avec le projet de loi discuté en Allemagne²²⁹². De même, le montant précité de la transaction n'est qu'un exemple et mériterait des travaux économiques complémentaires dans le but d'en apprécier l'opportunité, comme ses modalités

²²⁹² Rappelons qu'au sens de ce projet, pourraient être notifiées les opérations conclues par des entreprises réalisant un chiffre d'affaires de deux cent cinquante millions d'euros portant sur une entité dotée de plus de deux millions d'euros de chiffre d'affaires lorsque de ces opérations risquent d'affecter la concurrence (v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, §2, A., 1)).

éventuelles de révision pour éviter les écueils qui ont été soulignés sur ce point²²⁹³. Dans tous les cas, si ce montant est certes élevé, le prix des opérations précitées l'a largement dépassé.

1642. Ce seuil ne peut cependant à lui seul intégrer ce type d'acquisitions au vu du risque de déguisement du prix de la transaction qu'il soulève. Il pourrait par conséquent être complété par un second seuil.

1643. Ainsi, les entreprises parties à une opération de concentration pourraient également être dans l'obligation d'en informer la Commission lorsqu'au moins l'un des groupes concernés par l'opération dispose de 25% des parts du marché de produits ou services considéré dans au moins trois États membres et que l'opération est conclue dans la perspective d'un gain, d'une économie ou qu'elle présente le risque de réduire significativement l'innovation sur le marché.

1644. Ce seuil s'articule ainsi en deux temps. Dans un premier temps, le seuil de 25% de parts de marché, qui n'est aussi qu'un exemple et mériterait également des études économiques complémentaires, semble intéressant : non seulement celui-ci fait écho aux seuils parfois retenus par les États membres²²⁹⁴ dans le cadre de leurs contrôles nationaux des concentrations mais il se restreint aussi à l'un des groupes concernés par l'opération, écartant ainsi la difficulté inhérente aux acquisitions tueuses ou consolidantes. Dans le cadre du marché du numérique, la méthode d'appréciation de ces parts de marché gagnerait cependant à faire l'objet de travaux économiques plus approfondis. Le critère géographique devrait par ailleurs entrer en cohérence avec les seuils institués par l'article 3, 2. du règlement. La seconde partie de ce seuil ne s'appuie pas sur la notion de « préoccupations substantielles de concurrence » avancées par l'Autorité de la concurrence en raison de l'incertitude qui entoure cette notion, ni sur celle de l'atteinte significative à la concurrence qui constitue l'objet du contrôle des concentrations. Ce dernier aspect trouve en effet davantage sa place dans l'analyse ultérieurement menée par la Commission dans le cas où elle exigerait que l'opération lui soit notifiée. Maintenir cette chronologie paraît en effet plus respectueux de l'organisation actuelle du contrôle. Le critère de la « perspective d'un gain, d'une économie ou d'une réduction significative de

²²⁹³ A. de Brousse et F. Gordon, « Faut-il élargir les seuils de notification des concentrations devant la Commission européenne ? », *JCP E*, 13 avril 2017, n°15, 1199.

²²⁹⁴ Il semble en particulier se rapprocher du modèle britannique. Les systèmes espagnols et portugais sont également proches de ce seuil dans la mesure où ils édictent notamment un seuil de 30% de parts de marché (v. Annexe n°2 « Panorama des seuils de contrôlabilité édictés par les législations nationales »).

l'innovation » paraît ainsi plus adapté et ce, particulièrement au vu de l'expérience britannique²²⁹⁵. Cette souplesse a en effet permis aux autorités anglaises d'examiner certaines opérations. Le risque d'atteinte à l'innovation semble en outre se justifier spécifiquement au vu des risques induits par les acquisitions tueuses et symétriquement, de la possibilité qu'il offre aux entreprises parties à l'opération de montrer les gains d'efficacité induits par l'opération notamment à cet égard.

1645. L'instauration de ces seuils peut certes susciter quelques difficultés. Notamment, parce qu'il ne repose pas sur la création préalable d'une liste de « plateformes structurantes », il est susceptible d'être applicable à toutes les opérations de concentration au sens du règlement « concentrations » et non de se restreindre aux seules acquisitions tueuses ou consolidantes conclues sur le marché du numérique. Ainsi, les groupes concernés qui rempliraient les conditions de seuil précitées et dont les membres seraient parties à une opération entraînant le changement durable du contrôle de la cible se verraient dans l'obligation d'en informer la Commission, quelle que soit la forme de celle-ci et la nature du marché considéré. Encore, plus généralement et parce que ces seuils sont relativement bas, ils présentent le risque d'engorger les services de la Commission. L'instauration de nouveaux seuils apporte enfin, en soi, son lot de complexités alors même qu'une telle critique semble d'ores et déjà pouvoir être adressée au dispositif actuel²²⁹⁶.

1646. Toutefois, ces craintes devraient pour l'essentiel être apaisées dans la mesure où des seuils de ce type ne paraissent pas à même de compromettre l'effectivité de ceux édictés pour l'heure par l'article 1^{er} du règlement « concentrations », et où ils s'inscrivent dans le strict cadre d'un dépôt d'information. Pour alléger la procédure, ce dispositif pourrait s'accompagner de mesures simplifiées, à l'image de la procédure simplifiée, en requérant des parties à l'opération un nombre restreint d'informations. En pareil cas, il reviendrait seulement à la Commission le soin de déterminer s'il lui est nécessaire de bénéficier d'une notification complète de l'opération. Les risques d'inflation du contrôle semblent dans ces conditions pouvoir être maîtrisés.

1647. L'adoption d'un tel mécanisme paraît en revanche plus discutable s'agissant des prises de participations minoritaires.

²²⁹⁵ En ce sens, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2, A., 2), b).

²²⁹⁶ En ce sens, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §1, B., 2).

B. Vers une appréciation assouplie du critère de l'influence déterminante, le cas des prises de participations minoritaires

1648. Le critère de l'influence déterminante édicté par le règlement « concentrations » réserve un traitement subtil aux prises de participations minoritaires et laisse à la Commission le soin de se livrer à une appréciation *in concreto* de l'opération en cause, en dépit des difficultés que ce type d'approches suscite²²⁹⁷. Les propositions que la Commission a émises dans sa consultation publique de 2013²²⁹⁸ puis, surtout, dans son Livre blanc de 2014²²⁹⁹ permettent de discuter de la pertinence de l'introduction d'un nouveau mécanisme spécifique à ces opérations (1). Le « système de transparence ciblé » figurant dans le Livre blanc précité ne paraît cependant pas pleinement adapté et le renforcement du contrôle *ex ante* des concentrations qui pourrait en découler prête à discussions (2).

1) Les propositions de la Commission

1649. Dans sa consultation publique, la Commission proposait trois options procédurales²³⁰⁰. Elle évoquait d'abord la possibilité d'instaurer un « système de notification » destiné à étendre le contrôle actuel à celui des prises de participations minoritaires non-contrôlantes, une fois certains seuils atteints. Après examen des réponses fournies par les États membres, la Commission a cependant relevé que le risque d'une telle option était d'imposer des lourdeurs administratives aux entreprises qui se trouveraient dans l'obligation de notifier des opérations peu susceptibles d'effets anticoncurrentiels²³⁰¹. Dans sa consultation, elle envisageait ensuite la faisabilité d'un « système de transparence » qui aurait impliqué que les entreprises concernées informent la Commission de leur projet d'acquisition, le but étant de permettre à la Commission de décider ou non d'instruire le dossier soumis, aux États membres d'avoir la possibilité de se livrer à une demande de renvoi et aux tiers de faire valoir leurs plaintes éventuelles. Après évaluation de ce dispositif, la

²²⁹⁷ En ce sens, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2, §1.

²²⁹⁸ Commission, « *Commission staff working document. Towards more effective EU merger control* », consultation publique, 25 juin 2013, SWD(2013) 239, et spécialement, Part 1, p. 7.; obs. J. Buhart et L. Lesur, « Participations minoritaires et droit de la concurrence : Une réforme européenne nécessaire ? », *Concurrences*, n°4-2013, p. 57 ; J.-P. Schmidt, « Germany : Merger control analysis of minority shareholding – A model for the EU ? », *Concurrences*, n°2-2013, p. 207.

²²⁹⁹ Livre blanc de la Commission, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », 9 juillet 2014, COM (2014) 449 final.

²³⁰⁰ Commission, « *Commission staff working document. Towards more effective EU merger control* », consultation publique, 25 juin 2013, SWD(2013) 239, et spécialement, Part 1, p. 7.

²³⁰¹ Livre blanc de la Commission, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », *préc.*, et spécialement, pt 44.

Commission en a confirmé l'opportunité sous réserve toutefois que celui-ci se limite aux seules opérations susceptibles d'avoir des effets néfastes sur le marché²³⁰². Enfin, elle s'interrogeait sur l'adoption d'un « système d'autoappréciation » qui lui aurait permis de diligenter d'office des enquêtes sur les participations minoritaires à l'appui des informations à sa disposition et des plaintes des tiers²³⁰³. À ce sujet, la Commission a par la suite estimé qu'en pareil cas, l'instauration d'un système de seuils serait nécessaire et ce, toujours dans la mesure où un tel contrôle gagnerait à se circonscrire aux seules opérations susceptibles de soulever des problèmes de concurrence²³⁰⁴.

1650. Cette consultation a abouti à la publication du Livre blanc de 2014. Après avoir pris acte des difficultés induites par les trois systèmes précédemment évoqués, la Commission y propose finalement l'adoption d'un « système de transparence ciblé ». Ce dispositif s'apparente à un compromis : il s'agirait de soumettre à l'appréciation *ex ante* de la Commission les seules opérations qui seraient susceptibles de soulever des problèmes de concurrence et ce, sans imposer aux entreprises de notification préalable.

1651. Les entreprises concernées seraient alors seulement dans l'obligation de déposer un avis d'information auprès de la Commission.

1652. Le contrôle se restreindrait par conséquent aux opérations qui créent « un lien significatif d'un point de vue concurrentiel »²³⁰⁵, c'est-à-dire aux prises de participations minoritaires qui remplissent certaines conditions.

1653. Seuls seraient d'abord concernés les cas dans lesquels l'acquéreur et la cible sont liés par une relation horizontale ou verticale.

1654. Il importerait ensuite « en principe » que l'acquisition minoritaire permette à l'acquéreur d'influencer significativement la stratégie commerciale de la cible, son comportement sur le marché ou qu'elle lui ouvre la possibilité de prendre connaissance de données sensibles. La Commission préconise cependant de fixer un seuil au-delà duquel la modification de ce type de comportements serait réputée acquise. Il serait ainsi nécessaire que la participation soit d'environ 20% ou qu'elle

²³⁰² Commission, « *Commission staff working document. Towards more effective EU merger control* », préc., et spécialement, Part 1, p. 7.

²³⁰³ *Ibid.*

²³⁰⁴ Livre blanc de la Commission, « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », préc., et spécialement, pt 44.

²³⁰⁵ *Ibid.* et spécialement, pt 45.

soit comprise entre 5% et environ 20% lorsqu'elle s'accompagne de prérogatives supplémentaires, à l'image d'une minorité de blocage de fait, d'un siège au sein de l'organe dirigeant ou d'un accès à des informations sensibles²³⁰⁶. À propos du seuil d'environ 20% précité, la Commission se réfère toutefois en note au seuil de 15% qui permettait à l'OFT d'examiner toute affaire. L'institution européenne admet ainsi que « ce même pourcentage pourrait servir de seuil formel au-delà duquel une participation serait qualifiée [*sic*] " lien de portée concurrentielle significative" »²³⁰⁷.

1655. Dans ces conditions, les entreprises concernées se trouveraient dans l'obligation d'évaluer si l'opération conclue répond à l'ensemble de ces critères et partant, de déterminer si un avis d'information doit être déposé auprès de la Commission avant sa réalisation.

1656. À réception de cette information, il reviendrait ensuite à la Commission de décider d'examiner ou non l'opération. Dans l'hypothèse où elle estimerait qu'un contrôle est effectivement nécessaire, la procédure habituelle serait applicable et les entreprises seraient débitrices de l'obligation de notifier leur opération dans des conditions normales. L'ouverture d'une procédure de renvoi éventuelle serait pour sa part encadrée dans un possible délai de quinze jours. L'enquête de la Commission pourrait quant à elle s'étendre de quatre à six mois.

1657. Cette proposition n'a cependant donné lieu à aucune réforme. Margrethe Vestager a notamment déclaré y renoncer en 2016 eu égard aux lourdeurs administratives que l'instauration d'un contrôle des prises de participations minoritaires non-contrôlantes entraînerait²³⁰⁸.

1658. Le regain d'intérêt de la Commission pour les prises de participations minoritaires qui s'est notamment manifesté en 2017, la modernisation du contrôle européen des concentrations comme sa cohérence substantielle et la nécessité d'une

²³⁰⁶ *Ibid.* et spécialement, pts 46 et 47.

²³⁰⁷ *Ibid.*, note 37, citant OFT, « *Mergers - Jurisdictional and procedural guidance* ».

²³⁰⁸ « That type of influence could certainly affect competition. But shareholdings change hands all the time, and only a tiny handful of those deals are likely to raise issues. So the question is, how do you get at those needles, without toppling the haystack? That's not an easy question to answer. That's why, when we met last year, I said we needed to think more deeply about how it could work. (...) It's still too early to say where our reflections will lead us. But we'd need to see compelling evidence that the system could work at European level - without creating a lot of complexity - before we took any more steps in this direction. And what I've seen so far hasn't convinced me that this is a change we absolutely have to make to our system » (M. Vestager, « *Refining the EU merger control system* », discours, 10 mars 2016, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en).

approche réaliste du contrôle matériel de la cible nécessitent toutefois que l'adoption d'un tel contrôle soit à nouveau discutée. Plus précisément, une analyse de la pertinence du « système de transparence ciblée » peut être proposée afin d'en déduire des mesures éventuelles.

2) Quel avenir pour le « système de transparence ciblée » ?

1659. Le projet décrit dans le Livre blanc de 2014 présente une réelle pertinence. Il prend acte en effet des difficultés soulevées par les prises de participations minoritaires. Il offre à la Commission et au juge la possibilité de ne pas attendre qu'une autorité nationale de concurrence s'en saisisse à l'appui d'une législation nationale plus souple que le droit européen lorsqu'elles sont non-contrôlantes. Il semble en plus limiter le risque d'inflation du contentieux. Si le modèle proposé paraît se rapprocher très fortement de ceux édictés en Allemagne et au Royaume-Uni et donc opter pour un contrôle qui cherche à appréhender le plus possible ces opérations en recourant à des seuils relativement bas, il fait également preuve de compromis en diminuant les formalités imposées aux entreprises, en laissant à la Commission le soin discrétionnaire de se saisir ou non d'une opération et en se circonscrivant aux seules opérations susceptibles de soulever des problèmes de concurrence. Il pourrait enfin constituer un pendant cohérent à nouveau système de contrôle des acquisitions tueuses ou consolidantes.

1660. Outre la seule question des délais qui ne semblait pas pleinement tranchée dans le Livre blanc²³⁰⁹, ce modèle présente selon nous quelques limites néanmoins pour des raisons de sécurité juridique.

1661. L'une des conditions proposées par la Commission paraît raisonnable : obliger les entreprises à évaluer si leur relation est horizontale, verticale ou conglomérale ne devrait susciter aucune difficulté. Cependant, l'appréciation des autres critères peut être sujette à interprétations.

1662. La Commission précise certes que les seuils précités peuvent permettre de caractériser l'exercice d'une influence significative de l'acquéreur sur la cible.

1663. Toutefois, le premier seuil « d'environ 20% » reste obscur et ce, d'autant plus qu'en note, la Commission cite finalement le seuil de 15% qui était retenu au Royaume-Uni par l'OFT. Depuis lors, si la Competition and Markets Authority a

²³⁰⁹ Notamment, le Livre blanc se réfère au délai de quinze jours précité à titre d'« exemple » (Livre blanc de la Commission, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », *préc.*, et spécialement, pt 50).

repris le principe de ce même seuil édicté par son prédécesseur, elle a aussi précisé que les prises de participations en-deçà de celui-ci pouvaient être soumises au contrôle lorsqu'une influence supplémentaire s'en déduit.

1664. Il conviendrait donc qu'un premier seuil, dépourvu de l'appréciation d'une influence supplémentaire, soit édicté avec précision.

1665. Ensuite, le second seuil de 5% à environ 20% assorti de facteurs supplémentaires, tels la détention d'une minorité de blocage de fait, d'un siège dans l'organe dirigeant et l'accès aux informations sensibles, est aussi discutable. La détermination du montant de la participation devrait être aisée mais tel ne semble pas être le cas des autres facteurs, dont l'appréciation est autant soumise à débats que les critères de principe montrant l'exercice d'une « influence significative ». Le fait de laisser aux entreprises parties à l'opération le soin de déterminer si l'opération est susceptible de permettre à l'actionnaire minoritaire d'exercer une minorité de blocage de fait ou bien encore d'accéder aux informations confidentielles de la cible présente un risque de subjectivité. La détention de tels droits est en effet susceptible d'appeler deux types d'approches en fonction des intérêts en cause. L'affaire *Ryanair/Aer Lingus* paraît l'avoir montré : alors que l'actionnaire minoritaire Ryanair tentait de montrer le caractère quasi-indifférent de son opération, la cible Aer Lingus cherchait quant à elle à écarter Ryanair de son actionnariat en essayant de montrer l'influence que cette entité exerçait, notamment au vu de l'accès présumé de Ryanair à ses informations sensibles²³¹⁰.

1666. En ce sens, en l'absence de critères plus fermes permettant d'apprécier en amont l'étendue de l'influence dont l'actionnaire devrait bénéficier sur la cible, il semble difficile d'imposer aux entreprises le soin de déterminer si la Commission doit ou non en être informée, en particulier dans le cas où le défaut de dépôt d'une information due conduirait au prononcé de sanctions.

1667. Symétriquement, la nécessité de déposer une information peut s'entendre dans le cadre d'une extension du contrôle *ex ante*, à condition que celle-ci soit encadrée non seulement par la détention d'un ou de plusieurs pourcentages fixes de droits de vote mais aussi par des critères généralement dénués d'ambiguïté, tels que le bénéfice d'un droit de veto de droit ou la détention d'un siège au sein de l'organe dirigeant.

²³¹⁰ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2, §1, A., 1) b).

1668. Cependant, dans le cas où une telle mesure serait adoptée, elle ne semble pas à même de couvrir l'intégralité des problématiques soulevées par les prises de participations minoritaires. En particulier, un tel dispositif présente le risque de laisser dans l'ombre de la Commission les prises de participations minoritaires occasionnant des effets similaires à celles dont elle aura été informée mais qui induisent d'autres types d'influences, comme une minorité de blocage de fait, et échappent ainsi à l'obligation de dépôt. Dès lors, l'adoption complémentaire d'un contrôle *ex post* des concentrations pourrait permettre d'appréhender un nombre plus important d'opérations, que le contrôle *ex ante* actuel soit ou non renforcé à l'appui de ce type de nouvelles mesures.

1669. Par conséquent, les acquisitions tueuses ou consolidantes semblent pouvoir réintégrer le giron du contrôle institutionnel exercé par la Commission à l'appui d'un système qui s'inspirerait des travaux qui ont été effectués à propos de certaines d'entre elles sur le marché du numérique. La création d'une obligation d'information paraît en revanche plus sujette à discussions dans le cadre des prises de participations minoritaires. Pour ces deux types d'opérations, comme pour celles qui soulèvent la question de l'articulation du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'adoption supplémentaire d'un contrôle *ex post* des concentrations paraît nécessaire.

Section 2 :

Vers l'adoption complémentaire d'un nouveau contrôle *ex post* des concentrations

1670. L'évolution des décisions rendues dans le cadre du contrôle des concentrations intéresse depuis plusieurs années la Commission²³¹¹. Ainsi a-t-elle commandé en 2006 un rapport destiné à évaluer « *ex post* » les effets d'une opération de concentration qu'elle avait autorisée auparavant²³¹². À l'appui de divers entretiens et enquêtes, le rapport Lear a conclu à l'appui d'une méthodologie spécifique que la concentration *Pirelli/BICC*²³¹³ répondait à l'objectif de préservation du bien-être des consommateurs poursuivi par le règlement et partant, que la décision d'autorisation était justifiée. Un nouveau rapport Lear, commandé cette fois-ci par la Competition and Markets Authority, a cependant identifié pour sa part treize ans plus tard les nombreuses difficultés rencontrées par les autorités de concurrence lors de l'examen de plusieurs concentrations conclues sur le marché du numérique²³¹⁴.

1671. Dès lors, dans un contexte où les évaluations *ex post* montrent en particulier les difficultés que soulèvent certaines opérations, l'adoption d'un contrôle *ex post* des concentrations complémentaire a fait l'objet de diverses discussions ces dernières années, en particulier pour les concentrations conclues sur le marché du numérique (§1). L'adoption de cette nouvelle forme de contrôle nous semble en effet particulièrement pertinente pour renforcer la cohérence substantielle du droit européen des concentrations, que ce soit dans le but d'appréhender les acquisitions tueuses ou globalisantes sur le marché du numérique ou pharmaceutique ou d'autres opérations qui lui échappent pour l'heure (§2).

²³¹¹ Comme d'autres autorités de concurrence, en ce sens, v. OCDE, « Groupe de travail n°2. *Evaluation des activités de mise en œuvre et de promotion du droit de la concurrence : résultats d'une enquête de l'OCDE* », 20 février 2013, DAF/COMP/WP2(2012)7/FINAL ; v. aussi, P. Bougette, « Analyse et limites de l'évaluation rétrospective d'une concentration », *RIDE*, 2009, n°2, p. 159.

²³¹² Lear – Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione, « *Ex-post review of merger control decisions* », décembre 2006, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf.

²³¹³ Commission, 19 juillet 2000, *Pirelli/BICC*, aff. M.1882, *JOUE* L70, 14 mars 2003, p. 35.

²³¹⁴ Lear – Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione, « *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets. Final report. Document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority* », 9 mai 2019.

Paragraphe 1 : Une mesure discutée

1672. La création d'un contrôle *ex post* des concentrations a donné lieu à la publication de divers travaux, tant celui-ci suscite des dangers et des bienfaits (A.). Parmi ceux qui ont considéré que son adoption se justifiait, diverses mesures plus précises ont été proposées et il semble utile de les analyser (B.).

A. Les problématiques soulevées par le contrôle *ex post* des concentrations

1673. Les contrôles *ex ante* et *ex post* obéissent théoriquement à des finalités distinctes. La *summa divisio* en droit de la concurrence qui oppose le contrôle des structures au contrôle des comportements crée une distinction nette entre le contrôle européen des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles. Le contrôle *ex ante* tend, par définition, à s'inscrire dans une démarche prospective : il s'agit de déterminer, avant la réalisation d'une opération, si ses effets à venir sont ou non susceptibles de nuire à la concurrence. Le contrôle *ex post* implique, à l'inverse, une approche rétrospective : il s'agit de se tourner vers le passé, d'apprécier la licéité de pratiques préalablement mises en œuvre.

1674. Ces deux types de contrôle induisent nécessairement des méthodologies distinctes.

1675. Dans le cadre du contrôle *ex ante*, les autorités de concurrence, dont la Commission, ne peuvent que s'appuyer sur les informations transmises par les parties et l'exécution de tests dans le but d'évaluer les effets à venir de l'opération de concentration. Dans le cadre de leur intervention *ex post*, il s'agit, au contraire, d'apprécier une pratique déjà commise et les preuves qui lui sont rapportées dans le but de déterminer leur licéité ou illicéité au vu des règles applicables.

1676. Le droit européen a fait le choix de réserver essentiellement au contrôle des concentrations un contrôle *ex ante* : en dépit des déconcentrations que la Commission peut ordonner dans les conditions de l'article 8, 4. du règlement « concentrations », les conditions strictes édictées par cet article comme sa faible utilisation²³¹⁵ ne semblent pas à même de remettre en cause le caractère prospectif du contrôle.

1677. Pourtant, l'adoption d'un contrôle *ex post* des concentrations, en particulier en droit européen, mérite d'être discutée. Si ce type de mécanismes suscite certes un certain nombre de risques (1), les avantages qu'il présente doivent être particulièrement pris en considération (2).

²³¹⁵ Sur cette question, v. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2, B, 2).

1) Les dangers d'un contrôle *ex post* des concentrations

1678. La jurisprudence *Continental can*²³¹⁶ et ses suites ont montré que le droit des pratiques anticoncurrentielles, et en particulier l'article 102 du TFUE, était inapte à appréhender correctement *a posteriori* une opération de concentration. En France, l'Autorité de la concurrence l'a récemment confirmé, soulignant ainsi les obstacles juridiques qu'elle rencontre lorsque ce type de problématique lui est soumis en l'état actuel du droit²³¹⁷.

1679. Dans ces conditions, l'adoption d'un contrôle *ex post* nécessiterait d'abord de reposer sur un objet défini avec soin, que ce soit en conservant le test de la réduction significative de concurrence ou en adoptant un autre modèle. L'instauration d'un tel contrôle impliquerait plus précisément qu'une grille d'analyse détaillée soit arrêtée : il a par exemple été montré que divers facteurs compliquent l'analyse *ex post* des effets d'une opération de concentration sur les prix²³¹⁸.

1680. Cette difficulté pouvant cependant être dépassée, les craintes que son adoption suscite se posent particulièrement en termes de sécurité juridique. Apprécier de manière prospective une opération de concentration confère en effet des gages certains à cet égard : les entreprises savent, avant la réalisation de leur opération, si celle-ci est ou non autorisée. La procédure de contrôle permet aussi utilement de négocier et d'assurer l'exécution de remèdes structurels et comportementaux. La concurrence sur le marché s'en trouve ainsi, normalement, préservée et les entreprises ont connaissance des conditions requises pour la conclusion de leur opération. Symétriquement, le contrôle *ex post* des concentrations présenterait un « risque trop grand sur la sécurité juridique des acteurs et pourrait surtout avoir des effets néfastes sur le dynamisme du marché du capital-risque et des *start-ups*. En effet, nombre de ces dernières se développent dans la perspective d'être rachetées, ce qui contribue largement au dynamisme de l'innovation »²³¹⁹.

²³¹⁶ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, *Rec.* 1973, p. 215.

²³¹⁷ Autorité de la concurrence, 16 janvier 2020, *décision relative à une pratique mise en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision numérique terrestre*, n°20-D-01, obs. D. Bosco, « Continental Can, c'est fini », CCC, mars 2020, n°3, comm. 51 ; cette décision fait l'objet d'un recours au jour de ces lignes (affaire pendante).

²³¹⁸ L. Aguzzoni, B. Buehler, L. Di Martile, G. Ecker, R. Kemp, A. Schwarz et R. Stil, « Ex-post analysis of two mobile telecom mergers: T-Mobile/tele.ring in Austria and T-Mobile/Orange in the Netherlands », 2015, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0215836enn.pdf>.

²³¹⁹ Assemblée nationale, V. Faure-Muntian et D. Fasquelle, « Rapport d'information n°3127 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques », 24 juin 2020.

1681. Davantage et dans un contexte où les lourdeurs administratives du contrôle sont régulièrement dénoncées, un risque d'inflation du contrôle ne peut être écarté, comme la question des moyens financiers, humains et techniques supplémentaires que l'adoption de cette nouvelle forme de contrôle soulèverait nécessairement.

1682. Encore, le choix entre le modèle *ex ante* ou le modèle *ex post* de contrôle n'est pas non plus neutre quant à la qualification à donner au mécanisme mis en œuvre : si l'actuel contrôle *ex ante* des concentrations est de nature administrative, il convient de ne pas oublier que l'intervention *ex post* des autorités de contrôle en matière de pratiques anticoncurrentielles tend à se pénaliser²³²⁰. Partant, admettre que le contrôle des concentrations puisse être exercé *a posteriori*, reviendrait aussi à prendre le risque d'en rendre l'exécution quasi-répressive.

1683. Pourtant, les avantages suscités par le contrôle *ex post* sont aussi certains.

2) Les bienfaits d'un contrôle *ex post* des concentrations

1684. L'adoption complémentaire d'un contrôle *ex post* se pose avec acuité au vu des finalités poursuivies en droit européen des concentrations. Les propositions en ce sens des autorités comme des États tendent d'ailleurs à se multiplier, en particulier dans le but d'appréhender les opérations conclues sur le marché du numérique²³²¹. Tel est aussi le cas aux États-Unis : en plus du fait qu'une intervention *ex post* ait été rendue nécessaire dans l'arrêt emblématique *Standard Oil* pour démanteler le

²³²⁰ L. Idot, « Le temps : une limite à l'action des autorités », p. 15 in DGCCRF (dir.), *Atelier de la concurrence. Le facteur temps dans le droit de la concurrence : le temps de la procédure et le temps des entreprises*, Rev. conc. consom., 2003, n°136.

²³²¹ V. not., Autorité de la concurrence, « L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations. », 20 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf ; Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE », avril 2019, n°2018-M-105-03 et n°2018/29/CGE/SG, disponible à l'adresse suivante : <http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2019/2018-M-105-03-UE.pdf> ; Assemblée nationale, V. Faure-Muntian et D. Fasquelle, « Rapport d'information n°3127 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques », préc.; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Ministre de l'économie et des finances et Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>.

*trust*²³²², il a aussi été proposé au début des années 2000 d'adopter un contrôle en deux temps qui mêlerait intervention *a priori* et intervention *a posteriori*²³²³.

1685. Également, la création d'un tel contrôle présente des avantages non-négligeables pour l'autorité qui en a la charge, et en particulier la Commission. En pareil cas, celle-ci n'a pas à deviner les effets à venir de l'opération : il lui est loisible d'apprécier, avec une facilité accrue, les effets de l'opération sur le marché avec les informations dont elle dispose, y compris celles transmises par les concurrents des parties et les consommateurs.

1686. Encore, le contrôle *ex post* devrait être porteur d'un effet dissuasif. En effet, les entreprises concernées qui atteindraient les seuils du contrôle *ex ante* pourraient être incitées à faire preuve de plus de transparence lors de la constitution de leur dossier dans le but d'éviter les conséquences d'un contrôle *ex post* supplémentaire²³²⁴.

1687. Les pratiques constatées ces dernières années ont plus largement montré les limites du contrôle européen des concentrations en dépit de son efficacité globale : que ce soit en raison d'une asymétrie d'informations seulement ou de l'émergence de nouveaux types d'opération, la Commission peine non seulement à percer l'enveloppe des groupes mais aussi à appréhender la réalité des opérations de dimension communautaire et l'ensemble des effets qu'elles sont susceptibles d'induire. Les acquisitions tueuses ou globalisantes comme les prises de participations minoritaires, les opérations intragroupes ou la création d'une entreprise commune de plein exercice, en constituent des illustrations éloquentes dans les cas que nous avons précédemment relevés.

1688. Les défenseurs de l'adoption d'un tel contrôle ont par conséquent avancé diverses propositions dont il est nécessaire de proposer une analyse.

²³²² V. *Supra*, Chapitre préliminaire.

²³²³ American Antitrust Institute, « Comments of the American Antitrust Institute Working Group on Merger Enforcement », 15 juillet 2005.

²³²⁴ V. en ce sens, P. Bougette et F. Venayre, « Contrôles a priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence », *Revue d'économie industrielle*, 2008, n°121, p. 9 et spécialement, n°48.

B. Les mesures défendues en faveur d'un nouveau contrôle *ex post* des concentrations

1689. Les recommandations en faveur d'un contrôle *ex post* sont pour le moins diverses. Elles peuvent être classées en deux catégories : celles qui prônent l'adoption d'un contrôle *ex post* allégé (1) et celles qui défendent la création d'un contrôle *ex post* approfondi (2).

1) Les propositions en faveur d'un contrôle *ex post* simplifié

1690. Parmi les propositions en faveur d'un contrôle *ex post* simplifié, nous pouvons notamment souligner celle qui a été émise par le Professeur Nicolas Petit. En constatant la faiblesse du nombre de décisions d'interdiction et les lourdeurs administratives actuelles, il a défendu l'idée de remplacer le contrôle actuel par un simple enregistrement de l'opération, une fois certains seuils de chiffres d'affaires atteints. Les autorités compétentes auraient en pareil cas pour faculté de solliciter le bénéfice d'une notification complète, voire d'ordonner ponctuellement des mesures correctives *a posteriori*²³²⁵.

1691. S'il ne s'agit pas de remettre en cause le mouvement de simplification dont le droit des concentrations a fait l'objet ces dernières années, cette proposition en faveur d'un contrôle exclusivement *ex post* nous semble cependant présenter le risque que certaines opérations, pourtant susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence, échappent au contrôle. Qui plus est, l'expérience décisionnelle anglaise, tout en étant intéressante et parfois plus soucieuse de la réalité des opérations conclues sur le marché que ne l'est le droit européen, a montré que le nombre d'opérations appréciées par la Competition and Markets Authority allait décroissant au fil des années²³²⁶. Une telle proposition impliquerait par ailleurs une réforme en profondeur, le contrôle actuel des structures du marché devant être remplacé intégralement par un unique contrôle des comportements.

1692. Le caractère obligatoire et suspensif du contrôle *ex ante* des concentrations ne gagne pas à être remis en cause, sauf à affaiblir le dispositif en place ; au contraire, l'enjeu actuel réside dans le fait de réintégrer dans le champ du droit l'ensemble des opérations susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence alors qu'elles ne répondent pas aux critères actuels du contrôle. En ce sens, l'adoption d'un

²³²⁵ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, Issy-les-Moulineaux, 2018, 2^{ème} éd., 881 p., et spécialement, pp. 521 et s.

²³²⁶ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1, §2.

contrôle *ex post* plus approfondi, en plus du contrôle *a priori*, paraît plus justifiée que ne le serait celle de mesures légères et partielles.

1693. Diverses propositions en faveur d'une réforme en profondeur ont par ailleurs été émises.

2) Les propositions en faveur d'un contrôle *ex post* approfondi

1694. Certains auteurs se sont intéressés à la dimension *ex post* du contrôle dans le but de réduire l'asymétrie d'informations entre la Commission et les groupes concernés par l'opération. Par exemple, pour l'économiste Frederic M. Scherer, il s'agirait de modifier en profondeur le contrôle *ex ante* en vigueur en y insérant une dose de contrôle *ex post* : l'autorisation définitive de l'opération se précéderait par une période d'essai obligatoire, qui pourrait être de trois ans. Cette mesure aurait pour objet principal de conférer davantage de poids aux gains d'efficacité : à l'issue de ladite période de probation, l'autorité saisie aurait en effet pour charge de déterminer si les gains allégués initialement se sont ou non vérifiés avant de se prononcer *in fine* sur l'opération²³²⁷.

1695. Cette proposition ne nous semble toutefois pas convaincante. Parce qu'elle autorise une première réalisation de toutes les concentrations, les effets de celles-ci, qu'ils soient bénéfiques ou néfastes à la concurrence sur le marché, pourraient se déployer sans filet dans l'attente de la décision de la Commission. Les menaces qui pourraient peser en pareil cas sur le bien-être des consommateurs, comme les risques d'éviction des concurrents sur le marché, ne sauraient être écartés d'emblée. Si une telle réforme soulève un risque de concentration accru du marché, elle pourrait aussi soulever des préoccupations proportionnellement inverses. Par crainte de la réversibilité de l'opération conclue, les groupes pourraient être tentés de renoncer à leur projet de concentration, alors que le règlement « concentrations » opte pour une vision *a priori* positive de ces opérations sur le marché. Encore, les gains d'efficacité étant pour l'heure peu admis par la Commission au vu des objectifs du contrôle, un tel système pourrait augmenter à l'excès le nombre de déconcentrations *a posteriori*. Il en résulte un risque d'inflation du contentieux qui ne paraît pas non plus négligeable. Cette mesure soulève également la question des moyens mis en œuvre pour apprécier la réalité des gains d'efficacité à l'issue de la période d'essai : conviendrait-il de nommer un mandataire à cette fin et dans l'affirmative, selon

²³²⁷ F. M. Scherer, « Comment », p. 323 et spécialement, p. 327 in R. D. Willig (dir.), « Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines », *Brookings Papers: Microeconomics*, 1991, p. 281.

quelles modalités et quelles garanties d'impartialité ? Le suivi des engagements²³²⁸ souscrits dans le cadre du contrôle actuel des concentrations suscite déjà un certain nombre de préoccupations qu'il conviendrait de résoudre avant d'adopter un mécanisme analogue plus large et systématique. Le recours à des expertises économiques contradictoires ne paraît pas davantage convaincant, la pratique de la Commission, notamment dans l'affaire *Volvo/Scania*²³²⁹, ayant montré les risques accrus de divergences d'interprétation suscités par ce type de méthodes²³³⁰.

1696. Dans leur rapport, l'IGF et le CGE ont proposé quant à eux d'« instaurer un examen *ex post*, dans un court délai, des concentrations pour lesquelles le ratio de la valeur de la transaction au chiffre d'affaires de l'entreprise achetée suggère un possible enjeu concurrentiel ». Des experts indépendants seraient en pareil cas chargés d'évaluer les remèdes ordonnés par la Commission²³³¹.

1697. Cette recommandation semble également discutable. D'une part, elle figure de manière lapidaire dans le rapport et elle n'est pas accompagnée d'explications supplémentaires sur l'objet d'un tel contrôle, les pouvoirs dévolus à la Commission, l'identité des experts mentionnés, etc. D'autre part, l'instauration d'un contrôle *ex post* reposant sur la seule valeur de la transaction soulève les risques qui ont été précédemment identifiés : parce que le prix de la transaction est librement fixé par les parties, ce critère ne saurait garantir à la Commission d'être saisie pour toutes les opérations de concentration susceptibles de soulever des problèmes de concurrence.

1698. Une dernière proposition peut enfin être analysée : dans sa consultation publique de 2018²³³², soit deux ans avant sa contribution de 2020²³³³, l'Autorité de la

²³²⁸ À propos du suivi des engagements, v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §2, A., 2).

²³²⁹ Commission, 14 mars 2000, *Volvo/Scania*, aff. M.1672, JOCE L143, 29 mai 2001, p. 74.

²³³⁰ Tandis que l'expertise commandée par la Commission soulignait les risques d'effets unilatéraux néfastes au bien-être des consommateurs que l'opération suscitait, celle ordonnée par les parties à l'opération critiquait pour sa part certains aspects de la méthodologie retenue. L'ancien Chef économiste de la Commission, Damien J. Neven, a par la suite regretté la manière dont cette procédure avait été conduite (D. J. Neven, « Competition economics and antitrust in Europe », *Economic Policy*, octobre 2006, vol. 21, n°48, p. 742).

²³³¹ Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », préc., et spécialement, 2.2, p. 30.

²³³² Autorité de la concurrence, « *Réforme du droit des concentrations et contrôle ex post* », consultation publique, 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/note_contrôle_expost.pdf.

²³³³ Autorité de la concurrence, « *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques* », 19 février 2020, disponible à l'adresse suivante :

concurrence en France proposait la mise en place d'un contrôle *ex post*. L'insuffisance du droit français à cet égard semble en effet faire peu de doutes²³³⁴. Elle proposait ainsi l'adoption d'un nouveau contrôle *a posteriori* pour les opérations de dimension nationale qui n'atteindraient pas les seuils requis dans le cadre du contrôle *ex ante* actuel mais qui soulèveraient des « préoccupations substantielles de concurrence ». Afin de nuire le moins possible à la sécurité juridique des entreprises, l'Autorité proposait d'encadrer cette procédure dans un délai compris entre six mois et deux ans ; à l'issue de celui-ci, aucun contrôle *ex post* n'aurait été possible. Elle envisageait également la possibilité de soumettre le déclenchement de cette procédure à l'atteinte d'un certain seuil de chiffre d'affaires.

1699. Les réponses qui ont été adressées à l'Autorité de la concurrence en ont cependant souligné les limites, quand elles n'ont pas dénoncé l'inconstitutionnalité d'une telle réforme²³³⁵.

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.19_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf.pdf.

²³³⁴ En France, l'intervention *ex post* de l'Autorité de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations est régie par l'article L. 430-9 du Code de commerce. Comme en droit européen cependant, son application reste limitée : il n'y a été recouru qu'une seule fois, dans le cadre de l'opération *Compagnie générale des eaux (CGE)/ Lyonnaise des eaux (SLDE)* (Conseil de la concurrence, 11 juillet 2002, *décision relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence*, n°02-D-44). Cette décision est susceptible de recours devant le juge administratif (C.E., 7 novembre 2005, *Compagnie générale des eaux*, n°271982, *Rec.* p. 490) mais le rôle précis du juge ne semble pas avoir encore été défini par le Conseil d'État. Par suite de la loi Egalim (loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous [dite « loi Egalim »], *JORF* n°253 du 1^{er} novembre 2018, t. n°1), précisons également que l'Autorité de la concurrence peut se saisir d'office, après dépôt d'une information en ce sens par les parties, dans le but de déterminer si un rapprochement entre entreprises dans le secteur de la distribution est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels (C. com., art. L. 462-10, II ; v. aussi la première décision rendue par l'Autorité de la concurrence depuis la loi Egalim en la matière : Autorité de la concurrence, 22 octobre 2020, *décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Auchan, Casino, Metro et Schiever*, n°20-D-13, obs. A. Ronzano, « INFOS : Dans sa première décision de contrôle des regroupements à l'achat post loi Egalim, l'Autorité de la concurrence accepte et rend obligatoires les engagements — modifiés à la marge — visant à réduire le périmètre de l'accord de coopération entre Casino, Auchan, Metro et Schiever », *L'actu-concurrence, Hebdo*, 26 octobre 2020, n°39/2020).

²³³⁵ Norton Rose Fulbright, « *Consultation de l'Autorité de la concurrence "réforme du droit des concentrations et contrôle ex post"* », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/nrf_expost_sept18.pdf ; APDC, « *Commentaire de l'APDC sur le projet de création d'un contrôle ex post en droit français des concentrations* », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/apdc_expost_sept18.pdf ; Chambre de commerce internationale France (ICC), « *Contribution d'ICC France à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur l'introduction d'un mécanisme de contrôle ex post* », 1^{er} octobre 2018, disponible à

1700. Notamment ²³³⁶, l'Association Française d'Étude de la Concurrence (« AFEC »)²³³⁷ a rappelé le secours offert par l'article L. 430-9 du Code de commerce et le droit des pratiques anticoncurrentielles ; souligné le risque d'inflation du contrôle qu'une telle réforme présente ; le caractère exigeant du contrôle *ex ante* français ; ou plus généralement, l'insécurité juridique susceptible de résulter d'une telle mesure. Dans ces conditions, elle a recommandé l'adoption de lignes directrices destinées en particulier à délimiter « les préoccupations substantielles de concurrence » visées. Elle a aussi défendu la nécessité de compléter le dispositif de chiffre d'affaires envisagé et de limiter à six mois le délai au cours duquel une telle enquête pourrait être lancée. Pour sécuriser encore les opérations conclues, l'Association proposait d'instaurer d'une part, un système de lettres de confort qui permettrait à l'Autorité de garantir aux entreprises concernées qu'aucune intervention n'aurait lieu et d'autre part, un système de notification volontaire qui présenterait cependant le risque d'engorger le service concentrations. Surtout, l'Association a relevé que l'appréciation de l'Autorité en pareil cas gagnerait à porter

l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/icc_france_expost_oct18.pdf.

²³³⁶ D'autres réponses ont été adressées, en plus de celle émise par Norton Rose Fulbright, l'APDC et l'ICC (précités ; v. aussi, Altermind, « Réponse à la consultation de l'Autorité de la concurrence "réforme du droit des concentrations et contrôle *ex post*" », 20 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/altermind_expost_sep18.pdf ; Droit et Croissance, « Réponse à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur le mécanisme de contrôle *ex post* », disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/droit_croissance_sept18.pdf ; Freshfields Bruckhaus Deringer, « Réponse à la deuxième phase de consultation publique de l'Autorité de la concurrence du 7 juin 2018 sur la réforme du droit des concentrations et le contrôle *ex post* », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/freshfields_expost_sept18.pdf ; Friehe Associés, « Contribution à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur le contrôle des concentrations », 2018, disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/frieh_associes_ld_sept18.pdf ; McMillan, « Public consultation – Reform of merger law and ex-post control », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/msg_expost_sept18.pdf ; Sullivan & Cromwell LLP, « Observations du cabinet Sullivan & Cromwell LLP sur le projet d'introduction en droit français d'un mécanisme de contrôle *ex post* des concentrations », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/s_c_expost_sept18.pdf). Les travaux de l'AFEC et de l'American Bar Association présentés ci-après nous semblent cependant mériter un examen attentif au vu de leur caractère transversal et de leur originalité.

²³³⁷ Association Française d'Étude de la Concurrence (AFEC), « Observations de l'AFEC sur la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur l'introduction d'un contrôle *ex post* en droit des concentrations », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/afec_expost_sept18.pdf.

sur les effets de l'opération au moment de sa conclusion, et non sur ceux qu'elle a entraînés postérieurement à sa conclusion.

1701. De son côté, l'American Bar Association²³³⁸ a fait valoir que la création du délai précité plongerait les opérations de concentration non notifiables dans une relative incertitude. Il suggérerait ainsi de réduire ce délai à un an au maximum, en s'appuyant sur la pratique américaine et canadienne. En lieu et place de la création d'un nouveau système de seuils qu'il jugeait inadapté à l'objectif poursuivi, il proposait aussi de permettre aux entreprises parties à une opération de notifier volontairement leur opération. Il suggérerait plus généralement qu'en cas d'adoption d'un contrôle *ex post*, l'Autorité publie des lignes directrices spécifiques à celui-ci, notamment dans le but de décrire les préoccupations de concurrence visées.

1702. Dans sa contribution de 2020²³³⁹, l'Autorité a pour partie répondu à ces diverses critiques, que ce soit en affinant la procédure applicable à la mesure évoquée ; en admettant la nécessité de lignes directrices destinées à identifier les préoccupations de concurrence en cause et les détails procéduraux ; en évoquant la possibilité d'une notification volontaire ; ou bien encore en limitant à un an la possibilité d'un examen *ex post* de l'opération. Elle semble toutefois être restée silencieuse vis-à-vis des autres commentaires qui lui ont été adressés, dont la possibilité soulevée par l'AFEC d'émettre des lettres de confort à l'attention des entreprises concernées par l'opération et la nécessité de dater l'appréciation de l'opération au moment de la conclusion de celle-ci.

1703. Quoi qu'il en soit, l'expérience acquise ces dernières années et résultant de ces divers travaux est riche d'enseignements pour l'instauration d'un contrôle *ex post* des concentrations en droit européen.

²³³⁸ American Bar Association, « *Comments of the American Bar Association's sections of antitrust law and international law regarding the French competition Authority's consultation on modernizing and simplifying the French merger control law* », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/aba_expost_sept18.pdf.

²³³⁹ Autorité de la concurrence, « *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques* », 19 février 2020, *préc.*

Paragraphe 2 : Une mesure nécessaire

1704. En dépit des risques que la création d'un contrôle *ex post* suscite et que nous avons soulignés, l'adoption de ce dispositif, en complément du contrôle *ex ante* actuel, nous semble concourir à la cohérence du droit européen des concentrations (A.). Dans ces conditions, plusieurs mesures peuvent être proposées (B.).

A. Le positionnement général retenu par l'étude

1705. Malgré les inconvénients que la création d'un contrôle *ex post* soulève, celle-ci paraît nécessaire au vu des diverses limites qui ont été recensées dans le cadre de cette étude. À côté de la liberté de choix laissée aux parties pour déterminer la forme de l'opération comme le contenu du contrat y afférant, le contrôle peine intrinsèquement à appréhender l'ensemble des opérations dont les effets pourraient pourtant porter atteinte à la concurrence, que ce soit en raison de la définition des groupes qu'il édicte²³⁴⁰ ou de celle du changement durable du contrôle de la cible²³⁴¹. Tandis que le premier point nécessiterait une harmonisation plus profonde du droit de l'Union en plus de mesures plus ponctuelles, le second pourrait en revanche se suffire d'un renforcement du contrôle institutionnel actuel. Ce constat paraît d'autant plus devoir s'imposer que le droit des pratiques anticoncurrentielles, bien qu'axé sur un contrôle des comportements, n'est pas davantage à même dans toutes les hypothèses possibles de combler les manques éventuels du règlement « concentrations ». Même lorsqu'il y parvient, l'éparpillement du droit de la concurrence, et partant des compétences de la Commission, paraît discutable, tant le droit des concentrations se prête de moins en moins à la *summa divisio* qui sépare le contrôle des structures du contrôle des comportements en droit de la concurrence. Par ailleurs, un renforcement du contrôle *ex ante* à l'image de celui que cette étude a précédemment proposé, ne paraît pas à même à lui seul de résoudre l'ensemble des problématiques que certaines opérations ont soulevées ces dernières années, comme les acquisitions tueuses ou consolidantes et les prises de participations minoritaires.

1706. Aussi conviendrait-il non seulement de renforcer le contrôle *ex ante* des concentrations mais aussi de le compléter avec un mécanisme de contrôle *ex post*.

²³⁴⁰ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre I.

²³⁴¹ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II.

B. Les mesures proposées par l'étude

1707. L'instauration d'un contrôle *ex post* des concentrations en complément du contrôle *ex ante* semble nécessaire à deux égards : elle pourrait non seulement apaiser l'importance du critère du changement durable du contrôle de la cible au sens du règlement (1) mais aussi appréhender les acquisitions tueuses ou consolidantes qui auraient échappé au contrôle (2).

1) Vers l'adoption complémentaire d'un contrôle *ex post* chargé d'apaiser l'imperium du critère du changement durable du contrôle

1708. Nous avons précédemment montré que le critère du changement durable du contrôle pouvait être analysé à deux égards, au vu d'une part de la nécessaire autonomie des parties à l'opération et d'autre part, de l'exercice d'une influence déterminante par elles sur la cible²³⁴². En ce sens, la création d'un contrôle *ex post* des concentrations pourrait d'abord permettre à la Commission d'apprécier avec plus de justesse la réalité des prises de participations minoritaires conclues sur le marché (a). L'adoption d'une telle mesure pourrait ensuite permettre au droit européen des concentrations de se départir quelque peu d'une *summa divisio* à laquelle il répond difficilement (b).

a) Une mesure élargissant le droit européen des concentrations aux prises de participations minoritaires

1709. En l'état actuel du droit, la Commission ne dispose pas des prérogatives suffisantes pour apprécier l'ensemble des prises de participations minoritaires, en raison de critères figés qui ne rendent pas compte dans toutes les hypothèses de l'existence d'un contrôle exercé par un ou plusieurs actionnaires minoritaires sur la cible²³⁴³. L'adoption d'un contrôle *ex post* des concentrations pourrait résoudre ces difficultés et ce, que le contrôle *ex ante* actuel fasse ou non l'objet d'une révision partielle à leur endroit.

1710. Dans l'hypothèse où un dispositif analogue à celui que nous avons précédemment décrit serait adopté²³⁴⁴, la création de ce contrôle complémentaire pourrait en effet permettre à la Commission d'apprécier les opérations qui ne rempliraient pas les conditions de son intervention *a priori*. Par exemple, la

²³⁴² V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II.

²³⁴³ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2. Les réserves que nous avons précédemment exposées à propos des opérations menées par des fonds d'investissement restent valables.

²³⁴⁴ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 1, §2, B.

Commission pourrait être en mesure d'apprécier au titre de son contrôle *a posteriori* une prise de participations minoritaires portant sur un pourcentage de droits de vote inférieur au seuil nouvellement édicté et qui conférerait au nouvel associé le bénéfice d'une minorité de blocage de fait ou qui lui permettrait d'accéder aux données sensibles de la cible. Dans le cas où une telle réforme ne serait pas adoptée, l'adoption du contrôle *ex post* permettrait à la Commission d'apprécier l'ensemble des prises de participations minoritaires susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence. Le premier cas de figure nous semble toutefois préférable en ce sens qu'il pourrait offrir à la Commission la possibilité d'effectuer une première appréciation de certaines opérations avant leur réalisation, tout en lui permettant de se saisir éventuellement des autres après leur prise d'effet.

1711. Dans tous les cas, l'adoption d'un même contrôle *ex post* peut être envisagée.

1712. En s'appuyant sur les principes suggérés par la Commission à propos d'un « système d'autoappréciation »²³⁴⁵, il lui reviendrait en pareil cas, une fois l'opération réalisée, de décider de diligenter ou non une enquête sur celle-ci à l'appui des informations à sa disposition et des plaintes des tiers. Le déclenchement de cette procédure ne serait donc pas à l'initiative des entreprises concernées débitrices de l'obligation de déterminer si elles doivent ou non en informer la Commission puis y procéder, mais de la Commission elle-même qui déciderait d'enquêter sur telle opération conclue et réalisée au vu des éléments qui ont été portés à sa connaissance. S'il ressort de son enquête que l'opération soulève des problèmes de concurrence, elle pourrait solliciter auprès des parties le bénéfice d'une notification complète. Ce dispositif pourrait au demeurant s'inspirer du modèle irlandais en permettant à la Commission de solliciter une notification auprès des parties en leur laissant d'abord le choix d'y répondre favorablement ou non et en laissant ensuite à la Commission le soin de décider de rendre sa demande obligatoire ou non. Quoi qu'il en soit, une fois l'opération notifiée dans les conditions habituelles, la Commission serait alors en mesure d'exercer son contrôle dans le but d'évaluer *a posteriori* la compatibilité de l'opération avec le marché. Elle pourrait en outre informer tant les parties que les États du déclenchement de cette procédure au moment de sa décision de mener une enquête sur l'opération, de manière à leur permettre de solliciter le bénéfice d'un renvoi éventuel.

²³⁴⁵ Commission, « *Commission staff working document. Towards more effective EU merger control* », consultation publique, 25 juin 2013, SWD(2013) 239, et spécialement, Part 1, p. 7.

1713. Si une telle procédure pourrait se restreindre aux seules relations horizontales ou verticales²³⁴⁶, elle paraît en revanche peu se prêter à l'édition de conditions de seuils complémentaires. L'objectif poursuivi par ce mécanisme serait en effet de permettre à la Commission de se saisir de toute prise de participations minoritaires dont l'enquête la conduirait à suspecter le risque d'une réduction significative de la concurrence sur le marché à même de nuire au bien-être des consommateurs. Dans la mesure où le contrôle *ex ante* actuel, comme l'adoption d'un contrôle *a priori* supplémentaire dans les conditions précédemment proposées, obéissent à de stricts critères, imposer une rigidité analogue à la Commission dans le cadre d'une saisine *ex post* ne semble pas à même de pallier les lacunes du droit européen vis-à-vis de ces opérations spécifiques.

1714. En revanche, l'instauration de cette mesure impliquerait d'abord l'adoption de lignes directrices spécifiques à ces opérations qui en détailleraient la procédure et la nature des préoccupations de concurrence qu'elles soulèvent.

1715. Ensuite, la question des délais dans lesquels ce contrôle *ex post* pourrait être exercé semble nécessairement devoir être posée dans la mesure où ce mécanisme permet le prononcé d'une décision d'incompatibilité *a posteriori*. En l'absence de délais, la sécurité juridique des parties comme la prévisibilité du droit européen des concentrations pourraient s'en trouver menacées²³⁴⁷. Il reste que les problématiques soulevées par ces opérations sont d'une complexité telle qu'elles requièrent l'écoulement d'un certain temps, dans le but d'en identifier pleinement les effets. Tel est encore plus le cas lorsque plusieurs prises de participations minoritaires sont conclues au fil des années et qu'elles échappent à la qualification de concentration unique. L'affaire *RyanAir/Aer Lingus* analysée précédemment en est un exemple. Les délais de six mois voire un an qui ont été suggérés dans les travaux précités ne semblent dès lors pas adaptés. À tout le moins, un délai de deux ans pourrait être plus judicieux pour ce type spécifique d'opérations.

1716. Quelques précautions pourraient enfin mériter d'être prises. En particulier, la remarque émise par l'AFEC à propos de la nécessité de placer l'analyse au moment de la conclusion de l'opération et non de ses effets ultérieurs paraît compatible avec un nouveau dispositif de ce type et garante de la sécurité juridique des parties

²³⁴⁶ Selon les souhaits que la Commission formulait elle-même dans sa consultation publique puis dans son Livre blanc.

²³⁴⁷ Cette question a en particulier été soulevée dans la consultation lancée par l'Autorité de la concurrence en France à propos de la création d'un contrôle *ex post* comme dans les réponses qui lui ont été adressées (v. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre II, Section 2, §1, B., 2).

comme de la prévisibilité du contrôle. De même, la possibilité de dresser des lettres de confort à l'attention des entreprises parties qui en effectueraient la demande semble aussi se justifier pour des raisons de sécurité juridique. Cet instrument nous paraît toutefois devoir être utilisé avec une vigilance soutenue dans la mesure où la multiplication de ces lettres pourrait compromettre à elle seule l'effectivité d'un nouveau contrôle *ex post*.

1717. Quoi qu'il en soit, l'adoption d'un contrôle complémentaire *ex post* des concentrations dans le but de pallier les lacunes du droit européen des concentrations s'agissant du critère du changement durable du contrôle de la cible pourrait également permettre au droit européen des concentrations de dépasser la *summa divisio* qui oppose le contrôle des structures au contrôle des comportements.

b) Une mesure permettant au droit européen des concentrations de dépasser la *summa divisio* classique

1718. Le critère de l'autonomie préalable dont dépend pour partie la condition du « changement durable du contrôle » de la cible se justifie dans la plupart des cas dans la mesure où il s'agit pour la Commission d'apprécier les effets de l'opération de concentration sur le marché. Nous avons néanmoins tenté de montrer que la conclusion d'opérations de concentration intragroupes pouvait dans certains cas conduire à réinterroger leur indifférence pour le marché. Nous avons également souligné que le droit des pratiques anticoncurrentielles édicté par les articles 101 et 102 du TFUE, en plus de modifier en profondeur la nature de l'intervention de la Commission, ne semblait pas à même d'apaiser dans toutes les hypothèses possibles les lacunes éventuelles du droit européen des concentrations à cet égard. La création d'une entreprise commune de plein exercice a, pour sa part, fait certes l'objet de nouvelles dispositions lors de la révision du droit européen des concentrations en 1997. Le traitement réservé à ce type d'opérations à ce jour paraît cependant toujours susciter certaines difficultés en droit européen de la concurrence.

1719. En ce sens, le contrôle des concentrations se prête peu à la distinction hermétique qui oppose le contrôle des structures à celui des comportements.

1720. La cohérence du contrôle des concentrations semble commander de dépasser cette *summa divisio* : le contrôle paraît devoir reposer sur une norme efficace et autonome, si ce n'est auto-suffisante, pour que l'ensemble des opérations de concentration susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence soit analysé par le biais d'un prisme unique. Parce que le droit des concentrations a pour

objet de ne rendre compatibles avec le marché que les opérations qui ne réduisent pas significativement la concurrence, il est nécessaire que la Commission soit en mesure d'exercer son contrôle dans toutes les hypothèses, qu'il s'agisse de préserver en amont les structures de la concurrence ou d'apprécier en aval les effets de l'opération. La construction du droit européen des concentrations peut encore confirmer cette analyse, les affaires *Continental Can*²³⁴⁸ et *Philip Morris*²³⁴⁹ ayant en particulier montré les limites d'un droit circonscrit à l'appréciation postérieure de l'opération. À ce jour, ce sont les limites d'un droit qui repose seulement sur une approche prospective qui peuvent être soulignées dans certains cas.

1721. L'adoption d'un contrôle hybride des concentrations permettrait également d'éviter la censure du juge en présence de la création d'une entreprise commune de plein exercice. Pour l'heure en effet, rappelons que si la Commission écarte l'application du droit des concentrations au profit du droit des ententes, sa décision est susceptible de recours devant le juge dans la mesure où, la Commission prive alors les requérants de la possibilité de bénéficier d'un examen de leur opération sous le seul angle structurel²³⁵⁰. Or, si la Commission était en mesure d'exercer un contrôle hybride des concentrations, le maintien de cette jurisprudence paraît discutable dans la mesure où la Commission serait en pareil cas investie du pouvoir d'examiner tant l'opération sous l'angle structurel dans le cadre d'une analyse prospective, que sous l'angle comportemental dans le cadre d'une analyse rétrospective, sans que la qualification de concentration ne soit nécessairement remise en cause.

1722. Dans ces conditions, l'adoption d'un système analogue à celui que l'étude a précédemment proposé pour les prises de participations minoritaires peut être judicieuse. Il s'agirait de permettre à la Commission, dans un délai de deux ans à compter de la conclusion de l'opération, de se saisir des opérations de concentration intragroupes et de celles consistant dans la création d'une entreprise commune de plein exercice qui aurait échappé au contrôle. Que ce dispositif soit ou non assorti d'une étape permettant aux parties d'accepter ou de refuser la demande de notification émise par la Commission, celle-ci pourrait dans tous les cas exiger le bénéfice d'une notification obligatoire si l'enquête menée le justifie. L'adoption de

²³⁴⁸ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215.

²³⁴⁹ CJCE, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries Inc. c/ Commission* (« *Philip Morris* »), aff. jtes 142 et 156/84, Rec. 1987, p. 4566.

²³⁵⁰ TPICE, 4 mars 1999, *Assicurazioni Generali SpA et Unicredito SpA c/ Commission*, aff. T-87/96, Rec. 1999, II, p. 203 et spécialement, pt 42 ; en ce sens, v. aussi, *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre I, Chapitre II, Section 1, §1, B.

nouvelles lignes directrices propres à ces opérations paraît toutefois utile, comme le fait de s'assurer que le nouveau contrôle se place au moment de la conclusion de l'opération. Le droit de solliciter des lettres de confort appelle des réserves analogues.

1723. L'adoption d'un contrôle *ex post* pourrait enfin se justifier dans le cadre des acquisitions tueuses et globalisantes, quel que soit le marché considéré.

2) Vers l'adoption complémentaire d'un contrôle *ex post* des acquisitions tueuses ou consolidantes

1724. S'agissant des acquisitions prédatrices ou globalisantes, la création d'un contrôle *ex post* des concentrations semble devoir être envisagée, aussi bien dans l'hypothèse où le contrôle *a priori* actuel demeurerait inchangé que dans celle où il ferait l'objet d'une révision partielle.

1725. Dans le cas où le contrôle *ex ante* ne ferait l'objet d'aucune révision, nos propositions précédentes portant sur le renforcement du contrôle *ex ante* pourraient être transposées dans le cadre de la création d'un contrôle *ex post*²³⁵¹. Les parties à l'opération seraient ainsi dans l'obligation d'informer la Commission une fois les seuils atteints, non à compter de la conclusion de leur opération, mais après la réalisation de celle-ci.

1726. Dans l'hypothèse où le contrôle *ex ante* serait renforcé à l'appui des mesures qui ont été précédemment décrites, la possibilité de le compléter par l'adoption d'un contrôle *ex post* ne devrait pas non plus être écartée. En pareil cas et dans la mesure où la possibilité de limiter ce contrôle aux seules « plateformes structurantes » ne nous semble pas pertinente, deux séries de mesures peuvent être envisagées.

1727. La première hypothèse vise celle où aucune liste de plateformes structurantes ne serait préalablement dressée dans le but de permettre à la Commission d'apprécier les opérations conclues sur n'importe quel marché et où ce mécanisme de contrôle ne serait encadré par aucun seuil. Elle pourrait en pareil cas diligenter librement des enquêtes sur les opérations de son choix. S'il en résulte que la réalisation de telle concentration a occasionné des effets néfastes à la concurrence, elle pourrait exiger le dépôt d'une information comme préalable à une éventuelle notification ultérieure et à l'exercice de son contrôle dans un certain délai.

²³⁵¹ V. *Supra*, 2^{ème} Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1, §2, A. 2).

1728. Cette possibilité peut se justifier : elle confère au droit européen des concentrations un mécanisme de « contrôle balai » susceptible de permettre à la Commission d’apprécier avec souplesse la plupart des opérations de concentration problématiques, que celles-ci aient ou non déjà fait l’objet d’un premier contrôle *ex ante*.

1729. La seconde hypothèse pourrait consister dans le fait d’adjoindre un contrôle *ex post* au nouveau mécanisme *ex ante* en l’encadrant dans de mêmes conditions de seuils. En pareil cas, une même opération pourrait par conséquent faire l’objet d’une première divulgation auprès de la Commission avant sa réalisation, voire d’un premier contrôle, puis d’une enquête éventuellement assortie d’un éventuel second contrôle après sa réalisation.

1730. En dépit de sa lourdeur apparente, cette option peut se justifier au vu de l’expérience tirée de l’affaire *Facebook/WhatsApp*²³⁵². Dans le cas où le premier contrôle *a priori* n’aurait pas permis à la Commission d’appréhender correctement les effets de l’opération, notamment par suite de l’insuffisance des informations transmises par les parties, celle-ci pourrait à nouveau contrôler l’opération à l’appui des nouvelles données disponibles. Ce mécanisme paraît pertinent pour la cohérence du contrôle, en particulier parce qu’il offrirait une alternative intéressante aux sanctions édictées pour l’heure par le règlement « concentrations ». Non seulement l’efficacité de celles-ci peut en soi être discutée²³⁵³ mais elles semblent aussi peu répondre à l’objet du contrôle qui réside moins dans le fait d’imposer des sanctions financières que de s’assurer de la compatibilité de l’opération avec le marché. Cette seconde suggestion de mesure paraît par ailleurs plus légère que la première au vu du nombre plus restreint d’opérations qu’elle serait susceptible de concerner. La faisabilité d’une telle réforme paraît par conséquent plus envisageable.

1731. Dans tous les cas, si un contrôle *ex post* venait à être adopté en complément du contrôle *ex ante* des concentrations, que celui-ci ait été ou non partiellement révisé, des précautions analogues à celles dont nous faisons état à propos des prises de participations minoritaires devraient être prises.

1732. La publication de lignes directrices paraît nécessaire et l’émission éventuelle de lettres de confort ne pourrait être admissible qu’en restant ponctuelle.

²³⁵² Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, JOUE C417, 21 novembre 2014, p. 4 ; Commission, 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.8228, JOUE C286, 30 août 2017, p. 6.

²³⁵³ V. *Supra*, 1^{ère} Partie, Titre II, Chapitre II.

1733. De même, le fait de circonscrire l'analyse de la Commission à la date de la conclusion de l'opération présente des gages en termes de sécurité juridique et de prévisibilité du contrôle. À ce propos cependant, cette dernière exigence est susceptible de compliquer la tâche de la Commission dans le cas où il serait permis à celle-ci de n'introduire un contrôle *a posteriori* que pour les opérations dont elle a été préalablement informée. En effet, il lui faudra s'assurer dans une telle hypothèse que les nouvelles informations obtenues portaient effectivement sur la période de conclusion du contrat de concentration et non sur celle postérieure à sa réalisation.

1734. Enfin, ce contrôle gagnerait aussi à être encadré dans des délais, pour les raisons évoquées précédemment. Dans le cas où ce mécanisme aurait pour but principal d'appréhender les acquisitions tueuses ou consolidantes, le délai d'un an retenu par l'Autorité de la concurrence dans sa contribution de 2020 apparaît comme un juste compromis entre l'impératif de sécurité juridique des parties et la nécessité de laisser un certain délai à la ou les autorités considérées pour obtenir les informations nécessaires.

CONCLUSION DU CHAPITRE

1735. Les lacunes constatées en droit européen des concentrations nécessitent l'adoption d'une réforme partielle. Sans prétendre à l'exhaustivité ni nier le besoin de travaux économiques complémentaires, l'étude a envisagé l'adoption de diverses mesures qui pourraient en atténuer l'importance.

1736. Il s'agirait d'une part, de renforcer le contrôle *ex ante* pour les opérations de dimension nationale, en favorisant la convergence des procédures nationales et pour les opérations de dimension communautaire, en créant de nouveaux mécanismes de déclenchement du contrôle. Sur ce dernier point, l'institution d'une double série de seuils pourrait obliger les entreprises parties à informer la Commission de la conclusion de leur opération en vue d'une notification et d'un contrôle éventuels. Cette mesure pourrait permettre de rendre les acquisitions tueuses ou consolidantes contrôlables. Une procédure analogue pourrait également conduire à contrôler les prises de participations minoritaires soulevant des préoccupations de concurrence mais la spécificité des critères qu'il conviendrait d'arrêter pourrait en atténuer la plétude.

1737. Il s'agirait d'autre part, de créer un contrôle *ex post* des concentrations pour les opérations de dimension communautaire. Plus précisément, il permettrait à la Commission de se saisir d'office dans le cadre des prises de participations minoritaires, des opérations intragroupes, de la création d'une entreprise commune de plein exercice qui échapperait au contrôle actuel et d'autres opérations remplissant les conditions requises, dont les acquisitions tueuses ou consolidantes.

1738. Ce dispositif peut sembler passablement complexe, en particulier parce que les mesures proposées tendent parfois à varier en tout ou partie en fonction de la spécificité de l'opération en cause. Parmi les questions que leur adoption pourrait susciter, figure notamment celle du régime applicable en présence d'une opération qui relèverait d'un régime et échapperait à l'autre, que ce soit dans le cadre du renforcement du contrôle *ex ante*²³⁵⁴ ou de la création d'un contrôle *ex post*²³⁵⁵. L'objet

²³⁵⁴ En s'appuyant sur les mesures précédemment décrites, l'exemple peut être pris d'une prise de participations minoritaires effectuée par une partie appartenant à un groupe doté de plus 2,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires moyennant un prix de plus de 250 millions d'euros. Le dépôt d'une information préalable serait en pareil cas obligatoire, avant l'exercice d'un éventuel contrôle *ex ante*. Cependant, l'opération peut ne conduire qu'à la détention d'un faible pourcentage de droits de vote et d'une minorité de blocage de fait. En pareil cas, la mesure évoquée dans l'étude spécifique au contrôle *a priori* des prises de participations minoritaires ne saurait être applicable. L'opération relèverait ainsi pour partie d'un régime imposant un dépôt d'information et lui échapperait pour partie également.

poursuivi par le droit européen des concentrations devrait toutefois permettre de surmonter ce type d'obstacles. Le contrôle ayant en effet pour objet de déterminer si l'opération en cause est susceptible de réduire significativement la concurrence sur le marché, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante, le fait que l'opération relève au moins pour partie d'un dispositif de contrôle devrait suffire pour en fonder l'exécution. Symétriquement, dans le cas où l'opération relèverait de deux types de contrôles *ex post* par exemple, il pourrait être fait application de la loi la plus douce²³⁵⁶. Dans tous les cas, les lignes directrices dont l'adoption a également été recommandée devraient en arrêter les principes d'application pour éviter d'éventuels conflits d'interprétation.

²³⁵⁵ En s'appuyant encore sur les mesures précédemment proposées, l'exemple peut être pris d'une prise de participations minoritaires effectuée par une partie appartenant à un groupe réalisant un chiffre d'affaires inférieur à 2,5 milliards d'euros, détenant moins de 25% des parts du marché en cause et moyennant un prix inférieur à 250 millions d'euros. La prise de participations en cause porterait sur un faible pourcentage de droit de vote et conduirait à la détention d'une minorité de blocage de fait. Dans un tel cas, l'opération échappe aux nouveaux contrôles *ex ante*. Au titre de son contrôle *ex post*, la Commission ne saurait diligenter d'enquête à l'appui du dispositif destiné principalement aux acquisitions consolidantes ou tueuses, faute d'atteinte des seuils précités. En revanche, le contrôle *ex post* des prises de participations minoritaires étant dépourvu de ce type de conditions, l'opération pourrait être contrôlée sur ce fondement.

²³⁵⁶ En retenant encore les mesures précédemment proposées, la question peut se poser en présence d'une prise de participations minoritaires menée par une entreprise partie à un groupe doté de plus de 2,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires moyennant un prix de plus de 250 millions d'euros. En pareil cas, les deux types de contrôles *ex post* peuvent être mis en œuvre. Si le principe de l'application de la loi la plus douce venait à être retenu cependant, le régime destiné principalement aux acquisitions tueuses ou consolidantes devrait s'appliquer, en ce sens que la Commission ne disposerait que d'un an et non deux pour décider de diligenter une enquête.

CONCLUSION DU TITRE

1739. Divers travaux ont été publiés ces dernières années dans le but de réévaluer la pertinence pour la Commission comme pour les autorités nationales de concurrence d'apprécier des opérations de concentration qui pourraient servir la compétitivité de l'industrie européenne. Si ce débat existe depuis les débuts du contrôle au sein de l'Union, l'émergence de certaines opérations affectant le marché unique à compter des années 2010 lui a associé de nouvelles conclusions.

1740. L'après *Siemens/Alstom* a ravivé les critiques portées à l'encontre de la marge d'appréciation dévolue à la Commission. Aussi conviendrait-il de modifier une partie des objectifs poursuivis par le droit européen des concentrations dans le but de promouvoir la compétitivité de l'industrie européenne. En dépit du fait qu'une telle démarche nécessiterait au préalable de fixer les principes d'une nouvelle politique industrielle, l'appréciation de la Commission gagnerait ainsi à s'inscrire dans une nouvelle forme de « politisation ». Cette évolution se traduirait par l'adoption de nouveaux mécanismes d'évocation ou de contre-expertise ; par le recul des engagements structurels ; par une réception plus prononcée des gains d'efficience dans son analyse ; voire par la création d'un contrôle des motifs de l'opération dans le but d'entraver l'entrée de capitaux publics étrangers et la sortie d'entreprises européennes en dehors des frontières de l'Union. Faute cependant de modification des objectifs assignés pour l'heure au contrôle, de telles mesures sont critiquables au fond bien qu'elles suscitent des discussions annexes.

1741. L'objet actuel du contrôle des concentrations fonderait ainsi davantage un renforcement du contrôle institutionnel édicté par le règlement « concentrations ». À cet égard, de nombreux travaux ont également été produits sur le développement éventuel du contrôle *ex ante* et l'adoption d'un contrôle européen *ex post* des concentrations. Les conclusions auxquels ils parviennent permettent d'en déduire plusieurs mesures, dans le but de s'assurer que toutes les opérations de concentration susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence affectant le marché unique fassent l'objet d'une appréciation par la Commission.

1742. Favoriser le renforcement du contrôle institutionnel au détriment de la « politisation » de l'examen dévolu à la Commission implique cependant de confirmer la nécessité qu'il y aurait de circonscrire le droit européen des concentrations à la seule mise en œuvre de la politique de concurrence européenne. Bien que cette position ne soit pas en tous lieux partagée, l'histoire du droit européen des concentrations comme les dérives causées par la concentration industrielle aussi bien au sein de l'Union qu'aux États-Unis nous invitent à penser que l'efficacité du droit européen des concentrations dépend du maintien de ses objectifs actuels.

Conclusion de la 2^{ème} Partie

1743. En définissant les groupes concernés par l'opération comme le changement durable de contrôle auquel elle doit aboutir pour prétendre à la qualification de concentration contrôlable, le règlement « concentrations » soumet la réalisation de son propre objet à des critères figés.

1744. L'appréciation abstraite du « contrôle matériel » de la cible qu'il promeut conduit à l'écarter de la réalité des groupes et des opérations qu'il entend appréhender. En faisant dépendre le déclenchement des contrôles au sein de l'Union du chiffre d'affaires réalisé par certaines entreprises spécialement identifiées, il complique la tâche de la Commission pour percer l'enveloppe des groupes comme il permet l'exercice de contrôles nationaux dispersés. Parmi les conséquences qui peuvent être associées à cet état du droit, la multiplication des acquisitions tueuses et consolidantes a été relevée. Parce que ce type d'opérations n'atteint pas les critères édictés par le règlement, elles sont conclues puis réalisées en l'absence d'un contrôle de plein droit qui pourrait être exercé par la Commission alors que leurs effets sur le marché unique sont de plus en plus préoccupants. Encore, parce que le règlement « concentrations » impose aux parties d'être autonomes avant l'opération et qu'il exige que l'opération conduise à exercer une nouvelle influence déterminante sur la cible, certaines opérations dépendent également d'appréciations diverses, quand elles n'échappent pas purement au champ d'application du règlement.

1745. Pourtant, les efforts de la Commission comme des autorités de concurrence pour contrôler toutes les opérations susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence sont certains. Ce constat s'impose d'autant plus que leur sévérité est régulièrement soulignée et que de nombreux travaux, émis en particulier par les États membres, invitent à l'adoption d'un contrôle « politique » du contrôle. Or, l'atteinte des objectifs assignés au règlement « concentrations » comme la réalisation de son objet rendent au contraire urgent le renforcement du « contrôle institutionnel » en droit européen des concentrations.

1746. Le développement du contrôle *ex ante* des concentrations comme l'adoption d'un contrôle *ex post* à l'échelle européenne paraissent pour l'heure envisageables et ce, d'autant que des propositions analogues figurent parfois dans des travaux dressés par des États qui critiquent l'intervention de la Commission. Ainsi de la proposition allemande, française et polonaise qui invite à durcir le contrôle vis-à-vis des opérations conclues par « des grandes entreprises du numérique[s] [sic] », tout en

sommant par ailleurs la Commission d'intégrer dans son analyse des concentrations une « évaluation de la compétitivité de l'industrie »²³⁵⁷. Ce type de recommandations pourrait surprendre au vu du degré d'instrumentalisation qu'il peut induire : d'un côté, le contrôle des concentrations gagnerait à être un moyen à même d'apaiser l'emprise de champions étrangers au sein du marché unique, et de l'autre, le contrôle européen des concentrations gagnerait à ne freiner en aucun cas l'émergence de champions européens.

1747. De telles préconisations suscitent cependant moins l'étonnement qu'elles ne confirment que la cohérence du droit européen des concentrations dépend toujours, trente ans après l'adoption d'un premier règlement autonome en la matière, du maintien de l'équilibre subtil sur lequel il repose.

²³⁵⁷ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, *Ministre de l'économie et des finances et Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii*, « Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne », 4 juillet 2019, 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>, et spécialement pp. 2-3.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1748. Le contrôle européen des concentrations s'accommode parfois mal de l'équilibre subtil dont il dépend. Son dynamisme soulève certes peu d'incertitudes : l'augmentation progressive du nombre d'opérations notifiées à la Commission, la multiplication des rapports et études qui en interrogent la pertinence en tout ou partie, l'impératif de célérité qui gouverne sa mise en œuvre ou bien encore, la détermination dont la Commission fait preuve face à certains États membres lorsqu'elle décide de déclarer une opération incompatible avec le marché unique en sont des illustrations. Il reste que les objectifs qui lui ont été assignés dès sa création et qui ont accompagné sa révision en 2004 sont autant complémentaires que contradictoires : le contrôle européen des concentrations cherche à contenir les opérations qui entraveraient significativement la concurrence sur tout ou partie du marché intérieur, dans le but de préserver la concurrence mais sans porter d'atteinte excessive à la compétitivité de l'industrie européenne. La densité de la littérature économique et la multiplicité d'approches que les États membres ont fait valoir au fil de la construction du marché intérieur ont circonscrit le contrôle au respect d'un strict compromis. Aussi les fondations du règlement « concentrations » présentent-elles une certaine fragilité.

1749. Ce texte admet que les concentrations sont « de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté »²³⁵⁸. Il laisse par conséquent aux groupes le soin de régler une partie considérable de l'opération. Ainsi en va-t-il du choix de la forme de l'opération et du contrat de concentration. Le caractère impératif du contrôle ne saurait en effet pleinement compromettre leurs libertés fondamentales, telles la liberté d'entreprendre, la liberté d'établissement et la liberté contractuelle. Le champ d'application du droit européen des concentrations se limite ainsi à l'appréciation prospective des seuls effets de l'opération sur le marché. Pourtant, la forme de l'opération comme le contenu du contrat de concentration n'en paraissent pas dépourvus. La typologie des mécanismes de concentration qui a été proposée cherche à révéler les insuffisances du droit, que ce soit lorsque les textes sont partiellement harmonisés à l'échelle européenne ou lorsqu'il revient seulement aux parties de se livrer au jeu des conflits de lois. Ces lacunes sont susceptibles de

²³⁵⁸ Règlement « concentrations », (4).

compliquer la tâche de la Commission qui se trouve confrontée à une opération dont elle maîtrise difficilement les contours sociétaires. Elles interrogent encore le sort de l'opération de concentration dont la validité serait admise sous un angle sociétaire et non concurrentiel, ou réciproquement. Elles compliquent ainsi, non sans un certain paradoxe, le maintien de la compétitivité que le droit européen entend pourtant protéger. Le contrat de concentration franchit quant à lui diverses étapes jusqu'au prononcé de la décision par la ou les autorités saisies : une fois les négociations menées, les parties peuvent conclure des contrats préparatoires destinés à précéder la conclusion de l'accord final, lequel pourra être indirectement revu lors de la négociation éventuelle des engagements avec la ou les autorités concernées. Quel que soit le stade envisagé, les parties sont incitées à prévoir le contrôle qui pourra être exercé et les mesures auxquelles elles devront se résoudre. Que ce soit parce qu'elles cherchent à maximiser les profits attendus de leur opération ou parce que le règlement « concentrations » suscite lui-même quelques difficultés d'interprétation, elles sont par conséquent amenées à se l'approprier. Dans un contexte où le droit européen des concentrations fait le choix d'ignorer en tout ou partie ces étapes, la possibilité que la période précontractuelle ait des effets sur le marché ne semble pas exclue pour autant, pas plus que celle d'un risque de sous-évaluation des sanctions que les groupes encourent et des engagements proposés par les parties. C'est ici l'objectif de préservation de la concurrence sur le marché assigné au règlement qui se trouve à son tour parfois menacé. En dehors de quelques dispositifs ponctuels qui pourraient être adoptés pour apaiser les difficultés suscitées par la forme de l'opération et le contrat, cet état du droit et des pratiques ne paraît cependant pas à même d'être modifié en l'absence d'une harmonisation plus poussée du droit de l'Union. La création de mécanismes destinés à atténuer les lacunes du règlement « concentrations », lorsque celui-ci régit les conditions dans lesquelles l'opération doit être contrôlée, pourrait au mieux faciliter indirectement la compréhension des enjeux de domination qui opposent les groupes concernés par l'opération : en augmentant le nombre de concentrations portées à la connaissance de la Commission, de tels dispositifs pourraient en effet être de nature à lui conférer une vision plus précise de l'état réel de la concurrence sur le marché.

1750. Le règlement n'admet en effet l'intervention de cette institution que lorsque l'opération est de dimension communautaire et qu'elle a entraîné le changement durable du contrôle de la cible. Ce n'est qu'à cet instant qu'il est permis au régulateur européen de veiller à ce qu'elle « n'entraîne pas de préjudice durable pour la

concurrence » ²³⁵⁹ . Aussi le texte conditionne-t-il l'exercice du contrôle « institutionnel » de l'opération au fait que les auteurs de la concentration soient en mesure de contrôler « matériellement » la cible dans les conditions que le règlement prévoit. En identifiant spécifiquement certains membres des groupes concernés, il laisse néanmoins dans l'ombre des entreprises intéressées par l'opération. En subordonnant la « dimension communautaire » de l'opération à l'atteinte de divers seuils, il ne se préoccupe pas du caractère dispersé des contrôles nationaux au sein du marché et écarte de son champ des opérations susceptibles d'effets anticoncurrentiels, dont les acquisitions tueuses ou consolidantes. Il admet aussi que les structures de la concurrence soient affectées par les seules opérations entraînant le changement durable du contrôle de la cible et délaisse ainsi des concentrations qui sont pourtant susceptibles de nuire à la concurrence. Ces manques pourraient être admis si la concentration économique sur le marché n'avait pas historiquement montré ses effets délétères au sein de l'Union et incité les États à adopter des outils destinés à en maîtriser le développement. Tel n'est pourtant pas le cas mais les États manifestent à nouveau leurs réticences à l'égard de ce dispositif lorsqu'ils le jugent par trop prompt à ralentir l'expansion de leurs champions nationaux. À force d'inertie, si ce n'est de recul, il est cependant à craindre que le contrôle n'en vienne à dépendre davantage de considérations industrielles que concurrentielles. Parmi ceux qui ont été proposés, certains travaux soulignent néanmoins, comme d'autres, les manques éventuels du contrôle et pourraient être interprétés de telle sorte, que le suivi des engagements par les mandataires soit davantage encadré ou bien encore que des lignes directrices clarifient la méthode d'appréciation de la Commission vis-à-vis des gains d'efficience. L'étude d'autres publications qui ont été proposées permet par ailleurs d'analyser la faisabilité d'un dispositif qui ne prétend pas à l'exhaustivité mais qui pourrait pallier une partie des défauts qui peuvent être reprochés aux définitions du contrôle matériel que le règlement édicte. Pour les opérations de dimension nationale, divers dispositifs pourraient en effet être adoptés dans le but de favoriser une convergence des systèmes internes. Quant aux opérations de dimension communautaire, il s'agirait dans un premier temps de renforcer le dispositif de contrôle *ex ante* de deux manières. D'une part, une obligation d'information portant sur l'opération conclue pourrait être imposée aux parties une fois certains seuils atteints, dans le but de permettre à la Commission de solliciter une notification complète de la concentration et éventuellement, de réintégrer ainsi dans le champ du contrôle les acquisitions tueuses ou consolidantes. D'autre part, une obligation analogue pourrait être imposée afin d'étendre le contrôle

²³⁵⁹ *Ibid.*, (5).

des prises de participations minoritaires mais la diversité des situations que celles-ci suppose est telle, que l'adoption d'un contrôle *ex post* complémentaire paraît particulièrement nécessaire. La création d'un dispositif de cet ordre dans un second temps pourrait en effet permettre à la Commission d'éviter les écueils que l'affaire *RyanAir/Aer Lingus* a révélés, si ce n'est atténuer une *summa divisio* classique en droit européen de la concurrence qui se prête mal à la souplesse requise par la mise en œuvre cohérente du contrôle des concentrations. À condition qu'il fasse l'objet d'un encadrement suffisant, ce nouveau type de contrôle pourrait encore éviter à la Commission d'être confrontée à des opérations difficilement saisissables, à l'image de la concentration *Facebook/WhatsApp*²³⁶⁰.

1751. Certes, les autorités de concurrence se sont employées à affiner le contrôle qui leur était dévolu ces dernières années, en recourant à la méthode du faisceau d'indices pour apprécier au plus juste la réalité de l'opération, en accentuant la coopération quasi-informelle entre elles, en révisant pour certaines les seuils de notification, en simplifiant les procédures de notification, etc. Simplification, indices et développement des tests économiques ne paraissent cependant pas suffisants pour adapter pleinement le contrôle des concentrations à la réalité mouvante du marché à laquelle il cherche à répondre. C'est bien au législateur qu'il revient de s'y atteler matériellement.

1752. Encore faut-il néanmoins que les États membres s'accordent sur la nature de la politique qui pourrait gouverner l'avenir du contrôle des concentrations. Si rien n'est certain à cet égard, la Commission semble avoir confirmé de son côté son souhait de maintenir des règles fortes en la matière et d'empêcher que la politique européenne de concurrence ne se fonde dans une éventuelle politique industrielle européenne.

²³⁶⁰ Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, JOUE C417, 21 novembre 2014, p. 4 ; Commission, 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.8228, JOUE C286, 30 août 2017, p. 6.

1753. Après avoir déclaré que le contrôle européen des concentrations a doté l'Union d'une « économie plus forte et plus juste » et rappelé que l'Union avait débloqué par ailleurs sept cent cinquante milliards d'euros pour pallier les conséquences de la crise de l'épidémie de COVID-19, Margrethe Vestager a en effet affirmé que « la concurrence ne prendra pas la place de ces politiques. Mais elle nous donnera le courage et la souplesse nécessaire pour tirer le plus profit des opportunités qu'elles offrent »²³⁶¹.

²³⁶¹ Traduction libre de : « competition won't take the place of these policies. But it will give us the strength and the adaptability, to make the most of the opportunities they offer. » (M. Vestager, « *The future of EU merger control* », discours, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, 11 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en) ; En ce sens, v. aussi M. Vestager, « *Speech at the Fordham Competition Conference* », discours, 8 octobre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-fordham-competition-conference_en.

TABLE DES ANNEXES

- **ANNEXE N°1 :**

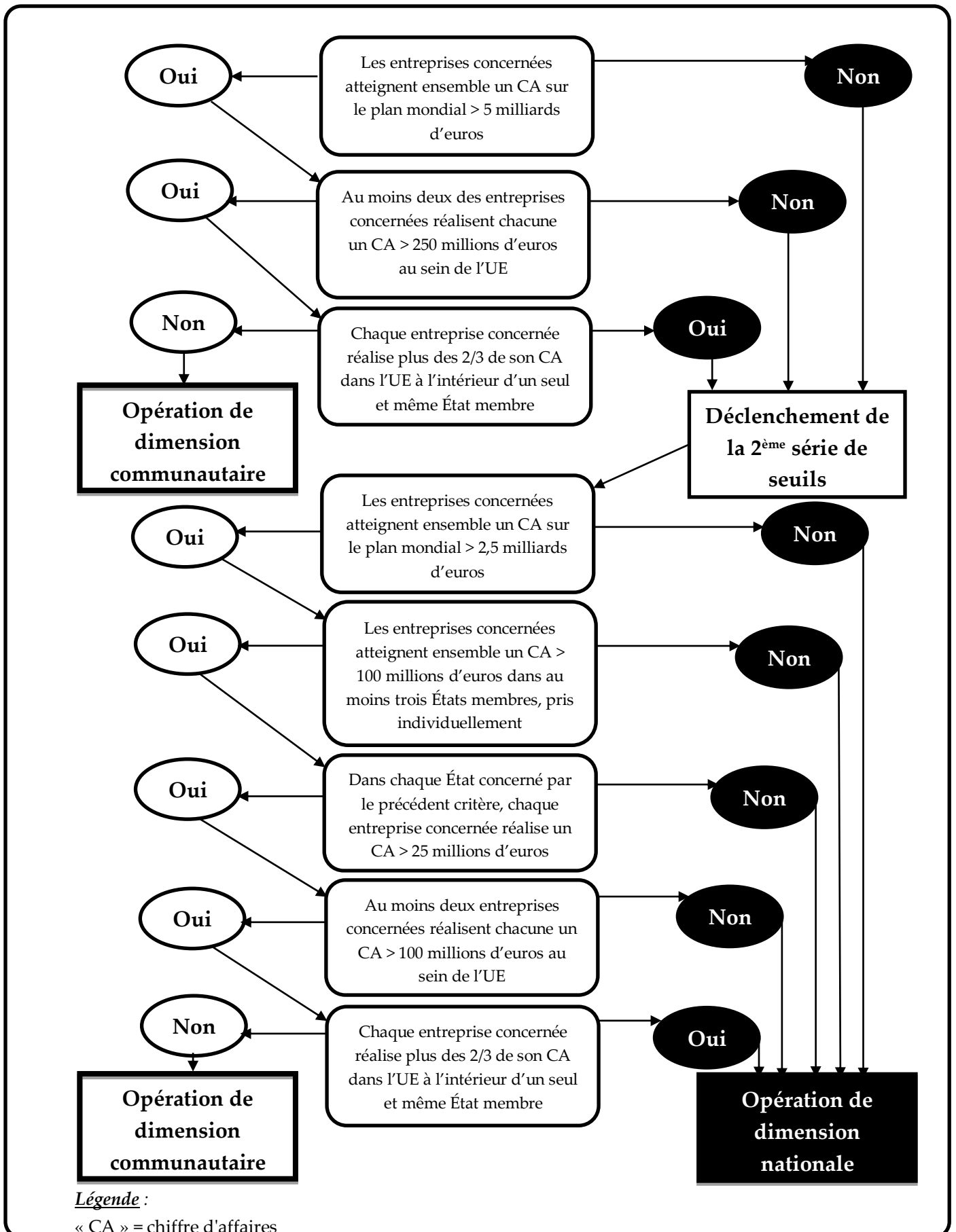
Schéma des seuils édictés par l'article 1 du règlement (CE) n°139/2004

- **ANNEXE N°2 :**

Panorama des seuils de contrôlabilité édictés par les législations nationales

ANNEXE N°1 :

Schéma des seuils édictés par l'article 1 du règlement (CE) n°139/2004



ANNEXE N°2 :

Panorama des seuils de contrôlabilité édictés par les législations nationales

Tableau n°1 : Panorama des seuils de contrôlabilité édictés par les législations des États membres de l'Union européenne

Nom de l'État membre	Type de contrôle	Type de notification	Seuils du contrôle <i>ex ante</i> (dispositions générales)	Modalités du contrôle <i>ex post</i> et autres dispositions dérogatoires relatives aux seuils
Allemagne	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	<p>Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA mondial total réalisé par les parties lors du dernier exercice > 500 millions d'euros ; - CA réalisé par l'une des parties en Allemagne > 25 millions d'euros lors du dernier exercice ; - CA réalisé par au moins une autre partie en Allemagne > 5 millions d'euros lors du dernier exercice. <p>Depuis la réforme du 31 décembre 2017, doivent aussi être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA mondial total réalisé par les parties lors du dernier exercice > 500 millions d'euros ; - CA réalisé par l'une des parties en Allemagne > 25 millions d'euros lors du dernier exercice ; - Valeur de la contrepartie de la transaction > 400 millions d'euros ; - L'entreprise cible a une activité significative en Allemagne. <p>Les prises de participations minoritaires non-contrôlantes sont également notifiables lorsqu'elles portent au moins sur 25% des actions de la cible ou lorsqu'elles conduisent à l'exercice direct ou indirect d'une influence sensible sur la cible.</p>	<p>Des seuils différents sont applicables pour les opérations conclues dans les secteurs du crédit et de l'assurance.</p> <p>Le Ministre de l'économie allemand, après consultation éventuelle de la Monopolkommission, peut faire prévaloir des motifs de sécurité énergétique ou d'intérêt général relevant de la politique industrielle de ce pays pour autoriser une opération de concentration.</p>
Autriche	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	<p>Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA mondial total réalisé par les parties lors du dernier exercice > 300 millions d'euros ; - CA total réalisé en Autriche > 30 millions d'euros ; - CA réalisé par au moins deux entreprises à travers le monde > 5 millions d'euros ; - À moins qu'il n'y ait qu'une seule partie qui réalise plus de 5 millions d'euros de chiffre d'affaires en Autriche et que les autres entreprises concernées ne réalisent pas plus de 30 millions de chiffre d'affaires à travers le monde. <p>Doivent aussi être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA mondial total réalisé par les parties lors du dernier exercice > 300 millions d'euros ; - CA total réalisé en Autriche > 15 millions d'euros ; - Valeur de la transaction > 200 millions d'euros ; - La cible est active sur une partie substantielle du marché autrichien. <p>Les prises de participations minoritaires non-contrôlantes sont notifiables (cf. Allemagne).</p>	N/C

Nom de l'État membre	Type de contrôle	Type de notification	Seuils du contrôle <i>ex ante</i> (dispositions générales)	Modalités du contrôle <i>ex post</i> et autres dispositions dérogatoires relatives aux seuils
Belgique	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - CA mondial total réalisé par les parties lors du dernier exercice > 100 millions d'euros ; - CA réalisé par au moins deux entreprises en Belgique > 40 millions d'euros. 	Après avis de l'Autorité belge de la concurrence et de la Commission consultative spéciale concurrence, le Roi peut majorer les seuils par arrêté délibéré en Conseil des ministres. Tous les trois ans, l'Autorité procède en outre à une évaluation de ces seuils au vu « de l'incidence économique et de la charge administrative pour les entreprises ».
Chypre	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	La notification de l'opération est obligatoire sur demande du Ministre du commerce, de l'industrie et du tourisme. Doivent également être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - CA mondial réalisé par au moins deux entreprises > 3,4 millions d'euros ; - Au moins une entreprise exerce des activités commerciales sur l'île ; - Au moins 3,4 millions € des CA mondiaux totaux portent sur la fourniture de biens ou services à Chypre. 	N/C
Espagne	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Doivent être notifiées les opérations remplissant au moins l'une des conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - L'opération entraînera la détention ou l'augmentation de plus de 30% des parts du marché de produits ou services concerné en Espagne ou du marché géographique concerné ; - Volume total des ventes réalisé en Espagne par les parties lors du dernier exercice > 240 millions d'euros et au moins deux entreprises concernées ont individuellement un volume de ventes > 60 millions d'euros. 	N/C
Estonie	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - CA réalisé sur le territoire national par l'ensemble des parties > 6,4 millions d'euros ; - Au moins deux entreprises ont un CA national > 1,9 millions d'euros. 	N/C

Nom de l'État membre	Type de contrôle	Type de notification	Seuils du contrôle <i>ex ante</i> (dispositions générales)	Modalités du contrôle <i>ex post</i> et autres dispositions dérogatoires relatives aux seuils
France	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	<p>Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Les entreprises ou groupes parties à l'opération doivent réaliser ensemble un CA HT mondial > 150 millions d'euros ; - Au moins deux des entreprises ou groupes doivent réaliser un CA HT en France > 50 millions d'euros ; - L'opération ne doit pas entrer dans le champ d'application règlement « concentrations ». 	<p>Outre le pouvoir d'évocation du Ministre de l'économie, le droit français prévoit, par ailleurs, des dispositions spécifiques lorsqu'au moins deux des entreprises concernées par l'opération exploitent des magasins de détail et quand au moins une des entreprises parties exerce tout ou partie de son activité dans les DOM et COM. Pour ces deux régimes dérogatoires, les seuils sont plus bas et le contrôle, de ce fait, plus systématique.</p> <p>Ainsi, doivent être notifiées les opérations conclues par au moins deux entreprises exploitant des magasins de détail et qui remplissent les conditions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA HT mondial réalisé par l'ensemble des entreprises ou groupes parties à l'opération > 75 millions d'euros ; - CA HT réalisé au moins par deux entreprises ou groupes concernés dans le secteur du commerce de détail en France > 15 millions d'euros ; - L'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement « concentrations ». <p>Doivent être notifiées les opérations conclues dans les DOM et les COM et qui remplissent les conditions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Toutes les entreprises ou groupes réalisent ensemble un CA mondial HT > 75 millions euros ; - Au moins deux entreprises ou groupes réalisent un CA total HT dans un DOM ou COM > 15 millions d'euros ; - L'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement « concentrations ».
Irlande	Hybride	Préalable et obligatoire	<p>Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA mondial et total réalisé par au moins deux entreprises concernées > 60 millions d'euros ; - Au moins deux entreprises concernées par l'opération exercent des activités en Irlande ; - CA réalisé individuellement par chaque entité concernée par l'opération en Irlande > 10 millions d'euros. <p>Doivent aussi être notifiées à l'autorité les opérations requises sur demande du Ministre.</p>	<p>En vertu de l'article 18 (3) de l'Act de 2002, tel que modifié en 2014, les entreprises concernées par une opération qui n'atteindrait pas les seuils requis peuvent notifier volontairement leur opération au vu des préoccupations de concurrence que celle-ci est susceptible de soulever. Lorsque la Competition and Consumer Protection Commission apprend qu'une opération de ce type a été conclue, elle peut interroger les parties sur leur intention de la notifier volontairement ou non. Si les parties répondent qu'elles ne souhaitent pas la notifier, la Commission peut mener une enquête préliminaire dans le but d'évaluer la pertinence d'un contrôle. L'exercice d'un tel contrôle peut conduire au prononcé d'une décision de déconcentration.</p>

Nom de l'État membre	Type de contrôle	Type de notification	Seuils du contrôle <i>ex ante</i> (dispositions générales)	Modalités du contrôle <i>ex post</i> et autres dispositions dérogatoires relatives aux seuils
Italie	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Depuis le 23 mars 2020, doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - CA total réalisé par les entreprises concernées en Italie > 504 millions d'euros ; - CA réalisé individuellement par au moins deux entreprises concernées en Italie > 31 millions d'euros. 	N/C
Lettonie	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - Chaque entreprise réalise d'un CA > 2,13 millions d'euros ; - CA total réalisé sur le territoire > 35,6 millions d'euros. Doivent aussi être notifiées les opérations de concentration dont les entreprises concernées détiennent des parts de marché > 40%.	Ne doivent pas être notifiées les opérations unissant deux entreprises et dont l'une d'elles a réalisé un CA < 2 134 000 euros au cours de l'exercice précédent.
Lituanie	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - CA total > 14,5 millions d'euros ; - Au moins deux entreprises disposent de CA > 1,4 millions d'euros. Lorsque sont en cause des entreprises lituaniennes, le CA mondial est pris en considération alors que lorsqu'il s'agit d'entreprises étrangères, le CA pris en compte est celui qui a été réalisé sur le sol lituanien.	N/C
Luxembourg	N/C	N/C	N/C	Les opérations de concentration peuvent éventuellement faire l'objet d'une interdiction a posteriori, au titre du droit luxembourgeois propre à la prohibition des abus de position dominante ou de l'article 102.

Nom de l'État membre	Type de contrôle	Type de notification	Seuils du contrôle <i>ex ante</i> (dispositions générales)	Modalités du contrôle <i>ex post</i> et autres dispositions dérogatoires relatives aux seuils
Malte	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - CA réalisé sur l'île > 2 329 373 € ; - Chaque entreprise partie réalise un CA national supérieur d'au moins 10 % par rapport à leur CA mondial. 	Certaines opérations bénéficient d'une présomption de légalité. Il s'agit plus précisément des concentrations suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - Les prises de contrôle en commun par deux entreprises remplissant les deux conditions suivantes : (i) CA de l'entreprise commune et activités assimilées < 698 812,02 euros à Malte ; (ii) valeur des capitaux transmis à l'entreprise commune à Malte < 698 812,02 euros. - Les fusions et acquisitions d'entreprises sans superposition horizontale ni liens verticaux ; - Les fusions ou acquisitions d'entreprises impliquant des superpositions horizontales ou des liens verticaux mais dans le cadre desquelles les parts de marché n'excèdent pas respectivement 15 % et 25 %.
Pays-Bas	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - Les entreprises ou groupes parties à l'opération doivent réaliser ensemble un CA HT mondial > 113,45 millions d'euros ; - Au moins deux des entreprises ou groupes doivent réaliser un CA HT aux Pays-Bas > 30 millions d'euros ; - L'opération ne doit pas entrer dans le champ d'application règlement « concentrations ». 	Les opérations conclues dans les secteurs de la santé et de l'énergie requièrent des approbations supplémentaires de la part des organes régulateurs compétents. Le Ministre des affaires économiques peut abaisser les seuils exigés pour une période ne pouvant excéder cinq ans dans certains secteurs.

Nom de l'État membre	Type de contrôle	Type de notification	Seuils du contrôle <i>ex ante</i> (dispositions générales)	Modalités du contrôle <i>ex post</i> et autres dispositions dérogatoires relatives aux seuils
Portugal	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Doivent être notifiées les opérations remplissant d'une des conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - L'opération entraînera la détention de 50% ou plus des parts du marché national de produits ou services concerné ou une partie substantielle de celui-ci ; - L'opération entraînera la détention de 30% ou plus et moins de 50% des parts du marché national de produits ou services concerné ou une partie substantielle de celui-ci, à condition que le volume de ventes net réalisé par chaque entreprise au Portugal lors du dernier exercice par au moins deux entreprises concernés > 5 millions d'euros ; - Volume de ventes total HT réalisé par les parties au Portugal lors du dernier exercice > 100 millions d'euros, à condition qu'au moins deux des entreprises concernées réalisent individuellement un volume de ventes HT > 5 millions d'euros au Portugal. 	N/C
Slovénie	<i>Ex ante</i>	Préalable et obligatoire	Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - CA total > 35 millions d'euros sur le territoire national ; - L'entreprise cible réalise un CA national > 1 million d'euros. 	La transmission ultérieure d'informations peut être requise lorsque les parties disposent de plus de 60% de parts de marché en Slovénie.

Nom de l'État membre	Type de contrôle	Type de notification	Seuils du contrôle <i>ex ante</i> (dispositions générales)	Modalités du contrôle <i>ex post</i> et autres dispositions dérogatoires relatives aux seuils
Suède	Hybride	Préalable et obligatoire (<i>ex ante</i>)	Doivent être notifiées les opérations remplissant les conditions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - CA total des parties > 100 millions d'euros environ en Suède (précisément, 1 milliard de couronnes suédoises) ; - Au moins deux entreprises parties réalisent un CA > 20 millions d'euros en Suède environ (précisément, 200 millions de couronnes suédoises). 	L'autorité nationale de concurrence suédoise peut requérir auprès des parties la notification de leur opération lorsque le CA total des parties > 100 millions d'euros environ en Suède (précisément, 1 milliard de couronnes suédoises) et si l'opération soulève des préoccupations particulières de concurrence. Ces dernières sont notamment constituées dans les hypothèses suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - Lorsqu'une entreprise détenant une position importante sur le marché acquiert successivement des petits concurrents sur le marché ; - Lorsqu'une entreprise détenant une position importante sur le marché acquiert un concurrent nouvellement établi qui pourrait menacer sa position ; - En cas de plaintes des clients et concurrents. Dans le cadre du contrôle <i>ex post</i> , l'autorité nationale de concurrence, après avoir procédé à une analyse concurrentielle, peut obliger les parties à notifier l'opération. Les parties demeurent néanmoins libres de notifier volontairement l'opération lorsqu'elles anticipent la possibilité d'un éventuel contrôle <i>ex post</i> .

Tableau n°2 : Panorama des seuils de contrôlabilité édictés par le Royaume-Uni

Nom de l'État	Type de contrôle	Type de notification	Seuils (dispositions générales)	Modalités du contrôle <i>ex post</i> et autres dispositions dérogatoires
Royaume-Uni	Hybride	Volontaire	L'opération peut être notifiée avant sa réalisation si au moins l'une de ces conditions est remplie : <ul style="list-style-type: none"> - CA de l'entreprise cible > 70 millions de livres ; - À la suite de l'opération, au moins 25% des biens ou services produits ou consommés au Royaume-Uni ou dans une partie substantielle du Royaume-Uni sont fournis par les entreprises parties à l'opération. Les prises de participations minoritaires non-contrôlantes sont aussi contrôlables lorsqu'elles entraînent l'exercice d'une « influence matérielle » sur la cible, ce qui peut s'apprécier à l'aune de plusieurs seuils.	Lorsque les parties cessent d'être indépendantes, leur opération peut aussi faire l'objet d'un contrôle. Le contrôle <i>ex post</i> est possible dans les quatre mois suivant la réalisation de l'opération. Pour les opérations conclues dans les secteurs de l'eau et de l'assainissement, l'accord de l'Autorité des services de régulation doit aussi être obtenu. Le Secrétaire d'État peut autoriser finalement l'opération pour des motifs d'intérêt général de sécurité nationale ou publique.

Légende : « CA » = Chiffre d'affaires

« N/C » = Non concerné

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux et spécialisés

ATIAS (C.), *Épistémologie juridique*, D., coll. Précis – Droit privé, 2002, 1^{ère} éd., 230 p.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE et SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, Paris, 2008, 853 p.

AUBERT (J.-L.), FLOUR (J.) et SAVAUX (E.), *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique.*, D., coll. Sirey, Paris, 1975, 13^{ème} éd., 475 p.

AUDIER (S.), *Le colloque Walter Lippmann : aux origines du « néo-libéralisme »*, le Bord de l'eau, Lormont, 2012, 495 p.

AUDIT (M.), CALLÉ (P.) et BOLLÉE (S.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, Lextenso éd., Issy-les-Moulineaux, 2014, 764 p.

BAIN (J. S.), *Industrial organization*, John Wiley and Sons, New York, 1959, 643 p.

BAKER (J. B.), *The Antitrust Paradigm : Restoring Competitive Economy*, Harvard University Press, mai 2019, 310 p.

BARTHÉLÉMY (J.), COULON (N.), EGAL (J.), GUIGOU (H.), HAROUDIN (M.), MELLO (de) (X.), PETITEAU (G.), SEURAT (P.), *Le droit des groupes de sociétés*, Dalloz, coll. Réussir en affaires, Paris, 1991, 573 p.

BEAUD (M.) et DOSTALER (G.), *La pensée économique depuis Keynes*, Seuil, Paris, avril 1996, 440 p.

BÉCHILLON (de) (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997, 302 p.

BECKENSTEIN (A.), KAUFER (E.), DENNIS MURPHY (R.) et SCHERRER (F. M.), , *The Economics of Multi-Plant Operation : An International Comparisons Study*, Harvard University Press, 453 p.

BELLIS (J.-F.), *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, février 2017, 332 p.

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, Montchrestien – Lextenso éd., coll. Domat droit privé, Paris, 2012, 13^{ème} éd., 726 p.

BERLIN (D.), *Contrôle des concentrations*, Université libre de Bruxelles – Institut d'études européennes, coll. Commentaire J. Mégret – Droit communautaire de la concurrence sous la coordination de Laurence Idot, Bruxelles, 2009, 3^{ème} éd., 597 p.

BLANDIN (A.-L.), CREN (S.), DEYSINE (M.-A.), MEFFRE (S.), SAINT-JEAN (C.), SCHÉRER (O.) et SIDOIS (D.), *Mémento expert. Fusions et acquisitions*, éd. Francis Lefebvre, 2015, 1439 p.

BLUMANN (C.) (dir.), BERTRAND (B.), GRARD (L.), PERALDI-LENEUF (F.), PETIT (Y.), SOULARD (C.), *Introduction au marché intérieur : Libre circulation des marchandises*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2015, 542 p.

BORK (R. H.), *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, Simon & Schuster, 1993, 479 p.

BOSCO (D.) et PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante.*, éd. Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruxelles, 2013, 1522 p.

BRAULT (D.) :

- *L'État et l'esprit de concurrence*, Economica, Paris, 1987, 234 p.
- *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, coll. Droit des affaires, Paris, 2004, 775 p.

BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.) et LABORDE-LACOSTE (M.), *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, Paris, 1947, 571 p.

BRUNET (F.), COHEN-TANUGI (L.), ENCAOUA (D.), SIRAGUSA (M.) et WINCKLER (A.), *La pratique communautaire du contrôle des concentrations. Analyses juridique, économique et comparative. Europe, États-Unis, Japon.*, De Boeck Université, coll. Droit/Économie, Bruxelles, 1995, 470 p.

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Les obligations.*, D., coll. Sirey, 16^{ème} éd., Paris, 2018, 1269 p.

BURGESS (M.), *Federalism and the European Union : The Building of Europe, 1950-2000*, Routledge, Londres, New York, 2000, 304 p.

BOYER (R.), *La théorie de la régulation : une analyse critique*, La Découverte, Paris, 1986, 142 p.

CARBONNIER (J.) :

- *Droit civil. Tome 2. Les biens. Les obligations.*, PUF, Paris, 1955, éd. refondue janvier 2017, 1058 p.
- *Droit civil. Introduction.*, PUF, Paris, 1992, 21^{ème} éd.
- *Sociologie juridique*, PUF, 2^{ème} éd., Paris, 2004, 415 p.

CATHIARD (C.) et LECOURT (A.), *La pratique du droit européen des sociétés, Structures européennes et réorganisations transfrontalières*, Joly éd., 2017, 2^{ème} éd., 853 p.

CAYLA (D.), *L'économie du réel face aux modèles trompeurs*, De Boeck Supérieur, Louvain-la-Neuve, 2018, 1^{ère} éd., 198 p.

CHAMBERLIN (E. H.), *La théorie de la concurrence monopolistique : une nouvelle orientation de la théorie de la valeur*, PUF, Paris, 1953, 293 p.

CHAMPAUD (C.) :

- *Le pouvoir de concentration des sociétés par actions*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, Paris, 1962, 349 p.
- *Droit des affaires*, PUF, coll. Que sais-je, Paris, 1981, 127 p.
- *L'entreprise dans la société du 21e siècle*, Larcier, Bruxelles, 2013, 254 p.

CHARVÉRIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.) et alli, *Mémento pratique. Sociétés commerciales éd. 2017*, Ed. Francis Lefebvre, 2016, 1800 p.

CHAVANCE (B.), *L'économie institutionnelle*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 2012, 128 p.

COMBE (E.) :

- *La politique de la concurrence*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 2002, 128 p.
- *Économie et politique de la concurrence*, D., coll. Précis, Paris, 2005, 460 p.

COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT (dir. O. LANDO), *Principes du droit européen des contrats*, La Documentation française, Paris, 1997, 293 p.

COMTOIS (Y.), HAMILTON (A.), HATTON (C.), *Gun jumping in Merger Control. A jurisdictional guide.*, Concurrences, New York, 2019, 471 p.

COUTINET (N.) et SAGOT-DUVAUROUX (D.), *Économie des fusions et acquisitions*, La Découverte, éd. Repères, Paris, 2003, 128 p.

COZIAN (M.), DEBOISSY (F.) et VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29^e éd., Paris, 2016, 867 p.

DARDOT (P.) et LAVAL (C.), *La nouvelle raison du monde – Essai sur la société néolibérale*, La Découverte / Poche, Paris, 2009, 2010, 498 p.

DEMOGUE (R.), *Notions fondamentales de droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, A. Rousseau, Paris, 1911, 681 p.

DOMAT (J.), *Les quatre livres du droit public. 1697*, Centre de philosophie politique et juridique Université de Caen, Caen, 1989, 587 p.

DUBOEUF (F.), *Introduction aux théories économiques*, La Découverte, Coll. Repères, 1999, 128 p.

DUTILH (N.), LANDES (V.) et Verloop (P.), *Merger control in Europe: EU Member states and Accession States*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 4^{ème} éd., 431 p.

EHLERMAN (C. D.) et LAUDATI (L.), *European Competition Law Annual 1997 : Objectives of Competition Policy*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 616 p.

ENCAOUA (D.) et GUESNERIE (R.), *Politiques de la concurrence*, La Documentation française, Paris, 2006, 304 p.

FACCARELLO (G.), *Aux origines de l'économie politique libérale : Pierre de Boisguilbert*, anthropos éd., Paris, 1986, 312 p.

FARJAT (G.), *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, Paris, éd. refondue 1982 (1^{ère} éd. 1971), 783 p.

FASQUELLE (D.), *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, Joly éd., Paris, 1993, 290 p.

FRIGNANI (A.) et WAELBROECK (M.), *Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE. Concurrence*, éd. de l'Université de Bruxelles, coll. Etudes européennes, Bruxelles, 1997, vol. 4, 1098 p.

FOX (E. M.), PERITS (R. J. R.) et SULLIVAN (L. A.), *Cases and materials on US Antitrust Global Context*, American Casebook Series, St Paul, 2004, 2nd éd., 959 p.

GERBER (D.), *Law and Competition in twentieth century Europe : protecting Prometheus*, Oxford university press, Oxford, 2001, 472 p.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat : la formation.*, LGDJ, Paris, 1988, 2^{ème} éd., 1096 p.

GOUGEON (J.-P.), *L'Allemagne dans le XXI^e siècle : une nouvelle nation ? Éléments de réponse*, Armand Colin, Paris, 2009, 192 p.

GRARD (L.) (dir.), *Droit de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2013, 476 p.

GUERRIEN (B.) et LES ECONOCLASTES, *Théories économiques et idées reçues. Petit bréviaire des idées reçues en économie*, La Découverte / Essais, Paris, 2004, 272 p.

HARRINGTON (J. E. Jr.), KIP VISCUSI (W.) et SAPPINGTON (D. E. M.), *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, 2018, 5^{ème} éd., 966 p.

HAYEK (von) (F.), *Droit législation et liberté. Volume 1 : Règles et ordre*, PUF, coll. Libre échange, 1980, 208 p.

HIRSCH (W. Z.), *Law and Economics : An Introductory Analysis*, Academic Press, San Diego, 1988, 2^{ème} éd., 434 p.

HOEG (D.), *European Merger Remedies. Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2014, 202 p.

HOUSSIAUX (J.), *Le pouvoir de monopole. Essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain.*, Sirey, Paris, 1958, 416 p.

KELMAN (M.), *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Harvard, 1987, 360 p.

- JAMIN (C.) & JESTAZ (P.), *La doctrine*, D, coll. Méthodes du droit, Paris, 2004, 314 p.
- JESSUA (C.), *Histoire de la théorie économique*, PUF, coll. Économie, Paris, 1991, 584 p.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit positif français. T. II. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés.*, Sirey, Paris, 1939, 3^{ème} éd., 1215 p.
- LAFAY (J.-D.), STIGLITZ (J.) et WALSH (C. E.), *Principes d'économie moderne*, De Boeck Supérieur, Bruxelles, 2014, 949 p.
- LAURENT (P.), *La politique communautaire de concurrence*, D., Sirey, coll. Management des organisations, Paris, 1993, 206 p.
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat, Paris, 2009, 1088 p.
- LE MOAL (R.), *Droit de la concurrence*, Economica, Paris, 1979, 228 p.
- LE PESANT DE BOISGUILBERT (P.), *Le détail de la France sous le règne du présent. Augmenté en cette nouvelle Edition, de plusieurs Mémoires & traités sur la même matière. Première partie.*, Paris, 1707, 276 p.
- LECOURT (A.), *Droit des affaires*, Ellipses, Paris, 2006, 240 p.
- LEGEAIS (R.), *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative.*, LexisNexis, Paris, 2016, 3^{ème} éd., 583 p.
- LUTFALLA (M.), *Aux origines de la pensée économique*, Economica, Paris, 1981, 168 p.
- MALAUURIE (P.) et MORVAN (P.), *Introduction générale au droit*, Defresnois, 4^e éd. 2012, Paris.
- MALAUURIE-VIGNAL (M.) :
- *Droit interne de la concurrence*, Armand Collin, Paris, 1996, 244 p.
 - *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, Paris, 2014, 6^{ème} éd., 366 p.
 - *Droit de la concurrence interne et européen*, D., Sirey, coll. LMD, Paris, 2017, 7^{ème} éd., 385 p.
- MANKIW (G.) et TAYLOR (M.), *Principes de l'économie*, De Boeck Supérieur, Louvain-La-Neuve, 2015, 1208 p.
- MARTY (F.), *La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes*, HAL, janvier 2011, Document de travail du Gredeg WP n°2011-01, 39 p.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^{ème} éd., T. I, 1972, 532 p.
- MASON (E. S.), *Economic Concentration and the Monopoly Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1957, 411 p.

MATUSOW (A. J.), *The Unraveling of America: A history of Liberalism in the 1960s*, University of Georgia Press, Athens, Georgia, éd. 2009, 542 p.

MENGER (C.), *Principles of economics*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 1976, 328 p.

MENJUCQ (M.) :

- *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Paris, 2001, 449 p.
- *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Issy-les-Moulineaux, 2016, 4^{ème} éd., 572 p.
- *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, coll. Domat droit privé/Précis, Issy-les-Moulineaux, 2018, 5^{ème} éd., 665 p.

MIAILLE (M.), *Une introduction critique au droit*, François Maspero éd., 1976, 388 p.

MISES (von) (L.) :

- *Memoirs*, Ludwig von Mises Institute, 2009 éd., 126 p.
- *L'Action Humaine – Traité d'économie*, Institut Coppet, Paris, mars 2011, 651 p.

MONNET (J.), *Mémoires*, Fayard, 2014 éd., 642 p.

MONTOUSSÉ (M.) (dir.), *Analyse économique et historique des sociétés contemporaines*, éd. Bréal, Rosny-sous-Bois, 2007, 637 p.

NIHOUL (P.) et VERDURE (C.), *Droit européen de la concurrence*, Larcier, coll. Les codes thématiques Larcier, 2009, 590 p.

OPPETIT (B.) et RODIÈRE (R.), *Droit commercial, groupements commerciaux*, Dalloz, Paris, 1980, 484 p.

OST (F.), *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, coll. Penser le droit, Bruxelles, 2012, 224 p.

PAILLUSSEAU (J.), *La Société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial Tome 18, 1967, Paris, 294 p.

PARETO (V.), *Économie mathématique*, p. 352 in G. Busino (dir.), *Œuvres complètes. Statistique et économie mathématique*, T. VIII, Librairie Droz, Genève, 1989, 409 p.

PETIT (N.), *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, Issy-les-Moulineaux, 2018, 2^{ème} éd., 881 p.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, Paris, 1928-1932, T. I, 1140 p.

POSNER (R.), *Economic analysis of law*, Wolters Kluwer Law and Business, coll. Aspen Casebook Series, New York, 2014, 9^{ème} éd., 1056 p.

RICHER (L.) (dir.), *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché. Edwin Chadwick*, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, 2007, T. II, 123 p.

RIEBEN (L.), *La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence*, Librairie Droz, Genève, 2000, 474 p.

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1946, 348 p.

SCHUMPETER (J. A.), *Capitalisme, socialisme et démocratie – Première et deuxième parties – Chapitres 1 à 14*. 1942, J.-M. Tremblay – Université du Québec à Chicoutimi, 2002, éd. électronique, 368 p.

SMITH (A.) :

- *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Guillaumin, 1843 éd.
- *Théorie des sentiments moraux*, PUF, Paris, 1999 éd., 469 p.

SOUCHON (A.), *Les théories économiques dans la Grèce antique*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1898, 205 p.

SOUTY (F.) :

- *La politique de la concurrence en Allemagne Fédérale*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1996, 127 p.
- *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2013, 4^{ème} éd., 160 p.

STEFAN RUSU (C.), *European Merger Control. The Challenges Raised by Twenty Years of Enforcement Experience.*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, 278 p.

STIGLER (G.), *Capital and Rates of Return in Manufacturing Industries*, Princeton University Press, 1963, 228 p.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations.*, D., coll. Précis, Paris, 2005, 9^{ème} éd., 1474 p.

TESTU (F. X.), *Contrats d'affaires*, D., coll. Dalloz Référence, Paris, 2010, 717 p.

TIROLE (J.), *Économie du bien commun*, PUF, Paris, 2016, 642 p.

VALLINDAS (G.), *Droit européen des concentrations*, Bruylant, coll. Competition Law – Droit de la concurrence, juin 2017, 509 p.

VAN MIERT (K.), *Le Marché et le Pouvoir : souvenirs d'un Commissaire européen*, éd. Racine, Bruxelles, 2000, 278 p.

VARIAN (H. R.), *Microeconomic analysis*, Norton International student edition, New York, 3^{ème} éd., 1992, 284 p.

VERGNIERES (S.), *Éthique et politique chez Aristote : fýsis, íthos, nómos*, PUF, Paris, 1995, 308 p.

VOGEL (L.) :

- *Droit de la concurrence et concentration économique. Étude comparative*, Economica, Paris, 1988, 415 p.
- *Droit européen de la concurrence, Tome 1 « Domaine d'application des ententes »*, LawLex, coll. Juribases, 2006-2007, Paris, 2 vol. 1983 p.
- *Droit de la concurrence européen et français*, Juriscience, Lawlex, 2012, 1812 p.

WARZOULET (L.), *Le choix de la CEE par la France – L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle (1955-1969)*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, Paris, 2011, 588 p.

WEBER (M.), *Economy and society – An outline of interpretive sociology*, Guenther Roth and Claus Wittich - University of California Press, Berkeley, Los Angeles, Londres, 1978, vol. 2, 1469 p.

YOUNG (A. A.), *Economic problems. New and old*, The Riverside Press Cambridge, Cambridge, 1927, 301 p.

ZACHMAN (J.), *Le contrôle communautaire des concentrations*, LGDJ, Droit des affaires, Paris, 1994, 424 p.

II. Fascicules, répertoires et encyclopédies

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003.

ATIAS (C.), « Critique des réalistes », p. 150 in *Epistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis – Droit privé, 2002, 1^{ère} éd., 230 p.

ARHEL (P.) :

- *Concentration*, Rép. com., 2017.
- *Concurrence : mise en œuvre par les autorités et les juridictions nationales. Chapitre 3 – Directive « ECN+ »*, Rép. eur., octobre 2019.

ARNAUD (A.-J.) (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, 2^{ème} éd.

BERLIN (D.) :

- *Fasc. 35-30 : Contrôle des concentrations. – Champ d'application : contrôle des concentrations de l'Union*, JCI Sociétés Traité, 30 novembre 2018.
- *Fasc. 1480 : Contrôle des concentrations. – Champ d'application : contrôle des concentrations de l'Union*, JCI Europe Traité, 1^{er} janvier 2016.

BIANCHI (D.), *Fasc. 1310 : Politique agricole commune. – Libre circulation et libre concurrence*, JCI Europe Traité, 31 octobre 2014.

BLAISE (J.-B.), *Entente*, Rép. eur., janvier 2016 ; P. Arhel, *Entente*, Rép. com., janvier 2015.

BLUMANN (C.), *Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Rép. eur., décembre 1992.

BIOLAY (J.-J.) :

- *Fasc. 145 : Aspects du droit de la concurrence appliqué à la publicité*, JCI Concurrence - Consommation, 26 septembre 2011.
- *Fasc. 4300 : Droit de la concurrence en matière audiovisuelle*, JCI Communication, 25 janvier 2012.

CATHIARD (C.) :

- *Transfert intracommunautaire de siège social*, Rép. soc., juin 2014.
- *Fusion transfrontalière*, Rép. soc., janvier 2019.

COURIVAUD (H.), *Fasc. 121 : Droit de la concurrence et entreprises publiques. – Le statut encore incertain de l'entreprise publique en droit de la concurrence*, JCI Concurrence - Consommation, 1^{er} avril 2009.

DAMY (G.), *Fasc. 130 : Application du droit de la concurrence aux banques. – Cas particulier des concentrations en droit français et communautaire*, JCI Concurrence - Consommation, 2 août 2011.

GAUDEMET-TALLON (H.), *Fasc. 552-11 : Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement « Rome I » du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales*, JCI Droit international, 1^{er} juillet 2016.

GRYNFOGEL (C.), *Fasc. 264 – Ententes en droit européen de la concurrence. – Article 101 du TFUE*, JCI Commercial, 1^{er} mars 2012.

HEYMANN (J.), *Concentration*, Rép. internat., avril 2019.

IDOT (L.), *Concentration*, Rép. internat., décembre 1998.

LECOURT (A.), *Groupe de sociétés*, Rép. sociétés, mars 2015.

LOUSSOUARN (Y.), TROCHU (M.) et SOTOMAYOR (R.), *Fasc. 570-40 : Conflits de lois en droit des sociétés*, JCI Droit International, 14 juin 2010.

LUCAS (F.-X.), *Fasc. 2128 : Conventions de portage*, JCI Sociétés Traité, 7 juin 2017.

MEHDI (R.), *Décision*, Rép. eur., juin 2019.

MOUSSERON (P.), *Cession de contrôle*, Rép. sociétés, octobre 2017.

PASSA (J.), *Fasc. 50-20 : Panorama des droits étrangers*, JCI Concurrence-Consommation, 28 novembre 2014.

PLAIDY (C.), *Fasc. 52 : Internationalisation du droit de la concurrence*, JCI Concurrence - Consommation, 01 février 2012.

POILLOT-PERUZZETTO (S.) :

- *Concentration*, Rép. eur., mars 2010.
- *Fasc. 580 : Entreprises communes*, JCI Concurrence – Consommation, 16 juin 2014.

PRIETO (C.) :

- *Fascicule 1390 : Politique européenne de concurrence*, JCI Europe Traité, 1^{er} février 2014.
- *Fasc. 1425 – Article 101 TFUE et les restrictions horizontales*, JCI Europe Traité, 29 mai 2017.
- *Synthèse 170. Fasc. 1480 et 1490 – Contrôle européen des concentrations*, JCI Europe Traité, 1^{er} février 2018.
- *Fasc. 1440 : Abus de position dominante*, JCI Europe Traité, février 2018.

RIEM (F.), *Spécialisation : accords*, Rép. eur., septembre 2014.

SPELTDORN (O.), *Responsabilité (de l'Union européenne)*, Rép. eur., juin 2011

VILMART (Christian) :

- *Fasc. 35-30 : Contrôle communautaire des concentrations sous le Règlement n°139/2004*, JCI Sociétés Traités, 7 mars 2013.
- *Fasc. 273 : Contrôle communautaire des concentrations sous le Règlement n°139/2004*, JCI Commercial, 7 mars 2013.
- *Fasc. 470 : Contrôle communautaire des concentrations sous le Règlement n°139/2004*, JCI Concurrence – Consommation.
- & VILMART (Christine), *Fasc. 35-20 : Contrôle français des concentrations par l'Autorité de la concurrence*, JCI Sociétés Traités, 1^{er} octobre 2013.
- & VILMART (Christine), *Fasc. 271 : Contrôle français des concentrations*, JCI Commercial, 1^{er} octobre 2013.
- & VILMART (Christine), *Fasc. 400 : Contrôle français des concentrations*, JCI Concurrence – Consommation, 1^{er} octobre 2013.

III. Thèses, mémoires et cours retranscrits

ABDELGAWAD (W.), *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, Thèse, LGDJ, Paris, 2001, 632 p.

ARAUJO (G.), *Le contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil. Une analyse à la lumière des droits de l'Union européenne et de la France*, thèse, Paris, 2019.

BODE (M.), *Le groupe international de sociétés. Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, thèse, Peter Lang, coll. Publications universitaires européennes, Bern, 2010, 695 p.

BONNET (A.), *Les échanges d'informations entre concurrents : entre collusion et transparence. Perspectives européennes et internationales*, Mémoire, Centre de documentation et de recherches européennes, Bayonne, 2013, 115 p.

BURNIER DA SILVEIRA (P.), *Le contrôle des concentrations transnationales*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2013, 403 p.

CAPITANT (F.), « Fédéralisme et démocratie », Institut Villey (retranscription du cours « Fédéralisme et démocratie » assuré du 19 juillet au 21 août 1954).

CENK KESKIN (A.), *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, thèse, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, janvier 2011, 626 p.

CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, D., coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Paris, 2004, 1108 p.

KALAANI (A.), *La fusion des sociétés commerciales en droit interne et international. Contribution à la notion de « contrat-organisation »*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2017, 638 p.

LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004, 961 p.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, Economica, 2012, 513 p.

MENJUCQ (M.), *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, thèse, Bordeaux, 1995, 588 p.

MICHEL (J.), *Les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, thèse, Publications de l'Université de Toulouse I Capitole, Toulouse, 2015, 353 p.

RIEM (F.), *La notion de transparence en droit de la concurrence*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2002, 502 p.

SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, thèse, LGDJ, Paris, 2008.

THOUVENIN (J.-P.), *Droit et politique des concentrations entre entreprises dans la CEE*, thèse, Paris X, 1993.

VALLINDAS (G.), *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, thèse, Bruylant, Travaux du CERIC, 2009, 561 p.

VIALARD (V.), *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations : étude comparée des droits communautaire et américain*, thèse, D., Paris, 2007, 576 p.

IV. Actes de colloque et contributions aux mélanges

ARENS (C.), « Avant-propos », 1324 in *Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux*, JCP E, 21 juin 2018, n°25.

BEAUFORT (V.) (de) et MOSCIANESE (J.), « Droit des concentrations et engagement des entreprises... Quelles stratégies possibles ? » in A. Masson (dir.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Larcier, Bruxelles, 2013, 365 p.

BONNET (A.), « La "citoyenneté économique" dans le cadre de la politique européenne de concurrence, un concept en trompe-l'œil » in T. Anabelle-Besnard, C. Beaudoin, A. Bonnet et Q. Girault (dir.), *Le citoyen dans tous ses états. Journées d'études à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*, 4 et 5 juin 2018, PUPPA (à paraître).

BOULOUIS (J.), « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », p. 53 in F. Capotorti, C.-DD. Ehlermann, J. Frowein, F. Jacobs, R. Joliet, T. Koopmans et R. Kovar (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, 896 p.

BOY (L.) :

- « Les utilités du contrat », *LPA*, septembre 1997, n°109, p. 3.
- « Mondialisation et contrôle des opérations de concentration », p. 409 in W. Abdelgawad (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration. Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007*, Lexis Nexis - Litec, coll. Juris-Classeur, Paris, 2008, vol. 30, 533 p.
- « Le contrôle français des opérations de concentration, Une originalité regrettable ? », p. 393 in L. Boy, J. Drexl et R. M. Hilty (dir.), *Technologie et concurrence : mélanges en l'honneur de Hans Ullrich*, Larcier, Bruxelles, 2009, 744 p.
- « Le relatif et l'universel. Entre contrôle juridictionnel et gouvernement des juges en droit de la concentration », p. 505 in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, 1105 p.
- « L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ? », p. 335 in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2011, 526 p.

BUHART (J.) (dir.), « Contrôle des concentrations et fonds d'investissement : Faut-il un régime distinct ? », séminaire, 5 juin 2018, Paris, *Concurrences*.

CHAMPAUD (C.) :

- « Merger control in France : Direct and Indirect Ways of Control », p. 101 in K. Hopt, *European Merger Control, Legal and economic analysis on multinational enterprises*, W. de Gruyter, Berlin, 1982, 276 p.
- « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », pp.69-109 in *Philosophie du droit et droit économique. Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, 587 p.

CHEVALLIER (J.) :

- « De quelques usages du concept de régulation », p. 71 in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 1 et 2 octobre 1992, 272 p.
- « Vers un droit postmoderne ? », p. 21 in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris, 1998, 454 p.

CHRISTOFOROU (T.), LEGAL (H.), REEVES (T.) et STENER (R. M.), « Chapter 8. Standards of proof and standards of judicial review in EC Competition Law roundtable », p. 157 in Barry E. Hawk (dir.), *International Antitrust Law and Policy : Fordham Corporate Law*, Juris Publishing Inc., 1 mai 2006, 660 p.

CIMAGLIA (L.), « La codification du droit de l'UE », p.33 in M. Guyomar (dir.), *Les 25 ans de la relance de la codification*, Lextenso, Paris, 2017, 116 p.

CLAUDEL (E.), « Vers un droit international de la concurrence ? », p. 405 in P. Daillier, G. de La Pradelle, H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, éd. Pedone, Paris, 2004, 1119 p.

COT (J.-M.), « Les contraintes de temps et l'organisation de procédures efficaces », p. 26 in DGCCRF (dir.), *Atelier de la concurrence. Le facteur temps dans le droit de la concurrence : le temps de la procédure et le temps des entreprises*, *Rev. conc. consom.*, 2003, n°136.

CREDA, « Les nouveaux outils de la mobilité des entreprises en Europe – Fusions transfrontalières, SE, SPE », 2 juin 2008, disponible à l'adresse suivante : <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2008-UE-mobilite-entreprises/02-Fusions-transfrontalieres-Menjucq.pdf>.

DECOOPMAN (N.), « À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », p. 249 in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris, 1998, 454 p.

DELION (A.), « Notion de régulation et droit de l'économie », p. 6 in T. Revet (dir.), *Annales de la régulation Volume 1*, LGDJ, « Bibliothèque de l'institut André Tunc », Paris, 2006.

DELMAS-MARTY (M.), « Le mou, le doux et le flou sont-ils des gardes-fous ? », p. 209 in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris, 1998, 454 p.

DESTANNE DE BERNIS (G.), « Régulation ou équilibre dans l'analyse économique », in A. Lichnerowicz, F. Perroux et G. Gadoffre (dir.), *L'idée de régulation dans les sciences*, Maloine-Doin, Paris, 1977, 266 p.

DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », p. 636 in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-classeur, Paris, 1999, 868 p.

FARELL (J.), « Negotiation and Merger Remedies: Some Problems », p. 95 in F. Lévêque et H. Shelanski (dir.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Northampton, 2003, 256 p.

FARJAT (G.), « Les pouvoirs privés économiques », p. 613 et s. in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. À propos de 30 ans de recherches du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, LGDJ, coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Paris, 2000, Vol. 20, 728 p.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Les principes Unidroit », p. 737 in *Le Code de commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, D., Paris, 2007, 834 p.

FRECHE-THIBAUD (M.) et FROMENTIN (X.), « Le mécanisme global d'une cession de contrôle », *Deffrénois*, 30 novembre 2016, n°22, p. 1197.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

- « Droit économique, concentration capitaliste et marché », p. 397 in *Philosophie du droit et droit économique. Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, 587 p.
- « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », p. 223 in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, 688 p.

GAUDEMET (Y.), « Droit de la concurrence : une autre introduction », p. 397 in *Le Code de commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, D., Paris, 2007, 834 p.

GÉRADIN (D.) :

- & PETIT (N.), « La politique industrielle sous les tirs croisés de la mondialisation et du droit communautaire de la concurrence », p. 4 in A. Mourre (dir.), *Mondialisation, politique industrielle et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Forum européen de la communication, Bruxelles, 2006, 114 p.

- & IDOT (L.) & JENNY (F.), « La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire. Colloque », *Concurrences*, novembre 2007, n°1-2008

GERBER (D.), « Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence », p. 107 in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, 486 p.

GERMAIN (M.), « Observations conclusives », 1339 in *Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux*, *JCP E*, 21 juin 2018, n°25.

GLASER (E.), « Les méthodes de contrôle du juge administratif » p. 59 in *Les entretiens du Palais-Royal, Le contrôle des concentrations d'entreprises*, 20 juin 2008, *Revue Lamy de la concurrence*, janvier/avril 2009, n°18.

GRARD (L.) :

- (dir.), *L'Europe face au monde*, éd. A. Pedone, Paris, 2013, 230 p.
- « Subventions illégales aux constructeurs aéronautiques. Match presque nul à l'OMC entre l'Union européenne et les États-Unis », p. 113 in L. Grard (dir.), *L'Europe face au monde*, éd. A. Pedone, Paris, 2013, 230 p.

IDOT (L.) :

- « Le temps : une limite à l'action des autorités », p. 15 in DGCCRF (dir.), *Atelier de la concurrence. Le facteur temps dans le droit de la concurrence : le temps de la procédure et le temps des entreprises*, *Rev. conc. consom.*, 2003, n°136.
- « Synthèse de clôture », p.70 in *Les entretiens du Palais-Royal, Le contrôle des concentrations d'entreprises*, 20 juin 2008, *Revue Lamy de la concurrence*, janvier/avril 2009, n°18.
- « Une régulation concurrentielle négociée : les engagements », p. 74 in *Conseil d'État. Droits et Débats. Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique. Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen. Un colloque organisé par le Conseil d'État et l'Autorité de la concurrence le 24 septembre 2013 à l'École nationale d'administration*, La Documentation française, 2014, Paris, 116 p.
- (dir.), *Arbitrage et droit de la concurrence*, séminaire, Paris, 31 janvier 2017, *Concurrences*, 2017.

JACQUEMIN (A.), « Concentration industrielle et politique de concurrence européenne », p. 383 in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud.*, Dalloz, Paris, 1998, 580 p.

JAMIN (C.) :

- « La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées », pp.69-83 in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, Paris, 1998, T. I, 455 p.

- « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », p. 125 in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-classeur, Paris, 1999, 868 p.
- « Rapport de synthèse », p. 161 in *Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ? Cycle de conférences de la Cour de cassation.*, *Revue Lamy de la concurrence*, octobre/décembre 2006, n°9.

JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu. », pp.47-72 in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris, 1998, 454 p.

LEGAL (H.), « Chapter 5. Standards of proof and standards of judicial review in EU Competition Law », p. 107 in B. E. Hawk (dir.), *International Antitrust Law and Policy : Fordham Corporate Law*, Juris Publishing Inc., Huntington, 1 mai 2006, 660 p.

LIANOS (I.), « Competition remedies in Europe », p. 362 in I. Lianos et D. Geradin (dir.), *Handbook on European competition law. Substantive aspects*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2013, 665 p.

LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », p. 211-233 in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert.*, D., Paris, 2005, 527 p.

LUBY-GAUCHER (M.) et POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Les contrats de distribution », in *L'entreprise sous les influences réciproques du droit européen et des droits nationaux*, *Rev. soc.*, 2001, p. 235.

MALAURIE-VIGNAL (M.) :

- « Le journaliste, le commerçant et le procès », p. 247 in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, D., Paris, 2006, 487 p.
- « Régulation et droit des pratiques anticoncurrentielles », p. 843 in C. Puigelier (dir.), *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 1461 p.
- « Le bien-être du consommateur, une rencontre possible entre juriste et économiste ? », p. 56 in *Le droit de la concurrence et l'analyse économique, Le Concurrentialiste*, mai 2013.

MARENCO (G.), « The birth of modern competition law in Europe », p. 279 in A. von Bogdandy, P. C. Mavroidis et Y. Mény (dir.), *European Integration and International Coordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann.*, Kluwer Law International, Dordrecht, 2002, 516 p.

MERTENS DE WILMARS (J.), « Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », p. 29 in J. Dutheil de La Rochère et J. Vandamme (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, A. Pedone éd., coll. Etudes de droit des Communautés européennes, Paris, 1988, 188 p.

MARTY (F.) :

- « De la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant dans la politique de concurrence européenne: quelles conséquences sur les libertés économiques? », in L. Potvin-Solis et H. Ueda (dir.), *Économie de marché, droits et libertés et valeurs communes en Europe et en Asie.*, Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, 17, 18 et 19 mars 2011, disponible à l'adresse suivante : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00719094>.
- « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », p. 341 in L. Solis-Potvin (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 441 p.

MIAILLE (M.), « La régulation : enjeux d'un choix », p. 11 in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 1 et 2 octobre 1992, 272 p.

MORVAN (P.), « Aspects sociaux de la confidentialité dans les restructurations », *Droit social*, 2010, p. 541.

PETIT (B.), « Les sociétés : des sociétés de commerçants aux groupes de sociétés », p. 123 in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, D. , 2007, Paris, 196 p.

PRIETO (C.) :

- « La culture européenne de concurrence », p. 257 in W. Graf Vitzhum et M. Pena (dir.), *L'identité de l'Europe. Die Identität Europas*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, 507 p.
- (dir.), « Journée européenne de la concurrence – Actes de la conférence – Paris », *Concurrences*, 18 et 19 novembre 2008, p. 54.
- « Conclusion de la première journée » in C. Prieto (dir.), *Journée européenne de la concurrence – Actes de la conférence – Paris*, *Concurrences*, 18 et 19 novembre 2008, p. 55.

PORTER (M.) :

- « Comment les forces de la concurrence orientent la stratégie », *Harvard Business Review*, 1979, p. 29 in M. Porter, *La concurrence selon Porter*, éd. Village Mondial, Paris, 1999, 475 p.
- « Qu'est-ce que la stratégie ? », p. 47 in M. Porter, *La concurrence selon Porter*, éd. Village Mondial, Paris, 1999, 475 p.

RIEM (F.), « L'analyse substantielle » in J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au 21^{ème} siècle. Notions et enjeux*, LGDJ, Extensio-éditions, collection *Droit & Économie*, 2020.

RILL (J. F.), « Panel discussion », p. 301 in C. D. Ehlermann et L. Gosling (dir.), *European competition law annual. 1998. Regulationg Telecommunications.*, European University Institute, Hart Publishing, Oregon, 2000, 802 p.

RÖLLER (L.-H.), « Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe », p. 11 in P. A. G. Van Bergeijk et E. Kloosterhuis (dir.), *Modelling European Mergers : Theory, Competition Policy and Case Studies*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2005, 219 p.

SAUVÉ (J.-M.), « Discours d'ouverture » in *Les entretiens du Palais-Royal, Le contrôle des concentrations d'entreprises*, 20 juin 2008, *Revue Lamy de la concurrence*, janvier/avril 2009, n°18.

SCHERER (F. M.), « Comment », p. 323 in R. D. Willig (dir.), « Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines », *Brookings Papers: Microeconomics*, 1991, p. 281.

SYNVET (H.), « L'internationalisation du droit des affaires », p. 727 in *Le Code de commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, D., Paris, 2007, 834 p.

THIBIERGE (C.), « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, D., Paris, 2006, p. 519 et s.

ULLRICH (H.), « L'ordre concurrentiel dans la pensée juridique », p. 51 in W. Abdelgawad (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des États face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration. Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007*, Lexis Nexis - Litec, coll. Juris-Classeur, Paris, 2008, vol. 30, 533 p.

VAN TICHELEN (J.), « Souvenirs de la négociation du traité de Rome », p. 327 in Commission d'étude interuniversitaire (dir.), *Le Rôle des belges et de la Belgique dans l'édification européenne*, Institut Royal des Relations Internationales, Bruxelles 1981, 538 p.

VESTERDORF (B.), « Considérations sur la notion de "concurrence par les mérites" » in Cour de cassation (dir.), *Droit et économie de la concurrence. La concurrence par les mérites*, Cycle Droit et économie de la concurrence, 2005, Paris.

ZIVY (F.), « Quel schéma institutionnel pour la régulation de la concurrence ? Un portrait de la famille européenne », p. 50 in *Les entretiens du Palais-Royal : Quels contrôles pour les concentrations d'entreprises ? Bilans, actualités et perspectives*, Paris, 20 juin 2008 *Concurrences*, 2007/4.

V. Articles

AIMAR (T.), « L'école autrichienne d'économie, une problématique de l'ignorance : du subjectivisme à la neuroéconomie », *Revue d'économie politique*, 2010, n°4, p. 591.

ALBOUY (M.), « À qui profitent les fusions-acquisitions ? », *Revue française de gestion*, 2000, n°131, p. 70.

ALLAIN (T.), « Les fusions triangulaires, une illustration du potentiel des actions de préférence « dissociés » », *Journal des sociétés*, juin 2013, n°109, p. 34.

AMAND (F.) et PIQUEREAU (T.), « Le suivi des engagements souscrits dans le cadre du contrôle des concentrations en France », *Concurrences*, 2007, n°4, p. 36.

AMARO (R.), « Actions en réparation en matière de pratiques anticoncurrentielles : la directive 2014/104/UE est transposée ! », *CCC*, juillet 2017, n°6, étude 8.

ANDERSON (J. E.) et WOOD (B. D.), « The politics of U.S. Antitrust Regulation », *American Journal of Political Science*, 1993, vol. 37, n°1, p. 1.

ANSAULT (J.-J.) et SWINBURNE (D.), « Réforme du droit des contrats. Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition », *JCP E*, 2016, n°21, 1307.

APPEL (I. R.), GORMLEY (T. A.) et KEIM (D. B.), « Passive investors, not passive owners », *Journal of Financial Economics*, juillet 2016, vol. 121, n°1, p. 111.

ARCELIN (L.), « Le droit de la concurrence mis à l'épreuve par le numérique », *JCP E*, novembre 2019, n°45, 1493.

ARROW (K. J.) :

- « An extension of the basic theorems of classical welfare economics », *Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability*, *University of California Press*, 1951, p. 507.
- & DEBREU (G.), « Existence of an equilibrium for a competitive economy », *Econometrica*, juillet 1954, vol. 22, p. 265.

ASSOCIATION DES PRATICIENS DU DROIT DE LA CONCURRENCE, « Quelques brèves remarques de praticiens », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 19.

ATHLAN (L.) et TORCK (S.), « Les scissions transfrontalières », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, n°6, p. 38.

AUBRON (G.) et THÉOPHILE (D.), « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence », *AJ contrat*, 2014, p. 212.

AURICCHIO (V.) et PERA (A.), « Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy », *European Competition Journal*, 2005, vol. 1, n°1.

AUSTIN II (A. D.), « Book Review : Industrial Concentration : The new Learning, by Harvey J. Goldschmid, H. Michael Mann & J. Fred Weston and Conglomerate Enterprise and Public [sic] policy, by Hesse W. Markham », *Case Western Reserve Law Review*, 1975, Vol. 25, no. 24, p. 972.

AUZERO (G.) :

- « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés Illustration de l'ineffectivité de la règle de droit », *Semaine Sociale Lamy*, 29 mars 2010, n° 1439.
- « Le pouvoir de direction de l'employeur dans les groupes de sociétés : un pouvoir sous influence », *Dr. soc.*, juin 2017, n°6, dossier 11.

AZAR (J.), SCHMALZ (M.) et TECU (I.), « Anti-Competitive Effects of Common Ownership », *University of Michigan Ross School of Business*, 2015, Working Paper n°12335.

BANDT (J.) de, « Politiques industrielles et de la concurrence : quelles priorités, quelles combinaisons ? », *Revue d'économie industrielle*, 1993, n°63, p. 207.

BAKER (J.), « Overlapping Financial Investor Ownership, Market Power, and Antitrust Enforcement: My Qualified Agreement with Professor Elhaug », *Harvard Law Review Forum*, vol. 129, p. 212.

BARBIER (H.), « De l'appréciation souple de l'équilibre contractuel : florilège des contreparties en tous genres », *RTD civ.*, 2018, p. 102.

BARBIER DE LA SERRE (E.), FLOCHET (L.), MORGAN DE RIVERY (E.) et MOUY (N.), « Participations minoritaires et concentrations », *Concurrences*, n°1-2012, p. 1.

BARRIÈRE (F.), « Un apport sans apport : la fusion triangulaire à l'envers », *Joly*, 2009, n° spécial, p. 1173.

BAUDRY (B.), « Quasi-intégration et relation de sous-traitance industrielle : une évaluation des travaux de Jacques Houssiaux », *Revue d'économie industrielle*, 2013, 142, p. 11.

BAUMOL (W. J.), « Contestable markets : An Uprising in The Theory of Industry Structure », *The American Economic Review*, 1982, vol. 72, no.1, p. 1.

BÉCHILLON (D.) (de), « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n°49, p. 5.

BECKER (G. S.) et STIGLER (J. G.), « Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers », *The Journal of Legal Studies*, 1974, vol. 3, no. 1, p. 1.

BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Les échanges d'information entre concurrents à la faveur d'entente ou à l'occasion d'opérations de concentration », in « Séminaire procédure et concurrence », 10 avril 2015, *Concurrences*.

- BEITZKE (G.), « Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé) », *Revue critique de droit international privé*, janvier-mars 1967, n°1, p. 1.
- BELLON (B.), « Cent ans de politique antitrust aux États-Unis », *Revue d'économie industrielle*, 1993, n°63, p. 10.
- BENETT (M.), FINGLETON (J.), FLETCHER (A.), HURLEY (L.) et RUCK (D.), « What does Behavioral Economics Mean for Competition Policy? », *Competition Policy International*, mars 2010, vol. 6, n°1.
- BÉRARD (P.-Y.), « Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personae », *RTD com.*, 2007, p. 279.
- BERROD (F.), « L'utilisation de la *soft law* comme méthode de conception du droit européen de la concurrence », *Revue de l'Union européenne*, 2015, p. 283.
- BESANKO (D.) et SPULBERG (D. F.), « Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy », *The Journal of Law, Economics & Organization*, 1^{er} avril 1993, vol. 9, n°1, p. 1.
- BIDAUD (L.), « La relation offre-demande et la délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence », *JCP E*, n°50, 14 décembre 2000, p.1.
- BIENAYME (A.), « L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence : un point de vue d'économiste », *RIDE*, 1995, n°3, p. 361.
- BINET (L.), « Un an de régulation du marché des communications électroniques », *Communication Commerce électronique*, juin 2017, n°5, chron. 7.
- BLANDIN (A.), « La question concurrentielle dans le contexte des états généraux des nouvelles régulations numériques », *CCC*, juillet 2019, n°7.
- BONNASSE (A.), DIAZ (O.) et LE NABASQUE (H.), « Pour une réforme du droit français des fusions », *Bull. Joly*, avril 2018, p. 236.
- BONNET A., « Retour sur la publication de la directive (UE) n°2019/2121 du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 : quelle harmonisation pour les règles applicables aux nouvelles fusions et scissions transfrontalières ? », *Lexbase Hebdo édition affaires*, 12 mars 2020, n°627, N2532BYG.
- BONNIÈRES (P.) (de), « Mandataire dans le respect des engagements », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 29.
- BORK (R. H.), « The Rule of Reason and the Per Se Concept : Price Fixing and Market Division », *The Yale Law Journal*, 1965, vol. 74, no. 5, p. 775.

BOSCO (D.) :

- « Introduction », p.12 in *Dossier tendances : Le respect des engagements pris devant les autorités de contrôle*, *Concurrences*, 2012, n°1.
- « Introduction », in « Le respect des engagements pris devant les autorités de concurrence », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 12.
- C. Gauer, E. Pfister et alli, « La pratique des tests de marché dans les procédures antitrust et dans le contrôle des concentrations », *Concurrences, Tendances*, n°1-2013.
- « Rapport Zivy : Regards croisés sur le problème des concentrations “multi-juridictionnelles” », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 10.
- « Le contrôle des concentrations et la peur du vide », *CCC*, novembre 2019, n°11, repère 10.

BOUGETTE (P.) :

- & VENAYRE (F.), « Contrôles a priori et a posteriori des concentrations : comment augmenter l’efficacité des politiques de concurrence », *Revue d’économie industrielle*, 2008, n°121, p. 9.
- « Analyse et limites de l’évaluation rétrospective d’une concentration », *RIDE*, 2009, n°2, p. 159.
- « Négociations d’engagements en matière de concentrations : une perspective d’économiste », *RIDE*, 2011, n°4, p. 111.

BOURGEOIS (F.), CORDIER (G.), DESPRES (P.), SCEMLA (S.), « Les réformes législatives récentes. Quels impacts sur vos opérations de M&A ? », *Cah. dr. entr.*, juillet 2018, n°4, entretien 4.

BOY (L.) :

- « L’abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RIDE*, 2005, n°1, p. 27.
- « Quel droit de la concurrence pour l’Afrique francophone subsaharienne ? Introduction », *RIDE*, octobre 2011, 2011/3, p. 263.

BRADISH (K.) et BRANNON (L.), « The Revised Horizontal Merger Guidelines : Can the Courts Be Persuaded ? », *theantitrustsource*, octobre 2010, p. 1.

BRIETZKE (P. H.), « Robert Bork, The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself », *Valparaiso University Law Review*, 1979, vol. 13, no. 2, p. 403.

BRIGGS (de Q.) (J.) et OAKES (D. K.), « Eurotunnel and the short sea battle between the French and the English : a U.S. perspective », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 15.

BROUSSE (A.) (de) et GORDON (F.), « Faut-il élargir les seuils de notification des concentrations devant la Commission européenne ? », *JCP E*, 13 avril 2017, n°15, 1199.

BROZEN (Y.), « A. Economists's views - The concentration-collusion doctrine », *Antitrust law journal*, 1977, vol. 46, no. 3, p. 826.

BRUNET (F.) et GEFFRIAUD (P.), « La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale ? », *LegiCom*, 2004, n°1, p. 49.

BUIGUES (B.), ILZKOVITZ (F.) et JACQUEMIN (A.), « Horizontal mergers and competition policy in the European Community », *European Economy*, mai 1989, n°40.

CAILLOSSE (J.), « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA*, 1996, p. 955.

CALKINS (S.), GELLHORN (E.) et KOVACIC (W.), *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West Academic, 19 août 2004, 667 p.

CATHIARD (C.) :

- « Le régime des fusions transfrontalières depuis la loi du 3 juillet 2008 », *Dr. soc.*, octobre 2008, n°10, étude 8.
- « Proposition de directive de la Commission européenne en matière de mobilité transfrontalière des entreprises : une harmonisation des procédures mais de nombreuses contraintes pour les entreprises », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 67, 7 juin 2018.

CAPITANT (H.), « Le traité des obligations de M. Demogue », *RTD civ.*, 1923, p. 957.

CAYLA D., « La théorie de la concurrence monopolistique : une perspective pour un approfondissement des théories de la firme », *HAL*, 2003.

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ÉCONOMIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE NICE-SOPHIA ANTIPOLIS, « Le droit économique aujourd'hui », *Recueil D.*, 2010, p. 1436.

CHARPIN (A.) et MUÑEZ (A.), « Simulation des effets horizontaux d'une concentration horizontale », *Revue Lamy de la concurrence*, n°48, mars 2016, p. 38.

CHAZAL (J.-P.), « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », *Revue des contrats*, 2003, n°1, p. 325.

CLAUDEL (E.), « Autonomie du droit de la concurrence – Autonomie et notion d'entreprise », *CCC*, juin 2020, n°6, dossier 7.

COASE (R. H.), « The Problem of Social Cost », *Law and Economics*, 1960, vol. III, p. 1.

COMBE (E.) :

- & FAYOLLE (J.) & MILEWSKI (F.), « La politique industrielle communautaire », *Revue de l'OFCE*, 1993, n°43, p. 399.
- & THÉOPHILE (D.), « Emmanuel Combe, Autorité de la concurrence : La politique de la concurrence – Au-delà des sanctions, une adaptation aux nouvelles réalités économiques », *Concurrences*, 2018, n°2, p. 19.

CONAC (P.-H.), « Le retour du courage politique à Bruxelles : l'Odyssée du « Paquet Droit des sociétés » de 2018 », *Rev. soc.*, 2019, p. 7.

COOLS (S.), « Europe's Ius Commune on Director Revocability », *ECFR*, 2011, 199-234.

COQUELET (M.-L.), « Le sort des actions en justice en cas de transmission universelle de patrimoine », *Joly*, 2007, p. 783.

COUARD (J.), « La technique des “ joyaux de la couronne ” en droit des concentrations », *RTD com.*, 2011, p. 201.

COUSIN (M.), « Droit des concentrations : faut-il réformer pour mieux contrôler ? », *CCC*, août 2018, n°8-9, dossier 4.

CRANE (D. A.), « Chicago, Post-Chicago and Neo-Chicago », *University of Michigan Law Reviews*, 2009, vol. 76, n°4, p. 1911.

CSERES (K.), « The Controversies of the Consumer Welfare Standard », *The Competition Law Review*, mars 2007, vol. 3, issue 2, p. 121.

CUDAHY (R. D.), « Judge Posner through Dissenting Eyes », *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 2000, vol. 17, issue 1, 41 p.

CUNNINGHAM (C.), EDEREER (F.) et MA (S.), « Killer acquisitions », *SSRN*, mars 2019.

DAHAN (T.) et LEMAIRE (C.), « Le respect des engagements en droit antitrust doit-il être soumis à la règle de raison ? », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 15.

DAIGRE (J.-J.), « SCI, groupements divers et nouveau régime des fonds d'investissement alternatifs », *Defrénois*, octobre 2014, n°19, p. 1028.

DAVIS (G. F.), « A new finance capitalism? Mutual funds and ownership re-concentration in the United States », *European Management Review*, vol. 5, n°1, p. 11.

DEBREU (G.), « The coefficient of resource utilization », *Econometrica*, juillet 1951, vol. 19, p. 273.

DEFFAINS (B.) :

- & FERREY (S.), « Théorie du droit et analyse économique », *Droits*, vol. 45, 2007, p. 223.
- & PELLEFIGUE (J.), « Vraiment pertinent ? Une analyse économique des marchés pertinents », *RTD com.*, 2018, p. 555.
- & ORMESSON (O.) (d') & PERROUD (T.), « Politique de concurrence et politique industrielle : pour une réforme du droit européen », *Fondation Robert Schuman*, janvier 2020.

DELFORGE (C.), « Le contrat à long terme entre firmes, un contrat relationnel exemplaire ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, vol. 76, p. 57.

DEMME (G.), « 8^e réforme de la Loi contre les entraves à la concurrence (GWB), *Regards sur l'économie allemande*, 2013, 2013/2, n°109, p. 25.

DEMSETZ (H.) :

- « Why Regulate Utilities? », *Journal of Law and Economics*, avril 1968, Vol. 11, n°1, p. 55.
- « Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy », *The Journal of Law and Economics*, 1973, vol. 16, no. 1, p. 1.
- « Economics as a Guide to Antitrust Regulation », *The Journal of Law & Economics*, Vol. 19, n° 2, 1976, p. 371.

DEBET (A.), « Le Code européen des contrats. Avant-projet », *Revue des contrats*, décembre 2003, n°1, p. 217.

DENORD (F.) :

- « Néo-libéralisme et "économie sociale de marché" : les origines intellectuelles de la politique européenne de concurrence (1930-1950) », *Histoire Économie & Société*, 2008/1, p. 23.
- & SCHWARTZ (A.), « L'économie (très) politique du traité de Rome », *Politix*, 2010, 2010/1, p. 35.

DERIEUX (E.), « Communication audiovisuelle : dispositif anti-concentration et garanties du pluralisme », *LPA*, 23 janvier 2001, n°16, p. 4.

DEROUIN (P.), « Les fusions triangulaires de sociétés », *Bull. Joly*, Décembre 2008, p. 1026.

DÉVOLUY (M.) :

- « L'ordolibéralisme et l'avenir de l'Europe monétaire », *Bulletin de l'Observatoire des politiques économiques en Europe*, 2015, n°33.
- « L'ordolibéralisme et la construction européenne », *Revue internationale et stratégique*, 2016, 2016/3, p. 26.

DREIFFUS-NETTER (F.), « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.*, 1990, p. 369.

DUREAU-HAZERA (C.), « Validité d'une MAC clause dans les opérations de fusions-acquisitions en cas de pandémie », *JCP E*, octobre 2020, n°41, 1370.

EDWARDS (C. D.), « Reviewed works : " The Theory of monopolistic competition" by Edward Chamberlin ; "The Economics of Imperfect Competition" by Joan Robinson », *The American Economic Review*, décembre 1933, vol. 23, no. 4, p. 683.

ELHAUGE (E.), « Essay: Horizontal Shareholding », *Harvard Law Review*, 2016, vol. 129, p. 1267.

EMCH (A.) et ZHANG (J.), « Droit chinois de la concurrence : retour sur l'année 2015 », *Revue Lamy de la concurrence*, n°47, février 2016.

FAGES (B.) et MESTRE (J.), « Droit du marché et droit commun des obligations. L'emprise du droit de la concurrence sur le droit des contrats. », *RTD com.*, 1998, p. 71.

FARJAT (G.), « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, n°0, p. 9.

FATAH (F.), « La souveraineté à l'ère du numérique : enjeux stratégiques pour l'État français et les institutions européennes », *Revue de l'Union européenne*, 2020, n°634, p. 26.

FAURE (M.), « La signature du traité de Rome », in *Recueil des Commémorations nationales*, 2007, disponible à l'adresse suivante : <https://francearchives.fr/commemo/recueil-2007/39689>.

FERRIER (C.) et THOMAS (P.), « Le gun jumping », *Revue de Droit bancaire et financier*, mai 2018, n°3, étude 9.

FEYDEL (R.), « Les fonds d'investissement alternatifs (FIA), une complexité juridique nécessaire », *LPA*, décembre 2019, n°258, p. 12 ; D. Abellard, « Le financement des fonds d'investissement », *Revue de Droit bancaire et financier*, mai 2008, n°3, dossier 19.

FISHER (A.) (A.) et LANDE (R.) (H.), « Efficiency Considerations in Merger Enforcement », *California Law Review*, 1983, vol. 71, n° 6, p. 1582.

FRÉNEAUX (L.), « L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations », *RIDE*, 2007, 2007/1, p. 43.

FRISCH (S.), MONAGHAN (S.) et WINCKLER (A.), « Le contrôle européen des concentrations à caractère militaire », *Revue des Juristes de Science Po*, avril 2012, n°6, 64.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

- « Le modèle du marché », *Arch. phil. droit* 40, 1995, p. 286.
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.
- « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.*, 1998, p. 43.
- « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.*, 2004, p. 451.
- « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126.

GABRIEL (F.), « Le droit en son histoire : jus commune, théologie de la tradition et localité dans la France classique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2008, p. 279.

GAVED (M.) et HOEHN (T.), « Merger remedies control. The role of monitoring trustee in merger cases », *Concurrences*, 2007, n°2, p. 37.

GELIN (S.), HERRMANN (A.) et PROVOST (B.), « Les difficultés pratiques d'ordre juridique et fiscal des opérations de fusions transfrontalières », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, p. 50.

GERMAIN (M.), « La contractualisation du droit des sociétés depuis le 24 juillet 1966 », *Rev. soc.*, 2019, p. 295.

GERONDEAU (S.) et WINCKLER (A.), « Etude critique du règlement CEE sur le contrôle des concentrations d'entreprises », *Revue du Marché commun*, 1990, p. 541.

GINER ASINS (M.) et PFLIEGER (M.), « Gérer les risques concurrence dans les opérations de fusion-acquisition Kit de survie pragmatique pour une gestion efficace », *JCP E*, décembre 2015, n°50, 1614.

GLAIS (M.) :

- « Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence », *Économie Rurale*, 2003, n°277-278, p. 23.
- « À propos du règlement européen n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité », *RIDE*, 2006, n°1, p. 47.
- « Le processus concurrentiel : une présentation historique des apports de la théorie économique », *RTD com.*, 2014, p. 37.

GRIDEL (J.-P.), « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats: les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, 22 février 2003, n°53, p. 3.

GUNTHER (J.-P.), « Première lecture croisée des remèdes comportementaux et structurels : une frontière ténue », *Concurrences*, 2011, n°3, p. 4.

GUTIERREZ (G.) et PHILIPPON (T.), « How EU Markets Became More Competitive Than US Markets : a Study of Institutional Drift », *NBER Working paper*, juin 2018, n°24700.

HAWK (B. E.):

- « The EEC merger regulation : the first step toward one-stop merger control », *Antitrust Law Journal*, mars 1990, vol. 59, n°1, p. 195.
- « Joint Ventures Under EEC Law », *Fordham International Law Journal*, 1991, vol. 15, issue 2, art. 3.

HAYEK (von) (F.), « The Meaning of Competition », *Econ journal Watch*, mai 2016, 13(2), p. 359.

HEINICH (J.) :

- « Codification du droit européen des sociétés : de six directives à une », *Dr. soc.*, octobre 2017, n°10, comm. 167.
- « Réforme de la réforme du droit des contrats : l'influence des praticiens du droit des sociétés », *Dr. soc.*, avril 2018, n°4, repère 4.

HEYER (K.) :

- « Welfare Standards and Merger Analysis: Why not the Best? », *Competition Policy International*, mars 2006, EAG 06-8.
- « Welfare Standards and Merger Analysis revisited », *Competition Policy International*, Printemps 2012, vol. 8, no. 1, p. 143.

HINDRÉ (M.), « Échanges d'informations à l'occasion d'opérations de concentration : risques encourus et précautions à prendre », in « Séminaire procédure et concurrence », 10 avril 2015, *Concurrences*.

HOFSTADTER (R.), « The Paranoid Style in American Politics », *Harper's Magazine*, novembre 1964.

HOLLARD (M.), « La théorie de Stackelberg : équilibre et politique économique », *Cahiers d'économie politique*, 2000, n°37, p. 127.

HOUTCIEFF (D.), « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.*, avril 2018, n°15, p. 14.

HOVASSE (H.), « La protection des associés sans droit de vote lors des opérations de restructuration des sociétés », *RIDE*, 1990, n°3, p. 319.

HOVENKAMP (H. J.), « Antitrust policy after Chicago », *Michigan Law Review*, 1985, vol. 84, p. 214.

IDOT (L.) :

- « À propos des engagements en droit de la concurrence : quelques réflexions sur la pratique communautaire française », *Cahiers de droit européen*, 1999, n°4, p. 569.
- « Le rôle clé des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique », *RLDA*, avril 2001, n°37, supplément.
- « Le contrôle des concentrations » in « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence », *RIDE*, 2002, 2002/2, t. XVI, p. 175.
- « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *Revue des contrats*, 2004, n°3, p. 882.
- « Concentrations : adoption du nouveau règlement d'application », *Europe*, juillet 2004, n°6, comm. 2017.
- « Les concentrations dans le secteur des médias : *business as usual* ? », *RIDE*, 2005/1, p. 5.
- « Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption », *LPA*, février 2005, n°22, p. 5.
- « Fusions transfrontalières », *Europe*, janvier 2006, n° 1, comm. 13.
- « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », *Concurrences*, 2006, n°2, p. 1.
- « Arbitrage et droit de la concurrence », *Concurrences*, 2010, n°4, p. 1.
- « La responsabilité pénale des personnes morales : Les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences*, 2012, n° 1, art. n° 41678, p. 55.
- « Un réseau pour le contrôle des concentrations dans l'Union européenne ? », *Europe*, n°11, Novembre 2013, alerte 60.
- « Entre anniversaire et nouveau départ : la modernisation du droit européen de la concurrence au cœur de l'année 2014 », *RTD eur.*, 2014, p. 931.
- « À propos du récent "paquet en droit des sociétés" », *Europe*, juin 2018, n°6, alerte 39.
- « Chronique Droit du contentieux de l'UE - La fin du premier mandat de la Commissaire Vestager marquée par un grand débat sur le rôle de la politique de concurrence », *RTD eur.*, 2019, p. 883.

JALABERT-DOURY (N.) :

- & NOUVEL (L.), « Le dispositif existant est-il à la mesure des enjeux ? », *Concurrences*, 2007, n°2, p. 29.
- & MOUY (N.) et alii, « La procédure de prénotification », *Concurrences*, 2012, n°4.

JAMIN (C.) :

- « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *RIEJ*, 2006, p. 56.

- L'enseignement du droit à Sciences Po : autour de la polémique suscitée par l'arrêt du 21 mars 2007 », *Jurisprudence – Revue critique*, 2010, p. 125.
- « Remise d'un doctorat honoris causa à Duncan Kennedy. Éloge de Duncan Kennedy », *LPA*, 27 décembre 2011, n°257.

JENNY (F.), « Droit européen de la concurrence et efficience économique », *Revue d'économie industrielle*, 1993, n°63, p. 193.

JESTAZ (P.) :

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *Rec. D.*, juillet 1986, n°3, p. 197.
- « Source délicieuse (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.*, 1993, p. 73.

KALAANI (A.), « Les fusions triangulaires : vers une intégration dans le droit positif français ? », *JCP E*, 27 octobre 2016, n°43-44, 1573.

KEMPLERER (P.), « Competition when Consumers Have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade », *Review of Economic Studies*, 1995, n° 62, p. 515.

KENNEDY D., « Remise d'un doctorat honoris causa à Duncan Kennedy. Réponse de Duncan Kennedy », *LPA*, 27 décembre 2011, n°257, p. 11.

KERJAN (L.), « Antitrust laws : the IBM and AT&T cases », *Revue Française d'Études Américaines*, 1988, n°35, p. 89.

KIRCH (P.) et LIO SOON SHUN (C.), « Mise en œuvre de l'article 22 du règlement (CE) concentrations : le point de vue français est-il contraire à la pratique communautaire ? », *Concurrences*, décembre 2007, n°4, p. 45.

KLEIN (J. B.), « Liberty between the Lines in a Statist and Modernist Age : Unfolding the Adam Smith in Friedrich Hayek », *Economic Affairs*, 2010, vol. 30, n°3, p. 82.

KOLVEMBACH (W.), « EEC Company law harmonization and worker participation », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 1990, p. 709.

KOVACIC (W. E.) :

- « Reagan's judicial appointees and antitrust in the 1990s », *Fordham Law Review*, vol. 60, no. 1, 1991, p. 49.
- & SHAPIRO (C.), « Antitrust Policy : A Century of Economic and Legal Thinking », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, no. 1, 2000, p. 43.
- « The intellectual DNA of modern U/S/ competition Law for dominant firm conduct : the Chicago/Harvard double helix », *Columbia Business Law Review*, 2007, vol. 2007, n°1, p. 1.

KOVAR (J.-P.), « Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire », *Journal de droit européen (anciennement JTDE)*, novembre 2009, n°163, p. 265.

KOVAR (R.), « Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison », *RTD eur.* 1987, p. 237.

LAGERLÖF (J.) (N.) (M.) et HEIDHUES (P.), « On the desirability of an efficiency defense in merger control », *International Journal of Industrial Organization*, décembre 2005, vol. 23, n°9-10, p. 803.

LE NABASQUE (H.) :

- « Les fusions transfrontalières après la loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev. soc.*, 2008, p. 493.
- « Les fusions et les scissions transfrontalières », *Rev. Soc.*, 2013, p. 391.
- « L'introduction par la loi PACTE d'une délégation de pouvoir et d'une délégation de compétence en matière de fusion », *Joly*, juin 2019, n°6, p. 62.

LE ROY (F.) :

- « La concurrence : Entre affrontement et connivence », *Revue française de gestion*, avril 2004, n°1, p. 149.
- « L'affrontement dans la relation de concurrence », *Revue française de gestion*, avril 2004, n°1, p. 179.

LEARY (T. B.), « The Essential Stability of Merger Policy in the United States. Prepared Remarks before Guidelines for Merger Remedies: Prospects and Principles, Joint U.S./E.U. Conference », 17 janvier 2002, site de la FTC, disponible à l'adresse suivante : <https://www.ftc.gov/public-statements/2002/01/essential-stability-merger-policy-united-states>.

LECOURT (A.) :

- « La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus », *Bull. Joly*, p. 806.
- « Incidences de la loi de ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sur le droit des sociétés », *RTD com.*, 2018, p. 365.

LECOURT (B.) :

- « Quel avenir pour le droit européen des sociétés ? (à propos du "Rapport du groupe de réflexion sur le futur du droit européen des sociétés") », *Rev. soc.*, 2011, p. 649.
- « Avenir du droit européen des sociétés : publication de la synthèse des réponses apportées dans le cadre de la consultation publique », *Rev. soc.*, 2012, p. 658.
- « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », *Rev. soc.*, 2014, p. 135.
- « Fusions et scissions transfrontalières : publication des réponses à la consultation publique », *Rev. soc.*, 2015, p. 687.

- « La codification du droit des sociétés », *Rev. soc.*, 2017, p. 659.
- « Mobilité transfrontalière des sociétés : le Parlement européen appelle à une révision de la directive « fusions transfrontalières » et à un texte sur les scissions transfrontalières », *Rev. soc.*, 2017, p. 664.
- « La protection des actionnaires minoritaires au sein de l'Union européenne », *Rev. soc.*, 2018, p. 677.
- « Publication prochaine de deux propositions de directive sur la mobilité des sociétés et la digitalisation », *Rev. soc.*, 2018, p. 337.
- « Pour un code européen des sociétés », *Recueil D.*, 2018, p. 805.
- « Évènement historique en droit européen des sociétés : adoption de la directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés », *Rev. soc.*, 2019, p. 360.
- « La réforme du régime des fusions transfrontalières », *Rev. soc.*, 2019, p. 24.
- « Faut-il dé-surtransposer les directives sociétaires ? », *Rev. soc.*, 2019, p. 139.

LEGAL (H.), « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Concurrences*, 2005, n°2.

LENCOU (D.) et MENJUCQ (M.), « Les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes », *Recueil D.*, 2009, p. 886.

LENOIR (N.), « Le droit de la concurrence confrontée [sic] à l'économie du Big Data », *AJ contrats d'affaires – concurrence – distribution*, 2016, p. 66.

LEQUETTE (S.) :

- « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », *Revue de droit d'Assas*, février 2013, p. 66.
- « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, p. 1148.

LESGUILLONS (H.), « La solitude pondérée de l'arbitre face au droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, mai 2003, n°149, p. 17.

LÉVÊQUE (F.) :

- « Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis : Lequel est le plus sévère ? », *Concurrences*, 2005, n°2, p. 20.
- « L'analyse statistique du contrôle européen des concentrations », *Concurrences*, 2005, n°4, p. 20.
- « L'efficacité multiforme des programmes de clémence », *Concurrences*, 2006, n°4, p. 31.
- « Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations ? », *Concurrences*, 2006, n°1, p. 27.

LIANG (D.), « China : Merger control 2019 », *ICLG*.

LIEBSCHER (C.), « L'arbitrage dans les procédures de contrôle des concentrations : des perspectives », *Gaz. Pal.*, mai 2003, n°149, p. 24.

LYONS (B. R.), « Could politicians be more right than economists? A theory of merger standards », *UEA Norwich, Centre for Competition and Regulation*, mai 2002, revised CCR Working paper CCR 02-1.

LOISEAU (G.), « Typologie des choses hors commerce », *RTD civ.*, 2000, p. 47.

LOY (M.), « Les fusions transfrontalières : entre présent et avenir », *JCP E*, 2 Août 2007, n°31.

LÜBKING (J.), « Acquisitions de participations minoritaires : une lacune des règles européennes sur les concentrations ? », *Revue Lamy de la concurrence*, juillet-septembre 2012, p. 8.

LUBY-GAUCHER (M.) :

- « Le droit communautaire des sociétés : au carrefour des normes », *LPA*, 6 octobre 2004, n°200, p. 36.
- « Impromptu sur la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux », *Dr. soc.*, juin 2006, n°6, étude 11.

MACELHONE (I.) et LAGIER (Q.), « Mise en œuvre de la directive sur les fusions transfrontalières en Europe », *Actualité des M&A*, 14 novembre 2008.

MAIER-RIGAUD (F.) et PARPLIES (K.), « EU Merger Control Five Years After The Introduction Of The SIEC Test : What Explains the Drop in Enforcement Activity ? », *ECLR*, 11-2009, p. 565.

MALAURIE-VIGNAL (M.) :

- « Pratiques anticoncurrentielles - Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? Différence d'analyse entre droit et économie ou « un consommateur pris à partie par le droit de la concurrence » », *CCC*, juillet 2007, n°7, étude 10.
- « Engagements en droit de la concurrence, droit souple ou droit autoritaire », *CCC*, janvier 2011, n°1, repère 1.
- « Droit, économie et politique de concurrence. Réflexions à partir de la notion de bien-être du consommateur », *JCP E*, 12 avril 2018, n°15-16, 1187.

MARCHAL (A.) :

- « De quelques faux dogmes en matière d'organisation européenne », *Revue économique*, no. 11-5, 1960, p. 673.
- « Progrès technique et concurrence dans la Communauté Économique Européenne », *Revue économique*, 1961, no. 12-6, p. 849.

MARTIN (D.), « Etude comparative des différentes modalités de rapprochements transfrontaliers », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, n°6, p. 45.

MARTIN (G. J.), « Le risque, concept méconnu du droit économique », *RIDE*, 1990, n°2, p. 173.

MARTY (F.) :

- & MEZAGUER (M.), « Quelles garanties pour la procédure d'engagements en droit de la concurrence de l'Union européenne ? », *RIDE*, 2016, 1, p. 55.
- & REIS (P.), « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs économiques par l'abus de dépendance économique », *RIDE*, 2013, 4, p. 579.

MASTRULLO (T.) :

- « La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets », *Europe*, août 2009, n°8, étude 8.
- « Les scissions transfrontalières », *Joly*, 2018, n°7-8, p. 456.

MAZEAUD (D.), « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.*, 2018, p. 912.

MCCAHERY (J. A.), SAUTNER (Z.) et STARKS (L.), « Behind the Scenes: The Corporate Governance Preferences of Institutional Investors », *Journal of Finance*, juin 2015.

MCNULTY (P.), « Economic Theory and the Meaning of Competition », *The Quarterly Journal of Economics*, 1968, p. 639.

MEKKI (M.) :

- « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup. » *Recueil D.*, 2016, p. 608.
- « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *Rev. soc.*, 2016, p. 711.
- « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, octobre 2017, p. 11.
- « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *Recueil D.*, 2018, p. 900.

MENJUCQ (M.) :

- « Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux », *RLDA*, mai 2006, n°5, p. 10.
- « Les fusions transfrontalières », *RLDA*, avril 2009, n°37, p. 74.
- « Les opérations transfrontalières de rapprochement et de mobilité à l'épreuve de la diversité des droits nationaux », *Cah. dr. entr.*, novembre-décembre 2011, p. 23.

- (dir.), « Proposition modificative de la directive (UE) n°2017/1132 : le droit des sociétés européen à l'heure de la mobilité transfrontalière et du numérique », *Bull. Joly*, 1^{er} juillet 2018, p. 449.
- « Les scissions transfrontalières », *Rev. soc.*, 2019, p. 17.

MOLFESSIS (N.), « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP G*, 2017, p. 1045.

MOLINIER-DUBOST (M.), « La liberté d'entreprendre - Brèves réflexions sur une "nébuleuse" juridique », *Revue juridique de l'entreprise publique*, janvier 2004, chron. 100001.

MONGOUACHON (C.), « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences* n°4/2011, p. 70.

MONTALEMBERT (P.) (de), « Spécificités du régime du contrôle des concentrations appliqué aux opérations de capital-investissement », *JCP E*, octobre 2004, n°42, p. 1509.

MONTET (C.), « Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ? » *Revue Lamy droit des affaires*, 2000, Chronique, n°23.

MORRIS (B.), « La régulation de la concurrence au Royaume-Uni. De la flexibilité administrative à la juridification », *Revue Française d'Administration Publique*, 2005, 2005/2, n°114, p. 309.

MORTIER (R.) :

- « La réalisation du coup d'accordéon », *JCP E*, mai 2011, n°19, 1365
- « Sociétés et loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance réformant le droit des contrats », *Dr. soc.*, juillet 2018, n°7, étude 9.

MOTTA (M.) & VASCONCELOS (H.), « Efficiency gains and myopic antitrust authority in a dynamic merger game », *International Journal of Industrial Organization*, décembre 2005, vol. 23, n°9-10, p. 777.

MOUGEOT (M.) et NAEGELEN (F.), « La concurrence pour le marché », *Revue d'économie politique*, 2005/6, vol. 115, p. 739.

MOURY (J.), « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *Rec. D.*, 2012, p. 1021.

MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481.

MOUZON (A.), « Le respect des engagements : un point de vue de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 24.

MURIS (T. J.), « How history Informs Practice – Understanding the Development of Modern U.S. Competition Policy. Prepared Remarks of Timothy J. Muris Chairman Federal Commission Before American Bar Association. Antitrust Section Fall Forum. », 19 novembre 2003, 58 p., disponible à l'adresse suivante : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/how-history-informs-practice-understanding-development-modern-u.s.competition-policy/murisfallaba.pdf.

NELSON (R. R.), « Review : Goldschmid, Mann, and Weston's Industrial Concentration : The new Learning », *The Bell Journal of Economics*, automne 1976, vol. 7, no.2, p. 729.

NEVEN (D. J.) :

- & RÖLLER (L.-H.), « Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control. Discussion Paper », *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung*, octobre 2000, n° FS IV 00-15.
- « Competition economics and antitrust in Europe », *Economic Policy*, octobre 2006, vol. 21, n°48, p. 742.

NICINSKI (S.), « Culture et concurrence selon le juge administratif », *RFDA* 2014, p. 836.

ODINET (G.), « Le Conseil d'État, juge des concentrations », *Revue Lamy de la concurrence*, février 2016, n°47, p. 21.

OPETTIT (B.), « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241.

OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509.

PAILLUSSEAU (J.) :

- « La cession de contrôle », *JCP E*, 14 novembre 1985, n°46, p. 14587.
- « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *RIDE*, 1990, n°3, p. 289.

PAISANT (G.), « L'importance de l'indemnité d'immobilisation convenue transforme la promesse unilatérale de vente en promesse synallagmatique », *Rec. D.*, 1993, p. 234.

PELTZMAN (S.), « The gains and Losses From Industrial Concentration », *The Journal of Law and Economics*, 1977, vol. 20, no. 2, p. 229.

PÉROCHON (F.), « Le financement de la restructuration : morceaux choisis », *Joly*, septembre 2017, n°5, p. 360.

PERROT (A.) :

- « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, 2002, n°4, p. 81.
- « L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste », *AJ contrats d'affaires – concurrence – distribution*, 2016, p. 74.

PFISTER (E.), « Les participations minoritaires : quel effet sur l'analyse de concurrence ? », *Concurrences*, 27 mars 2013.

PIROVANO (A.) :

- « Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence) », *Recueil D. Sirey*, 1980, chron. XXII, p. 145.
- « Droit de la concurrence et progrès social », *Recueil D.*, 2002, n°1, 03 janvier 2002, p.62.

PITOFISKY (R.), « The political content of antitrust », *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, vol. 127, p. 1051.

PLANTIN (S.), « Méthodes simplifiées pour réduire les structures juridiques d'un groupe », *JCP E*, 8 janvier 1998, n°1, p. 21.

POILLOT-PERUZZETO (S.) :

- « L'an 2000 et les mots de la concurrence », *CCC*, n°2, février 2000, 100001.
- « Contrôle des concentrations entre entreprises », *CCC*, octobre 2004, n°10, comm. 143.

POSNER (E. A.), SCOTT MORTON (F.) et WEYL (E. G.), « A Proposal to Limit the Anti-Competitive Power of Institutional Investors », *Antitrust Law Journal*, 2017.

POSNER (R.), « The Law and Economics Movement », *The American Economic Review*, 1987, vol. 77, no. 22, p. 1.

PRIEUR (J.), « Les PME et le capital-risque », octobre 1998, n°10, p. 1033 ; J.-F. Prat, « L'importation des pratiques étrangères », *LPA*, 27 novembre 2003, p. 33.

PRIETO (C.) :

- « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *Rec. D.*, 2006. p. 1603.
- « L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », *JCP G*, 21 mars 2007, n°12, doct. 132.
- « Liberté d'établissement et de prestation de services », *RTD. eur.*, 2007, p. 75.

RAMEAU (M-C.) et TRIFOUNOITCH (Y.), « Contrôle des concentrations – L'appréhension des participations minoritaires par la Commission européenne : Des solutions classiques aux thèses d'avant-garde », *Concurrences*, 2018, n°2, p. 50.

RASSAFI-GUIBAL (H.), « De quelques aspects des usages des instruments de soft law comme vecteurs de normativité économique », *Revue de l'Union européenne*, 2014, p. 85.

REY (P.) et TIROLE (J.), « Keep Politics Out of Europe's Competition Decisions », *Project Syndicate*, mars 2019.

REYGROBELLET (A.), « Les délégations de l'assemblée générale dans les opérations de restructuration », *Rev. soc.*, 2019, p. 609.

RIEM (F.) :

- « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, Avril 2008, 2008/1, p. 67.
- « Le contentieux de la concurrence », in Dossier « L'utilisation de la CEDH dans la pratique des affaires », *Droit & Patrimoine*, Juillet – Août 2010, n°194, p. 85.

ROLLAND (B.), « Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine », *JCP E*, 9 mars 2000, n°10, p. 406.

ROCK (E. B.) et RUBINFELD (D.) :

- « Antitrust for Institutional Investors », *New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series*, 2017, Working Paper n°17-23.
- « Antitrust for Institutional Investors in Corporate Governance. Hearing on Common Ownership by institutional investors and its impact on competition », publications de l'OCDE, 28 novembre 2017, DAF/COMP/WD(2017)94.

RODA (J.-C.), « Le contrat, instrument de sécurisation d'une opération de concentration », *RTD. Com.*, 2013, p. 439.

RONZANO (A.), « INFOS PJJ DDADUE : La Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale supprime le mécanisme de contrôle ex ante des killer acquisitions des entreprises structurantes et complexifie un peu plus la nouvelle procédure simplifiée devant l'Autorité », *L'actu-concurrence, Hebdo*, 5 octobre 2020, n°36/2020.

ROULET (J.-P.), « Du gouvernement d'entreprise de sociétés cotées à la gouvernance de groupe », *Cah. dr. entr.*, mars-avril 2016, n°2, p. 46.

ROUSSILLE (M.), « Adoption du premier petit code européen des sociétés », *JCP E*, 27 juillet 2017, n°30-34, p. 9.

RUEFF (J.), « Introduction : Une mutation dans les structures politiques : le marché institutionnel des communautés européennes », *Revue d'économie politique*, 9-10 février 1958, p. 1.

SAINTOURENS (B.) :

- « Directive relative à certains aspects du droit des sociétés », *Joly*, juillet 2017, n°116r6, p. 435.
- « Les aspects de droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *Joly*, juin 2018, n°6, p. 373.
- « Les incidences sur les cessions de droits sociaux de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *Defrénois*, octobre 2018, p. 24.

SALOP (S. C.), « Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard », *Loyola Consumer Law Review*, 2010, vol. 22, no. 3, p. 336.

SCHALLENBERG (K.), « Commission européenne : nouvelles lignes directrices mais peu de surprises », *LPA*, 17 juin 2011, n°120, p. 4.

SCHREPEL (T.), « Stratégie concurrentielle : opérations de concentration, engagements et principes de proportionnalité (1/2) », *Le concurrentialiste. Journal of antitrust law*, 4 octobre 2012.

SEGAIN (H.), « Fusions transfrontalières : va-t-on vers plus de confiance ? », *Journal des sociétés*, 2008, n°58, p. 38.

SIBONY (A.-L.), « Caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations confidentielles périodiques sur un marché oligopolistique », *JCP G*, décembre 2006, II 10204.

SILVA (de) (I.) :

- « 3 questions - Réalisation anticipée d'opérations de concentration notifiées à l'Autorité de la concurrence », *JCP E*, 17 novembre 2016, n°46, 908.
- « Actualité 2016 du droit européen et français de la concurrence », *CCC*, juillet 2017, n° 7, dossier 2.
- « *Gun jumping* : Quelles sont les pratiques à éviter ? Réflexions sur la mise en œuvre anticipée des opérations de concentration », *Concurrences*, 2018, n°3, p. 55.

SHEPHERD (W. G.), « Entry Barriers, Contestability, and Predatory Pricing », *Revue d'Économie Industrielle*, 4^{ème} trimestre 1988, n°46, p. 1.

SIDAK (J. G.) et TEECE (D. J.) « Rewriting the horizontal merger guidelines in the name of dynamic competition », *George Mason Law Review*, 2009, vol. 16, n°4, p. 885.

SOUTY (F.), « La nouvelle Federal Trade Commission républicaine et le secteur des assurances de santé », *CCC*, juin 2018, n°6, alerte 27.

SPECTOR (D.), « Quelques éléments d'analyse économique sur les remèdes », *Concurrences*, 2011, n°3, p. 10.

STEENBERGEN (J.), « Quelques réflexions au sujet du contrôle des concentrations multi-juridictionnelles », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 21.

STIGLER (J. G.) :

- « A Theory of oligopoly », *The Journal of Political Economy*, février 1964, vol. 72, n° 1, p. 44.
- « The economic effects of the antitrust laws », *The Journal of Law and Economics*, 1966, vol. 9, p. 225.

STONE (J. E.) et WRIGHT (J. D.), « The Sound of One Hand Clapping : the 2010 Merger Guidelines and the Challenge of Judicial Adoption », *Review of industrial organization*, 2011, vol. 39, n°1/2, p. 145.

SULLIVAN (E. T.), « Antitrust Remedies in the U.S. and E.U. : Advancing a Standard of Proportionality », *Tilburg University Journal*, 48 *Antitrust Bull.* 377, 2003.

SURET-BENSUSSAN (V.), « La libre concurrence imposée aux monopoles publics nationaux risque-t-elle d'entraîner des atteintes au service public ? », *CCC*, Juillet 2001, n°7, chron. 12.

TADROS (A.), « Les nouveautés de la loi PACTE en matière d'opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif », *Rec. D.*, 2019, p. 1894.

TESTU (F.-X.), « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *Recueil D.*, 1998, p. 345.

THE ANTITRUST SOURCE, « Interview with Thomas Barnett, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice », *The Antitrust Source*, mai 2005, p. 1.

THIBIERGE (C.), « Droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

TUNC (A.), « Sortir du néolithique », *Rec. D.*, 1957, p. 71.

USUNIER (L.), « Droit uniforme, cuvée 2019 : la quantité et la qualité ? », *RTD civ.*, 2019, p. 820.

VAMPARYS (X.), « Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *Joly sociétés*, juillet 2005, n°7, p. 820.

VANDAMME (J.) et SIMONS (E.), « Le contrôle des concentrations dans la Communauté européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1990, 1998/28, n°1293, p. 1.

VERGÉ (T.), « Point de vue de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2011, n°3, p. 1.

VERLOREN VAN THEMAAT (P.), « L'économie à travers le prisme du juriste », *RIDE*, 1989, n°2, p. 134.

VIALA (F.), « La notion d'entreprise commune de plein exercice : Analyse comparative des pratiques décisionnelles de l'Union et française », *Concurrences*, 2016, n°2, p. 81.

VIANDIER (A.), « Les opérations financières au sein des groupes de sociétés », *JCP E*, mars 1985, n°13, 14447.

VOGEL (L.), « Le nouveau droit européen de la concentration », *JCP E*, 22 novembre 1990, n°47, 15914.

WARLOUZET (L.), « Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire – La naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960 », *Histoire Économie & Société*, 2008/1, p. 47.

WEINSTEIN (O.), « Les théories de la firme », *Idées économiques et sociales*, 2012, n°170, p. 6.

WERDEN (G. J.), « The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of Hypothetical Monopolist Paradigm », 4 juin 2002, disponible à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11256.pdf>.

WILHELM (P.) :

- & VEVER (F.), « La notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition », *CCC*, novembre 2007, n°11, étude 13.
- « Le respect des engagements : Le point de vue des entreprises dans le contrôle des concentrations », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 21.

WILLIAMSON (O. E.) :

- « Economies as an Antitrust Defense : The Welfare Tradeoffs », *The American Economic Review*, 1968, vol. 58, no. 1, p. 18.
- « Economies as an antitrust defense revisited », *University of Pennsylvania Law Review* (précédemment *American Law Register*), avril 1977, vol. 125, n°4.

WINERMAN (M.), « The origins of the FTC: concentration, cooperation, control and competition », *Antitrust Law Journal*, 2003, vol. 71, p. 1

WOLLMANN (T. G.), « Stealth Consolidation : Evidence an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act », *Chicago Booth Working Paper*, 2018, p. 77.

ZIVY (F.), « Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe », *Concurrences, Tendances*, 2014, n°1, p. 12.

VI. Notes de jurisprudence, observations, chroniques et commentaires

ABDUL-WAHAB (V. E.), « The UK Competition Commission's decision ordering partial divestment of an airlines minority shareholding in its director competitor (Ryanair) », *e-Competitions*, mars 2014, n°66173.

ARHEL (P.) :

- « Activité des juridictions communautaires dans le domaine de la concurrence (troisième trimestre 2001) », *LPA*, 24 octobre 2001, n°212, p. 4.
- Chron. sous Trib. UE, 11 décembre 2013, *Cisco Systems, Inc. et Messagenet SpA c/ Commission et Microsoft*, aff. T-79/12, non publiée au *Rec.*, *LPA*, 15 juillet 2014, n°140, p.3

ASCENSI (L.), BARBIER (G.), GUÉHO (G.), LAURENT (B.) et PICHON (E.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *Recueil D.*, 2017, p. 245.

AUBRON (G.) et THÉOPHILE (D.), « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence », *AJ contrats d'affaires*, 2014, p. 212.

AVOUT (d') (L.) :

- « Droit du commerce international. août 2011-juillet 2012. A- Mobilité des sociétés », *Recueil D.*, 2012, p. 2331.
- & BOLLÉE (S.), « Droit du commerce international », *Recueil D.*, 2016, p. 2025.

AYNÈS (L.), « Dans une promesse de vente, l'obligation du promettant est une obligation de faire », *Rec. D.*, 1995, p. 87.

BALLARINO (T.), « La mort annoncée de la réglementation allemande des fusions internationales », *RTD eur.*, 2006, p. 717.

BARBIER (H.) :

- « D'une personne morale à l'autre : transmission des dettes *via* l'entreprise sous-jacente », *RTD civ.*, 2015, p. 388.
- « Responsabilité pénale ou garantie autonome, des obligations échappant à la transmission universelle de patrimoine », *RTD civ.*, 2017, p. 399.

BARILLON (C.), « Le contrôle des investissements étrangers depuis la loi Pacte », *Gaz. Pal.*, septembre 2019, n°32, p. 82.

BARSAN (I. M.), « Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt Polbud ? », *Dr. soc.*, mars 2018, n°3, étude 4.

BAUDELIN (A.) :

- & SORINAS (S.), « La Commission européenne autorise, sous réserve d'engagements, la prise de contrôle exclusif d'une société spécialisée dans les produits de santé animale », *Concurrences*, 2017, n°2, p. 105.
- & LOUVET (M.) & SORINAS (S.), « L'Autorité de la concurrence annonce une réforme du droit des concentrations », *Concurrences*, 2018, n°3, p. 138.
- & LOUVET (M.) & SORINAS (S.), « Le ministre de l'Économie utilise pour la première fois son pouvoir d'vocation en matière de concentration sous réserve d'un engagement de maintenir l'emploi », *Concurrences*, 2018, n°3, p. 145.

BAZEX (M.) :

- & THIRY (B.), « Interdiction faite à Coca-Cola de racheter Orangina », *AJDA*, 1999, p. 611.
- « Le contrôle du juge administratif sur les opérations de concentration dans le secteur de l'audiovisuel », *Droit administratif*, avril 2013, n°4, comm. 27.

BELLIS (J.-F.), « La Commission européenne inflige une amende à une entreprise détentrice d'un réseau social en raison du caractère inexact ou dénaturé des renseignements fournis par cette dernière dans le cadre de l'examen de son acquisition d'un service de communications grand public », *Concurrences*, 2017, n°2, p. 108.

BERLIN (D.) :

- & CALVET (H.), « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD eur.*, 1996, p. 333.
- & CALVET (H.) & COULON (E.), « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD eur.*, 1996, p. 535.
- « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD. eur.*, 2000, p. 139.
- « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD eur.*, 2005, p. 893.
- « Cartesio bis : transfert du siège et liberté d'établissement », *JCP E*, 20 novembre 2017, n°47, 1232.

BERNHEIM-DESVAUX (S.) :

- « De nouvelles règles contractuelles en matière de conformité seront applicables à compter du 1er janvier 2022 ! », *CCC*, juillet 2019, n°7, comm. 130.
- « Nouvelle donne pour les consommateurs : la directive omnibus est publiée ! », *CCC*, février 2020, n°2, comm. 33.

BERROD (F.), « Chronique Marché intérieur - Le marché intérieur : un marché d'optimisation juridique ? », *RTD Eur.*, 2018, 693.

BILLARD (O.) :

- & FABRE (G.), Chron. sous Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, *Concurrences*, 2015, n°2, p. 126.
- & FABRE (G.), Chron. sous CJUE, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt GmbH & Co OG c/ Bundeskartellamt*, aff. C-248/16, *Concurrences*, 2017, n°4, p. 127.
- & CHEVALIER (Y.), « L'Autorité de la concurrence autorise, sous réserve d'engagements, un rapprochement dans le secteur des cliniques privées en prenant en compte les spécificités du secteur de la santé dans son analyse concurrentielle », *Concurrences*, 2017, n°4, p. 130.
- & FABRE (G.), Chron. sous Commission, 6 septembre 2018, *Apple/Shazam*, aff. M.8788, *Concurrences*, 2018, n°2, p. 115.

BLAISE (J.-B.) :

- & IDOT (L.), « Chronique de droit communautaire de la concurrence. Articles 81 et 82 CE. 1^{er} juillet 2006 - 31 décembre 2007 », *RTD eur.*, 2008, p.313.
- & IDOT (L.), « Chronique de droit communautaire de la concurrence », *RTD Eur.*, 2008, p. 313.
- & IDOT (L.), « Droit européen de la concurrence », *RTD Eur.*, 2010, p. 647.
- Chron. sous CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV et autres c/ Commission* (« Akzo Nobel »), aff. C-97/08 P, *Rec. 2009*, I, p. 8237, *RTD eur.* 2010, 647.

BOLZE (C.), « Règles de concurrence. Droit des Ententes, Accords horizontaux, Consortium et accord de *joint venture*. Secteur de la télévision », *RTD com.*, 1992, p. 957.

BONNEAU (M.-F.), « Arrêt des poursuites et fusion-absorption : les créanciers doivent être protégés contre une éventuelle opération frauduleuse », *Actualités Lexis*, 22 octobre 2020.

BONNEVILLE (P.), BROUSSY (E.), CASSAGNABÈRE (H.) et GÄNSER (C.), « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA*, 2018, p. 329.

BORGA (N.), « Absence de transmission d'une garantie autonome en cas de scission », *AJ contrat*, 2017, p. 190.

BOSCO (D.) :

- « Le Tribunal de Première Instance précise la position communautaire sur la règle de raison et la théorie des restrictions accessoires en matières d'entente prohibées », *Revue générale du droit*, 2001, n°1.
- « Abus de position dominante de Microsoft : le Tribunal de première instance confirme... et Microsoft se soumet ! », *CCC*, novembre 2007, n°11, comm. 279.
- « Vente liée : faveur à la pré-installation d'un logiciel », *CCC*, août 2008, n°8-9, comm. 210.

- « Cabinets d'audit : le Conseil d'État s'aligne sur la jurisprudence Airtours », CCC, octobre 2009, n°10, comm. 249.
- « Porte ouverte à un droit de la concurrence négocié ! », CCC, octobre 2010, n°10, comm. 234.
- « Droit des concentrations », CCC, juillet 2011, chron. 2.
- « Réduction de 39 millions de l'astreinte infligée à Microsoft », CCC, octobre 2012, n°10, comm. 234.
- « Droit des concentrations », CCC, 2014, n°2, chron. 1.
- « Droit des concentrations », CCC, août 2017, n°8-9, chron. 4.
- & PRIETO (C.) :
 - o « Article L. 461-3 du Code de commerce - Chronique de droit des concentrations (novembre 2017 –avril 2018) », CCC, juillet 2018, n° 7, chron. 4.
 - o « Chronique de droit des concentrations », CCC, août 2019, n°8-9, chron. 4.
- « La “faute politique” serait de politiser le contrôle des concentrations », CCC, mai 2019, n°5, repère 5.
- « Nouvelle sanction pour fourniture de renseignements inexacts lors de la notification d'une opération de concentration », CCC, mars 2020, n°3, comm. 48.
- « Continental Can, c'est fini », CCC, mars 2020, n°3, comm. 51.
- « La Cour de justice précise le régime des accords de règlement amiable et la notion de restriction par l'objet dans un arrêt important », CCC, avril 2020, comm. 71.

BRETONNEAU (A.) et DOMINO (X.), « Concentrations : affaires Canal Plus, décodage », *AJDA*, 2013, p. 215.

BRUNET (F.) :

- « Chronique de droit communautaire de la concurrence : le contrôle des opérations de concentrations », *Revue de droit des affaires internationales*, n°1-1995, p. 107.

BUHART (J.) et LESUR (L.), « Participations minoritaires et droit de la concurrence : Une réforme européenne nécessaire ? », *Concurrences*, n°4-2013, p. 57.

BUSH (D.) et FLYNN (J. J.), « The Misuse and Abuse of the Tunney Act: The Adverse Consequences of the "Microsoft Fallacies" », *Loyola University Chicago Law Journal*, 2003, vol. 34, n° 4, art. 2, p. 749.

CALAIS-AULOY (J.), Chron. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 novembre 1980, *Thibault c/Aucanne MBM*, n°79-13895, *Rev. soc.*, 1984, p. 542

CASTETS-RENARD (C.) :

- « La décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1er août 2006 : une décision majeure », *Recueil D.* 2006, p. 2157.
- « Droit international et européen. Biens, services, propriété intellectuelle », *JCP G*, janvier 2008, n°5, doct. 112.

CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.), Chronique sous Cass., com., 16 février 1988, n°86-19645, *Bull. civ. IV*, 1988, n°69, p. 48, *JCP E*, 1988, I, p. 15177.

CHACORNAC (J.), « La protection des créanciers de la société absorbée à l'issue d'une fusion internationale », *Recueil D.*, 2016, p. 1404.

CHAGNY (M.), « Promettre et ne pas respecter l'ensemble des engagements conditionnant une autorisation ne vaut ! », *Communication Commerce électronique*, décembre 2011, n°12, comm. 113.

CHAIHLOUDJ (W.), « Le droit des concentrations doit-il s'appliquer au contrat de location ? Étude cursive à partir de l'affaire *Air Berlin/Lufthansa* », *AJ contrat*, 2017, p. 211.

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.) :

- Chron. sous CA Paris, 6 juillet 2004, *Sté Civile Consultants Associés c/ Sté Harrison et Wolf*, *RTD com.*, 2004, p. 744.
- Chron. sous Cass., com., 23 juin 2004, *Gamba c/ Bonnard*, n° 01-10106, *RTD com.* 2004, p. 740.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « De quelques usages récents de la liberté d'entreprendre », *Revue de droit du travail*, 2018, p. 666.

CHARBIT (N.), JEANNENEY (P.-A.) et RICHER (L.), « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2005, p. 2377.

CHALTIEL (F.), BERR (C. J.), FRANCO (S.) et PRIETO (C.), « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *Journal du droit international*, avril 2008, chron. 4.

CHONÉ-GRIMALDI (A.-S.), « Les maux de la traduction : nouvelles illustrations avec la directive ECN + », *D.*, 2019, p. 544.

CLAUDEL (E.) :

- « Le droit des concentrations dans le cadre européen : le rapport Zivy », *RTD com.*, 2015, p. 83.
- « Quelles nouveautés procédurales à la suite de la directive ECN+ ? - . - Le droit français à repenser à la suite de l'invalidation partielle de la loi Pacte », *CCC*, 7 juillet 2019, dossier 9.

COLLIN (P.) et GUYOMAR (M.), « Conditions d'application du principe de la personnalité des peines aux sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers », *AJDA*, 2000, p. 997.

CONAC (P.-H.), « La CJUE reconnaît le transfert international de siège et ouvre la voie à une directive », *Recueil D.*, 2012, p. 3009.

COURET (A.), « La transmissibilité à l'absorbante de l'amende prononcée après la fusion », *Bull. Joly*, 2015, n°113;7, p. 200.

CREVEL-SANDER (D.), « Quand une déconcentration rend sans cause les engagements souscrits lors de la concentration », *Revue juridique de l'économie publique*, mars 2013, n°706, étude 6.

DAIGRE (J.-J.), « L'affectio societatis consiste dans la volonté de s'associer, qui ne se confond pas avec les motifs et motivations des parties », *Joly*, juillet 1998, n°7-8, p. 767.

DALMAU (R.), « La société absorbante ne peut toujours pas être poursuivie pour des infractions commises par la société absorbée », *Recueil D.*, 2016, p. 2606.

DAMMANN (R.) :

- « Le principe de la liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 CE s'applique aux fusions transfrontalières intra-communautaires », *JCP E*, 2006, n°29, 2116.
- & MARION (L.) & WYNAENDTS (L.), « La CJUE impose le transfert du siège en Europe avec maintien de la personnalité morale », *Bull. Joly*, octobre 2012, n°10, p. 735.

DANA-DÉMARET (S.), « Licéité du « coup d'accordéon » et libération des souscriptions par compensation avec des obligations convertibles », *Rev. soc.*, 1994, p. 485.

DEBET (A.), « Un fichier non déclaré à la CNIL est une chose hors du commerce », *JCP G*, 9 septembre 2013, n°37, p. 930.

DEBROUX (M.), « Arrêt Microsoft : articulation entre droits de propriété intellectuelle et abus de dominance », *JCP E*, octobre 2007, n°43-44, 2304.

DEBOISSY (F.) et WICKER (G.), « L'absence d'application du principe de personnalité des peines aux personnes morales en cas de transmission universelle du patrimoine », *Droit fiscal*, 21 janvier 2010, n°3, act. 18.

DECOCQ (G.) :

- « Modalités de recours contre une décision du Conseil de la concurrence », *CCC*, mai 2006, n°5, comm. 88.
- « Création et renforcement de la position dominante collective des grandes maisons de disques », *CCC*, octobre 2006, n°10, comm. 190.

- « Le difficile mariage du télépéage et du GPS », *CCC*, août 2009, n°8-9, comm. 225.
- « Porte ouverte à un droit de la concurrence négocié ! », *CCC*, octobre 2010, n°10, comm. 234.
- « L'analyse prospective des effets de la concentration ne doit pas être purement spéculative », *CCC*, mars 2014, n°3, comm. 70.
- « Le non-respect des engagements est une faute civile », *CCC*, août 2016, n°8-9, comm. 195.
- « Le renforcement des pouvoirs du président de l'Autorité de la concurrence est constitutionnel », *CCC*, juin 2018, n°6, comm. 116.
- « La Commission doit examiner les demandes de révision des engagements avec diligences », *CCC*, juillet 2018, n°7, comm. 140.
- « Irrecevabilité des recours formés par des tiers contre des lettres de la Commission interprétant des engagements », *CCC*, janvier 2019, n°1, comm. 12.

DONDERO (B.) :

- « Révocation du dirigeant : quand la loyauté s'en mêle », *Recueil D.*, 2013, p. 2319.
- « Pratiques restrictives de concurrence de l'absorbée, amende civile frappant l'absorbante : conformité à la Constitution », *Joly*, 2 octobre 2016, n°115q3, p. 611.

DUFOURQ (P.), « Présentation des vérifications anticorruption à mener dans le cadre d'opération de fusion-acquisition », *D. actualité*, 29 janvier 2020.

DUPRÉ DE BOULOIS (X.), LABAYLE (H.), MILANO (L.) et SUDRE (F.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2013, p. 576.

ETAÏN (P.), GOURLAOUEN (P.), FOURNIER (E.), LEGER (F.), MPOUKI D., OUDENOT (D.), SAVAGO (A. B.), TEBOUL (J.-P.), « Actualité du registre du commerce et des sociétés (janv. 2014 – avr. 2015) », *Joly*, 1^{er} juin 2015, n°6, p. 308.

FAGES (B.), « L'importance de l'indemnité d'immobilisation n'enlève rien au caractère unilatéral de la promesse », *RTD civ.*, 2011, p. 346.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Première influence de la réforme du droit des contrats », *Rec. D.*, 2017, p. 793.

FOUQUET (O.), « Droit des fusions transfrontalières européennes : le législateur français a mal interprété le droit dérivé et le droit primaire de l'Union », *RTD com.*, 2017, p. 733.

FRISON-ROCHE (M.-A.), GERMAIN (M.), MARIN (J.-C.) et PENICHON (C.), « À propos de l'arrêt du Conseil d'État sections 6 et 4 du 22 novembre 2000, titres et marchés,

autorités et intervenants, sanctions disciplinaires », *Revue de droit bancaire et financier*, 2001, n°1, p. 28.

GAUDEMET (A.), « Promesse unilatérale de contrat : pitié aussi pour le droit des sociétés ! », *Rec. D.*, 2012, p. 130.

GAUDEMET (A.), « Révocation des administrateurs : avancée du principe de contradiction et recul du principe de libre révocation », *Joly*, octobre 2013, n°110n7.

GAUDEMET-TALLON (H.) et JAULT-SESEKE (F.), « Droit international privé », *Recueil D.*, 2017, p. 1011.

GAVALDA (C.), Chron. sous CJCE, 14 juillet 1981, *Gerhard Züchner c/ Bayerische Vereinsbank AG*, aff. 172/80, *Rec.* 1981, p. 2021, *RTD eur.* 1982, p. 740.

GIRGENSON (I.) :

- « La Commission européenne autorise un rapprochement entre deux fabricants de produits chimiques », *Concurrences*, 2016, n°3, p. 110.
- « La Commission européenne autorise un rapprochement entre deux entreprises actives dans le secteur des produits de chauffage », *Concurrences*, 2016, n°3, p. 111.
- & BELLIS (J.-F.) & SORINAS (S.), Chron. ss CJUE, 31 mai 2018, *Ernst & Young P/S contre Konkurrencerådet*, aff. C-633/16, *Concurrences*, 2018, n°3, p. 130.

GOYER (J.), « L'actualité du droit des concentrations : regard sur le contrôle juridictionnel des concentrations en 2007 », *LPA*, juillet 2008, n°133, p. 55.

GRARD (L.), « Un an de droit européen des transports », *RTD eur.*, 2009, p. 137.

GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), « Diverses applications du principe d'impartialité », *AJDA*, 2000, p. 126.

GUYON (Y.), Chron. sous Cass., com., 3 juin 1986, *Roth c/Reynaud*, n°85-12118, *Rev. soc.*, 1986, p. 585.

HALLOUIN (J.-C.), LAMAZEROLLES (E.) et RABREAU (A.) :

- « Sociétés et groupements », *Recueil D.*, 2013, p. 2729.
- « Sociétés et groupements », *Recueil D.*, 2015, p. 2401.

HEINICH (J.) :

- « Effets de la fusion-absorption sur l'action civile », *Dr. soc.*, mai 2017, n°5, comm. 80.
- « Rappel du principe de libre révocabilité des administrateurs face aux stipulations d'un pacte d'actionnaires », *Dr. soc.*, juillet 2017, n°7, comm. 124.

HERMANN (J.), « Immatriculation au RCS d'une société issue d'une fusion transfrontalière », *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 662.

HERVET (R.) et SALON (A.), « Fusion par absorption et transfert de la responsabilité pénale : comment désamorcer le conflit jurisprudentiel naissant ? », *Droit pénal*, avril 2017, n°4, étude 9.

HOUTCIEFF (D.), « La levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant exclut la rencontre de volontés », *AJ contrats*, 2019, p. 94.

IDOT (L.) :

- Chron. sous TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c./ Commission*, aff. T-128/98, *Rec.* 2000, II, p. 3929, *Europe*, février 2001, n°2, comm. 62.
- « Concurrence », *Europe*, novembre 2001, n°11, comm. 330.
- « Concentrations : prise de position de la Cour sur l'interprétation de l'article 21, § 3 du règlement n° 4064/89 », *Europe*, août 2004, n°8-9, comm. 302.
- « Fusions transfrontalières et inscription au registre du commerce », *Europe*, février 2006, n°2, comm. 47.
- « Position dominante collective et marché de la musique enregistrée », *Europe*, octobre 2006, n°10, comm. 287.
- « L'arrêt Microsoft : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ? », *Europe*, décembre 2007, n°12, étude 22.
- « Concentrations et étendue du contrôle juridictionnel », *Europe*, octobre 2008, n°10, comm. 331.
- « Transfert du siège social sans changement de loi applicable », *Europe*, février 2009, n°2, comm. 82.
- « Acceptation des engagements et principe de proportionnalité », *Europe*, octobre 2010, comm. 322.
- « Exécution des obligations et astreinte », *Europe*, août 2012, n°8-9, comm. 333.
- « Infraction unique et continue et échanges d'informations », *Europe*, mai 2013, n°5, comm. 217.
- « Concentrations dans le secteur des nouvelles technologies », *Europe*, février 2014, comm. 85.
- « Le Livre blanc sur l'amélioration du contrôle des concentrations : à tous petit pas... », *Europe*, octobre 2014, n° 10, alerte 33.
- (dir.), *Grands arrêts du droit de la concurrence. Vol. II. Concentrations et aides d'État*, *Concurrences*, Paris, 2016, 228 p.
- « Convention de Rome – Fusions transfrontalières et protection des créanciers », *Europe*, juin 2016, n°6, comm. 222.
- « Concentrations et levée des engagements », *Europe*, juillet 2018, n°7, comm. 277.
- « Dix-huit mois d'application du droit de la concurrence - . - Janvier 2017-Juin 2018 », *Europe*, octobre 2018, n°10, étude 7.
- « Réseau européen de concurrence », *Europe*, mars 2019, n°3, comm. 127.

- & SILVA (de) I., « L'Autorité de la concurrence et la directive ECN+ », *Europe*, mai 2019, n°5, alerte 31.
- « "Pour une politique européenne de concurrence modernisée": d'une déclaration à un accord commun », *Europe*, août 2019, n°8-9, alerte 49.
- « Accords de report d'entrée », *Europe*, mars 2020, n°3, comm. 104.

IDOUX (L.), « L'"affaire" des suites de la fusion entre Canal Plus et TPS devant le Conseil d'État », avril 2013, *Revue juridique de l'économie publique*, n°707, étude 7.

JENNY (F.) et NEVEN (D.) (dir.), « Which competition and industrial polices for the new EU Commission ? », *Concurrences*, 2019, n° 2, p. 22.

LA DROITIÈRE (M.) (de) et SORINAS (S.), « Le Conseil d'État réduit à 3 millions d'euros le montant d'une sanction infligée pour défaut de notification d'une opération de concentration », *Concurrences*, 2016, n°3, p. 116.

LEMAIRE (C.), « Le Conseil Constitutionnel statuant dans le cadre d'une QPC juge que les pouvoirs de sanction de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations ne méconnaissent pas l'exigence d'impartialité et sont de ce fait conformes à la Constitution (Conseil constitutionnel, décision n°2012-280 QPC du 12 octobre 2012 ; CE, 21 décembre 2012, *Groupe Canal Plus*, nos 362347, 363542, 363703) », *Concurrences*, 2013, n°1, p. 174.

LAGELÉE-HEYMANN (M.), « De la constitutionnalité de l'article 1124, alinéa 2, du code civil », *AJ contrats*, 2019, p. 550.

JEANNENEY (P.-A.), NICINSKI (S.) et RICHER (L.), *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, *AJDA*, 2007, p. 1737.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Fusion-absorption et transmission du passif issu d'une dette de nature pénale de la société absorbée à l'absorbante », *Actualité juridique pénal*, 2015, p. 493.

L'ESTANG (M.) (de) et VIALA (F.), « La Commission européenne accepte de lever totalement des engagements de cession avant toute mise en œuvre effective », *CCC*, août 2020, n°8-9, étude 10.

LE NABASQUE (H.), « Personnalité des délits et des peines et fusions », *Bull. Joly*, 2015, n°113s3, p. 393.

LECOURT (A.), « Nullité d'une cession de titres effectuée en violation d'un pacte d'associés : la force obligatoire des statuts restaurée ? », *RTD com.*, 2019, p. 162.

LECOURT (B.), « Les fusions de sociétés et le principe de personnalité de la responsabilité pénale », *Rev. soc.*, 2015, p. 677.

LEMAIRE (C.), « Clémence - Programme du REC : Le Réseau européen de Concurrence publie une version révisée de son programme modèle de clémence

(ECN, Model Leniency Programme as revised in nov. 2012) », *Concurrences*, 2013, n° 1, p. 164.

LIENHARD (A.), « La Cour de cassation réaffirme la validité des réductions de capital à zéro », *Rec. D.*, 2002, p. 2190.

LOY (O.), « L'application en France du droit communautaire de la concurrence », *RTD eur.*, 1980, p. 438.

LUBY-GAUCHER (M.) :

- « Consommateurs. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Consommateur, Notion », *RTD com.*, 1998, p. 736.
- « Liberté d'établissement des sociétés et fusion transfrontalière », *Rec. D.*, 2006, p. 451.

LUCAS (F.-X.) :

- « Conditions d'existence des sociétés dites "créées de fait" entre concubins : la mise au point de la Cour de cassation », *Rev. soc.* 2005, p. 131.
- « Apparence d'une société créée de fait », *Dr. soc.*, novembre 2006, n°11, comm. 159.

MAJORAS PLATT (D.), « GE-Honeywell : The U.S. decision », 29 novembre 2001, disponible à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/atr/speech/ge-honeywell-us-decision>.

MALAURIE-VIGNAL (M.-L.), « Précisions sur la notion de fusion de fait », *CCC*, décembre 2004, n°12, comm. 174.

MASCALA (C.), « Droit pénal des affaires », *Recueil D.*, 2015, p. 1506.

MAINGUY (D.), « Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ? », *Rec. D.*, 2006, p. 1864.

T. MASSART, « La mise en œuvre d'une clause buy or sell », *Joly sociétés*, mars 2012, p. 198.

MATHEY (N.), « Principe de personnalité des peines et transmission de l'imputabilité en matière de pratiques restrictives », *CCC*, avril 2014, n°4, comm. 91.

MATSOPOULOU (H.), « La non-transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée », *Rev. soc.*, 2017, p. 234.

MASTRULLO (T.), « La consécration du droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne », *JCP E*, septembre 2012, n°38, 1547.

MÉLIN (F.),

- « Déplacement de siège social dans la Communauté européenne », *JCP E*, février 2009, n°8-9, 1208.
- « Compétence dans l'Union : notions de consommateur et de droit réel », *D. actualité*, 8 mars 2019.

MENJUCQ (M.) :

- « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt Centros », *JCP E*, mars 2003, n°12, 448.
- « Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne », *JCP G*, février 2009, n°7, II 10027.
- « Transformation transfrontalière : la CJUE poursuit son action militante pour pallier la carence de la Commission européenne ! », *JCP G*, octobre 2012, n°41, 1089.
- « La Cour de justice libéralise la transformation transfrontalière des sociétés », *JCP E*, janvier 2018, n°3, 1014.

MEURIS (F.), « Prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus », *JCP E*, 13 septembre 2012, n°37, act. 545.

MOULIN (J.-M.) :

- « La délicate délimitation de la TUP dans un apport partiel d'actif », *Rev. soc.*, 2015, p. 724.
- « Fusion et responsabilité délictuelle : quand la fusion vient perturber la ronde des pains », *Rev. soc.*, 2015, p. 579.
- « Fusion de sociétés et sanctions pénales : la transmissibilité à l'absorbante se précise », *Gaz. Pal.*, 28 juillet 2015, n°234ul, p. 17.

MORTIER (R.) :

- « L'indifférence de l'affectio societatis dans une cession de droits sociaux », *Dr. soc.*, novembre 2013, n°11, p. 175.
- « Naissance du devoir de loyauté intragroupe », *JCP E*, 20 juin 2019, n°25, 1296.

NASOM-TISSANDIER (H.) :

- « Notion de groupe de sociétés et cause économique du licenciement : un début de clarification », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2 janvier 2017, n°423.
- « Licenciements collectifs et notion d' "entreprise qui contrôle l'employeur" : un pas en avant et quelques esquives regrettables de la Cour de justice », *Revue de jurisprudence sociale*, décembre 2018.
- « UES et "personnalités juridiquement distinctes" : un assouplissement de la jurisprudence dans les groupes de sociétés », *Revue de droit du travail*, 2019, p. 51.

NOURISSAT (C.), « Investissements étrangers : quelques observations sur le nouveau dispositif d'autorisation des investissements directs », *Deffrénois*, mars 2020, p. 30.

OCELLO (E.) :

- & SJÖDIN (C.) & SUBOČS (A.), « What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case », *Competition merger brief*, 2015, n°1, p. 1.
- & SJÖDIN (C.), « Microsoft/LinkedIn: Big data and conglomerate effects in tech markets », *Competition merger brief*, 2017, n°1, p. 1.

ORSONI (G.), « Légalité du contrôle ministériel des concentrations économiques », *RTD. com.*, 1999, p. 855.

PARLÉANI (G.) :

- « L'arrêt *Cartesio*, ou l'ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés », *Rev. soc.*, 2009, p. 147.
- « Après l'arrêt *Cartesio*, l'arrêt *Vale* apporte de nouvelles précisions sur la mobilité intra-européenne par « transformation » », *Rev. soc.*, 2012, p. 645.
- « Arrêt *Polbud* : nouvelle faveur (temporaire ?) à "l'optimisation" des transferts de sièges sociaux dans l'Union européenne », *Rev. soc.*, 2018, p. 47.

PAULHAC (C.), « "Big data" et contrôle des concentrations européen : le cadre d'analyse proposé par la décision Microsoft/LinkedIn », *CCC*, n°7, juillet 2017, al.44.

PELLIER (J.-D.), « Nullité et prescription », *D. actualité*, 12 février 2019.

PHILIPPE (C.), Chron. sous Cass., 1^{ère} civ., 13 novembre 1980, *Thibault c/Aucanne MBM*, n°79-13895, *Rev. soc.*, 1981, p. 788.

PIRONON (V.), « Nouvelle autorisation de la concentration des bouquets satellitaires CanalSatellite et TPS : oui mais... », *Communication Commerce électronique*, octobre 2012, n°10, comm. 113.

POILLOT-PERUZZETTO (S.) :

- « Autorisation de concentrations sous condition d'engagements imposés aux entreprises », *RTD com.*, 1999, p. 239.
- « Contrôle des opérations de concentrations », *RTD com.*, 2000, p. 1060.
- « Peut-il y avoir autonomie procédurale des États membres et application uniforme du droit matériel de la concurrence dans l'Union européenne ? » *CCC*, janvier 2002, n°1, 14.
- « Condamnation à 10 millions d'euros d'ICI pour rabais de fidélité », *CCC*, 2003, n°3, p. 43.

PRIETO (C.) :

- « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », *Rec. D.*, 2007, p. 2884.
- « Droit des concentrations. Illustration importante d'une approche dynamique dans l'appréciation de l'acquisition de Skype par Microsoft : le Tribunal conforte l'analyse de la Commission », *CCC*, août 2014, chron. 3.
- « Droit des concentrations », *CCC*, août 2015, n°8-9, chron. 5.

PRIEUR (J.), « Les créanciers peuvent invoquer l'apparence d'une société créée de fait entre époux sans avoir à établir l'existence des éléments constitutifs du contrat de société », *Rev. soc.*, 1990, p. 242.

RAVEL D'ESCLAPON (T.), « Société anonyme : révocabilité ad nutum et pacte d'actionnaires », *Joly*, septembre 2017, n°9, p.532.

REBUT (D.), « Transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante : la chambre criminelle fait de la résistance », *Bull. Joly*, février 2017, n°115z9p, p. 137.

REYGROBELLET (A.), « Condamnation par le Conseil des marchés financiers d'une société absorbante pour manquements de la société absorbée », *Recueil D.*, 2001, p. 237.

RODA (J.-C.), « DOJ –FTC – contrôle des concentrations : la Federal Trade Commission amende les règles concernant la notification des concentrations et le Department of Justice décide de bloquer une fusion dans le secteur de la téléphonie mobile (*AT&T Inc. and T-Mobile, Deutsche Telekom*), *Concurrences*, 2011, n°4, p. 188.

RONZANO (A.) :

- « INFOS CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS : Aux termes d'une décision contestable à certains égards, l'Autorité interdit pour la première fois depuis sa création une opération de concentration », *L'actu-concurrence, Hebdo*, 5 octobre 2020, n°36/2020.
- « INFOS : Dans sa première décision de contrôle des regroupements à l'achat post loi Egalim, l'Autorité de la concurrence accepte et rend obligatoires les engagements – modifiés à la marge – visant à réduire le périmètre de l'accord de coopération entre Casino, Auchan, Metro et Schiever », *L'actu-concurrence, Hebdo*, 26 octobre 2020, n°39/2020.

ROUSSILLE (M.) , « Obligation de loyauté lors de la révocation d'un administrateur de SA », *JCP E*, 12 septembre 2013, n°37, 1491.

RYAN (S. A.), « The revised system of case referral under the Merger Regulation: experiences to date », *Competition Policy Newsletter*, n°3, automne 2005, p. 38.

SAINTOURENS (B.), « Révocation abusive d'un administrateur et responsabilité des actionnaires », *Rev. soc.*, 2013, p. 566.

SALOMON (R.), « La responsabilité de la société absorbante peut être engagée pour une infraction commise par la société absorbée », *Dr. soc.*, août 2017, n°8-9, comm. 154.

SCHLUMBERGER (E.) :

- « Droit privé de l'Union – Droit européen des sociétés », *Dr. soc.*, janvier 2017, n°1, chron. 1.
- « Chronique de droit européen des sociétés (juin 2017- mars 2018) », *Dr. soc.*, juin 2017, n°6, chron. 1.
- « Réaffirmation du principe de libre révocabilité des administrateurs », *Rev. soc.*, 2018, p. 107.

SCHMIDT (J.-P.), « Germany : Merger control analysis of minority shareholding – A model for the EU ? », *Concurrences*, n°2-2013, p. 207.

SORINAS (S.), « Le Conseil constitutionnel confirme la constitutionnalité du pouvoir de retrait des autorisations de concentration et valide l'organisation interne de l'Autorité de la concurrence (Conseil constitutionnel, 12.10.12, *décision Canal + n°2012-280 QPC*) », *Concurrences*, 2013, n°1, p. 140

STORCK (M.), « Le contrôle d'un fonds d'investissement est exercé par le gestionnaire et non par les investisseurs », *Joly*, mai 2020, n°3, p. 49.

TAYAR (D.) :

- « Le Tribunal de l'Union européenne confirme la validité de la décision de la Commission autorisant le rachat d'un groupe dans le secteur de l'édition au moyen d'une opération de portage », in L. Idot (dir.), *Grands arrêts du droit de la concurrence. Vol. II. Concentrations et aides d'État*, *Concurrences*, Paris, 2016, 228 p.
- & XUEREF-POVIAC (E.), Chron. sous Commission, 29 mars 2017, *Deutsche Börse/ London Stock Exchange Group*, aff. M.7995, *Concurrences*, 2017, n°4, p. 129.

THOUVENIN (J.-M.), « 13 juillet 2006 : première annulation d'une décision de la commission autorisant une concentration entre Sony et BMG », *Revue de l'Union européenne*, 2006, p. 524.

TISSANDIER (H.), « La société absorbante est pénalement responsable de l'infraction commise par la société absorbée », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2015, n° 6, p. 363.

TRÉBULLE (G.), « Précisions sur l'appréciation des éléments constitutifs du contrat de société », *Dr. soc.* octobre 2004, n°10, comm. 163.

TROIANIELLO (A.), « Réflexions sur le contrôle des concentrations économiques par le juge administratif », *Recueil D.*, 2000, p. 157.

VIGNEAU (D.), « L'existence d'une société créée de fait entre concubins exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société », *Recueil D.* 2004, p. 2969.

VOGEL (J.) et VOGEL (L.), « Sanction civile d'une faute commise lors d'une concentration », *L'Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence*, 2018, n°4, p.7.

WALTZ-TERACOL (B.), « Précisions quant au moment d'appréciation de la violation d'un pacte de préférence en présence d'une promesse unilatérale de vente », *Gaz. Pal.*, octobre 2019, n°3, p. 21.

WILHELM (P.), « Le respect des engagements : Le point de vue des entreprises dans le contrôle des concentrations », *Concurrences*, 2012, n°1, p. 21.

XUEREF-POVIAC (E.), Chron. sous Conclusions de l'Avocat général M. Nils Wahl présentées le 18 janvier 2018 sous l'affaire *Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet*, aff. C-633/16, *Concurrences*, 2018, n°2, p. 114.

VII. Conclusions

Conclusions de l'Avocat Général G. Tesauero présentées le 10 novembre 1993 sous l'affaire *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. 1994, I, p. 43.

Conclusions de l'Avocat Général J. Kokott présentées le 19 février 2009 sous l'affaire *T-Mobile Netherlands BV e.a.*, aff. C-8/08, Rec. 2009, I, p. 4529.

Conclusions de l'Avocat Général P. Mengozzi présentées le 19 septembre 2013 sous l'affaire *Commission c/ Siemens AG Österreich e.a. et Siemens Transmission & Distribution Ltd; Siemens Transmission & Distribution SA et Nuova Magrini Galileo SpA c/ Commission*, aff. C-231/11 P, C-232/11 P et C-233/11 P Rec.

Conclusions de l'Avocat Général M. Wathelet présentées le 26 octobre 2016 sous l'affaire *Euro Park Service c/ Ministre des Finances et des Comptes publics*, aff. C-14/16.

Conclusions de l'Avocat général M. Nils Wahl présentées le 18 janvier 2018 sous l'affaire *Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet*, aff. C-633/16.

VIII. Textes officiels

A. International

Accord entre la Commission des Communautés européenne et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence, 23 septembre 1991.

Accord sur l'espace économique européen, 2 mai 1992, *JOCE* L1, 3 janvier 1994, p. 3.

Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, 1994.

Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, *JOCE* L173, 18 juin 1998, p. 26.

US-EU Merger Working Group, Best practices on cooperation in merger investigations, 14 octobre 2011.

Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, *JOUE* C384, 12 novembre 2019, p. 1

B. États tiers à l'Union européenne

Australie

The Trade Practices Act, 1974.

Chine

Loi Anti-Monopole de la République Populaire de Chine [2007] (« LAM »).

Décret présidentiel n°68 du 30 août 2007.

États-Unis

Interstate Commerce Act, 4 février 1887.

Sherman Anti-trust Act, 2 juillet 1890.

Clayton Anti-trust Act, 15 octobre 1914.

Federal Trade Commission Act, 26 septembre 1914.

Celler Kefauver Act, 29 décembre 1950.

Defense Production Act, 1950, 50 U.S.C. chap. 55.

Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, 30 septembre 1976.

Exon-Florio Amendment, 1988, 50 U.S.C. app 2170.

Mergers Guidelines (1968, 1982, 1984, 1992, 1997, 2010).

Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 2018 H. R. 5515-539.

FTC, 3 avril 2019, Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7a of the Clayton Act, 84 FR 7369.

FTC, 27 février 2020, Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7a of the Clayton Act, 85 FR 4984.

Suisse

Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995, RO 1986 874.

Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels), 6 octobre 1995, RO 1996 546.

Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, Modification du 20 juin 2003, RO 2004 1385.

Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005, RO 2006 2197 1069.

Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007, RO 2008, 5207.

C. Union européenne

Traités

Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) signé le 18 avril 1951 à Paris, entré en vigueur le 23 juillet 1952 et expiré le 23 juillet 2002.

Traité instituant la Communauté Economique Européenne (CEE) signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom) signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

Acte unique européen signé le 17 février 1986 à Luxembourg et le 28 février 1986 à La Haye et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, *JOCE* L169 du 29 juin 1987, p. 1.

Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 à Maastricht et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, *JOCE* C191 du 29 juillet 1992, p. 1.

Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains axes connexes, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, *JOCE* C340, 10 novembre 1997, p. 1.

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé le 29 octobre 2004 (abandonné).

Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, *JOUE* C306, 17 décembre 2007, p. 1.

Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *JOUE* C202, 7 juin 2016, p. 13.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *JOUE* C202, 7 juin 2016, p. 1.

Règlements et propositions de règlements

Règlement n°17 du Conseil : Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *JOCE* 13, 21 février 1962, p. 204.

Proposition de règlement du Conseil portant établissement d'un statut de société anonyme européenne (COM(70) 600 final).

Proposition de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des concentrations, présentée par la Commission au Conseil le 20 juillet 1973, *JOCE* C92, 31 octobre 1973, p. 1.

Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, *JOCE* L266, 9 octobre 1980, p. 1.

Modification de la proposition de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle de la concentration, *JOCE* C36, 12 février 1982, p. 3.

Rectificatif à la modification de la proposition de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle de la concentration (JO n° C 36 du 12. 2. 1982), *JOCE* C83, 2 avril 1982, p. 12.

Proposition modifiée de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle de la concentration, *JOCE* C51, 23 février 1984, p. 8.

Proposition modifiée de règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle de la concentration, *JOCE* C324, 17 décembre 1986, p. 5.

Proposition modifiée d'un règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* C130, 19 mai 1988, p. 4, modifiée le 25 novembre 1988.

Proposition modifiée d'un règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* C22, 28 janvier 1989, p. 14.

Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* L257, 1990, p. 13.

Règlement (CE) n°1103/97 du Conseil du 17 juin 1997 fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro, *JOCE* 19 juin 1997 N°L 162/1, p. 1.

Règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n°4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* L180, 9 juillet 1997, p. 1.

Règlement (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *JOCE* L294, 10 novembre 2001, p. 1.

Proposition de règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 11 décembre 2002, COM(2002) 711 final – 2002/0296(CNS), 2003/C 20/06, *JOCE* C20, 28 janvier 2003, p. 4.

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* L1, 4 janvier 2003, p. 1.

Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, *JOUE* L24, 29 janvier 2004, p. 1.

Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 21 avril 2004, *JOUE* L133, 30 avril 2004, p. 1

Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *JOUE* L177, 4 juillet 2008, p. 6.

Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* L102, 23 avril 2010, p. 1.

Règlement (UE) n°1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *JOUE* L335, 18 décembre 2010, p. 36.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011, COM(2011) 635 final.

Règlement (UE) n°1255/2012 de la Commission du 11 décembre 2012 modifiant le Règlement (CE) n° 1126/2008 (Règlement (CE) n° 1126/2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne la norme comptable internationale IAS 12, les normes internationales d'information financière IFRS 1 et 13 et l'interprétation IFRIC 20 de l'International Financial Reporting Interpretations Committee, *JOUE* L360, 29 décembre 2012, p. 75.

Règlement d'exécution (UE) n° 1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* L336, 14 décembre 2013, p. 1.

Règlement (UE) n°2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *JOUE* L119, 4 mai 2016, p. 1.

CASPARY (D.), WEBER (M.), SAÏFI (T.), WINKLER (I.), CICU (S.), PROUST (F.), QUISTHOUDT-ROWOHL (G.), REDING (V.), SCHWAB (A.) et SZEJNFELD (A.), Proposition d'acte de l'Union du Parlement européen présentée au titre de l'article 46, paragraphe 2, du règlement sur l'examen sélectif des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques, 26 avril 2017, B8-0302/2017.

Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, *JOUE* L791, 21 mars 2019, p. 1.

Directives et Propositions de Directives

Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *JOCE* L65, 14 mars 1968, p. 8.

Avant-projet de neuvième directive du Conseil du 30 juin 1970 prise en application de l'article 54(3)(g) du Traité CEE relative aux liens entre entreprises et en particulier aux groupes de sociétés.

Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *JOCE* L26, 31 janvier 1977, p. 1.

Première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE* L322, 17 décembre 1977, p. 30.

Quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, *JOCE* L222, 14 août 1978, p. 11.

Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, *JOCE*, 20 octobre 1978, p. 36.

Sixième directive 82/891/CEE du Conseil, du 17 décembre 1982, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, *JOCE* L378, 31 décembre 1982, p. 47.

Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, *JOCE* L386, 30 décembre 1989, p. 1.

Onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, *JOCE* L395, 30 décembre 1989, p. 36.

Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, *JOCE* L225, 20 août 1990, p. 1.

Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE* L126, 26 mai 2000, p. 1.

Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE* L294, 10 novembre 2001, p. 22.

Directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, *JOUE* L142, 30 avril 2004, p. 12.

Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE, *JOUE* L390, 31 décembre 2004, p. 38.

Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (dite directive « fusions »), *JOUE* L310, 25 novembre 2005, p. 1.

Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE* L177, 30 juin 2006, p. 1.

Directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, *JOUE* L184, 14 juillet 2007, p. 17.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions du 24 septembre 2008, {SEC(2008) 2486} {SEC(2008) 2487}.

Directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOUE* L122, 15 mai 2009, p. 28.

Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers *JOUE* L258, 1^{er} octobre 2009, p. 11.

Directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions, *JOUE* L259, 2 octobre 2009, p. 14.

Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre *JOUE* L310, 25 novembre 2009, p. 34.

Directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes, *JOUE* L110, 29 avril 2011, p. 1.

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* L304, 22 novembre 2011, p. 64.

Directive 2012/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés (*JOUE* L156, 16 juin 2012, p. 1.

Directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *JOUE* L315, 14 novembre 2012, p. 74.

Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *JOUE* L182, 29 juin 2013, p. 19.

Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, *JOUE* L176, 27 juin 2013, p. 338.

Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, *JOUE* L173, 12 juin 2014, p. 190.

Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *JOUE* L349, 5 décembre 2014, p. 1.

Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, *JOUE* L132, 20 mai 2017, p. 1.

Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *JOUE* L169, 30 juin 2017, p. 46.

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, COM(2018) 239 final.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, 25 avril 2018, COM(2018) 241 final.

Directive (UE) n°2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (directive « ECN+ »), *JOUE* L 11, 14 janvier 2019, p. 3.

Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *JOUE* L136, 22 mai 2019, p. 1.

Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, *JOUE* L136, 22 mai 2019, p. 28.

Directive (UE) n°2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, *JOUE* L186, 11 juillet 2019, p. 80.

Directive (UE) n°2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *JOUE* L321, 12 décembre 2019, p. 1.

Directive (UE) n°2019/2161 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs (directive « omnibus »), *JOUE* L328, 18 décembre 2019, p. 7.

Résolutions du Parlement européen

Résolution législative du Parlement européen du 10 mai 2005 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, P6_TC1-COD(2003)0277, *JOUE* C92E, 20 avril 2006, p. 80.

Résolution du Parlement européen du 13 juin 2017 sur « la conduite des fusions et scissions transfrontalières », 2016/2065(INI), P8_TA-PROV(2017)0248, *JOUE* C331, 18 septembre 2018, p. 25.

Résolution législative du Parlement européen du 18 avril 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, P8_TA-PROV(2019)0429, (COM(2018)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114(COD)).

Communications

Communication de la Commission concernant les opérations de concentration et de coopération au titre du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* C203, 14 août 1990, p. 10.

Communication de la Commission sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l'article 85 du traité CEE, 93/C, *JOCE* C43, 16 février 1993, p. 2.

Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 97/C 372/03, *JOCE* C392, 09 décembre 1997, p. 5.

Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, *JOCE* C188, 4 juillet 2001, p. 5.

Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, 5 mars 2005, 2005/C 56/03, *JOUE* C56, 5 mars 2005, p. 24.

Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, 5 mars 2005, 2005/C 56/02, *JOUE* C 56, 5 mars 2005, p. 2.

Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du Règlement (CE) n°139/2004, 2005/C 56/04, *JOUE* C56, 5 mars 2005, p. 32.

Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du Traité CE, des articles 5, 54 et 57 de l'Accord EEE et du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil, 2005/C 325/07, *JOUE* C35, 22 décembre 2005, p. 7.

Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *JOUE* C 298, 8 décembre 2006, p. 17.

Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du conseil et au Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, 22 octobre 2008, *JOUE* C267, 22 octobre 2008, p. 1.

Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, 2009/C 43/09, *JOUE* C95, 16 avril 2008, telle que rectifiée par Rectificatif, *JOUE* C43, 21 février 2009, p. 10.

Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, telle que modifiée par Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOUE* C95, 16 avril 2008, *JOUE* C43, 21 février 2009, p. 10.

Communication de la Commission au Conseil, Rapport sur le fonctionnement du règlement n°139/2004, 18 juin 2009, COM(2009) 281 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Plan d'action : droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise – un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises, COM(2012) 740 final.

Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE)

n° 139/2004 du Conseil, 2013/C 366/04, *JOUE* C366, 14 décembre 2013, p. 5, telle que rectifiée par Rectificatif, *JOUE* C11, 15 janvier 2014, p. 6.

Communication conjointe de la Commission au Parlement européen au Conseil européen et au Conseil sur les relations Chine-UE – Une vision stratégique, 12 mars 2019, JOIN(2019) 5 final.

Lignes directrices, orientations et guides de bonnes pratiques

Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, *JOCE* C291, 13 octobre 2000, p. 1.

Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2002/C 165/03, *JOUE* C165, 11 juillet 2002.

Best practices on the conduct of EC merger control proceedings, 20 janvier 2004, disponible à l'adresse suivante :

<https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C 31/03, *JOUE* 5 février 2004, n° C 31, p. 5.

Lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOUE* C101, 27 avril 2004, p. 94.

ECN, « Programme modèle du REC en matière de clémence », 29 septembre 2006.

Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2008/C 265/07, *JOUE* C 265, 18 octobre 2008, p. 6.

Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOUE* C45, 24 février 2009, p. 7.

Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, *JOUE* C130, 19 mai 2010, p. 1.

Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *JOUE* C11, 14 janvier 2011, p. 1.

EU Merger Working Group, *Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review*, 8 novembre 2011.

Best Practice Guidelines for divestiture commitments, 5 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante :

https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practice_commitments_trustee_en.pdf.

Standard Model for Divestiture Commitments, 5 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante :

https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/template_commitments_en.pdf.

Standard Trustee Mandate, 5 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante :
https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate_en.pdf.

Best practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation, 2 juin 2015, disponible à l'adresse suivante :
https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/disclosure_information_data_rooms_en.pdf.

Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques, 2018/C 159/01, *JOUE* C159, 7 mai 2018, p. 1.

Livres blancs et verts

Livre vert de la Commission concernant la révision du règlement sur les concentrations, 31 janvier 1996, COM(96) 19 final.

Livre blanc de la Commission, « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE », 9 juillet 2014, COM (2014) 449 final.

Autres

Memorandum de la Commission, « *Concentration of enterprises in the Common Market: Memorandum to the governments of the Member States* », soumis aux États membres le 1^{er} décembre 1965, SEC (65) 3500.

Règlement de procédure de la Cour de justice, *JOUE* L265, 29 septembre 2012, p. 1.

Réponse donnée par M. Almunia au nom de la Commission du 25 juin 2013 à la question avec demande de réponse écrite du 29 avril 2013, n°E-004771/13, *JOUE* C229, 17 avril 2014, p. 90.

Modification du règlement de procédure de la Cour de justice, *JOUE* L173, 26 juin 2013, p. 65.

Règlement de procédure du Tribunal, *JOUE* L105, 23 avril 2015, p. 1.

Statut de la Cour de Justice de l'Union européenne, version consolidée, 1^{er} mai 2019.

D. États membres et Royaume-Uni

Allemagne

Textes adoptés

Loi relative aux pratiques restrictives de concurrence « *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* » (« *GWB* »), 1958.

Actes modificatifs du *GWB* (loi du 5 août 1973 ; 8^{ème} réforme de 2013, etc.).

Bundeskartellamt, *Guidance on Remedies in Merger Control*, mai 2017.

Projet de loi

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (*GWB-Digitalisierungsgesetz*), 24 janvier 2020.

Autriche

Kartellgesetz, dit « *KartG* » (*Cartel Act*), 2005.

Wettbewerbsgesetz (*Competition Act*), 2017.

Belgique

Principales lois

Loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, *Moniteur belge* n°199, 11 octobre 1991, p. 22493.

Loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, *Moniteur belge*, 26 juin 2006, p. 32755.

Loi du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la concurrence, *Moniteur belge*, 26 juin 2006, p. 32746.

Loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre I^{er} du Code de droit économique, *Moniteur belge* n° 125, 26 avril 2013, p. 25216.

Loi portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution, dans le livre IV « Protection de la concurrence » et le livre V « La concurrence et les évolutions de prix » du Code de droit économique, *Moniteur belge* n° 125, 26 avril 2013, p. 25248.

Loi du 2 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'économie, *Moniteur belge*, 24 mai 2019, p. 48542.

Autres

Arrêté royal du 15 septembre 2006 portant coordination de la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique et de la loi du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la concurrence, *Moniteur belge* n°312, 29 septembre 2006, p. 50613.

Règles spécifiques d'une notification simplifiée de concentrations, approuvées par l'assemblée générale du Conseil de la concurrence du 8 juin 2007.

Arrêté royal relatif à l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi du 3 avril 2013 portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution, dans le Livre IV « Protection de la concurrence » et le Livre V « La concurrence et les évolutions de prix » du Code de droit économique, *Moniteur belge* n° 261, 6 septembre 2013, p. 63088.

Arrêté royal du 30 août 2013 relatif à l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi du 3 avril 2013 portant insertion du Livre IV « Protection de la concurrence » et le Livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre IV et au Livre V et des dispositions d'application de la loi propres au Livre IV et au Livre V, dans le Livre Ier du Code de droit économique, *Moniteur belge* n° 261, 6 septembre 2013, p. 63089.

Arrêté royal relatif aux procédures en matière de protection de la concurrence, *Moniteur belge* n° 261, 6 septembre 2013, p. 63084.

Arrêté royal relatif à la notification des concentrations d'entreprises visée à l'article IV.10 du Code de droit économique inséré par les lois du 3 avril 2013, *Moniteur belge* n° 262, 9 septembre 2013, p. 6298.

Espagne

Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE* n° 170, de 18 de julio de 1989, p. 22747.

Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, 3 juillet 2007, *BOE* n°159, 4 juillet 2007, p. 28848.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *BOE* n°82, 4 avril 2009.

Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, *BOE* n°150, 23 juin 2012, p. 44680.

Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, *BOE* n°66, 17 mars 2012, p. 24363.

France

Principales lois

Loi des 2 et 17 mars 1791 (« décret d'Allarde »).

Loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791.

Loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF* du 20 juillet 1977 p. 3833.

Loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence, *JORF* du 31 décembre 1985 p. 15513.

Loi n°86-897 du 1 août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, *JORF* n°178 du 2 août 1986, p. 9529.

Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (dite « loi Léotard »), *JORF* du 1 octobre 1986, p. 11755.

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n°113 du 16 mai 2001 p. 7776.

Loi n°2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002, *JORF* n°302 du 29 décembre 2001, p. 21074.

Loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, *JORF* n°155 du 4 juillet 2008, p. 10705.

Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (« LME »), *JORF* n°0181, 5 août 2008, p. 12471.

Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF* n°110 du 13 mai 2009, p. 7920.

Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite « loi Hamon »), *JORF* n°0065 du 18 mars 2014, p. 5400.

Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron »), *JORF* n°181 du 7 août 2015, p. 13537.

Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 »), *JORF* n°0287 du 10 décembre 2016.

Loi n°2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, *JORF* n°0045 du 22 février 2017.

Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF* n°74 du 28 mars 2017, t. n°1.

Loi n°2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017, *JORF* n°303 du 29 décembre 2017.

Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0093 du 21 avril 2018, t. n°1.

Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (dite « loi Egalim »), *JORF* n°253 du 1^{er} novembre 2018, t. n°1.

Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite « loi PACTE »), *JORF* n°119 du 23 mai 2019, t. n°2.

Principales ordonnances

Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986, p. 14773.

Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, *JORF* n°265 du 14 novembre 2008, p. 17391.

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, t. n°26.

Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, *JORF* n°0064 du 16 mars 2016, t. n°29.

Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n°0059 du 10 mars 2017, t. n°29.

Principaux textes réglementaires

Décret n°77-1189 du 25 octobre 1977 fixant les conditions d'application de la loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, *JORF* du 26 octobre 1977, p. 5223.

Décret n°2008-1116 du 31 octobre 2008 relatif à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières, *JORF* n°256 du 1 novembre 2008, p. 16692.

Décret n°2008-1117 du 31 octobre 2008 relatif à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières (dispositions relevant d'un décret), *JORF* n°0256 du 1 novembre 2008, p. 16693.

Décret n°2009-11 du 5 janvier 2009 relatif aux fusions transfrontalières de sociétés, *JORF* n°0005 du 7 janvier 2009, p. 449.

Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, *JORF* n°59 du 10 mars 2017.

Décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, *JORF* n°278, 1^{er} décembre 2018, t. n°11.

Décret n° 2019-339 du 18 avril 2019 portant simplification du dossier de notification d'une opération de concentration à l'Autorité de la concurrence, *JORF* n°94 du 20 avril 2019, t. n°10.

Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, *JORF* n°1, 1^{er} janvier 2020, t. n°35.

Décret n°2020-892 du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JORF* n°179, 23 juillet 2020, t. n°16.

Arrêté du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JORF* n°179 du 23 juillet 2020, t. n°29.

Autres

Edit du Roi portant suppression des Jurandes & Communautés de Commerce, Arts & Métiers, donné à Versailles au mois de Février 1776, enregistré au Parlement le 12 mars 1776.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

Circulaire ministérielle du 14 février 1978, BOSP du 17 février 1978.

Instruction fiscale n°4 I-1-03, BOI n°118 du 7 juillet 2003.

Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 10 juillet 2013.

Projet de loi portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français adopté en première lecture par le Sénat et transmis à l'Assemblée nationale le 8 novembre 2018, EAEX1823939L, EAEX1823939L.

Projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence sur le contrôle des concentrations, 2019.

Projet de loi n°314 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière et enregistré à la Présidence du Sénat le 12 février 2020.

Amendement n°7 rect. du Sénat présenté par Mesdames Primas et Noël et a. sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 7 juillet 2020.

Projet de loi n°3196 adopté par le Sénat portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juillet 2020.

Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 23 juillet 2020.

Amendement n°CE62 présenté par le Gouvernement sur le projet de loi n°3196 adopté par le Sénat portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 25 septembre 2020.

Amendement n°CE104 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020.

Amendement n°CE105 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020.

Amendement n°CE106 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020.

Amendement n°CE107 présenté par Mme Faure-Muntian, rapporteure, sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 29 septembre 2020.

Irlande

Principales lois

Companies Act, 2002.

Companies Act, 2014.

Autres

Competition and Consumer Protection Commission, « *Notice in respect of the review of non notifiable mergers and acquisitions* », 31 octobre 2014, disponible à l'adresse suivante : <https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/04/CCPC-Mergers-Non-Notifiable-Mergers-1.pdf>?

Guidelines for Merger Analysis Adopted by the Competition and Consumer Protection Commission on 31 October 2014.

Statutory Instruments no388 of 2018.

Italie

Principales lois

Legge 10 ottobre 1990, n.287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, *Gazzetta Ufficiale* del 13 ottobre 1990, n. 240.

Legge 31 luglio 1997, n. 249, Istituzione dell'Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, *Gazzetta Ufficiale* del 31 luglio 1997, n.177 et del 25 agosto 1997, n.197.

Legge 5 marzo 2001, n.57, Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati, *Gazzetta Ufficiale* del 20 marzo 2001, n. 66.

Legge 23 dicembre 2005, n.266, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006), *Gazzetta Ufficiale* del 29 dicembre 2005, n. 302.

Legge 28 dicembre 2005, n. 262, Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, *Gazzetta Ufficiale* del 28 dicembre 2005, n.301.

Legge 4 agosto 2006, n. 248, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, *Gazzetta Ufficiale* del 11 agosto 2006, n.186.

Legge 22 dicembre 2011, n. 214, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, *Gazzetta Ufficiale* del 27 dicembre 2011, n.300.

Legge 24 marzo 2012, n. 27, Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1: Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture, *Gazzetta Ufficiale* del 24 de marzo 2012, n. 71.

Legge 4 agosto 2017, n. 124, Legge annuale per il mercato e la concorrenza, *Gazzetta Ufficiale* del 14 agosto 2017, n.189.

Autres

Decreto-legge 4 luglio 2006, n.223, Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, *Gazzetta Ufficiale* del 4 luglio 2006, n.153.

Decreto Legislativo 29 dicembre 2006, n. 303, Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.), *Gazzetta Ufficiale* del 10 gennaio 2007, n.7.

Decreto Legislativo 27 gennaio 2010, n.11, Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE, *Gazzetta Ufficiale* del 13 febbraio 2010, n.36.

Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, *Gazzetta Ufficiale* del 6 dicembre 2012, n. 284.

Decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, *Gazzetta Ufficiale* del 24 gennaio 2012, n. 19.

Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n.5, *Gazzetta Ufficiale* del 27 gennaio 2017;

Provvedimento n. 28177 relativo alle soglie di fatturato vigente, *Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* n. 12 del 23 marzo 2020.

Luxembourg

Loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Pays-Bas

Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) (loi établissant de nouvelles règles de la concurrence économique, 22 mai 1997).

Portugal

Decreto-lei n.º428/88 de 19 novembro, *Diário da República* n.º301/1988, 2ºSuplemento, Serie I de 1988-11-19.

Lei n.º 2/99 de 13 de Janeiro, Aprova a Lei de Imprensa *Diário da República* n.º10/1999, Série I-A de 1999-01-13.

Lei n.º18/2003 de 11 de Junho, Aprova o regime jurídico da concorrência, *Diário da República* n.º134/2003, Série I-A de 2003-06-11.

Lei n.º 39/2006 de 25 de Agosto, Estabelece o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracção às normas nacionais de concorrência, *Diário da República* n.º164/2006, Série I de 2006-08-25.

Lei n.º 19/2012 de 8 de maio, Aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, *Diário da República* n.º 89/2012, Série I de 2012-05-08.

Royaume-Uni

Principaux actes

Fair Trading Act, 1973.

Unfair Contract Terms Act, 1977.

Sale of Goods Act, 1979.

Enterprise Act, 2002.

Enterprise and Regulatory Reform Act, 2013.

Autres

Competition and Markets Authority, Mergers : Guidances on the CMA's jurisdiction and procedure, janvier 2014

Suède

Swedish Competition Act, 1993.

Swedish Competition Act, 2008.

IX. Rapports, recommandations, statistiques, consultations publiques, programmes de travail, études, annonces et discours

A. International

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorité de la Concurrence, Bundeskartellamt, Competition Bureau, Competition and Markets Authority, Department of Justice, Direction générale pour la concurrence (Commission européenne), Federal Trade Commission, Japan Fair Trade Commission, « Accord sur une vision commune des autorités de concurrence du G7 sur “Concurrence et économie numérique” », 5 juin 2019, disponible à l’adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-12/g7_common_understanding_fr.pdf.

ICN, *Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*, 2002.

OCDE, « *Les objectifs du droit et de la politique de la concurrence* », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2003/1, vol. 5, p. 8.

OCDE, « *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation – Examens de l’OCDE de la réforme de la réglementation – La réforme de la réglementation de l’Allemagne* », OCDE (éd.), 2004.

OCDE, « *Policy roundtables. Dynamic efficiencies in Mergers Analysis. 2007* », *Competition law & Policy OECD*, 15 mai 2008, DAF/COMP(2007)41.

OCDE, « *Antitrust issues involving minority shareholding and interlocking directorates* », 23 juin 2009 (remplaçant la version du 2 décembre 2008), DAF/COMP(2008)30.

OCDE, « *Groupe de travail n°2. Evaluation des activités de mise en œuvre et de promotion du droit de la concurrence : résultats d’une enquête de l’OCDE* », 20 février 2013, DAF/COMP/WP2(2012)7/FINAL.

CNUCED, « *Manuel sur la protection du consommateur* », 2017, UNCTAD/DITC/CPLP/2017/1.

OCDE, « *L’actionnariat institutionnel commun et son impact sur la concurrence* », 5-6 décembre 2017, DAF/COMP(2017)10.

OCDE, « *Algorithms and collusion. Competition policy in the digital age.* », 2017, disponible à l’adresse suivante : <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>.

OCDE, « *Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence* », 6 juin 2018, DAF/COMP(2018)3.

OCDE, « *The divestiture of assets as a competition remedy : stocktating of international experiences* », 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf>.

Organe de règlement des différends de l'OMC, « *Rapport du Groupe spécial d'experts dans le cadre de l'affaire Mexique – Les mesures affectant les services de télécommunications (Mexico – Measures affecting telecommunication services . Report of the Panel)* », 2 Avril 2004, WT/DS204/R.

B. États-Unis

Antitrust Modernization Commission, « *Report and recommendations* », avril 2007.

U.S. Department of Treasury, « *The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)* », à l'adresse suivante : <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius>.

U.S. Senate, « *The Interstate Commerce Act is Passed* », Senate Historical Office, 4 février 1887, disponible à l'adresse suivante : https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate_Commerce_Act_Is_Passed.htm.

C. Union européenne

Parlement européen et commissions internes

GOUARDÈRES (F.), « *Les principes généraux de la politique industrielle de l'Union européenne* », Fiches thématiques sur l'Union européenne du Parlement européen, disponible à l'adresse suivante : <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/61/les-principes-generaux-de-la-politique-industrielle-de-l-union-europeenne>.

Parlement européen, « *Rapport sur la conduite des opérations de fusion et scission transfrontalières* », 9 mai 2017, 2016/2065 (INI).

Rapport de la Commission des affaires juridiques du 9 janvier 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114(COD).

EPRS, Service de recherche du Parlement européen, « *Libérer le potentiel des traités de l'Union européenne. Une analyse article par article des possibilités d'action* », éd. Etienne Bassot, Service de recherche pour les députés, mai 2020.

Conseil

Programme général du Conseil pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, *JOCE* n°2, 15 janvier 1962, p. 36.

Conseil de l'UE, « *L'UE permet aux entreprises de se restructurer plus facilement dans le marché unique* », 18 novembre 2019, communiqué de presse.

Commission européenne

Haute Autorité, « *Quatrième rapport général sur l'activité de la Communauté. 11 avril 1955 – 8 avril 1956.* », 8 avril 1956.

Haute Autorité, « *Quatorzième rapport général sur l'activité de la Communauté. 1^{er} février 1965 – 31 janvier 1966.* », 31 janvier 1966.

Commission, « *Third report on competition policy (Addendum to the 'Seventh General Report on the Activities of the Communities')*. 1973. », mai 1974.

Commission, « *IVth Report on competition policy. 1974* », 1975.

Commission, « *Eleventh report on competition policy. 1981.* », 1982.

Commission, « *Quinzième rapport sur la politique de concurrence. 1985.* », 1986.

Commission, Procès-verbal de la séance du 1^{er} avril 1987, COM(87) PV 868.

Commission, « *Dix-huitième rapport sur la politique de concurrence. 1988.* », 1989.

Commission, « *Vingtième rapport sur la politique de concurrence. 1990.* », 1991.

Commission, « *Vingt-deuxième rapport sur la politique de concurrence. 1992.* », 1993.

Commission, « *Vingt-troisième rapport sur la politique de la concurrence. 1993.* », 1994.

Commission, Communication au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, 11 juillet 2001, COM(2001) 398 final.

Commission, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne. Antitrust et contrôle des opérations de concentrations.*, juillet 2002.

Commission, « *La Commission adopte une réforme de grande ampleur du système communautaire de contrôle des concentrations* », 11 décembre 2002, Communiqué de presse, IP/02/1856.

Commission, Communication au Parlement européen et au Conseil, « *Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action* », 2003/C 63/01, *JOUE* C63, 15 mars 2003, p. 1.

Commission, Communication au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à « *L'avenir de la politique de réglementation européenne dans le domaine de l'audiovisuel* », 15 décembre 2003, COM(2003) 784 final, non publié au JO.

Commission, Communication au Parlement européen et au Conseil, « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre* », 11 octobre 2004, COM(2004) 651 final.

Commission, « *Merger remedies study* », octobre 2005.

Communication de la Commission, « *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : Un cadre politique pour renforcer l'industrie manufacturière de l'UE - vers une approche plus intégrée de la politique industrielle* », 5 octobre 2005, COM(2005) 474 final.

Commission, « *Droit européen des sociétés : quelles pistes pour l'avenir ?* », 20 février 2012, communiqué de presse, IP/12/149.

Commission, « *Rapport sur la politique de la concurrence. 2012.* », 7 mai 2013, COM(2013) 257 final.

Commission, « *Commission staff working document. Towards more effective EU merger control* », consultation publique, 25 juin 2013, SWD(2013) 239.

Commission, « *Concentrations : la Commission européenne adopte un cadre de bonnes pratiques en matière de coopération avec la Chine* », communiqué de presse, 15 octobre 2015, IP/15/5843.

Commission, « *Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of merger control* », 7 octobre 2016, HT. 3053.

Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Programme de travail de la Commission pour 2017. Répondre aux attentes – Pour une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et se défend* », 25 octobre 2016, COM(2016) 710 final.

Commission, « *Rapport sur la politique de la concurrence. 2016.* », 31 mai 2017, COM(2017) 285 final.

Commission, « *Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control* », juillet 2017, disponible à l'adresse suivante :

https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/summary_of_replies_en.pdf.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement, « *Investir dans une industrie intelligente,*

innovante et durable – Une stratégie revisitée pour la politique industrielle de l’UE », 13 septembre 2017, COM(2017) 479 final.

Commission, « *Review of the Vertical Block Exemption Regulation* », 3 octobre 2018, consultation publique.

Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « *Programme de travail de la Commission pour 2019. Tenir nos engagements et préparer l’avenir* », 23 octobre 2018, COM(2018)800 final.

Commission, Communication au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Le pacte vert pour l’Europe* », 11 décembre 2019, COM(2019) 640 final.

Commission, « *Commission staff working document. Single Market Performance Report 2019.* », 19 décembre 2019, SWD(2019) 444 final.

Joint Research Centre, « *Common shareholding in Europe* », 2020, EUR 30312 EN.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Une nouvelle stratégie industrielle pour l’Europe* », 10 mars 2020, COM(2020) 102 final

Commission, « *Préparer les entreprises européennes pour l’avenir : une nouvelle stratégie industrielle pour une Europe verte et numérique, compétitive à l’échelle mondiale* », 10 mars 2020, communiqué de presse, IP/20/416.

Commission, « *Inception impact assessment. New Competition Tool (‘NCT’)* », 4 juin 2020, Ares(2020)2877634.

Commission, « *EU competition law – market definition notice (evaluation)* », consultation publique, 26 juin 2020.

Commission, « *Pratiques anticoncurrentielles: la Commission publie les conclusions de l’évaluation du règlement d’exemption par catégorie applicable aux accords verticaux* », 8 septembre 2020, communiqué de presse, IP/20/1564.

Commission, « *White paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies* », consultation publique, 17 juin 2020, COM(2020) 253 final.

Commission, « *La politique de concurrence à l’appui du pacte vert pour l’Europe* », consultation publique, 13 octobre 2020.

Commission, Statistiques relatives contrôle des concentrations, disponibles à l’adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

Membres de la Commission européenne

ALMUNIA (J.), « *Merger review : Past evolution and future prospects* », Conference on Competition Policy, Law and Economics, 2 novembre 2012, SPEECH/12/773.

BUIGUES (P. A.) et RÖLLER (L.-H.), « *The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission* », mai 2005, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/officechiefecon_ec.pdf

BRITTAN (L.), « *La politique industrielle européenne doit être fondée sur une réglementation stricte de la concurrence* », allocution de Sir Leon Brittan devant la Chambre franco-britannique, Paris, 8 janvier 1991, IP/91/13.

KROES (N.), « *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices* », propos introductifs de la « *European Consumer and Competition Day* », Londres, 15 septembre 2005, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm.

LAITENBERGER (J.), « *Enforcing EU competition law in a time of change. "Is Disruptive Competition Disrupting Competition Enforcement?"* », 1^{er} mars 2018, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_03_en.pdf.

MONTI (M.) :

- « *European competition policy and the citizen* », 1^{ère} Journée européenne de la concurrence, Lisbonne, 9 juin 2000, SPEECH/00/27.
- « *The main challenges for a new decade of EC merger control* », conférence sur « Le 10^{ème} anniversaire du contrôle communautaire des concentrations », 14 et 15 septembre 2000, Bruxelles, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/00/311|0|RAPID&lg=EN.
- « *The Future for Competition Policy in The European Union* », Merchant Taylor's Hall, Londres, 9 juillet 2001.
- « *A reformed competition policy : achievements and challenges for the future* », Competition Policy Newsletter, automne 2004, n°3, p. 1.

MOSSO (C.E.), « *EU merger control : the big picture* », discours, 12 novembre 2014, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_06_en.pdf.

PONS (J.-F.), « *La politique européenne de la concurrence en 2002 : maturité et modernisation* », janvier 2002, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_003_fr.pdf.

VESTAGER (M.) :

- « *Refining the EU merger control system* », discours, 10 mars 2016, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en.
- « *Avant-propos du rapport annuel sur la politique de concurrence 2016* », Bruxelles, 2017.
- « *Competition and the future of Europe* », Mediafin New Year Event, 17 janvier 2018, Bruxelles, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-future-europe_en.
- « *Fairness and competition* », GCLC Annual Conference, 25 janvier 2018, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition_en.
- « *Competition in changing times* », discours, 16 février 2018, disponible à l'adresse suivante : https://wayback.archive-it.org/12090/20191129215248/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-changing-times-0_en
- « *Competition and a fair deal for consumers online* », discours, 26 avril 2018, disponible à l'adresse suivante : https://wayback.archive-it.org/12090/20191129211410/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-fair-deal-consumers-online_en.
- « *Finding the right European industrial strategy* », discours, 2 avril 2019, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2019_05_en.pdf
- « *Defending competition in a digitised world* », discours, 4 avril 2019, disponible à l'adresse suivante : https://wayback.archive-it.org/12090/20191129202059/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/defending-competition-digitised-world_en.
- « *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on adoption of White Paper on foreign subsidies in the Single Market* », communiqué, 17 juin 2020, STATEMENT/20/1121, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_1121
- « *Competition in a Digital Age: Changing Enforcement for Changing Times* », discours, 26 juin 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-digital-age-changing-enforcement-changing-times_en.

- « *Speech to the Competition Day* », 7 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-competition-day_en.
- « *The future of EU merger control* », discours, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, 11 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en.
- « *The Green Deal and competition policy* », discours, 22 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en.
- « *Speech at the Fordham Competition Conference* », discours, 8 octobre 2020, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-fordham-competition-conference_en.

VON DER GROEBEN (H.), « Discours devant le Parlement européen, 1965 », in M. Devoluy, « L'ordolibéralisme et la construction européenne », *Revue internationale et stratégique*, 2016, 2016/3, p. 26.

VON DER LEYEN (U.) :

- « *État de l'Union en 2020. Discours sur l'état de l'Union 2020* », 16 septembre 2020.
- « *État de l'Union en 2020. Lettre d'intention adressée au Président David Maria Sassoli et à la Chancelière Angela Merkel* », 16 septembre 2020.

Groupes de travail, documents de travail et Think tanks

Commission, « *Staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the Council Report on the functioning of Regulation No 139/2004* », 30 juin 2009, COM(2009) 281 final, SEC/2009/0808 final/2.

Commission, « *Commission staff working document. Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry* », 15 septembre 2016, SWD(2016) 312 final.

CRÉMER (J.), MONJOYE (Y.-A.) (de) et SCHWEITZER (H.), « *Competition policy for the digital era* », Publications Office of the European Union, 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

EU Merger Working Group, « *Public Interest Regimes in the European Union – differences and similarities in approach. Final Report of the EU Merger Working Group* », 10 mars 2016.

European Political Strategy Centre, « *EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protection* », 2019, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_industrial-policy.pdf.

D. États membres de l'Union européenne et Royaume-Uni

Allemagne

Bundeskartellamt, Discussion paper for the meeting of the working group on competition law, Prohibition criteria in Merger control – Dominant position versus substantial lessening of competition, 8 et 9 octobre 2001, disponible à l'adresse suivante : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Prohibition%20Criteria%20in%20Merger%20Control%20-%20Dominant%20Position%20versus%20Substantial%20Lessening%20of%20Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

Belgique

Autorité belge de la concurrence, « *Evaluation des seuils de notification des concentrations en Belgique* », 16 mai 2017.

Autorité belge de la Concurrence, « *Publication au Moniteur belge de la loi du 2 mai 2019 portant modifications du Code de droit économique* », 6 juin 2019.

France

Agence Française Anticorruption, « *Guide pratique. Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions.* », janvier 2020.

Assemblée nationale, V. Faure-Muntian et D. Fasquelle, « *Rapport d'information n°3127 déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques* », 24 juin 2020.

Autorité de la concurrence :

- « Annexe 3 : Concurrence « sur le marché » et concurrence « pour le marché » » in *Guide de l'évaluation de l'impact concurrentiel de projets de textes normatifs*, La Documentation Française, 2012, 112 p.
- « *Rapport au Ministre de l'Économie et des Finances (rapporteur F. ZIVY). Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe - Une réforme "gagnant-gagnant" au service de la compétitivité* – », La documentation Française, 16 décembre 2013.
- « *Rapport d'activité. 2016* », 2017.
- « *L'Autorité de la concurrence lance une réflexion pour moderniser et simplifier le droit des concentrations.* », 20 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/consultation_concentrations20oct17.pdf.
- « *Rapport d'activité. 2017* », 2018.
- « *Les engagements comportementaux* », La documentation Française, Les Essentiels, 2018.

- « *Réforme du droit des concentrations et contrôle ex post* », consultation publique, 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/note_controle_expost.pdf.
- « *Modernisation et simplification du contrôle des concentrations* », communiqué de presse, 7 juin 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/7-juin-2018-modernisation-et-simplification-du-controle-des-concentrations>.
- « *L'Autorité de la concurrence lance aujourd'hui sa procédure de notification en ligne pour certaines opérations de concentration* », communiqué de presse, 18 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-lance-aujourd'hui-sa-procedure-de-notification-en>
- « *Modernisation du contrôle des concentrations* », communiqué de presse, 18 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/article/modernisation-du-controle-des-concentrations>.
- « *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques* », 19 février 2020, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.19_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf.pdf.
- « *Concurrence & commerce en ligne* », étude, mai 2020, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/2020-06/concurrence_commerce_en_ligne_v2.pdf.
- , « *Rapport d'activité. 2019* », 2020.
- « *L'Autorité publie une étude sur la concurrence et le commerce en ligne* », communiqué de presse, 5 juin 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-publie-une-etude-sur-la-concurrence-et-le-commerce-en-ligne>.
- Autorité de la concurrence, « *L'Autorité se félicite de l'annonce de la Commission européenne, qui acceptera désormais que les autorités nationales de concurrence puissent lui renvoyer pour examen des opérations de concentration sensibles, y compris lorsqu'elles ne sont pas soumises au contrôle national* », 15 septembre 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-se-felicite-de-lannonce-de-la-commission-europeenne-qui-acceptera>.
- « *Chiffres clés* », disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/chiffres-cles>.

Autorité des marchés financiers, « *Rapport annuel 2009* », 2010.

Commission de la concurrence, « *Rapport annuel. 1987* », 1988.

Conseil d'analyse économique :

- « Concurrence et commerce : quelles politiques pour l'Europe ? », *Les notes du conseil d'analyse économique*, mai 2019, n°51.
- « Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard », *Les notes du conseil d'analyse économique*, octobre 2020, n°60.

Conseil de la concurrence :

- « *Rapport annuel. 1990* », 1991.
- « Bilan d'ensemble des travaux du Conseil », in « *Rapport annuel. 1997* », 1998.

Inspection Générale des Finances et du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « *Rapport. La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », avril 2019, n°2018-M-105-03 et n°2018/29/CGE/SG, disponible à l'adresse suivante :

<http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2019/2018-M-105-03-UE.pdf>.

Sénat :

- GRIGNON (F.), « *Rapport d'information n°374 sur la délocalisation des industries de main-d'œuvre* », annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 2004.
- GAUTIER (J.), « *Rapport n°347 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire* », annexe au procès-verbal de la séance du 21 mai 2008.
- CHATILLON (A.) et HENNO (O.), « *Rapport n°603 fait au nom de la commission des affaires économiques et de la commission des affaires européennes sur la modernisation de la politique européenne de concurrence* », 8 juillet 2020.

ORNANO (d') (M.), « *Débats parlementaires, Assemblée nationale, 2cnde session ordinaire de 1986-1987* », 28 avril 1987, p. 676.

Irlande

Competition and Consumer Protection Commission, « *CCPC Mergers & Acquisitions Report 2017* », disponible à l'adresse suivante : <https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2018/01/CCPC-Mergers-Report-2017-Final.pdf>.

Competition and Consumer Protection Commission, « *CCPC Mergers & Acquisitions Report 2018* », disponible à l'adresse suivante : <https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2019/01/04-01-2018-CCPC-2018-Merger-Review-Approved-FINALdocx.pdf>.

Competition and Consumer Protection Commission, « *CCPC Mergers & Acquisitions Report 2019* », disponible à l'adresse suivante : <https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2020/01/2020-01-03-CCPC-2019-Merger-Review-Report-FINAL.pdf>.

Luxembourg

Conseil de la concurrence, « *Rapport du groupe de travail institué par le Conseil de la concurrence, "Contrôle des concentrations"* », 31 octobre 2016.

Portugal

Autoridade da Concorrência, « *Digital ecosystems, Big Data and Algorithms. Issues paper* », juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Outros/Documents/Digital%20Ecosystems,%20Big%20Data%20and%20Algorithms%20-%20Issues%20Paper.pdf

Royaume-Uni

Competition and Markets Authority, « *Pricing algorithms. Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing.* », 8 octobre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf.

Suède

Konkurrensverket, « *Guidance from the Swedish competition Authority for the notification and examination of concentrations between undertakings* », 04 avril 2015, 581/2014.

Travaux menés conjointement par plusieurs États membres ou autorités nationales de concurrence

Autorité belge de la concurrence, Conseil de la concurrence et *Authority for Consumers & Markets*, « *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world* », 2 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma_cm_cdclcl.joint_memorandum_191002.pdf.

Autorité de la concurrence et *Bundeskartellamt*, « *Algorithms and Competition* », novembre 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>.

Bundeskartellamt et *Bundeswettbewerbsbehörde*, « *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)* », juillet 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie et *Ministre de l'économie et des finances*, *Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au XXI^e siècle*, Paris, 19 février 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/manifeste-franco-allemand-pour-une>.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Ministre de l'économie et des finances* et *Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii*, « *Moderniser la politique de concurrence de l'Union européenne* », 4 juillet 2019, disponible à l'adresse suivante : <https://ue.delegfrance.org/france-allemande-et-pologne-pour>.

Friends of Industry, « *Joint statement by France, Austria, Croatia, Czech Republic, Estonia, Finland, Germany, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Luxembourg, Malta, Netherlands, Poland, Romania, Slovakia, Spain* », sixième conférence ministérielle, Paris, 18 décembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/locale/piece-jointe/2018/12/929_-_declaration_finale_-_6eme_reunion_des_amis_de_lindustrie-en.pdf.

E. Autres

AGUZZONI (L.), BUEHLER (B.), DI MARTILE (L.), ECKER (G.), KEMP (R.), SCHWARZ (A.) et STIL (R.), « Ex-post analysis of two mobile telecom mergers: T-Mobile/tele.ring in Austria and T-Mobile/Orange in the Netherlands », 2015, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0215836enn.pdf>.

ALTERMIND, « Réponse à la consultation de l'Autorité de la concurrence "réforme du droit des concentrations et contrôle ex post" », 20 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/altermind_expost_sep18.pdf.

APDC, « Commentaire de l'APDC sur le projet de création d'un contrôle ex post en droit français des concentrations », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/apdc_expost_sept18.pdf.

AMCHACHINA et DELOITTE, « 2019 China Business Climate Survey Report », 2019.

AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE, « Comments of the American Antitrust Institute Working Group on Merger Enforcement », 15 juillet 2005.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, « Comments of the American Bar Association's sections of antitrust law and international law regarding the French competition Authority's consultation on modernizing and simplifying the French merger control law », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/aba_expost_sept18.pdf.

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ÉTUDE DE LA CONCURRENCE (AFEC), « Observations de l'AFEC sur la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur l'introduction d'un contrôle ex post en droit des concentrations », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/afec_expost_sept18.pdf.

BECH-BRUUN LEXIDALE, « Study on the application of the cross-border mergers directive », septembre 2013.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE FRANCE (ICC), « Contribution d'ICC France à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur l'introduction d'un mécanisme de contrôle ex post », 1^{er} octobre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/icc_france_expost_oct18.pdf.

COHEN (E.) et LORENZI (J.-H.), « Rapport. Politiques industrielles pour l'Europe », La Documentation française, Paris, 2000.

DROIT ET CROISSANCE, « Réponse à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur le mécanisme de contrôle ex post », disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/droit_croissance_sept18.pdf.

ENCAOUA (D.) et GUESNERIE (R.), « Politiques de la concurrence. Rapport. », La Documentation française, Paris, 2006, 304 p.

EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, « A proposal for reforming group law in the European Union – Comparative observations on the way forward », octobre 2016, disponible à l'adresse suivante : <https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/reforming-group-law-in-the-eu/>.

FORUM EUROPANEUM SUR LE DROIT DES GROUPES DE SOCIÉTÉS, « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », *Rev. soc.*, 1999, p. 43.

FORUM EUROPANEUM ON COMPANY GROUPS, « Proposition d'un cadre juridique destiné à faciliter la gestion transfrontalière des groupes de sociétés en Europe », *Rev. soc.*, 2015, p. 495.

FURMAN (J.) (dir.), « *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel.* », mars 2019, disponible à l'adresse suivante : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, « Réponse à la deuxième phase de consultation publique de l'Autorité de la concurrence du 7 juin 2018 sur la réforme du droit des concentrations et le contrôle ex post », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/freshfields_expost_sept18.pdf.

FRIEH ASSOCIÉS, « Contribution à la consultation publique de l'Autorité de la concurrence sur le contrôle des concentrations », 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/frieh_associes_ld_sept18.pdf.

INFORMAL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, « Report on the Recognition of the Interest of the Group », 30 octobre 2016, disponible à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2888863.

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE, « *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law* », 5 avril 2011.

KRÜGER ANDERSEN (P.) et al., *European Model Companies Act*, 2017, 1st ed.

LANCIERI (F.) (M.), ROLNIK (G.) et ZINGALES (L.) (dir.), « *Stigler Committee on Digital Platforms. Final Report* », Chicago Booth, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, septembre 2019.

LE CLUB DES JURISTES :

- « Rapport – Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'Union européenne ? », juin 2015, disponible à l'adresse suivante : http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/06/CDJ_Rapports_Int%C3%A9r%C3%AAt-de-groupe_FR_Juin-2015_web-1.pdf.
- & CANIVET (G.) & JENNY (F.) (dir.), « *Rapport. Pour une réforme du droit de la concurrence* », janvier 2018.

LEAR – LABORATORIO DI ECONOMIA, ANTITRUST, REGOLAMENTAZIONE :

- « *Ex-post review of merger control decisions* », décembre 2006, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf.
- « *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets. Final report. Document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority* », 9 mai 2019.

MCMILLAN, « *Public consultation – Reform of merger law and ex-post control* », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/msg_expost_sept18.pdf.

MONTI (M.), « *A New Strategy for the Single Market. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso* », 9 mai 2010.

NORTON ROSE FULBRIGHT, « *Consultation de l'Autorité de la concurrence "réforme du droit des concentrations et contrôle ex post"* », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/nrf_expost_sept18.pdf.

REFINITIV, « *Global mergers & Acquisitions review. First half 2019* », 2019 ; Institute for Mergers, Acquisitions and Alliances, « *M&A statistics* », 2020.

SULLIVAN & CROMWELL LLP, « *Observations du cabinet Sullivan & Cromwell LLP sur le projet d'introduction en droit français d'un mécanisme de contrôle ex post des concentrations* », 28 septembre 2018, disponible à l'adresse suivante : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/s_c_expost_sept18.pdf.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE ET RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (dir. C. VON BAR, E. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier. European law publishers, Munich, 2009, 650 p.

THE EUROPEAN BEST FRIENDS LAW FIRMS, « *Response to the European Commission's evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control 20 December 2016* », 13 janvier 2017, disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/best_friends_group_of_law_firms_annex_4_en.pdf.

THOMSON REUTERS, « *Mergers & acquisitions review – full year 2017* », 2017, disponible à l'adresse suivante : http://dmi.thomsonreuters.com/Content/Files/Global%20MNA_Financial_Advisors%202017.pdf.

TGS BLATIC, *Study on minority shareholders protection*, janvier 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1893f7b8-93a4-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en>.

X. Autres

ABBVIE, « AbbVie Announces Expiration of Hart-Scott-Rodino Waiting Period for AbbVie's Acquisition of Pharmacyclics », communiqué de presse, 22 mai 2015, disponible à l'adresse suivante : <https://news.abbvie.com/news/abbvie-announces-expiration-hart-scott-rodino-waiting-period-for-abbvies-acquisition-pharmacyclics.htm>.

BLOCH (R.), « Roche rachète Flatiron, une pépite dans la lutte contre le cancer », *Les Échos*, 16 février 2018.

BOY (D.), « Résultats des Européennes 2019 : la "surprise Verte" », *La Tribune*, 29 mai 2019.

COHEN-TANUGI (L.), « Contrôle des concentrations : le temps des réformes », *Les Echos*, 29 octobre 2002.

GOOGLE & MOTOROLA, « Agreement and Plan of Merger by and Among Google Inc., RB 89 INC. And Motorola Mobility Holdings, Inc. », 15 août 2011 et disponible à l'adresse suivante le site de Security and Exchange Commission à l'adresse suivante : <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1495569/000119312511225807/dex21.htm>.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'encercllement juridictionnel du contrôle des concentrations », *Les Echos*, 12-12 avril 2003.

GLAZER (E.) et MCKINNON (J. D.), « FTC Weighs Seeking Injunction Against Facebook Over How Its Apps Interact », *The Wall Street Journal*, 19 décembre 2019.

KENDALL (B.), MCKINNON (J. D.) et SEETHARAMAN (D.), « FTC Antitrust Probe of Facebook Scrutinizes Its Acquisitions », *The Wall Street Journal*, 1^{er} août 2019.

KIM (C.-R.), « Japan's Rakuten buys chat app Viber for \$900 million to expand digital empire », *Reuters*, 14 février 2014.

LE MONDE, AFP et REUTERS, « La Commission européenne met son veto à la fusion entre Alstom et Siemens », *Le Monde*, 6 février 2019.

LUNDBERG (U.), « The Sale of Eldorado », *Fisher International*, novembre 2017.

MARTELL (A.), « Kobo sold to Japan's Rakuten for \$315 million », *Reuters*, 8 novembre 2011.

QUATREMER (J.), « Alstom-Siemens : une Commission court-termiste et européocentrée », *Libération*, 6 février 2019.

WAKIM (N.), « TechnipFMC : trois ans après la fusion, l'entreprise se sépare », *Le Monde*, 26 août 2019.

« Paper Excellence will be here for a century, says executive », *Midland Paper*, 17 juin 2015.

« El regulador antimonopolio alemán revisa el acuerdo paper excellence-eldorado », *Aspapel*, 24 avril 2018.

« German antitrust authority green-lights Eldorado-Paper Excellence deal », *RISI*, 8 mai 2018.

« Pulp friction : Paper Excellence, Brazil's J&F joust over scuppered deal », *Reuters*, 21 septembre 2018.

« Brazilian and Indonesia billionaires clash over the sale of a US\$ 3.5bn pulp mill », *Mercopress*, 12 février 2020.

TABLE DE JURISPRUDENCE

I. Jurisprudence des États-Unis

A. U.S. Supreme Court

U.S. Supreme Court, 25 octobre 1886, *Wabasch St Louis & Pacific Railway Co. v. Illinois State*, 118 US 557.

U.S. Supreme Court, 4 décembre 1899, *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211.

U.S. Supreme Court, 14 mars 1904, *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197.

U.S. Supreme Court, 15 mai 1911, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1.

U.S. Supreme Court, 29 mai 1911, *American Tobacco v. United States*, 221 U.S. 106.

U.S. Supreme Court, 4 mars 1918, *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231.

U.S. Supreme Court, 11 juin 1956, *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377.

U.S. Supreme Court, 25 juin 1962, *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294.

U.S. Supreme Court, 28 avril 1965, *Federal Trade Commission v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592.

U.S. Supreme Court, 13 juin 1966, *Pabst Brewing Co., v. United States*, 385 U.S. 546.

U.S. Supreme Court, 11 avril 1967, *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*, 86 U.S. 568.

U.S. Supreme Court, 19 mars 1974, *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486.

U.S. Supreme Court, 23 juin 1977, *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 360.

U.S. Supreme Court, 8 juin 1992, *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451.

U.S. Supreme Court, 21 juin 1993, *Brooke Group Ltd. c/ Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209.

B. U.S. Court of Appeals

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 17 octobre 1972, The Stanley Works v. Federal Trade Commission, 469 F.2d 498, 1972 Trade Cases P 74,207.

U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 6 juillet 1990, United States v. Baker Hughes Inc., Eimco Secoma, S.A., and Oy Tampella AB, 908 F.2d 981.

U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, 24 janvier 1992, Matter of Oil Spill by the Amoco Cadiz, 954 F.2d 1279.

U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 16 juin 1995, United States of America v. Microsoft Corporation, 56 F.3d 1448.

U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 23 juin 1998, United States of America v. Microsoft Corporation, 147 F.3d 935.

U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 28 juin 2001, United States of America v. Microsoft Corporation, 253 F.3d 34.

C. U.S. District Court

U.S. District Court, District of Columbia, 7 juin 2000, United States of America v. Microsoft Corporation, State of New York, et al. v. Microsoft Corporation v. Eliot Spitzer, Attorney General of the State of New York et al., Nos. CIV. A. 98-1232(TPJ), CIV. A. 98-1233(TPJ), 97 F. Supp. 2d 59 (2000).

U.S. District Court, District of Columbia, 1 novembre 2002, United States of America v. Microsoft Corporation, 231 F. Supp. 2d 144.

U.S. District Court for the District of Columbia, 19 avril 2006, United States v. Qualcomm Incorporated and Flarion Technologies, Inc., n° 1-06 CV00672.

II. Jurisprudence de l'Union européenne

A. Cour de Justice de l'Union européenne

CJCE, 21 mars 1955, *Pays-Bas c/ Haute Autorité*, aff. 6/54, Rec. 1954, p. 201.

CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. 10/56, Rec. 1958, p. 51.

CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesmann AG c/ Haute Autorité*, aff. 19/61, Rec. 1962, p. 675.

CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c/ Commission*, aff. 25/62, Rec. 1963, II, p. 199.

CJCE, 15 juillet 1964, *M. Flaminio Costa c/ E.N.E.L.* (« Costa »), Rec. 1964 p. 1149.

CJCE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission* (« Consten et Grundig »), aff. jtes 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 429.

CJCE, 9 juillet 1969, *S.A. Portelange contre S.A. Smith Corona Marchant International et a.*, aff. 10/69, Rec. 1969, p. 309.

CJCE, 10 décembre 1969, *Società "Eridania" Zuccherifici Nazionali et autres c/ Commission*, aff. jtes 10/68 et 18/68 Rec. 1969 p. 459.

CJCE, 18 février 1971, *Sirena S.r.l. contre Eda S.r.l. et autres* (« Sirena »), aff. 40/70, Rec. 1971, p. 69.

CJCE, 2 décembre 1971, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt c/ Commission*, aff. 5/71, Rec. 1971, p. 975.

CJCE, 14 décembre 1971, *Politi S.A.S. c/ Ministère des finances de la République italienne*, aff. 43-71, Rec. 1971, p. 1039.

CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, aff. 48-69, Rec. 1972, p. 619.

CJCE, 14 juillet 1972, *J. R. Geigy AG c/ Commission*, aff. 52-69, Rec. 1972, p. 787.

CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission* (« Continental Can »), aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215.

CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents c/ Commission* (« Zoja »), aff. jtes 6/73 et 7/73, Rec. 1974, p. 223.

CJCE, 16 décembre 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et autres c/ Commission* (« entente sur le sucre »), aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, Rec. 1975, p. 1663.

CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission* (« Metro-Saba I »), aff. 26/76, Rec. 1977 p. 1877.

CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission* (« Bananes Chiquita »), aff. 27/76, pt 65, Rec. 1978, p. 207.

CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission* (« Vitamines »), aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461.

CJCE, 14 juillet 1981, *Gerhard Züchner c/ Bayerische Vereinsbank AG*, aff. 172/80, Rec. 1981, p. 2021.

CJCE, 7 juin 1983, *SA Musique Diffusion française et autres c/ Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, Rec. 1983, p. 1825.

CJCE, 25 octobre 1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c/ Commission*, aff. 107/82, Rec. 1983, p. 3151.

CJCE, 12 juillet 1984, *Ordre des avocats au barreau de Paris c/ Onno Klopp*, aff. 107/83, Rec. 1984 p. 2971.

CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c/ Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, aff. 170/83, Rec. 1984, p. 2999.

CJCE, 7 février 1985, *Procureur de la République contre Association de défense des brûleurs d'huiles usagées* (« ADBHU »), aff. 240/83, Rec. 1985, p. 531.

CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, af. 161/84, Rec. 1986, p. 353.

CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85, Rec. 1987, p. 2599.

CJCE, 21 mai 1987, *Walter Rau Lebensmittelwerke et autres c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM)*, aff. jtes 133 à 136/85, Rec. 1987, p. 2289.

CJCE, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries Inc. c/ Commission* (« Philip Morris »), aff. jtes 142 et 156/84, Rec. 1987, p. 4566.

CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec. 1989, p. 2859.

CJCE, 28 février 1991, *Stergios Delimitis c/ Henninger Bräu AG*, aff. C-234/89, Rec. 1991, I, p. 935.

CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie c/ Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, I, p. 3359.

CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, aff. C-41/90, Rec. 1991, I, p. 1979.

CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c/ Siderurgica Gabrielli SpA*, aff. C-179/90, Rec. 1991, I, p. 5889.

CJCE, 17 février 1993, *Christian Poucet c/ Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon* (« Poucet et Pistre »), aff. jtes C-159/91 et C-160/91, *Rec.* 1993, I, p. 637.

CJCE, 24 mars 1993, *Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques et autres c/ Commission*, aff. C-313/90, *Rec.* 1993, I, p. 125.

CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, *Rec.* 1993, I, p. 1663.

CJCE, 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres c/ Commission* (« Pâte de bois »), aff. jtes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, *Rec.* 1993, I, p. 1307.

CJCE, 9 novembre 1993, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec.*, p. 3461.

CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* 1994, I, p. 43.

CJCE, 15 décembre 1994, *Gøttrup-Klim e.a. Grovvoareforeninger c/Dansk Landbrugs Grovvoareselskab AmbA*, aff. C6250/92, *Rec.* 1994, I, p. 5641.

CJCE, 12 décembre 1995, *H. G. Oude Luttikhuis et autres c/ Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, aff. C-399/93, *Rec.* 1995, I, p. 4515.

CJCE, 24 octobre 1996, *Viho Europe BV c/ Commission*, aff. C-73/95 P, *Rec.* 1996, I, p. 5457.

CJCE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa c/ Dentalkit Srl*, aff. C-269/95, *Rec.* 1997, I, p. 3767.

CJCE, 31 mars 1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et Entreprise minière et chimique (EMC) c/ Commission* (« Kali und Salz »), aff. C-68/94, *Rec.* 1998, I, p. 1375.

CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. C-7/95P, *Rec.* 1998, I, p. 3111.

CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, *Rec.* 1998, I, p. 3851.

CJCE, 4 mars 1999, *Union française de l'express (Ufex), anciennement Syndicat français de l'express international (SFEI), DHL International et Service CRIE c/ Commission*, aff. C-119/97 P, *Rec.* 1999, I, p. 1341.

CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA et Dafra-Lines A/S c/ Commission*, aff. jtes, C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec.* 2000, I, p. 1365.

CJCE, 23 mai 2000, *Comité d'entreprise de la Société française de production, Syndicat national de radiodiffusion et de télévision CGT (SNRT-CGT), Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT (SURT-CFDT), Syndicat national Force ouvrière de radiodiffusion et de télévision et Syndicat national de l'encadrement audiovisuel CFE-CGC (SNEA-CFE-CGC) c/ Commission*, aff. C-106/98 P, Rec. 2000, I, p. 3659.

CJCE, 16 novembre 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c/ Commission*, aff. C-286/98 P, Rec. 2000, I, p. 9925.

CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd. c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres (« Courage »)*, aff. C-453/99, Rec. 2001, I, p. 6297.

CJCE, 15 janvier 2002, *Alain Libéros c/ Commission*, aff. C-171/00 P, Rec. 2002, I, p. 451.

CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA c/ Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, aff. C-94/00, Rec. 2002, I, p. 9011.

CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00, Rec. 2002, I, p. 9919.

CJCE, 25 septembre 2003, *Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH, J. Wimmer Medien GmbH & Co. KG, Styria Medien AG, Zeitungs- und Verlags-Gesellschaft mbH, Eugen Ruß Vorarlberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH, "Die Presse" Verlags-Gesellschaft mbH et "Salzburger Nachrichten" Verlags-Gesellschaft mbH & Co. KG c/ Commission*, aff. C-170/02 P, Rec. 2003, I, p. 9889.

CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA et Cementir - Cementerie del Tirreno SpA*, aff. jtes. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. 2004, I, p. 123.

CJCE, 22 juin 2004, *République portugaise c/ Commission*, aff. C-42/01, Rec. 2004, I, p. 6079.

CJCE, 9 septembre 2004, *Royaume d'Espagne et République de Finlande c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. jtes C-184/02 et C-223/02, Rec. 2004, I, p. 7789.

CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-12/03, Rec. 2005, I, p. 987.

CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-13/03, Rec. 2005, I, p. 1113.

CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH et autres, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH et ABB Asea Brown Boveri Ltd (« Dansk Rørindustri e.a. ») c/ Commission*, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. 2005, I, p. 5425.

CJCE, 14 juillet 2005, *ThyssenKrupp Stainless GmbH et ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SpA c/ Commission*, aff. jtes C-65/02 et C-73/02 P, Rec. 2005, I, p. 6773.

CJCE, 21 juillet 2005, *Conorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03, Rec. 2005, I, p. 7287.

CJCE, 13 décembre 2005, *Sevic Systems AG*, aff. C-411/03, Rec. 2005, I, p. 805.

CJCE, 18 mai 2006, *Archer Daniels Midland Co. et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd (« ADM ») c/ Commission*, aff. C-397/03 P, Rec. 2006, I, p. 4429.

CJCE, gde ch., 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria c/ Commission (« FENIN »)*, aff. C-205/03 P, Rec. 2006, I, p. 6295.

CJCE, 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi c/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito c/Fondiaría Sai SpA (C-296/04) et Nicolò Tricarico (C-297/04) et Pasqualina Murgolo (C-298/04) c/Assitalia SpA (« Manfredi »)*, aff. jtes C295-04 à C-298/04, Rec. 2006, I, p. 6619.

CJCE, 12 décembre 2006, *République fédérale d'Allemagne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-380/03, Rec. 2006, I, p. 11573.

CJCE, 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contre Compañía Española de Petróleos SA*, Rec. 2006, I, p. 11987.

CJCE, 15 mars 2007, *British Airways plc c/ Commission*, aff. C-95/04, Rec. 2007, I, p. 2331.

CJCE, 18 décembre 2007, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. C-202/06 P, Rec. 2007, I, p. 12129.

CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann AG et Sony Corporation of America c/ Independent Music Publishers and Labels Association (« Impala »)*, aff. C-413/06 P, Rec. 2008, I, p. 4951.

CJCE, 20 novembre 2008, *Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brother (Carrigmore) Meats Ltd*, aff. C-209/07, Rec. 2008, I, p. 8637.

CJCE, 11 décembre 2008, *A.T. c/ Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*, aff. C-285/07, Rec. 2008, I, p. 9329.

CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató*, aff. C-210/06, Rec. 2008, I, p. 9641.

CJCE, 18 décembre 2008, *Sopropé - Organizações de Calçado Lda c/ Fazenda Pública*, aff. C-349/07, Rec. 2008, I, p. 10369.

CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. C-202/07 P, Rec. 2009, I, p. 2369.

CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV c/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, aff. C-8/08, *Rec.* 2009, I, p. 4529.

CJCE, 16 juillet 2009, *Commission c/ Schneider Electric SA*, aff. C-440/07 P, *Rec.* 2009, I, p. 6413.

CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV et autres c/ Commission* (« Akzo Nobel »), aff. C-97/08 P, *Rec.* 2009, I, p. 8237.

CJCE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission et Commission c/ GlaxoSmithKline Services Unlimited et European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) c/ Commission et Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) c/ Commission*, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *Rec.* 2009, I, p. 9291.

CJUE, 29 juin 2010, *Commission c/Alrosa Company Ltd*, aff. C-441/07 P, *Rec.* 2010, I, p. 5949.

CJUE, 9 juin 2010, ordonnance, *Commission c/ Schneider Electric SA*, aff. C-440/07 P, *Rec.* 2010, I, p. 73.

CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom AG c/ Commission*, aff. C-280/08 P, *Rec.* 2010, I, p. 9555.

CJUE, 17 février 2011, *Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, *Rec.* 2011, I, p. 527.

CJUE, gde ch., 29 mars 2011, *ArcelorMittal Luxembourg SA c/ Commission et Commission c/ ArcelorMittal Luxembourg SA et autres*, aff. jtes C-201/09 P et C-216/09 P, *Rec.* 2011, I, p. 2239.

CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S c/ Konkurrencerådet*, aff. C-209/10, *Rec.*

CJUE, 19 avril 2012, *Tomra Systems ASA e.a. c/ Commission*, aff. C-549/10 P, non encore publié au *Rec.*

CJUE, 12 juillet 2012, *Vale Épitési kft.*, aff. C-378/10, *Rec.*

CJUE, 19 juillet 2012, *Alliance One International Inc., anciennement Standard Commercial Corp. et Standard Commercial Tobacco Co. Inc. c/Commission*, aff. jtes C-628/10 P et C-14/11 P, *Rec.*

CJUE, 6 novembre 2012, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. C-551/10 P, *Rec.*

CJUE, 6 novembre 2012, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. jtes C-553/10 P et C-554/10 P, *Rec.*

CJUE, 11 juillet 2013, *Gosselin Group NV, anciennement Gosselin World Wide Moving NV c/ Commission*, aff. C-429/11 P, *Rec.*

CJUE, 26 septembre 2013, *The Dow Chemical Company c/ Commission*, aff. C-179/12 P, Rec.

CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel SA c/ Commission*, aff. C-84/13 P, Rec.

CJUE, 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados SA contre Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT)*, aff. C-343/13, Rec.

CJUE, 28 janvier 2016, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. C-514/14 P, Rec.

CJUE, 7 avril 2016, *KA Finanz contre Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, aff. C-483/14, Rec.

CJUE, 8 mars 2017, *Euro Park Service c/ Ministre des Finances et des Comptes publics*, aff. C-14/16, Rec.

CJUE, 6 septembre 2017, *Intel Corp. Inc. c/ Commission*, aff. C-413/14, non encore publié au Rec.

CJUE, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt GmbH & Co OG c/ Bundeskartellanwalt*, aff. C-248/16, non encore publié au Rec.

CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud-Wyskonawstwo sp. z.o.o.*, aff. C-106/16, Rec.

CJUE, 31 mai 2018, *Ernst & Young P/S contre Konkurrenserådet*, aff. C-633/16, Rec.

CJUE, 7 août 2018, *Miriam Bichat e.a. c/ Aviation Passage Service Berlin GmbH & Co. KG*, aff. jtes C-61/17, C-62/17 et C-72/17, Rec.

CJUE, 16 janvier 2019, *Commission c/ United Parcel Service, Inc. (« UPS »)*, aff. C-265/17 P, Rec.

CJUE, 14 février 2019, *Anica Miliwojević contre Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, aff. C-630/17, Rec.

CJUE, 30 janvier 2020, *Generics (UK) Ltd e.a. c/ Competition and Markets Authority*, aff. C-307/18, Rec.

CJUE, 4 mars 2020, *Mowi ASA c/ Commission*, aff. C-10/18, Rec.

B. Tribunal de l'Union européenne

Décisions

TPICE, 28 novembre 1991, ordonnance, *Eurosport c/ Commission*, aff. T-91/130, Rec. 1991, II, p. 1359.

TPICE, 18 septembre 1992, *Automec Srl c/ Commission*, aff. T-24/90, Rec. 1992, II, p. 2223.

TPICE, 1^{er} avril 1993, *BPB Industries Plc et British Gypsum Ltd c/ Commission*, aff. T-65/89, Rec. 1993, II, p. 389.

TPICE, 28 octobre 1993, *Zunis Holding SA et Finan Srl et Massinvest SA c/ Commission*, aff. T-83/92, Rec. 1993, II, p.1169.

TPICE, 24 mars 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission* (« Dan Air »), aff. T-3/93, Rec. 1994, II, p. 121.

TPICE, 19 mai 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France c/ Commission*, aff. T-2/93, Rec. 1994, II, p. 323.

TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak International SA c/ Commission*, aff. T-83/91, Rec. 1994, II, p. 755.

TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere c/ Commission*, aff. T-35/92, Rec. 1994, II, p. 957.

TPICE, 12 janvier 1995, *Viho Europe c/ Commission* (« Viho »), aff. T-102/92, Rec. 1995, II, p. 17.

TPICE, 6 avril 1995, *Tréfileurope Sales SARL c/ Commission*, aff. T-141/89, Rec. 1995, II, p. 791.

TPICE, 27 avril 1995, *Comité Central d'Entreprise de la Société Anonyme Vittel and Comité d'Établissement de Pieroval and Fédération Générale Agroalimentaire c/ Commission*, aff. T-12/93, Rec. 1995, II, p. 1247.

TPICE, 27 avril 1995, *Comité Central d'Entreprise de la Société Générale des Grandes Sources et autres c/ Commission*, aff. T-96/92, Rec. 1995, II, p. 1213.

TPICE, 27 avril 1995, *Association of Sorbitol Producers within the EC (ASPEC), Cerestar Holding BV, Roquette Frères SA et Merck oHG c/ Commission*, aff. T-435/93, Rec. 1995, II, p. 1281.

TPICE, 6 juillet 1995, *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento et British Cement Association et Blue Circle Industries plc et Castle Cement Ltd et The Rugby Goup plc et Titan Cement Company SA c/ Commission*, aff. jtes T-447/93, T-448/93 et T-449/93, Rec. 1995, II, p. 1971.

TPICE, 5 juin 1996, *Günzler Aluminium GmbH c/ Commission*, aff. T-75/95, *Rec.* 1996, II, p. 497

TPICE, 14 mai 1997, *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV et M. Verhaar BV c/ Commission*, aff. T-77/94, *Rec.* 1997, II, p. 759.

TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn AG c/ Commission*, aff. T—229/94, *Rec.* 1997, II, p. 1689.

TPICE, 22 octobre 1997, *SCK et FNK c/ Commission*, aff. jtes 18/96 et 213/95.

TPICE, 27 novembre 1997, *Kaysersberg SA c/ Commission*, aff. T-290/94, *Rec.* 1997, II, p. 2137.

TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, anciennement European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) et Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c/ Commission*, aff. jtes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *Rec.* 1998, II, p. 3141.

TPICE, 4 mars 1999, *Assicurazioni Generali SpA et Unicredito SpA c/ Commission*, aff. T-87/96, *Rec.* 1999, II, p. 203.

TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* 1999, II, p. 743.

TPICE, 28 avril 1999, *Endemol Entertainment Holding BV c/ Commission*, aff. T-221/95, *Rec.* 1999, II, p. 1299.

TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c/ Commission*, aff. T-228/97, *Rec.* 1999, II, p. 2969.

TPICE, 15 décembre 1999, *Kesko Oy c/ Commission*, aff. T-22/97, *Rec.* 1999, II, p. 3775.

TPICE, 17 février 2000, *Stork Amsterdam BV c/ Commission*, aff. T-241/97, *Rec.* 2000, II, p. 309.

TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-25/95 à T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95 à T-88/95 et T-103/95 à T-104/95, *Rec.* 2000, II, p. 491.

TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c./ Commission*, aff. T-128/98, *Rec.* 2000, II, p. 3929.

TPICE, 31 janvier 2001, *RJB Mining plc c/ Commission*, aff. T-156/98, *Rec.* 2001, II, p. 337.

TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1)*, aff. T-112/99, *Rec.* 2001, II, p. 2459.

TPICE, 13 décembre 2001, *Krupp Thyssen Stainless GmbH et Acciai speciali Terni SpA c/ Commission*, aff. jtes T-45/98 et T-47/98, *Rec.* 2001, II, p. 3757.

TPICE, 6 juin 2002, *Airtours plc c/ Commission*, aff. T-342/99, *Rec.* 2002, II, p. 2585.

TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA c/ Commission* (« Schneider I »), aff. T-310/01, *Rec.* 2002, II, p. 4201.

TPICE, 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA c/ Commission* (« Schneider II »), aff. T-77/02, *Rec.* 2002, II, p. 4201.

TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c/ Commission*, aff. T-5/02, *Rec.* 2002, II, p. 4381.

TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c/ Commission*, aff. T-80/02, *Rec.* 2002, II, p. 4519.

TPICE, 20 novembre 2002, *Lagardère SCA et Canal + SA c/ Commission*, aff. T-251/00, *Rec.* 2002, II, p. 4825.

TPICE, 3 avril 2003, *BaByliss SA c/ Commission*, aff. T-114/02, *Rec.* 2003, II, p. 1279.

TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c/ Commission*, aff. T-119/02, *Rec.* 2003, II, p. 1433.

TPICE, 3 avril 2003, *Petrolessence SA et Société de gestion de restauration Routière SA (SG2R) c/ Commission*, aff. T-342/00, *Rec.* 2003, II, p. 1161.

TPICE, 8 juillet 2003, *Verband der freien Rohrwerke eV, Eisen- und Metallwerke Ferndorf GmbH et Rudolf Flender GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. T-374/00, *Rec.* 2003, II, p. 2275.

TPICE, 30 septembre 2003, *Fiocchi munizioni SpA c/ Commission*, aff. T-26/01, *Rec.* 2003, II, p. 3951.

TPICE, 30 septembre 2003, *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland* (« ARD ») *c/ Commission*, aff. T-158/00, *Rec.* 2003, II, p. 3825.

TPICE, 30 septembre 2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Commission*, aff. T-203/01, *Rec.* 2003, II, p. 4071.

TPICE, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd c/ Commission*, aff. T-65/98, *Rec.* 2003, II, p. 4653.

TPICE, 11 décembre 2003, *Minoan Lines SA c/ Commission*, aff. T-66/99, *Rec.* 2003, II, p. 5515.

TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, aff. T-219/99, *Rec.* 2003, II, p. 5917.

TPICE, 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler AG, c/ Commission*, aff. T-325/01, *Rec.* 2005, II, p. 3319.

TPICE, 14 décembre 2005, *Honeywell International, Inc. c/ Commission*, aff. T-209/01, *Rec.* 2005, II, p. 5527

TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c/ Commission*, aff. T-210/01, *Rec.* 2005, II, p. 5575.

TPICE, 21 septembre 2005, *EDP - Energias de Portugal, SA c/ Commission*, aff. T-87/05, *Rec.* 2005, II, p. 3745.

TPICE, 23 février 2006, *Cementbouw Handel & Industrie BV c/ Commission*, aff. T-282/02, *Rec.*, 2006, II, p. 319.

TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177/04, *Rec.* 2006, II, p. 1931.

TPICE, 13 juillet 2006, *Independant Music Publishers and Labels Association (« Impala ») c/ Commission*, aff. T-464/04, *Rec.* 2006, II, p. 2289.

TPICE, 14 juillet 2006, *Endesa SA c/ Commission*, aff. T-417/05, *Rec.* 2006, II, p. 2533.

TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission*, aff. T-168/01, *Rec.* 2006, II, p. 2969.

TPICE, 9 juillet 2007, *Sun Chemical Group BV, Siegwark Druckfarben AG et Flint Group Germany GmbH c/ Commission*, aff. T-282/06, *Rec.* 2007, II, p. 2149.

TPICE, 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA c/ Commission*, aff. T-351/03, *Rec.* 2007, II, p. 2237.

TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corporation et a c/ Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* 2007, II, p. 3601.

TPICE, 9 septembre 2008, *MyTravel Group plc c/ Commission*, aff. T-212/03, *Rec.* 2008, II, p. 1967.

TPICE, 19 juin 2009, *Qualcomm Wireless Business Solutions Europe BV c/ Commission*, aff. T-48/04, *Rec.*, 2009, II, p. 2029.

Trib. UE, 2 mars 2010, *Arcelor SA c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. T-16/04, *Rec.* 2010, II, p. 211.

Trib. UE, 6 juillet 2010, *Ryanair Holdings plc c/ Commission*, aff. T-342/07, *Rec.* 2010, II, p. 3457.

Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07, *Rec.* 2010, II, p. 3691.

Trib. UE, 13 septembre 2010, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. T-279/04, Rec. 2010, II, p. 185.

Trib. UE, 13 septembre 2010, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. T-452/04, Rec. 2010, II, p. 4713.

Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co Ltd c/ Commission*, aff. T-132/07, Rec. 2011, II, p. 4091.

Trib. UE, 29 mars 2012, *Telefónica, SA et Telefónica de España, SA c/ Commission*, aff. T-336/07, Rec.

Trib. UE, 27 juin 2012, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-167/08, Rec.

Trib. UE, 12 décembre 2012, *Electrabel SA c/ Commission*, aff. T-332/09, Rec.

Trib. UE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce Inc. c/ Commission*, aff. T-587/08, Rec.

Trib. UE, 14 mars 2013, *Dole Food Company Inc et Dole Germany OHG c/ Commission*, aff. T-588/08, Rec.

Trib. UE, 17 mai 2013, *Parker ITR Srl et Parker-Hannifin Corp. c/ Commission*, aff. T-146/09, Rec.

Trib. UE, 7 juin 2013, *Spar Österreichische Warenhandels AG c/ Commission*, aff. T-405/08, Rec.

Trib. UE, 11 décembre 2013, *Cisco Systems, Inc. et Messagenet SpA c/ Commission et Microsoft*, aff. T-79/12, Rec.

Trib. UE, 5 septembre 2014, *Éditions Odile Jacob SAS c/ Commission*, aff. T-471/11, Rec.

Trib. UE, 9 mars 2015, *Deutsche Börse AG c/ Commission*, aff. T-175/12, Rec.

Trib. UE, 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*, aff. T-162/10, Rec.

Trib. UE, 7 mars 2017, *United Parcel Service, Inc. c/ Commission* (« UPS »), aff. T-194/13, Rec.

Trib. UE, 26 octobre 2017, *Marine Harvest ASA c/ Commission*, aff. T-704/14, Rec.

Trib. UE, 16 mai 2018, *Deutsche Lufthansa AG c/ Commission*, aff. T-712/16, Rec.

Trib. UE, 9 octobre 2018, *1&1 Telecom GmbH c/ Commission*, aff. T-43/16, Rec.

Trib. UE, 9 octobre 2018, *Multiconnect GmbH c/ Commission*, aff. T-884/16, Rec.

Trib. UE, 9 octobre 2018, *Mass Response Service GmbH c/ Commission*, aff. T-885/16, Rec.

Trib. UE, 12 décembre 2018, *Servier SAS e.a. c/ Commission*, aff. T-691/14, Rec.

Trib. UE, 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c/ Commission*, aff. T-399/16, non encore publié au Rec.

Trib. UE, 5 octobre 2020, *HeidelbergCement and Schwenk Zement c/ Commission*, aff. T-380/17, non encore publié au *Rec.*

Ordonnances

Ordonnance du Président du TPICE, 18 mars 2008, *Aer Lingus plc c/ Commission*, aff. T-411/07, *Rec.* 2008, II, p. 411.

Trib. UE, 27 novembre 2017, ordonnance, *HeidelbergCement c/ Commission*, aff. T-902/16, *Rec.*

Trib. UE, 27 novembre 2017, ordonnance, *Schwenk c/ Commission*, aff. T-907/16, *Rec.*

III. Jurisprudence des États membres de l'Union européenne

A. Allemagne

Bundesgerichtshof, 2 décembre 1980, *Klöckner/Becorit*, aff. WuW/E 1749.

B. France

Conseil constitutionnel

Cons. constit., 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n°74-54 DC, *Rec.* p. 19, *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671.

Cons. constit., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, n°81-132 DC, *Rec.* p. 18, *JORF* du 17 janvier 1982, p. 299.

Cons. constit., 21 octobre 1988, *Ass. Nat. Val d'Oise*, n°88-1082/1117, *Rec.* p. 183, *JORF* du 25 octobre 1988, p. 13474.

Cons. constit., 16 janvier 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*, n°90-287 DC, *Rec.* p. 24, *JORF* du 18 janvier 1991, p. 924.

Cons. constit., 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, n°97-388 DC, *Rec.* p.31, *JORF* du 26 mars 1997, p. 4661.

Cons. constit., 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, n°99-424, *Rec.* p. 156, *JORF* du 31 décembre 1999, p. 19991.

Cons. constit., 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, *Rec.* p. 190, *JORF* du 24 décembre 2000, p. 20576.

Cons. constit., 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, n°2002-465 DC, *Rec.* p. 43, *JORF* du 18 janvier 2003, p. 1084.

Cons. constit., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n°2006-540 DC, *Rec.* p. 88, *JORF* du 3 août 2006, p. 11541, t. n°2.

Cons. constit., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n°2006-543 DC, *Rec.* p. 120, *JORF* du 8 décembre 2006, p. 18544, t. n° 2.

Cons. constit., 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*, n°2012-280 QPC, *Rec.* p. 529, *JORF* du 13 octobre 2012, p. 16031, t. n°49.

Cons. constit., 30 novembre 2012, *M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle]*, n°2012-285 QPC, Rec. p. 636, JORF du 1 décembre 2012, p. 18908, t. n°93.

Cons. constit. 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, n° 2013-672 DC, Rec. p. 817, JORF du 16 juin 2013 p. 9976, t. n° 2.

Cons. constit., 18 mai 2016, *Société ITM Alimentaire International SAS*, n°2016-542 QPC, JORF n° 116 du 20 mai 2016, t. n°92.

Cons. constit., 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n°2017-750 DC, JORF n°74 du 28 mars 2017, t. n°2.

Cons. constit., 20 avril 2018, *Société Fnac Darty (Pouvoirs du président de l'Autorité de la concurrence en matière d'opérations de concentration)*, n°2018-702 QPC, JORF n°0093 du 21 avril 2018, t. n° 73.

Cons. constit., 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, n°2018-768 DC, JORF n°0174 du 31 juillet 2018, t. n°64.

Conseil d'État

C.E., Ass., 14 janvier 1938, *Société des Produits Laitiers La Fleurette*, n°51704, Rec. p. 25.

C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, Rec. p. 190.

C.E., Sect., 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*, n°201853, Rec. p. 119.

C.E., Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n°207434, Rec. p. 399.

C.E., Sect., 31 mai 2000, *Sociétés Cora / Casino-Guichard-Perrachon*, n°s213161 et 213352, Rec. p. 194.

C.E., Sect., 22 novembre 2000, *Société Crédit Agricole Indosuez Chevreux*, n°207697, Rec. p. 537.

C.E., 20 décembre 2000, *Société A Conseils Finance*, n°221215, Rec. p. 638.

C.E., Sect., 6 février 2004, *Société Royal Philips Electronic et a.*, n°s249267, 252297, 252350 et 252809, Rec. p. 29.

C.E., 7 novembre 2005, *Compagnie générale des eaux*, n°271982, Rec. p. 490.

C.E., 27 juin 2007, *Société Métropole Télévision (M6)*, n°278652, Rec. p. 280.

C.E., 31 juillet 2009, *Société Fiducial Audit, Société Fiducial Expertise*, n°305903, Rec. p. 313.

C.E., avis, 4 décembre 2009, *Société Rueil Sport*, n°329173, Rec. p. 488.

C.E., ord., 26 mai 2010, *Société Mr Bricolage*, n°338596.

C.E., 23 décembre 2010, *Société Mr Bricolage et société Bric'Oléron*, n^{os}337533 et 338594, *Rec.* p. 516.

C.E., Sect., 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision (M6)*, n^o338197, *Rec.* p. 551.

C.E., Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et a.*, n^{os}317827, 317952, 318013 et 318051, *Rec.* p. 506.

C.E., 16 mai 2012, *Société GDF Suez Energie Services*, n^o325370, *Rec. Tables*.

C.E., Ass., 21 décembre 2012, *Groupe Canal Plus et société Vivendi Universal*, n^o353856, *Rec.* p. 432.

C.E., Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et a.*, n^{os}362347, 363542 et 363703, *Rec.* p. 447.

C.E., Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1)*, n^{os}363702 et 363719, *Rec.* p. 323.

C.E., 30 décembre 2015, *Société Euro Park Service*, n^o369311.

C.E., 15 avril 2016, *Castel Frères/Patriarche*, n^o375658, *Rec. tables*.

C.E., 26 juin 2017, *Société Euro Park Service*, n^o369311.

C.E., ord., 30 octobre 2017, *Société FNAC Darty*, n^o414655.

C.E., ord., 30 octobre 2017, *Société FNAC Darty*, n^o414658.

C.E., ord., 30 octobre 2017, *Société TERRADA et a.*, n^o414890.

C.E., 21 février 2018, *Office national des forêts*, n^o410678, *Rec. tables*.

C.E., 4 avril 2018, *Société Beaugrenelle Patrimoine*, n^o405343, *Rec. tables*.

C.E., 26 juillet 2018, *Société FNAC Darty*, n^o414657.

C.E., 3 avril 2020, *Société FII Co et Société B. Industries*, n^o422580, *Rec. tables*.

Cour de cassation

Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 1957, *Bull. civ. I*, n^o197.

Cass., com., 20 novembre 1962, *Bull. civ. IV*, n^o470.

Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, n^o 73-13556.

Cass., Ass. Plén., 14 mars 1997, *SPIE Batignolles et SPIE Trindel*, n^o94-15133, *Bull.* 1997, n^o3, p. 4.

Cass., 1^{ère} civ., 13 novembre 1980, *Thibault c/Aucanne MBM*, n^o79-13895, *Bull. civ. I* 1980, n^o293.

Cass., crim., 4 février 1985, *Rozenblum*, n^o84-91581, *Bull. crim.* 1985, n^o54.

Cass., 1^{ère} civ., 16 juillet 1985, n°84-13745, *Bull. civ. I*, n°224, p. 204.

Cass., com., 3 juin 1986, *Roth c/Reynaud*, n°85-12118, *Bull. civ. IV* 1986, n°116, p. 98.

Cass., com., 16 février 1988, n°86-19645, *Bull. civ. IV*, 1988, n°69, p. 48.

Cass., 3^{ème} civ., 15 décembre 1993, *Consorts Cruz*, n°91-10199, *Bull. civ. III*, N°174, p. 115.

Cass., com., 17 mai 1994, *Usinor*, n°91-21364, *Bull. civ. IV* 1994, n°183, p. 145.

Cass., 1^{ère} civ., 5 décembre 1995, n°93-19874, *Bull. civ. I*, n°452, p. 315.

Cass., com., 10 février 1998, *SA ED Le Maraîcher et autre c/ SA ED Le Maraîcher La Courneuve et autres*, n°95-21906, *Bull. civ. IV* 1998, n°71, p. 55.

Cass., com., 3 novembre 1988, *Nmaimme c/ Parreau*, n° 87-11795, *Bull. civ. IV* 1988, p. 197.

Cass., com., 15 juin 1999, *Sté immobilière Phénix*, n°97-16439, *Bull. civ. IV* 1999, n°127, p. 105.

Cass., crim., 20 juin 2000, n°99-86742, *Bull. crim.* 2000, n°237, p. 702.

Cass., com., 13 février 2001, *Sté Synergie*, n°98-21078.

Cass., com., 20 novembre 2001, *Société SACER, Société Bec Frères c/ Ministre de l'Économie*, n°99-16776 et n°99-18253, *Bull. civ. IV* 2001, n°182, p. 173.

Cass. com., 18 juin 2002, *Association Adam c/L'Amy SA*, n°99-11999, *Bull. civ. IV* 2002, n°108, p. 16.

Cass., com., 28 janvier 2003, n°01-00528, *Bull. civ. IV* 2003, n°12, p. 14.

Cass, com., 24 septembre 2003, n°01-11504, *Bull. civ. IV* 2003, n°147, p. 166.

Cass., crim., 14 octobre 2003, n°02-86376, *Bull. crim.* 2003, n°189, p. 778.

Cass., 1^{ère} civ., 12 mai 2004, *Deguisme c/ Martel*, n° 01-03909, *Bull. civ. I* 2004, n° 131, p 108.

Cass., com., 23 juin 2004, *Gamba c/ Bonnard*, n° 01-10106, *Bull. civ. IV* 2004, n°134, p. 148.

Cass., com., 23 juin 2004, *Jolbit c/ Liroy*, n°01-14275, *Bull. civ. IV* 2004, n° 135, p. 149.

Cass., com., 28 février 2006, *Association EFS – Etablissement français du sang c/ Ministre de l'économie des finances et de l'industrie*, n°05-12138, *Bull. civ. IV* 2006, n°49, p. 49.

Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n°03-19376, *Bull. n°4*, p. 13.

Cass., com., 11 juillet 2006, *SARL Bron course c/ SA TCS*, n°05-15736.

Cass., com., 10 novembre 2009, n°08-19799.

Cass., 1^{ère} civ., 1 décembre 2010, n°09-6573, *Bull. civ. I*, n°252.

Cass., com., 13 septembre 2011, n°10-19526.

Cass., com., 20 septembre 2011, *SAS Hi Trois c/ Sté Sodexho*, n°10-27186.

Cass., com., 14 mai 2013, *M. X c/ Sté Asterop*, n°11-22845, *Bull. civ. IV* 2013, n°80

Cass., com., 11 juin 2013, *Adjemian c/Arnodinot, épouse Chasserieau*, n°12-22296, *Bull. civ. IV* 2013, n°100.

Cass., com., 25 juin 2013, n°12-17037, *Bull. civ. IV* 2013, n°108.

Cass., com., 21 janvier 2014, n°12-29166, *Bull. civ. IV* 2014, n°11.

Cass., com., 3 février 2015, *T. c/ Guigon ès qual*, n°13-25749.

Cass., com., 31 mars 2015, *Sté Diderot Holding c/ P*, n°14-16339.

Cass., crim., 25 octobre 2016, n°16-80366, *Bull. crim.*

Cass., soc., 16 novembre 2016, n°14-30063, *Bull.*

Cass., com., 31 janvier 2017, n°15-19158, *Bull.*

Cass., ch. mixte, 24 février 2017, n° 15-20411, *Bull.*

Cass., crim., 28 février 2017, n°15-81469, *Bull.*

Cass., com., 26 avril 2017, n°15-12888.

Cass., 3^{ème} civ., 13 juillet 2017, n°16-17625, *Bull.*

Cass., soc., 21 septembre 2017, n° 16-20103, *Bull.*

Cass., soc., 21 septembre 2017, n°16-20104, *Bull.*

Cass., com., 31 janvier 2018, *Groupe Canal Plus et a. c/ Parabole Réunion*, n°16-21173.

Cass., com., 27 juin 2018, n°16-14097.

Cass., soc., 21 novembre 2018, n°16-27690, *Bull.*

Cass., 3^{ème} civ., 6 décembre 2018, nos. 17-21171 et 17-21170.

Cass., 3^{ème} civ., 6 décembre 2018, 17-23321, *Bull.*

Cass., 3^{ème} civ., 24 janvier 2019, n°17-25793, *Bull.*

Cass., com., 22 mai 2019, n°17-13565, *Bull.*

Cass., 3^{ème} civ., 17 octobre 2019, n°19-40028, *Bull.*

Cass., com., 7 octobre 2020, n°19-14755, *Bull.*

Cours d'appel et tribunaux de première instance

CA Paris, 6 juillet 2004, *Sté Civile Consultants Associés c/ Sté Harrison et Wolf*.

CA Paris, 3 juin 2016, *Groupe Canal Plus et a. c/ SA parabole Réunion, Mediacom Ltd. et RTPS*, RG n°14/2291.

Tribunal correctionnel de Paris, 16 mai 1974, *Gaz. Pal.*, décembre 1974, 15/17.

C. Royaume-Uni

Supreme Court

Court of King's Bench, 1711, *Mitchel v. Reynolds*, 24 Eng. Rep. 347.

Supreme Court, 16 décembre 2015, *Société Coopérative de Production SeaFrance SA v. The Competition and Markets Authority and another*, [2015] UKSC 75.

Court of appeal

Court of appeal, 1875, *Printing and Numerical Registering Co v. Sampson*, 19 Eq 462.

Court of appeal, 1983, *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd*, QB 284.

Court of appeal, 13 décembre 2012, *Ryanair Holdings plc v. Competition Commission and Aer Lingus Group plc*, [2012] EWCA Civ 1632.

Court of appeal, 14 avril 2014, *Akzo Nobel NV v Competition Commission & ORS*, [2014] EWCA Civ 482.

Court of appeal, 12 février 2015, *Ryanair Holdings PLC v Competition and Markets Authority and Aer Lingus Group Plc*, [2015] EWCA Civ 83.

England and Wales Competition Appeals Tribunal

England and Wales Competition Appeals Tribunal, 21 juin 2013, *Akzo Nobel NV v. Competition Commission*, n°1204/4/8/13.

England and Wales Competition Appeal Tribunal, 4 décembre 2013, *Groupe Eurotunnel DA v. Competition Commission*, [2013] CAT 30.

England and Wales Competition Appeal Tribunal, 7 mars 2014, *Ryanair Holdings PLC v. Competition Commission and Aer Lingus Group Plc*, n°1219/4/8/13.

England and Wales Competition Appeal Tribunal, 15 juillet 2015, *Ryanair Holdings plc v. Competition and Markets Authority and Aer Lingus Group Plc*, [2015] CAT 14.

IV. Pratique décisionnelle

A. Competition Bureau (Canada)

Competition Bureau, 26 juillet 2012, « Competition Bureau statement regarding United Technology's Corporation's acquisition of Goodrich Corporation », communiqué de presse.

B. Federal Trade Commission et Department of Justice (États-Unis)

FTC, 30 avril 1962, *Foremost Dairies, Inc.*, 60 F.T.C. 944, 1102.

FTC, 1^{er} juillet 1997, *Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation*, n°971-0051.

U.S. DoJ, 20 mai 1999, « F. Hoffmann-La Roche and BASF agree to pay record criminal fines for participating in international vitamin cartel », communiqué de presse, 99-196.

FTC, 29 mars 2010, *Cisco Systems, Inc./Tandberg ASA*, aff. 20200070.

U.S. DoJ, 29 mars 2010, « Justice Department Will Not Challenge Cisco's Acquisition of Tandberg », communiqué de presse.

U.S. DoJ, 31 août 2011, *United States of America v. AT&T Inc. and T-Mobile and Deutsche Telekom*, n° 1 :11-CV-01S60.

U.S. DoJ, 26 juillet 2012, « Justice Department Requires Divestitures in Order for United Technologies Corporation to Proceed with Its Acquisition of Goodrich Corporation », communiqué de presse.

FTC, 22 août 2012, « FTC Closes Its Investigation Into Facebook's Proposed Acquisition of Instagram Photo Sharing Program », communiqué de presse.

FTC, 2 décembre 2015, *Shire plc ; Dyax Corp.*, n°20160333.

FTC, 3 janvier 2017, *Abbott Laboratories and St. Jude Medical*, aff. 1610126.

FTC, 16 juin 2017, *China National Chemical Corporation et al.*, aff. 1610093.

FTC, 27 avril 2020, *Facebook Inc.*, C-4365.

C. Commission européenne

Commission, 22 décembre 1970, *décision relative au régime communautaire des interventions des États membres en faveur de l'industrie houillère*, aff. n°3/71/CECA, JOCE L3, 5 janvier 1971, p. 7-14.

Commission, 9 décembre 1971, *Continental Can Company*, aff. IV/26 811, JOCE L7, 8 janvier 1972, p. 25.

Commission, 14 décembre 1972, *Zoja/CSC - ICI*, aff. IV/26 911, JOCE L299, 31 décembre 1972, p. 51.

Commission, 20 décembre 1974, *SHV/Chevron*, aff. IV/C/26872, JOCE L38, 12 février 1975, p. 14.

Commission, 9 juin 1976, *Vitamines*, aff. IV/20.020, JOCE L223, 16 août 1976, p. 27.

Commission, 17 août 1988, *Irish Distillers Group c/ GC & C Brands Ltd*, communiqué de presse, IP/88/512.

Commission, 19 février 1991, *Screensport/Membres de l'UER*, aff. IV/32.524, JOCE L63, 9 mars 1991, p. 32.

Commission, 7 mars 1991, *Kyowa/Saitama*, aff. M.69, JOCE C66, 14 mars 1991, p. 13.

Commission, 30 mai 1991, *Conagra/Idea*, aff. M.10, JOCE C175, 6 juillet 1991, p. 18.

Commission, 24 juin 1991, *Péchiney/Usinor*, aff. M.97, JOCE C175, 6 juillet 1991, p. 18.

Commission, 30 juillet 1991, *Eridania/Isi*, aff. M.62, JOCE C204, 3 août 1991, p. 12.

Commission, 31 juillet 1991, *Varta/Bösch*, aff. M.12, JOCE L320, 22 novembre 91, p. 26.

Commission, 2 octobre 1991, *Aérospatiale/Alenia/De Havilland*, aff. M.53, JOCE L334, 2 octobre 1991, p. 42.

Commission, 27 novembre 1991, *Cereol/Continental Italiana*, aff. M.156, JOCE C7, 11 novembre 1992, p. 7.

Commission, 2 décembre 1991, *TNT/GD Net*, aff. M.102, JOCE C322, 13 décembre 1991, p. 19.

Commission, 18 décembre 1991, *Alcatel/AEG Kabel*, aff. M.165, JOCE C6, 10 janvier 1992, p. 23.

Commission, 19 décembre 1991, *Mediobanca/Generali*, aff. M.159, JOCE C334, 28 décembre 1991, p. 23.

Commission, 17 février 1992, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, aff. IV/31.370 et 31.446, JOCE L68, 13 mars 1992, p. 19.

Commission, 2 mars 1992, *Ifint/Exor*, aff. M.187, JOCE C88, 9 avril 1992, p. 13.

Commission, 28 avril 1992, *Accor/Wagons-Lits*, aff. M.126, JOCE L204, 21 juillet 1992, p. 1.

Commission, 30 avril 1992, *Solvay/Laporte*, aff. M.197, JOCE C165, 2 juillet 1992, p. 26.

Commission, 22 juillet 1992, *Nestlé/Perrier*, aff. M.190, JOCE L356, 5 décembre 1992, p. 1.

Commission, 10 août 1992, *Rhône-Poulenc/SNIA*, aff. M.206, JOCE C212, 18 août 1992, p. 23.

Commission, 25 septembre 1992, *CCIE/GTE*, aff. M.258, JOCE C258, 7 octobre 1992, p. 10.

Commission, 23 décembre 1992, *Ford/Volkswagen*, aff. IV/33.814, JOCE L20, 28 janvier 1993, p. 14.

Commission, 22 février 1993, *CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson*, aff. M.216, JOCE C68, 11 mars 1993, p. 5.

Commission, 15 mars 1993, *Sanofi/Yves Saint-Laurent*, aff. M.312, JOCE C89, 31 mars 1993, p. 3.

Commission, 19 mai 1993, *IBM France / CGI*, aff. M.336, JOCE C151, 2 juin 1993, p. 5.

Commission, 3 août 1993, *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*, aff. M.343, JOCE C225, 20 août 1993, p. 2.

Commission, 8 septembre 1993, *Rhône Poulenc/SNIA II*, aff. M.355, JOCE C272, 8 octobre 1993, p. 6.

Commission, 14 décembre 1993, *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, aff. M.308, JOCE L186, 21 juillet 1994, p. 38.

Commission, 7 mars 1994, *Ford/Hertz*, aff. M.397, JOCE C121, 3 mai 1994, p. 4.

Commission, 25 avril 1994, *AGF/La Union y El Fenix*, aff. M.403, JOCE C155, 7 juin 1994, p. 7.

Commission, 9 juin 1994, *Avesta (II)*, aff. M.452, JOCE C179, 1^{er} juillet 1994, p. 7.

Commission, 13 juillet 1994, *Carton*, aff. IV/C/33.833, JOCE L243, 19 septembre 1994, p. 1.

Commission, 20 juillet 1994, *Pechiney World Trade/Minemet*, aff. M.473, JOCE C212, 3 août 1994, p. 3.

Commission, 29 août 1994, *Gencor/Shell*, aff. M.470, JOCE C271, 29 septembre 1994, p. 3.

Commission, 1^{er} septembre 1994, *Tractebel/Distrigaz II*, aff. M.493, JOCE C249, 7 septembre 1994, p. 3.

Conseil et Commission, 10 avril 1995, *Décision relative à la conclusion de l'accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, JOCE L95, 27 avril 1995, p. 47.

Commission, 23 août 1995, *Nordic Capital/transpool*, aff. M.625, JOCE C243, 20 septembre 1995, p. 5.

Commission, 7 décembre 1995, *RTZ/CRA*, aff. M.660, JOCE C22, 26 janvier 1996, p. 10.

Commission, 27 mars 1996, *Lockheed Martin/ Loral Corporation*, aff. M.697, JOCE C 314, 24 octobre 1996, p. 9.

Commission, 24 avril 1996, *Gencor/Lonrho*, aff. M.619, JOCE L11, 14 janvier 1997, p. 30.

Commission, 10 juillet 1996, *RTL/Veronica/Endemol('HMG')*, aff. M.553, JOCE L294, 19 novembre 1996, p. 14.

Commission, 18 décembre 1996, *Textron/Kautex*, aff. M.861, JOCE C110, 9 avril 1997, p. 8.

Commission, 19 février 1997, *Kesko/Tuko*, aff. M.784, JOCE L174, 2 juillet 1997, p. 47.

Commission, 5 juin 1997, *Lyonnaise des eaux/Suez*, aff. M.916.

Commission, 26 juin 1997, *Blokker/Toys « R » Us*, aff. M.890, JOCE L316, 25 novembre 1998, p. 1.

Commission, 9 juillet 1997, *UBS/Mister Minit*, aff. M.940, JOCE C232, 31 juillet 1997, p. 5.

Commission, 30 juillet 1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, aff. M.877, JOCE L336, 8 décembre 1997, p. 16.

Commission, 19 septembre 1997, *L'Oréal/Procasa/Cosmetique Iberica/Albesa*, aff. M.957, JOCE C374, 10 décembre 1997, p. 4.

Commission, 22 septembre 1997, *KLM/Air UK*, aff. M.967, JOCE C372, 9 décembre 1997, p. 20.

Commission, 5 décembre 1997, *Ameritech/Tele Danmark*, aff. M.1046, JOCE C25, 24 janvier 1998, p. 18.

Commission, 21 janvier 1998, *Extra d'alliage*, aff. IV/35.814, JOCE L100, 1^{er} avril 1998, p. 55.

Commission, 20 mai 1998, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, aff. M.1016, JOCE L50, 26 février 1999, p. 27.

Commission, 2 juin 1998, *Neste/IVO*, aff. M.931, JOCE C218, 14 juillet 1998, p. 4.

Commission, 22 juillet 1998, *Daimler-Benz/Chrysler*, aff. M.1204, JOCE C252, 11 août 1998, p. 8.

Commission, 11 novembre 1998, *Skanska/Scancem*, aff. M.1157, JOCE L183, 16 juillet 1999, p. 1.

Commission, 14 juillet 1999, *Virgin-British Airways*, aff. IV/D-2/34.780, JOCE L30, 4 février 2000, p. 1.

Commission, 4 février 1999, *Nordic Capital/Hilding Anders*, aff. M.1357, JOCE C62, 4 mars 1999, p. 8.

Commission, 6 mai 1999, *Kuoni/First Choice*, aff. M.1502, JOCE C139, 19 mai 1999, p. 3.

Commission, 12 mai 1999, *Renault/Nissan*, aff. M.1519, JOCE C178, 23 juin 1999, p. 14.

Commission, 17 mai 1999, *Sanofi/Synthelabo*, aff. M.1397, JOCE C23, 27 janvier 2000, p. 4.

Commission, 9 août 1999, *Hoescht/Rhône Poulenc*, aff. M.1378, JOCE C254, 7 septembre 1999, p. 5.

Commission, 22 septembre 1999, *Airtours/First Choice*, aff. M.1524, JOCE L93, 13 avril 2000, p. 1.

Commission, 29 septembre 1999, *Exxon/Mobil*, aff. M.1383, JOUE L103, 7 avril 2004, p. 1.

Commission, 18 janvier 2000, *Air Liquide/BOC*, aff. M.1630, JOUE L92, 30 mars 2004, p. 1.

Commission, 14 mars 2000, *Volvo/Scania*, aff. M.1672, JOCE L143, 29 mai 2001, p. 74.

Commission, 21 mars 2000, *BskyB/KirchPayTV*, aff. COMP/JV.37.

Commission, 13 juin 2000, *Veba/Viag*, aff. M.1673, JOCE L188, 10 juillet 2001, p. 1.

Commission, 22 juin 2000, *Canal+/Lagardère*, aff. COMP/JV40 et *Canal+/Lagardère/Liberty Media*, aff. JV47, JOCE C2, 5 janvier 2001, p. 2.

Commission, 10 juillet 2000, *Canal+/Lagardère/Canalsatellite*, aff. JV40 et *Canal+/Lagardère/Liberty Media*, aff. JV47.

Commission, 12 juillet 2000, *Industri Kapital (Nordkem)/Dyno*, aff. M.1813, JOCE L154, 9 juin 2001, p. 41.

Commission, 19 juillet 2000, *Pirelli/BICC*, aff. M.1882, JOUE L70, 14 mars 2003, p. 35.

Commission, 26 juillet 2000, *AstraZeneca/Novartis*, aff. M.1806, JOCE L110, 16 avril 2004, p. 1.

Commission, 1^{er} septembre 2000, *Volvo/Renault V.I.*, aff. M.1980, JOCE C301, 21 octobre 2000, p. 23.

Commission, 13 octobre 2000, *Vivendi/Canal +/Seagram*, aff. M.2050, JOCE C311, 13 octobre 2000, p. 3.

Commission, 13 décembre 2000, *Carbonate de soude – ICI*, aff. COMP/33.133, JOCE L10, 5 janvier 2003, p. 1.

Commission, 12 janvier 2001, *Bosch/Rexroth*, aff. M.2060, JOUE L043, 13 février 2004, p. 1.

Commission, 7 février 2001, *EDF/EnBW*, aff. M.1853, JOCE L59, 28 février 2002, p. 1.

Commission, 28 février 2001, *Chevron/Texaco*, aff. M.2208, JOCE C128, 28 avril 2001, p. 2.

Commission, 3 juillet 2001, *General Electric/Honeywell*, aff. M.2220, JOUE L48, 18 février 2004, p. 1.

Commission, 20 septembre 2001, *Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Itali*, aff. M.2574, JOCE C325, 21 novembre 2001, p. 13.

Commission, 24 septembre 2001, *Cendant/Galileo*, aff. M.2510, JOCE C321, 16 novembre 2001, p. 8.

Commission, 2 octobre 2001, *Gluconate de sodium*, aff. COMP/E-1/36.756.

Commission, 10 octobre 2001, *Schneider-Legrand*, aff. M.2283, JOUE L101, 6 avril 2004, p. 1.

Commission, 17 octobre 2001, *CVC/Lenzing*, aff. M.2187, JOUE L82, 19 mars 2004, p. 20.

Commission, 30 octobre 2001, *Tetra Laval/Sidel*, aff. M.2416, JOUE L43, 13 février 2004, p. 13.

Commission, 11 décembre 2001, *Gerling/NCM*, aff. M.2602, JOCE C35, 8 février 2002, p. 3.

Commission, 8 janvier 2002, *SEB/Moulinex*, aff. M.2621.

Commission, 30 janvier 2002, *Schneider-Legrand*, aff. M.2283, JOUE L101, 6 avril 2004, p. 134.

Commission, 30 janvier 2002, *Tetra Laval/Sidel*, aff. M.2416, JOUE L38, 10 février 2004, p. 1.

Commission, 11 février 2002, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots*, aff. M.2632, JOCE C81, 4 avril 2002, p.18.

Commission, 19 mars 2002, *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*, aff. M.2684, JOCE C114, 15 mai 2002, p. 23.

Commission, 7 mai 2002, *RAG/Saarbergwerke/Preussag Anthrazit II*, aff. COMP/CECA.1350, JOCE C12, 17 janvier 2003, p. 20.

Commission, 18 juin 2002, *Publicis/BCOM3*, aff. M.2785, JOCE C163, 9 juillet 2002, p. 6.

Commission, 26 juin 2002, *Haniel/Cementbouw/JV (CVK)*, aff. M.2650, JOUE L282, 30 octobre 2003, p. 1, rectifié par JOUE L285, 1^{er} novembre 2003, p. 52.

Commission, 27 août 2002, *Ernst & Young/Andersen Germany*, aff. M.2824, JOCE C246, 12 octobre 2002, p. 21.

Commission, 13 janvier 2003, « Commission clears acquisition of Sidel by Tetra Laval Group », Communiqué de presse, IP/03/36.

Commission, 2 avril 2003, *Newscorp/Telepiù*, aff. M.2876, JOUE L110, 16 avril 2004, p. 73.

Commission, 30 avril 2003, *Siemens/Drägerwerk/JV*, aff. M.2861, JOCE L291, 8 novembre 2003, p. 1.

Commission, 11 novembre 2003, *SEB/Moulinex*, aff. M.2621, JOUE L138, 1^{er} juin 2005, p. 18.

Commission, 18 novembre 2003, *MCI Worldcom/Sprint*, aff. M.1741, JOUE L300, 18 novembre 2003, p. 1.

Commission, 20 novembre 2003, *Shell/BEB*, aff. M.3293, JOUE C1, 6 janvier 2004, p. 7.

Commission, 20 novembre 2003, *ExxonMobil/BEB*, aff. M.3294, JOUE C8, 13 janvier 2004, p. 7.

Commission, 7 janvier 2004, *Lagardère/Natexis/VUP*, aff. M.2978, JOUE L124, 28 avril 2004, p. 54.

Commission, 30 janvier 2004, *Hoescht/Rhône Poulenc*, aff. M.1378, JOUE C42, 18 février 2004, p. 22.

Commission, 12 mars 2004, *RTL/M6*, aff. M.3330, JOCE C95, 20 avril 2004, p. 35.

Commission, 24 mars 2004, *Microsoft*, aff. M.37 792, JOUE L32, 6 février 2007, p. 23.

Commission, 19 juillet 2004, *Sony/BMG*, aff. M.3333, JOUE L62, 9 mars 2005, p. 30.

Commission, 6 octobre 2004, *Areva/Urenco/ETC JV*, aff. M.3099, JOUE L61, 2 mars 2006, p. 11.

Commission, 8 octobre 2004, *Total/Gaz de France*, aff. M.3410, JOUE C4, 7 janvier 2005, p. 3.

Commission, 28 avril 2005, *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio*, aff. M.3680, JOUE C139, 8 juin 2005, p. 37.

Commission, 22 juin 2005, *Coca-Cola*, aff. COMP/A.39.116/B2, JOUE L253, 29 juin 2005, p. 21.

Commission, 13 juillet 2005, *Bombardier/ADtranz*, aff. M.2139.

Commission, 13 juillet 2005, *Siemens/Va Tech*, aff. M.3653, JOUE L353, 13 décembre 2006, p. 19.

Commission, 20 juillet 2005, *Lehman Brothers/SCG /Sterwood/Le Meridien*, aff. M.3858, JOUE C203, 19 août 2005, p. 3.

Commission, 21 décembre 2005, *E.ON/MOL*, aff. M.3696, JOUE L253, 16 septembre 2006, p. 20.

Commission, 22 décembre 2005, *Vattenfall / Elsam and E2 Assets*, aff. M.3867, JOUE C184, 8 août 2006, p. 8.

Commission, 13 février 2006, *Arcelor/OYAK/Erdemir*, aff. M.4085, JOCE C102, 28 avril 2006, p. 12.

Commission, 14 mars 2006, *DONG/Elsam/Energi E2*, aff. M.3868, JOUE L133, 25 mai 2007, p. 24.

Commission, 11 avril 2006, *Abbott/Guidant*, M.4150, JOUE C256, 24 octobre 2006, p.15.

Commission, 12 juin 2006, *Sonae Industria/Tarkett*, aff. M.4048, JOUE C187, 10 août 2006, p. 18.

Commission, 19 septembre 2006, *Toshiba/Westinghouse*, JOUE C10, 16 janvier 2007, p. 1.

Commission, 10 mai 2007, *JCI/FIAMM*, aff. M.4381, JOUE C241, 8 octobre 2009, p. 12.

Commission, 27 juin 2007, *Ryan Air/Aer Lingus*, aff. M.4439, JOUE C47, 20 février 2008, p. 6.

Commission, 12 septembre 2007, *Amadeus/Sabre/JV*, aff. M.4760, JOUE C263, 6 novembre 2007, p. 1.

Commission, 24 septembre 2007, *DSB/First/Öresundstag*, aff. M.4806, JOUE C314, 22 décembre 2007, p. 23.

Commission, 11 octobre 2007, *Ryan Air/Aer Lingus*, aff. M.4439.

Commission, 28 novembre 2007, *Yara/Praxair/JV*, aff. M.4823, JOUE C310, 20 décembre 2007, p. 1.

Commission, 20 décembre 2007, *MAN/Scania*, aff. M.4336, JOUE C100, 4 mai 2007, p. 3.

Commission, 27 février 2008, *Microsoft*, aff. 37.792, JOUE C166, 18 juillet 2009, p. 20.

Commission, 11 mars 2008, *Google/DoubleClick*, aff. M.4731, JOUE C184, 22 juillet 2008, p. 10.

Commission, 14 mai 2008, *TomTom/Tele Atlas*, aff. M.4854, JOUE C237, 16 septembre 2008, p. 8.

Commission, 23 juin 2008, *REWE/Adeg*, aff. M.5047, JOUE C177, 12 juillet 2008, p. 6.

Commission, 2 juillet 2008, *Nokia/Navteq*, aff. M.4942, JOUE C13, 20 janvier 2009, p. 8.

Commission, 6 août 2008, *Delta Airlines/Northwest Airlines*, aff. M.5181, JOUE C281, 5 novembre 2008, p. 3.

Commission, 15 octobre 2008, *Bananes*, aff. COMP/39.188, JOUE C189, 12 août 2009, p. 12.

Commission, 25 novembre 2008, *RCA/MAV Cargo*, aff. M.5096, JOUE C29, 5 février 2009, p. 4.

Commission, 25 novembre 2008, *Ericsson/STM/JV*, aff. M.5332, JOUE C14, 21 janvier 2009, p. 3.

Commission, 23 janvier 2009, *Ryanair/Aer Lingus II*, aff. M.5434, JOUE C14, 21 janvier 2009, p. 10.

Commission, 13 mars 2009, *IPIC/Man Ferrostaal AG*, aff. M.5406, JOUE C114, 19 mai 2009, p. 8.

Commission, 14 mai 2009, *Lonza/Teva/JV*, aff. M.5479, JOUE C9, 15 janvier 2010, p. 4.

Commission, 10 juin 2009 :

- *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, aff. M.4994.
- « Mergers: Commission fines Electrabel 20 million euros for acquiring control of Compagnie Nationale du Rhône without prior Commission approval », Communiqué de presse, IP/09/895.

Commission, 28 août 2009, *Lufthansa/Austrian Airlines*, aff. M.5440, JOUE C16, 22 janvier 2010, p. 11.

Commission, 29 octobre 2009, *SNCF-P/CDPQ/Keolis/Effia*, aff. M.5557.

Commission, 16 décembre 2009, *Microsoft II*, aff. COMP/39.530, JOUE, C36, 13 février 2010, p. 7.

Commission, 21 janvier 2010, *Oracle/Sun Microsystems*, aff. M.5529, JOUE C91, 9 avril 2010, p. 7.

Commission, 18 février 2010, *Microsoft/Yahoo ! Search Business*, aff. M.5727.

Commission, 29 mars 2010 :

- *Cisco/Tandberg*, aff. M.5669.
- « Mergers: Commission clears Cisco's proposed acquisition of Tandberg subject to conditions », communiqué de presse, IP/10/377.

Commission, 17 juin 2010, *Cathay Pacific Airways/Air China/ACC*, aff. M.5841, JOUE C208, 31 juillet 2010, p. 3.

Commission, 17 juin 2010, *SNCF/LCR/Eurostar*, aff. M.5655, JOUE C272, 8 octobre 2010, p. 2.

Commission, 28 octobre 2010, *EADS DS/Atlas/JV*, aff. M.5936, JOUE C312, 17 novembre 2010, p. 10.

Commission, 3 novembre 2010, *News Corp/BSkyB*, aff. M.5932, JOUE C37, 5 février 2011, p. 5.

Commission, 26 janvier 2011, *Intel/McAfee*, aff. M.5984, JOUE C98, 30 mars 2011, p. 1.

Commission, 26 janvier 2011, *Olympic/Aegan Airlines*, aff. M.5830, JOUE C195, 30 juillet 2012, p. 11.

Commission, 3 mai 2011, *Hoffman-La Roche/Boehringer Mannheim*, aff. M.950, JOUE C189, 29 juin 2011, p. 31.

Commission, 30 août 2011, *Hochtief/Geosea/Beluga Hochtief Offshore JV*, aff. M.6315, JOUE C297, 8 octobre 2011, p. 1.

Commission, 7 octobre 2011, *Microsoft/Skype*, aff. M.6281, JOUE C341, 22 novembre 2011, p. 3.

Commission, 1^{er} février 2012 :

- *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, aff. M.6166.
- « Concentrations: la Commission interdit le projet de concentration entre Deutsche Börse et NYSE Euronext », Communiqué de presse, IP/12/94.

Commission, 16 juillet 2012, *EADS/Israel Aerospace Industries/JV*, aff. M.6490, JOUE C286, 22 septembre 2012, p. 6.

Commission, 26 juillet 2012, *UTC/Goodrich*, aff. M.6410, JOUE C388, 21 novembre 2015, p. 7.

Commission, 7 novembre 2012, *Outokumpu/Inoxum*, aff. M.6471, JOUE C312, p. 11.

Commission, 22 novembre 2012, *Glencore/Xstrata*, aff. M.6541, JOUE C109, 11 avril 2014, p. 1.

Commission, 30 janvier 2013, *UPS/TNT Express*, aff. M.6570, JOUE C137, 7 mai 2014, p. 8.

Commission, 27 février 2013, *Ryanair/Aer Lingus III*, aff. M.6663, JOUE C216, 30 juillet 2013, p. 22.

Commission, 6 mars 2013, *Microsoft II*, aff. COMP/39.530, JOUE C 120, 26 avril 2013, p. 6.

Commission, 8 mars 2013, *Rosneft/TNK-BP*, aff. M.6801, JOUE C107, 13 avril 2013, p. 1.

Commission, 29 avril 2013, *Aegon/Santander/Santander Vida/Santander Generales*, aff. M.6848, JOUE C187, 29 juin 2013, p. 6.

Commission, 23 mai 2013, *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*, aff. COMP/AT.39595, JOUE C201, 13 juillet 2013, p. 8.

Commission, 14 juin 2013, *Time Warner/CME*, aff. M.6866, JOUE C211, 25 juillet 2013, p. 1.

Commission, 5 août 2013, *US Airways/American Airlines*, aff. M.6607, JOUE C279, 27 septembre 2013, p. 6.

Commission, 9 octobre 2013, *Aegan/Olympic II*, aff. M.6796, JOUE C25, 24 janvier 2015, p. 7.

Commission, 26 novembre 2013, *Thermo Fischer Scientific/Life Technologies*, aff. M.6944, JOUE C150, 17 mai 2014, p. 1.

Commission, 29 novembre 2013, *Blackstone/Cambourne/Goldman Sachs/Rothesay*, aff. M.7044, JOUE C373, 20 décembre 2013, p. 19.

Commission, 4 décembre 2013 :

- *Microsoft/Nokia*, aff. M.7047, JOUE C44, 15 février 2014, p. 1.
- « Mergers: Commission clears acquisition of Nokia's mobile device business by Microsoft », Communiqué de presse, IP/13/1210.

Commission, 5 décembre 2013, *General Electric/Agfa Ndt*, aff. M.3136, JOUE C66, 16 mars 2004, p. 4.

Commission, 26 juin 2014, *Lenovo/Motorola Mobility*, aff. M.7202, JOUE C260, 9 août 2014, p. 5.

Commission, 23 juillet 2014, *Marine Harvest/Morpol*, aff. M.7184, JOUE C455, 18 décembre 2014, p. 5.

Commission, 19 septembre 2014, *SNCF/SNCB/Thalys JV*, aff. M.7011, JOUE C436, 5 décembre 2014, p. 1.

Commission, 3 octobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.7217, JOUE C417, 21 novembre 2014, p. 4.

Commission, 13 octobre 2014, *Nordbanken/Postgirot*, aff. M.2567.

Commission, 26 novembre 2014, *Airbus/Safran/JV*, aff. M.7353, JOUE C210, 26 juin 2015, p. 1.

Commission, 15 décembre 2014, *Holcim/Lafarge*, aff. M.7252, JOUE C77, 5 mars 2015, p. 1.

Commission, 28 janvier 2015, *Glaxosmithkline/ Novartis Vaccines Business / Novartis Consumer Health Business*, aff. M.7276, JOUE C152, 8 mai 2015, p. 1.

Commission, 31 mars 2015, *Holtzbrinck Publishing Group/Springer Science+Business Media GP Acquisition SCA/JV*, aff. M.7476, JOUE C145, 1^{er} mai 2015, p. 1.

Commission, 21 mai 2015, *Knorr Bremse/Vossloh*, aff. M.7538, JOUE C219, 17 juin 2016, p. 1.

Commission, 8 septembre 2015, *General Electric/Alstom (thermal power – renewable power & grid business)*, aff. M.7278.

Commission, 9 septembre 2015, *Bpifrance/Springwater/Delion France*, aff. M.7731, JOUE C306, 17 septembre 2015, p. 2.

Commission, 2 décembre 2015, *Solvay/Cytec*, aff. M.7777, JOUE C26, 23 janvier 2016, p. 1.

Commission, 21 décembre 2015, *Honeywell/Elster*, aff. M.7737, JOUE C119, 5 avril 2016, p. 2.

Commission, 20 juillet 2016, *ASL/Arianespace*, aff. M.7724, JOUE C438, 19 décembre 2017, p. 31.

Commission, 22 avril 2016, *Honeywell/Elster*, aff. M.7737.

Commission, 26 mai 2016, *HeidelbergCement/Italcementi*, aff. M.7744, JOUE C337, 7 octobre 2017, p. 2.

Commission, 28 mai 2016, *Hutchinson 3G UK/Telefonica UK*, aff. M.7612, JOUE C357, 29 septembre 2013, p. 15.

Commission, 30 mai 2016, *Avril/Bpifrance/BPT Israel/Evertree*, aff. M.8007, JOUE C227, 23 juin 2016, p. 1.

Commission, 20 juillet 2016, *ASL/Arianespace*, aff. M.7724, JOUE C438, 19 décembre 2017, p. 31.

Commission, 9 novembre 2016, *Boehringer Ingelheim/Sanofi Animal Health Business*, aff. M.7917, JOUE C146, 11 mai 2017, p. 1.

Commission, 22 novembre 2016, *FMC Technologies/Technip*, aff. M.8132, JOUE C9, 12 janvier 2017, p. 1.

Commission, 23 novembre 2016, *Abbott Laboratories/ St Jude Medical*, aff. M.8060, JOUE C47, 14 février 2017, p. 2.

Commission, 6 décembre 2016 :

- *Microsoft/LinkedIn*, aff. M.8124.
- « Mergers: Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions », Communiqué de presse, IP/16/4284.

Commission, 22 décembre 2016, *Abbott Laboratories/ St Jude Medical*, aff. M.8060.

Commission, 27 mars 2017, *Dow/Dupont*, aff. M.7932, JOUE C353, 20 octobre 2017, p. 9.

Commission, 29 mars 2017, *Deutsche Börse/ London Stock Exchange Group*, aff. M.7995, JOUE C 240, 25 juillet 2017, p. 7.

Commission, 5 avril 2017, *HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia*, aff. M.7878, JOUE C440, 21 décembre 2017, p. 11.

Commission, 5 avril 2017, *ChemChina/Syngenta*, aff. M.7962, JOUE C186, 10 juin 2017, p. 8.

Commission, 19 avril 2017, *Rolls-Royce/ITP*, M.8242, JOUE C220, 8 juillet 2017, p. 53.

Commission, 24 avril 2017, *Bolloré/Vivendi*, aff. M.8392, JOUE C177, 3 juin 2017, p. 1.

Commission, 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M.8228, JOUE C286, 30 août 2017, p. 6.

Commission, 30 mai 2017, *Vivendi/Telecom Italia*, aff. M.8465, JOUE C220, 8 juillet 2017, p. 53.

Commission, 9 juin 2017, *J&J/Actelion*, M.8401, JOUE C281, 25 août 2017, p. 1.

Commission, 27 juin 2017, *Google Search (Shopping)*, aff. AT. 39740.

Commission, 18 janvier 2018, *Qualcomm/NXP Semiconductors*, aff. M.8306, JOUE C113, 27 mars 2018, p. 79.

Commission, 15 mars 2018, *ChemChina/Syngenta*, aff. M.7962.

Commission, 21 mars 2018 :

- *Bayer/Monsanto*, aff. M.8084, JOUE C459, 20 décembre 2018, p. 10.
- « Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, le rachat de Monsanto par Bayer », Communiqué de presse, IP/18/2282.

Commission, 11 avril 2018, *Bayer/Monsanto*, aff. M.8084.

Commission, 24 avril 2018, *Altice/PT Portugal*, aff. M.7993.

Commission, 30 avril 2018, « Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, l'acquisition de certaines parties des activités de Bayer Crop Science par BASF », Communiqué de presse, IP/18/3622.

Commission, 30 avril 2018 :

- *BASF/Bayer Divestment Business*, aff. M.8851.
- « Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, l'acquisition de certaines parties des activités de Bayer Crop Science par BASF », Communiqué de presse, IP/18/3622.

Commission, 30 avril 2018, *US Airways/American Airlines*, aff. M.6607.

Commission, 18 juillet 2018, *Google Android*, aff. AT. 40099.

Commission, 12 octobre 2018, *Vallourec Tubes/Groupe Bpifrance/Vallourec Umbilicals*, aff. M.9096, *JOUE C380*, 22 octobre 2018, p. 1.

Commission, 24 juillet 2018 :

- *Asus*, aff. AT.40465.
- *Denon & Marantz*, aff. AT. 40469.
- *Philips*, aff. AT. 40181.
- *Pioneer*, aff. AT. 40182.
- « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige des amendes à quatre fabricants d'électronique grand public pour fixation des prix de revente en ligne », communiqué de presse, IP/18/460.

Commission, 4 septembre 2018, *Vivendi/Telecom Italia*, aff. M.8465.

Commission, 6 septembre 2018 :

- *Apple/Shazam*, aff. M.8788, *JOUE C417*, 16 novembre 2018, p. 4.
- « Concentrations: la Commission autorise le rachat de Shazam par Apple », Communiqué de presse, IP/18/5662.

Commission, 11 décembre 2018, *Thales/Gemalto*, aff. M.8797.

Commission, 19 décembre 2018, *Praxair/Linde*, aff. M.8480.

Commission, 5 février 2019, *Wieland/Aurubis Rolled Products/Schwermetall*, aff. M.8900.

Commission, 6 février 2019, *Air France/KLM*, aff. M.3280.

Commission, 6 février 2019, *Siemens/Alstom*, aff. M.8677, *JOUE C300*, 5 septembre 2019, p. 14.

Commission, 20 mars 2019:

- *Google Search (AdSense)*, aff. AT. 40411.
- « Antitrust: la Commission inflige une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne », communiqué de presse, IP/19/1770.

Commission, 8 avril 2019 :

- *General Electric Company/LM Wind Power Holding*, aff. M.8436.
- « Mergers: Commission fines General Electric €52 million for providing incorrect information in LM Wind takeover », communiqué de presse IP/19/2049.

Commission, 11 juin 2019, *Tata Steel/Thyssenkrupp/JV*, aff. M.8713.

Commission, 27 juin 2019 :

- *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, aff. M.8179.
- « Mergers : Commission fines Canon €28 million for partially implementing its acquisition of Toshiba Medical Systems Corporation before notification and merger control approval », communiqué de presse, IP/19/3429.

Commission, 24 septembre 2019, *Evoz/Highveld*, aff. M.4494.

Commission, 18 novembre 2019, *BASF/Solvay's EP and P&I Business*, aff. M.8674.

Commission, 15 mai 2020, *Nidec/Whirlpool (Embraco Business)*, aff. M.8947.

Commission, 28 mai 2020, *Takeda/Shire*, aff. M.8955.

Commission, 31 juillet 2020, *Alstom/Bombardier Transportation*, aff. M.9779.

D. États membres de l'Union européenne et Royaume-Uni

Allemagne

Bundeskartellamt, 24 avril 2012, *Akzo Nobel NV/Metlac Holding Srl*, n°B3/187-11.

Bundeskartellamt, 30 janvier 2017, « Lufthansa may lease aircraft from Air Berlin », communiqué de presse, aff. B9-190/16.

Bundeskartellamt, 7 février 2019, « Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources », communiqué de presse.

France

Lettres, arrêtés et décisions du Ministre de l'économie

Ministre de l'économie, des finances et du budget et le Ministre délégué auprès du Ministre de l'industrie et de l'aménagement du territoire, chargé du commerce et de l'artisanat, 3 septembre 1990, *arrêté relatif à une concentration dans le secteur de la communication publicitaire*, BOCC n°20 du 4 septembre 1990.

Ministre de l'économie, des finances et du budget et le Ministre de l'agriculture et de la forêt, 20 juillet 1991, *arrêté relatif à une concentration dans le secteur de la distribution d'eau*, version consolidée au 01 janvier 2017, NOR : ECOC9110096A.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 5 mai 1999, *lettre au président-directeur général de la société Total relative à une concentration dans le secteur du stockage de produits pétroliers*, BOCCRF n°13 du 27 juillet 1999.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 12 août 1999, *lettre aux conseils des sociétés Casino Guichard Perrachon et Cora relative au dépôt d'une notification de concentration dans le secteur des centrales d'achats de la grande distribution*, BOCCRF n°11 du 18 octobre 2000.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 17 mai 2002, *lettre aux conseils de la société Panzani, relative à une concentration dans les secteurs de la semoulerie, des pâtes alimentaires sèches et fraîches, du couscous et des sauces ambiantes*, BOCCRF n°5 du 20 mai 2003.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 5 juillet 2002, *lettre au conseil de la société SEB relative à une concentration dans le secteur de la vente de petits appareils d'électroménager*, BOCCRF n°15 du 21 octobre 2002.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 9 août 2002, *lettre au conseil du groupe Rieter relative à une concentration dans le secteur de la fabrication d'équipements automobiles*, BOCCRF n° 15 du 21 octobre 2002.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 20 août 2002, *lettre aux conseils des sociétés Financière Argassi et Groupement industriel et commercial (GIC), relative à une*

concentration dans le secteur du commerce de détail de biens de consommation non alimentaires, BOCCRF n°19 du 31 décembre 2002.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 11 avril 2003, lettre au directeur juridique de la société ATAC relative à une concentration dans le secteur de la grande distribution alimentaire, BOCCRF n°1 du 13 février 2004.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 5 août 2003, lettre aux conseils de la société Skiva relative à une concentration dans le secteur de la fabrication et commercialisation des automates et des réactifs pour l'analyse microbiologique, BOCCRF n°15 du 5 décembre 2003.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 21 novembre 2003, lettre aux conseils des sociétés MAAF Assurances et La Mutuelle du Mans IARD, relative à une concentration dans le secteur des assurances, BOCCRF n°8 du 30 septembre 2004, p. 617.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 19 juillet 2004, lettre au conseil de la société Avenance, relative à une concentration dans les secteurs de la restauration collective et des services de nettoyage, C 2004-119, BOCCRF n°2005-04 du 26 avril 2005.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 12 août 2004, lettre au conseil du groupe Elios relative à une concentration dans le secteur de la restauration collective, C2004-136, BOCCRF n°2005-09 du 28 octobre 2005.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 16 août 2004, lettre relative à une concentration dans le secteur de la fabrication et de la vente de petit électroménager, BOCCRF n°1 du 21 janvier 2005.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 9 août 2006, lettre aux conseils de la société SMABTP, relative à une concentration dans le domaine des assurances non vie dans le secteur du BTP, C-2006-36, BOCCRF n°7 bis du 15 septembre 2006.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 30 août 2006, lettre aux conseils de la société Vivendi Universal, relative à une concentration dans le secteur de la télévision payante, C2006-02, BOCCRF n°7 bis du 15 septembre 2006.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 1^{er} décembre 2006, lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 1^{er} décembre 2006, aux conseils de la société Pan Fish, relative à une concentration dans le secteur du saumon., C 2006-47, BOCCRF n°1 bis du 25 janvier 2007.

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 8 décembre 2007, lettre de sanction du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 8 décembre 2007, à Monsieur le Président de la société Pan Fish, relative à une concentration dans le secteur du saumon, C 2006-103, BOCCRF n°1bis du 25 janvier 2007.

Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, 14 décembre 2007, *lettre aux conseils de la société Hal Holding NV, relative à une concentration dans le secteur des équipements de protection individuelle*, C-2007-159, BOCCRF n°2 bis du 28 février 2008.

Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, 28 janvier 2008, *arrêté relatif à l'absence de notification d'une concentration consistant en la prise de contrôle de Novatrans par SNCF Participations*, C2007-99, BOCCRF n°2 bis du 28 février 2008.

Ministre de l'économie et des finances, 21 juin 2018, *décision relative à l'évocation de la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par Financière Cofigeo*.

Ministre de l'économie et des finances, 19 juillet 2018, *décision statuant sur la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par Financière Cofigeo*, ECOC1822241S, BOCCRF n°7 du 7 août 2018.

Décisions et avis de l'Autorité de la concurrence

Commission de la concurrence, 15 novembre 1979, *avis*.

Commission de la concurrence, 23 septembre 1982, *avis*.

Conseil de la concurrence, 10 juillet 1990, *avis relatif au projet de concentration entre les groupes Eurocom, WCRS Group Plc, Carat Espace dans le secteur de la communication publicitaire*, n°90-A-10.

Conseil de la concurrence, 15 octobre 1991, *avis relatif à une opération de concentration intéressant les sociétés Gillette Company et Eemland Management Services*, n°91-A-09.

Conseil de la concurrence, 29 août 1995, *avis relatif à l'acquisition par la société Sensormatic Electronics Corporation des actifs de la société Knogo Corporation situés en dehors de l'Amérique du Nord*, n°95-A-14.

Conseil de la concurrence, 1^{er} juillet 1997, *avis relatif à la prise de participation de la société Carrefour dans le capital de la société Grands Magasins B (GMB)*, n°97-A-14.

Conseil de la concurrence, 15 mai 2002, *avis relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB*, n°02-A-07.

Conseil de la concurrence, 11 juillet 2002, *décision relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence*, n°02-D-44.

Conseil de la concurrence, 28 juillet 2004, *avis relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB*, n°04-A-16.

Conseil de la concurrence, 22 octobre 2004, *avis relatif à l'acquisition par la société Arc International des sociétés Groupe Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage*, n°04-A-20.

Conseil de la concurrence, 11 octobre 2005, *avis relatif à l'acquisition du Pôle Ouest de la société Socpresse et de fonds de commerce de la SEMIF par la société SIPA*, n°05-A-18.

Conseil de la concurrence, 25 novembre 2005, *décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens*, n°05-D-64.

Conseil de la concurrence, 13 juillet 2006, *avis relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus*, n°06-A-13.

Conseil de la concurrence, 20 octobre 2006, *Pan Fish ASA/Marine Harvest NV*, n°06-A-20.

Conseil de la concurrence, du 14 mai 2008, *avis relatif à l'acquisition de la société Zurflüh-Feller par la société Somfy dans le secteur de la fourniture d'accessoires de volets roulants*, n°08-A-08.

Autorité de la concurrence, 14 septembre 2009, *décision relative à l'acquisition des sociétés Entreprise Malet et Entreprise Carceller par la société Spie batignolles S.A.*, n°09-DCC-43.

Autorité de la concurrence, 28 septembre 2009, *décision relative à la prise en location-gérance par la société Distribution Casino France d'un hypermarché détenu par la société Doremi*, n°09-DCC-46.

Autorité de la concurrence, 16 octobre 2009, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA*, n° 09-DCC-54.

Autorité de la concurrence, 14 décembre 2009, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société EBRA par la Banque Fédérative du Crédit Mutuel*, n° 09-DCC-72.

Autorité de la concurrence, 14 décembre 2009, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Lovefrance SAS par la société Groupe Berto*, n°09-DCC-74.

Autorité de la concurrence, 12 janvier 2010, *décision relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec*, n°10-DCC-02.

Autorité de la concurrence, 14 janvier 2010, *décision relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Arige et Douprim par la société CSF (groupe Carrefour)*, n°10-DCC-04.

Autorité de la concurrence, 2 juin 2010, *décision relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT*, n°10-DCC-52.

Autorité de la concurrence, 26 janvier 2011, *décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques*, n° 11-D-02.

Autorité de la concurrence, 20 septembre 2011, *décision relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus*, n°11-D-12.

Autorité de la concurrence, 5 octobre 2011, *décision relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes*, n° 11-D-13.

Autorité de la concurrence, 9 juillet 2012, *décision relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de Socopa Viandes par Groupe Bigard*, n°12-D-15.

Autorité de la concurrence, 23 juillet 2012, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus*, n°12-DCC-100.

Autorité de la concurrence, 23 juillet 2012, *décision relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bollore Intermédia par Vivendi et Groupe Canal Plus*, n°12-DCC-001.

Autorité de la concurrence, 5 septembre 2012, *décision relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Keolis par la société SNCF-Participations*, n°12-DCC-129.

Autorité de la concurrence, 7 novembre 2012, *décision relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel*, n°12-DCC-154.

Autorité de la concurrence, 2 avril 2014, *décision relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bollore Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus*, n°14-DCC-50.

Autorité de la concurrence, 27 janvier 2016, *décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin*, n°16-D-02.

Autorité de la concurrence, 27 juillet 2016, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac*, n°16-DCC-111.

Autorité de la concurrence, 19 avril 2016, *décision relative au respect de l'engagement de cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Telecom à La Réunion et à Mayotte figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice*, n°16-D-07.

Autorité de la concurrence, 8 novembre 2016, *décision relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce*, n°16-D-24.

Autorité de la concurrence, 31 janvier 2017, *décision relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Anios par le groupe Ecolab*, n°17-DCC-12.

Autorité de la concurrence, 8 mars 2017, *décision relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010*, n°17-D-04.

Autorité de la concurrence, 22 juin 2017, *décision portant réexamen des injonctions de la décision n°12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi SA et Groupe Canal Plus*, n°17-DCC-92.

Autorité de la concurrence, 22 juin 2017, *décision portant réexamen des engagements de la décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus*, n°17-DCC-93.

Autorité de la concurrence, 23 juin 2017, *décision relative à la prise de contrôle exclusif du groupe MédiPôle Partenaires par le groupe Elsan*, n°17-DCC-95.

Autorité de la concurrence, 5 juillet 2017, *décision relative à la fusion des Unions Mutualistes de Groupe Groupe Istya et Groupe Harmonie*, n°17-DCC-104.

Autorité de la concurrence, 21 juillet 2017, *décision relative à la fusion de fait entre Colis Privé et Hopps Group*, n°17-DCC-115.

Autorité de la concurrence, 1^{er} février 2018, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer*, n°18-DCC-18.

Autorité de la concurrence, 27 avril 2018, *décision relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Zormat, Les Chênes et Puech Eco par la société Carrefour Supermarchés France*, n°18-DCC-65.

Autorité de la concurrence, 14 juin 2018, *décision relative à la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par la société Financière Cofigeo*, n°18-DCC-95.

Autorité de la concurrence, 27 juillet 2018, « Rachat de Darty par la Fnac », Communiqué.

(Autorité de la concurrence, 24 août 2018, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Jardiland par la société InVivo Retail*, n°18-DCC-148.

Autorité de la concurrence, 29 janvier 2019, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Alsa France SAS et des actifs incorporels nécessaires à la fabrication et à la vente des produits alimentaires sous marques Alsa et Moench par le groupe Dr. Oetker*, n°19-DCC-15.

Autorité de la concurrence, 17 avril 2019, *décision relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultat de la succession de M Stéphane Mulliez (Décision Toys 'R' Us)*, n°19-DCC-65.

Autorité de la concurrence, 16 juillet 2019, *décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société Nature & Découvertes par le groupe Fnac Darty*, n°19-DCC-132.

Autorité de la concurrence, 16 janvier 2020, *décision relative à une pratique mise en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision numérique terrestre*, n°20-D-01.

Autorité de la concurrence, 28 août 2020, *décision relative à la prise de contrôle conjoint d'un fonds de commerce de détail à dominante alimentaire par la société Soditroy aux côtés de l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc*, n°20-DCC-116.

Autorité de la concurrence, 22 octobre 2020, *décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Auchan, Casino, Metro et Schiever*, n°20-D-13.

Autres

COB, 22 décembre 2000, décision, n°002079.

AMF, 7 août 2006, décision, n°06287.

AMF, 15 décembre 2009, décision, n°209C1507.

CCRS, 30 mai 2012, avis n° 2012-026.

CCRS, 14 mars 2014, avis n°2014-006.

CCRS, 2 et 30 juin 2015, avis n°2015-011.

CCRS, 10 novembre 2015, avis n°2015-022.

Luxembourg

Conseil de la concurrence, 17 juin 2016, *Utopia SA*, n°2016-FO-04.

Royaume-Uni

Competition Commission, 18 décembre 2006, *Pan Fish ASA/Marine Harvest NV*.

Office of Fair Trading, 27 avril 2007, *Acquisition by British Sky Broadcasting Group plc of a 17.9 per cent stake in ITV plc*, ME/2811/06.

Competition Commission, 14 décembre 2007, *British Sky Broadcasting Group plc / ITV plc*.

Office of Fair Trading, 15 juin 2012, *Completed acquisition by Ryanair Holdings plc of a minority interest in Aer Lingus Group plc*, ME/4694/10.

Office of Fair Trading, 14 août 2012, *Facebook/Instagram*, ME/5525/12.

Competition Commission, 21 décembre 2012, *Akzo Nobel NV/Metlac Holding Srl*.

Competition Commission, 6 juin 2013, *Eurotunnel v. SeaFrance*.

Competition Commission, 28 août 2013, *Ryanair and Aer Lingus*.

Office of Fair Trading, 11 novembre 2013, *Motorola Mobility Holding (Google, Inc.)/Waze Mobile Limited*, aff. ME/6167/13.

Competition and Markets Authority, 11 juin 2015, *Ryanair/Aer Lingus*

Competition and Markets Authority, 13 février 2020 :

- *Google LLC/Looker Data Sciences, ME/6839/19.*
- « Deal between Google and Looker given the go-ahead », communiqué de presse.

E. Autres

European Ombudsman, 27 avril 2009, decision closing his inquiry into complaint 1342/2007/FOR against the European Commission, aff. 1342/2007/FOR.

INDEX

A

Abus de position dominante : nos. 40 ; 103 et s. ; 171 ; 181 ; 224 ; 279 ; 712 ; 833 ; 904 ; 939 et s. ; 951 ; 1031 ; 1076 ; 1085 ; 1159 ; 1181 ; 1186 et s. ; 1195 et s.

Accord

de confidentialité

(*confidentiality agreement*) :

nos. 693 et s. ; 708 et s. ;

723 et s. ; 825.

Acquisition « balai » : nos. 605 et s.

Acquisition consolidante

(globalisante) ou tueuse (prédatrice,

killer acquisition) : nos. 848

; 989 et s. ; 1025 ; 1067 et s.

; 1368 ; 1564 ; 1591 et s. ;

1669 ; 1705 ; 1724 et s.

Acquisition d'éléments d'actif (*asset purchase*

agreement, stock and asset purchase agreement) : nos.

217 ; 547 et s. ; 569 et s. ; 1211.

Affectio societatis : n°565.

Amendes,

sanctions financières :

nos. 291 ; 564 et s. ; 662 ;

699 et s. ; 715 ; 732 ; 739 ;

742 ; 745 et s. ; 752 et s. ;

783 et s. ; 809 ; 817 ; 829 ;

838 ; 852 ; 934 ; 940 ; 958 ;

1076 ; 1085 ; 1088 ; 1126 ;

1187 ; 1284 ; 1454 ; 1562 ;

1633 et s. ; 1730.

Apport partiel d'actif :

nos. 481 ; 489 ; 574 et s.

Analyse

contrefactuelle :

nos. 889 ; 1063.

Arbitrage : n°1486.

B

BATX : n°1544.

Benchmark : n°1438.

Bilan :

- concurrentiel

(éléments de définition)

: nos. 55 ; 81 ; 111 ; 113

et s.

- économique

(éléments de définition):

nos. 113 et s. ; 123 ; 1513.

Brick&mortar,

click&mortar : n°1068.

C

Cause (du contrat) : n°1549.

Célérité (impératif de) : nos. 389 ; 406 ; 487 ; 1748.

Clause :

- d'entraînement (*buy or sel, drag along*) : n°740.

- d'indemnité (*termination fees, break-up fees*) : n°813.

- de coopération (*best efforts*) : nos. 785 et s. ; 852.

- de divulgation (*full disclosure*) : nos. 785 et s.

- en enfer ou en haute mer (*hell or highwater*) : n°921.

- *material adverse change* : nos. 771 et s.

- de *non-agency (relationship of parties)* : n°564.

- de renégociation (*hardship*) : nos. 771 et s.

- de sortie (*tag along*) : n°740.

« Clause allemande » (« *german clause* ») : n°1140.

Clause de réexamen (revoyure) : nos 1439 ; 1444 et s.

« Clause hollandaise » (« *dutch clause* ») : nos. 1136 ; 1140.

Clémence : n°726.

Clean teams (compliance officers, integration teams) : n°724.

Comité consultatif : nos. 1390 ; 1417 ; 1578.

Communication des griefs : nos. 703 ; 803 ; 870 ; 1374.

Concentration :

- conglomérale (éléments de définition) : nos. 283 et s.

- horizontale (éléments de définition) : nos. 277 et s.

- intragroupe : nos. 1158 ; 1186 et s. ; 1427 ; 1564 ; 1687 ; 1718 et s.

- multi-juridictionnelle : nos. 1056 et s. ; 1572 et s.

- verticale (éléments de définition) : nos. 281 et s.

Concurrence :

- culture de : n°183.

- imparfaite : nos. 101 et s. ; 640.

- pure et parfaite : nos. 55 ; 63 et s. ; 100 et s. ; 154 ; 233.

Condition suspensive : nos. 809 et s.

Conditions et charges (éléments de définition) : n°871.

Consommateurs (éléments de définition) : nos. 58 et s.

Contre-expertise : nos. 954 ; 1413 et s. ; 1504 ; 1740.

Contrôle :

- des concentrations *a posteriori* / *ex post* : nos. 1034 et s. ; 1560 et s.

- d'une entreprise publique : nos. 1006 ; 1525 ; 1530 et s.

- exclusif négatif : nos. 557 ; 1235.

- extra-juridictionnel : nos. 1388 et s.

- institutionnel : nos. 973 et s. ; 1372 et s.

- matériel : nos. 973 et s. ; 977 et s.

- par contrat : nos. 591 et s.

D

Data room : nos. 687 et s. ; 788.

Déconcentration

(mesure de) : nos. 130 ; 757 et s. ; 817 ; 934 ; 1254 et s. ; 1449 ; 1695.

Droit international des concentrations : nos. 39 ; 41.

Due diligence : nos. 687 et s.

E

Economies d'échelle, de gamme (éléments de définition) : n°17.

Effet(s) :

- coordonnés : nos. 5 ; 279 ; 706 ; 1164 ; 1271.

- d'apprentissage : n°17.

- direct : nos. 58 ; 386 ; 986.

- de couplage (*bundling*) : n°283.

- de levier : n°283.

- non-coordonnés/ unilatéraux : nos. 6 ; 141 ; 278 ; 281 ; 283 ; 706 ; 1271 ; 1287.

- pro-concurrentiels : nos. 18 ; 81 ; 1510 ; 1519 (*v. aussi gains d'efficacité*).

Efficiency defence

(stratégie d') : n°932.

Engagements :

- comportementaux : nos. 205 ; 875 ; 1290 ; 1432 et s. ; 1565 ; 1680.

- levée / modification : 1444 et s.

- négociation : nos. 855 et s.

- structurels : nos. 720 ; 875 ; 944 ; 952 ; 1432 et s. ; 1680.

Entente : nos. 40 ; 68 ; 76 ; 96 ; 170 et s. ; 181 ; 222 ; 224 ; 275 ; 563 ; 702 et s. ; 787 et s. ; 833 ; 904 ; 1085 ; 1159 ; 1180 et s. ; 1186 et s. ; 1203 et s.

Entrave significative à la concurrence (critère, éléments de définition) : nos. 6 ; 139 et s.

Entreprise :

- commune : nos. 206 ; 285 ; 547 ; 550 ; 560 et s. ; 719 ; 935 ; 1006 ; 1158 ; 1172 et s. ; 1219 ; 1478 ; 1482 ; 1687 ; 1718 et s.

- concernées (éléments de définition) : 22 et s. ; 32 ; nos. 984 et s.

- *greenfield* : nos. 561 ; 1183.

Erreur de type I/II/III : n°1098.

Evocation (pouvoir d') : nos. 1051 ; 1382 ; 1389 et s. ; 1400 et s.

Exception d'entreprise défailante (*falling firm defense*) : nos. 246 ; 935 ; 1405.

F

Fonds commun de placement : nos. 1317 et s. ; 1328 ; 1340 et s.

Fix-it-first : n°1489.

Fonds d'investissement : nos. 34 ; 321 ; 1297 et s.

Fusions :

- *de facto* : nos. 494 ; 498 et s.

- *de jure* : nos. 289 et s. ; 502 et s. ; 821 ; 1010.

- triangulaires (dont *schemes of arrangement*) : nos. 507 et s. ; 1003.

G, H

GAFAM : nos. 1072 ; 1076 et s. ; 1121 ; 1544 ; 1591 ; 1628 (*v. acquisition consolidante ou tueuse*).

Gains d'efficacité (ou d'efficience) : nos. 6 ; 18 ; 91 ; 131 ; 180 ; 199 ; 203 ; 248 ; 705 ; 906 ; 1168 ;

1350 ; 1443 ; 1502 et s. ; 1565 ; 1644 ; 1694 et s. ; 1740.

Gun jumping : nos. 699 et s. ; 749 ; 752 et s. ; 809 ; 1143.

I

Indice :

- IHH : nos. 88 ; 144 ; 205 ; 799 ; 1335 et s.

- de Lerner : n°800.

Imprévision : n°774.

Incompatibilité/

interdiction (décision d') : nos. 7 ; 37 ; 140 ; 199 ; 680 ; 704 ; 712 ; 721 ; 759 ; 775 ; 788 ; 793 et s. ; 816 et s. ; 870 ; 872 ; 927 ; 935 ; 1090 ; 1253 et s. ; 1377 ; 1379 et s. ; 1483 ; 1529 ; 1604 ; 1715.

Influence

déterminante : nos. 32 ; 35 ; 312 ; 548 ; 556 ; 572 ; 595 et s. ; 677 ; 749 ; 758 ; 1155 et s. ; 1192 ; 1200 ; 1203 ; 1211 ; 1213 ; 1221 et s. ; 1534 ; 1648 et s. ; 1708 et s.

Injonction/

prescription : nos. 1454 ; 1495 et s.

J, K

Joint-venture : nos 563 et s. (*v. aussi entreprise commune*).

Joyaux de la couronne : nos. 924 ; 1482.

L

Liberté (éléments de définitions) :

- contractuelle : nos. 626 et s. ; 643.

- d'entreprendre : n°265.

- d'établissement : nos. 264 et s.

Licornes : nos. 1076 et s. ; 1602.

M

Mandataire : nos. 871 ; 940 ; 953 ; 1239 ; 1466 ; 1487 et s. ; 1565 ; 1695.

Méiateur européen : n°890.

Muraille de Chine : nos. 720 et s. ; 1482.

N

NATU : n°1544.

Nullité : nos. 346 ; 492 ; 642 ; 761 ; 819 et s.

Notification (éléments de définition, obligation) : nos. 672 et s.

O

Oligopole (éléments de définition) : n°5.

Opposition (droit d') : nos. 414 et s. ; 484.

Ordre public économique (éléments de définition) : **nos. 640 et s.**

P, Q

Pacte de préférence : **n°739.**

« Pacte vert » : **n°193.**

Plateforme

« structurante »

(« systémique ») : **nos. 1607 et s. ; 1636 ; 1645 ; 1727.**

Politique de concurrence, industrielle (éléments de définition) : **nos. 11 et s.**

Prénotification : *v. notification.*

Principe de proportionnalité : **nos. 362 ; 365 ; 903 et s. ; 947.**

Principe de reconnaissance mutuelle : **n°316.**

Prise de participations minoritaires : **nos. 554 et s. ; 1191 ; 1221 et s. ; 1427 ; 1564 ; 1566 ; 1648 et s. ; 1705 ; 1709 et s.**

Prix élevés, prédateurs : **n°17.**

Procédure simplifiée de contrôle : **nos. 867 ; 1324 et s. ; 1572 et s.**

Promesses de vente, d'achat : **nos. 730 et s.**
Pure players : **n°1068.**

R

Recours indemnitaire : **nos. 131 ; 803.**

Règle de priorité : **n°188.**

Renvoi de l'opération : **nos. 969 ; 986 ; 1087 ; 1095 ; 1114 ; 1124 et s. ; 1590 ; 1649 ; 1656 ; 1712.**

Représailles : **nos. 279 ; 710 ; 712 ; 1271.**

Réseau européen de concurrence (REC) : **nos. 1068 ; 1577 et s.**

Restrictions accessoires : **nos. 787 et s.**

Retrait (droit de) : **nos. 419 et s. ; 447 et s. ; 484 ; 1010.**

Risques d'*overshooting* ; *dealbreakers* : **n°898.**

Rule of reason : **n°1510.**

S

Seuils de chiffre d'affaires (éléments de définition, révision) :
- communautaires : **nos. 1019 et s. ; Annexe n°1 ; nos 1640 et s. ; 1709 et s. ; 1724 et s.**

- nationaux : **nos. 1030 et s. ; Annexe n°2 ; nos. 1582 et s.**

Scission : **nos. 265 et s. ; 289 et s. ; 460 et s. ; 525 ; 574 et s. ; 581 et s. ; 821 ; 1010.**

Share purchase

agreement : **nos. 553 et s. ; 661.**

SIEC (indice), SLC (test) : **nos. 6 ; 889 ; 1062 et s.**

Société :

- cotée : **nos. 295 ; 369 et s. ; 487 ; 543 ; 1105 ; 1335 ; 1352 ; 1557.**

- créée de fait : **n°565.**

- d'investissement : *v. fonds d'investissement.*

- de capitaux : **nos. 238 ; 266 et s. ; 289 et s.**

- de personnes, mixtes : **nos. 475 et s.**

- définition : **n°27.**

- européenne : **nos. 266 ; 309 ; 364.**

Soft law : **nos. 913 et s.**

SSNIP (test) : **nos. 202 ; 798.**

Standstill (obligation de) : **n°749.**

Subsidiarité (principe de) : **nos. 46 ; 362 ; 363.**

Subventions (aides d'Etat) : **nos. 1522 et s.**

T

Test de la dominance :
**nos. 5 et s. ; 113 ; 137 et s. ;
1159 ; 1402 ; 1511.**

Test des « quatre V » :
n°1090.

Test du marché : **nos. 885 ;
890 ; 1447.**

Théories (économiques) :

- autrichiennes : **nos. 107 ;
187 ; 1336 ; 1510.**

- classiques : **nos. 70 ; 154
et s. ; 242 ; 639.**

- de Chicago : **nos. 180 ; 197
et s. ; 1519.**

- équilibre de Pareto : **n°72.**

- néoclassiques : **nos. 70 et s.**

- ordolibérales : **nos. 96 et s. ;
115 ; 224.**

- structuralistes : **nos. 55 ; 61
et s. ; 196 et s. ; 249.**

Théorie des piliers :
n°1374.

Transfert d'éléments
d'actifs : **nos. 478 et s. ; 572 ;
1206 ; 1210 et s.**

Transformation : **nos. 290
et s.**

Transmission universelle
de patrimoine (TUP) : **nos.
1206 ; 1210.**

Trust : **nos. 33 ; 61 ; 75 et s. ;
184 ; 199 ; 225 ; 847 ; 1191 ;
1684.**

U, V, W, X, Y, Z

Unité économique : **nos.
28 ; 984 ; 1187 ; 1191 ; 1197.**

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	7
TABLE DES ABRÉVIATIONS	9
SOMMAIRE	13
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	17
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LES OBJECTIFS CROISÉS DU CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES	52
<i>Section 1 : L'objectif de préservation des structures du marché et du bien-être des consommateurs.....</i>	<i>54</i>
Paragraphe 1 : Les racines historiques du structuralisme et du standard du bien-être des consommateurs jusqu'à l'adoption de règles autonomes propres au contrôle européen des concentrations	56
A. Les origines des théories structuralistes et du bien-être des consommateurs.....	57
1) <i>De quelques origines timides en Europe</i>	<i>57</i>
2) <i>Des origines décisives aux États-Unis.....</i>	<i>61</i>
a) La prise en compte du bien-être des consommateurs.....	62
b) Les théories structuralistes	66
B. La réception au sein du marché commun européen des théories structuralistes et du bien-être des consommateurs avant le règlement (CE) n°4064/89	69
1) <i>L'influence des travaux ordolibéraux et structuralistes</i>	<i>69</i>
2) <i>La consécration opérée par la jurisprudence</i>	<i>73</i>
Paragraphe 2 : L'influence du structuralisme et du standard du bien-être des consommateurs à compter de l'adoption de règles autonomes propres au contrôle européen des concentrations	76
A. Le standard du bien-être des consommateurs et l'approche structuraliste dans le règlement (CE) n°4064/89	77
1) <i>Le rejet mouvementé du bilan économique et social de l'opération</i>	<i>77</i>
2) <i>La portée du standard du bien-être des consommateurs et du structuralisme à compter de 1989.....</i>	<i>81</i>

B.	Le standard du bien-être des consommateurs et l'approche structuraliste dans le règlement (CE) n°139/2004	87
1)	<i>L'appréciation des structures du marché</i>	88
a)	S'agissant de l'objet du règlement « concentrations »	88
b)	S'agissant de la méthode d'appréciation du marché concerné par l'opération	91
2)	<i>Le standard du bien-être des consommateurs</i>	91
Section 2 : L'objectif de maintien de la compétitivité		94
Paragraphe 1 : Une prise en compte modérée du modèle structuraliste et du bien-être des consommateurs		97
A.	Une relativisation induite par les Traités européens	97
1)	<i>Une relativisation résultant des objectifs généraux définis par les Traités</i>	97
2)	<i>Une relativisation résultant des règles de concurrence édictées par les Traités</i>	100
B.	Une relativisation induite par le règlement « concentrations ».....	102
1)	<i>L'importance relative du bien-être économique des consommateurs</i>	102
a)	Un objectif complémentaire.....	102
b)	Un objectif plastique.....	105
2)	<i>L'importance relative du modèle structuraliste</i>	110
a)	L'influence de l'École de Chicago	110
b)	La faiblesse de la distinction entre le contrôle des structures et le contrôle des comportements	114
Paragraphe 2 : Une prise en compte latente de la compétitivité des groupes au sein de l'Union		116
A.	Une finalité historique.....	116
1)	<i>Une finalité facilitée par le Traité de Paris et le Traité de Rome</i>	116
a)	Des concentrations encouragées à l'époque du Traité de Paris	117
b)	Des concentrations encouragées à l'époque du Traité de Rome établissant la CEE.....	119
2)	<i>Une finalité poursuivie par le règlement (CE) n°4064/89</i>	121
B.	Une finalité poursuivie depuis l'adoption du règlement (CE) n°139/2004.....	124
1)	<i>Une finalité intéressant le droit européen de la concurrence</i>	125
2)	<i>Une finalité intéressant spécifiquement le règlement « concentrations »</i>	126
Conclusion du chapitre		129

**1ÈRE PARTIE : LES GROUPES FACE AU CONTRÔLE EUROPÉEN DES
CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES131**

– TITRE 1 –

**LA FORME DE L'OPÉRATION À L'ÉPREUVE DU CONTRÔLE EUROPÉEN DES
CONCENTRATIONS ET ESSAI DE TYPOLOGIE DES MÉCANISMES DE CONCENTRATION .133**

Paragraphe préliminaire : La classification des concentrations sur le marché ...138

- A. Les concentrations horizontales.....139
- B. Les concentrations verticales140
- C. Les concentrations conglomérales.....141

**CHAPITRE 1 : LE SUPPORT DÉFAILLANT DU DROIT EUROPÉEN DES SOCIÉTÉS POUR LES
FUSIONS DE JURE ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS DE CAPITALS.....145**

Section 1 : Des règles dispersées149

**Paragraphe 1 : Des règles sociétaires en quête de lisibilité jusqu'à la directive
(UE) n°2017/1132150**

- A. La nécessité historique d'un régime harmonisé150
 - 1) *Les enjeux de l'harmonisation*151
 - 2) *Les fondements de l'application du règlement « concentrations » aux fusions de jure et scissions*153
 - 3) *Les limites de l'harmonisation prévue par les règles sociétaires jusqu'en 2017*154
 - a) Une application distributive des règles persistante154
 - b) Un champ d'application restreint à certaines fusions visées par le règlement « concentrations »156
- B. L'adoption d'un régime harmonisé.....160

**Paragraphe 2 : Une directive (UE) n°2017/1132 portant harmonisation minimale
des règles jusqu'à la directive (UE) n°2019/2121.....163**

- A. La procédure applicable en vertu de la directive164
- B. L'efficacité relative de la directive en droit européen des affaires.....173
 - 1) *Les apports de la directive dans le domaine des fusions de jure et scissions*173
 - 2) *Les insuffisances de la directive dans le domaine des fusions de jure et scissions*175
 - a) Quant à la codification175
 - b) Quant au fond.....177

Section 2 : Des règles dépassées.....179

Paragraphe 1 : L'amélioration partielle des règles propres aux fusions transfrontalières180

- A. Une procédure de l'opération partiellement révisée par la directive modificative.....180
 - 1) *De quelques apports de la directive en faveur de la correcte articulation du droit européen des sociétés et du droit européen des concentrations.....181*
 - 2) *De quelques limites de la directive compromettant la correcte articulation du droit européen des sociétés et du droit européen des concentrations.....185*
 - a) Une limite éventuelle tenant à l'absence d'unification des règles sociétaires186
 - b) Une limite éventuelle tenant au faible renforcement de l'attractivité de la fusion transfrontalière188
 - c) Une limite éventuelle tenant à l'insuffisance de renvois au règlement « concentrations »190
- B. Une protection des actionnaires et créanciers partiellement renforcée par la directive modificative193
 - 1) *La protection des actionnaires193*
 - 2) *La protection des créanciers198*
 - 3) *Réflexions sur l'articulation des dispositions prévues par la directive modificative avec le droit européen des concentrations201*
 - a) S'agissant des actionnaires des parties à l'opération202
 - b) S'agissant des créanciers des parties à l'opération205

Paragraphe 2 : L'adoption d'un corps partiel de règles applicables aux scissions transfrontalières207

- A. Les apports de la directive modificative207
 - 1) *La fin d'un vide juridique européen.....208*
 - 2) *L'adoption d'une nouvelle procédure harmonisée210*
- B. Les limites de la directive modificative.....212
 - 1) *Un domaine restreint.....212*
 - 2) *Un régime contraint215*

Conclusion du Chapitre216

CHAPITRE 2 : LE SUPPORT INEXISTANT DU DROIT EUROPÉEN DES SOCIÉTÉS POUR LES AUTRES MÉCANISMES DE CONCENTRATION218

Section 1 : L'intégration ambivalente par le droit européen des concentrations des opérations de fusion en dehors du champ d'application de la directive (UE) n°2017/1132.....220

Paragraphe 1 : La fusion *de facto*, un mécanisme admis par le droit européen des concentrations221

- A. La notion de fusion *de facto*221
- B. Illustrations222

Paragraphe 2 : La fusion triangulaire, un mécanisme difficilement qualifiable par le droit européen des concentrations224

- A. La notion de fusion triangulaire224
 - 1) *Domaine*.....224
 - a) La fusion triangulaire simple.....224
 - b) La fusion triangulaire inversée.....225
 - 2) *Effets*226
- B. La reconnaissance de l'opération par les règles sociétaires.....228
- C. Les difficultés tenant à la qualification de l'opération par le droit européen des concentrations.....230
 - 1) *Un défaut de consécration expresse en apparence indifférent pour le marché*230
 - 2) *Présentation des raisons susceptibles de justifier l'admission expresse des fusions triangulaires*.....232
 - a) L'utilité de l'intégration des fusions triangulaires en droit européen des sociétés232
 - b) L'utilité de l'intégration des fusions triangulaires en droit européen des concentrations233

Section 2 : Les prises de contrôle admises par le droit européen des concentrations en dehors du champ d'application de la directive (UE) n°2017/1132235

Paragraphe 1 : Les opérations conduisant à un changement de contrôle induit par des liens de nature capitalistique236

- A. Les prises de participations « contrôlantes »236
- B. La création d'une entreprise commune de plein exercice238

Paragraphe 2 : Les opérations conduisant à un changement de contrôle induit par des liens de nature contractuelle ou empirique243

- A. L'achat d'éléments d'actif243
 - 1) *Les formes de l'achat d'éléments d'actif*.....243

2) <i>L'utilité relative de l'absence d'un ensemble harmonisé de règles propre à l'acquisition d'éléments d'actif constitutive d'une concentration transfrontalière</i> ...	246
a) Les avantages du défaut de règles harmonisées	246
b) Les inconvénients du défaut de règles harmonisées	247
B. L'acquisition du contrôle par d'autres moyens	248
1) <i>La délicate acquisition du contrôle par contrat</i>	248
2) <i>L'acquisition « balai » du contrôle par tout autre moyen</i>	253
 <i>Conclusion du Chapitre</i>	 254
 CONCLUSION DU TITRE	 255
 – TITRE 2 –	
LE CONTRAT À L'ÉPREUVE DU CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS	257
Paragraphe préliminaire : Le contrat et le contrôle des concentrations	259
A. Les rapports du droit des contrats et du droit des sociétés	261
B. L'emprise progressive du droit des concentrations sur le droit des contrats.....	265
C. L'emprise relative du droit des concentrations sur le droit des contrats ...	269
1) <i>Le contrat face à la concurrence</i>	269
2) <i>La complémentarité du droit des contrats et du droit des concentrations</i>	270
 CHAPITRE 1 : L'INFLUENCE CERTAINE DU CONTRAT SUR LE CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS	 273
<i>Section 1 : L'influence de la phase précontractuelle</i>	275
Paragraphe 1 : L'indifférence alléguée de la phase précontractuelle sur les structures du marché	276
A. Les critères tenant à la notification de l'opération de concentration	276
B. Les effets du mécanisme de notification	278
Paragraphe 2 : Des avant-contrats aux frontières du droit européen des concentrations	279
A. Le temps des négociations	280
1) <i>Le recours aux due diligence et data rooms en droit des concentrations</i>	280
a) Le recours aux <i>due diligence</i> et <i>data rooms</i> par les entreprises	281
b) Le recours aux <i>data rooms</i> selon les autorités de contrôle.....	282
2) <i>Proposition d'analyse des data rooms au regard de l'article 101§1 du TFUE</i>	284
3) <i>Réflexions sur les mécanismes alternatifs susceptibles d'être mis à la disposition des parties à l'opération</i>	291
B. Le temps des promesses.....	295
1) <i>La primauté conférée à la liberté contractuelle</i>	295

2) Réflexions sur la pertinence de la primauté conférée à la liberté contractuelle	302
a) Le défaut de lien fonctionnel direct unissant la promesse et la réalisation de l'opération.....	302
b) L'efficacité et l'effectivité relatives des sanctions des pratiques de <i>gun jumping</i>	304
Section 2 : L'influence du contrat de concentration.....	310
Paragraphe 1 : Les clauses tendant à prévenir l'abandon éventuel de l'opération.....	310
A. L'appréhension par les parties des causes de l'abandon de l'opération ...	311
1) <i>Les clauses MAC et de hardship</i>	311
2) <i>La lex contractus, l'exemple français</i>	312
B. L'appréhension par les autorités de contrôle des effets de l'abandon de l'opération.....	313
1) <i>L'abandon de l'opération dans le cadre du contrôle européen des concentrations.</i>	313
2) <i>Les difficultés soulevées par l'absence de droit européen des contrats</i>	314
Paragraphe 2 : Les clauses tendant à prévenir l'exercice du contrôle des concentrations	314
A. L'anticipation de la notification de l'opération	314
1) <i>Des clauses destinées à limiter un risque de sanction</i>	315
2) <i>Des clauses dans l'angle mort du contrôle des concentrations</i>	316
B. L'anticipation de l'exercice et de l'issue du contrôle de l'opération.....	318
1) <i>La paralysie de l'opération frappée d'incompatibilité</i>	318
a) La justification des clauses : la prévisibilité relative de l'exercice du contrôle européen des concentrations.....	318
α. <i>La prévisibilité certaine du contrôle</i>	319
β. <i>La prévisibilité insuffisante du contrôle</i>	321
b) Techniques contractuelles tendant à prévenir le prononcé d'une décision d'interdiction.....	323
α. <i>Les clauses destinées à éviter les conséquences d'une décision d'incompatibilité</i>	323
β. <i>Les clauses destinées à aménager les conséquences d'une décision d'incompatibilité</i>	325
2) <i>Le caractère limité des sanctions attachées au défaut de paralysie de l'opération frappée d'incompatibilité</i>	326
a) L'efficacité et l'effectivité relatives des sanctions prévues par le règlement « concentrations »	326
b) Le sort incertain au plan civil des opérations frappées d'interdiction ...	326
Conclusion du Chapitre	331

CHAPITRE 2 : L'INFLUENCE RELATIVE DU CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS SUR LE CONTRAT	333
<i>Section 1 : L'insaisissabilité des rapports de domination entre les parties</i>	<i>335</i>
Paragraphe 1 : L'impossible objectivation des rapports entre les parties	337
Paragraphe 2 : L'insaisissable volonté des parties	339
<i>Section 2 : La négociation des engagements ou un rapport tripartite déséquilibré ..</i>	<i>342</i>
Paragraphe 1 : Un dispositif moderne au service des autorités de contrôle.....	345
A. L'organisation d'un dialogue tripartite lors des diverses phases de la procédure de contrôle.....	345
1) <i>La création des engagements en droit des concentrations.....</i>	<i>345</i>
2) <i>Le principe de la négociation des engagements</i>	<i>346</i>
B. Un dialogue tripartite marqué du sceau de « l'autorégulation ».....	351
1) <i>Un dialogue généralement avantageux pour les parties et les tiers.....</i>	<i>351</i>
2) <i>Un dialogue particulièrement avantageux pour la Commission.....</i>	<i>352</i>
Paragraphe 2 : Un dispositif opaque susceptible d'affecter les missions des autorités de contrôle.....	355
A. Réflexions sur l'inefficience de la technique des engagements	355
1) <i>Les raisons éventuelles de l'inefficience</i>	<i>355</i>
a) Les raisons tenant aux conditions validité des engagements.....	356
b) Les raisons tenant au caractère irréversible de la décision relative à la compatibilité de l'opération	360
c) Les raisons tenant à la relative opacité des attentes de la Commission..	361
2) <i>Exemples de comportements induits par la négociation des engagements</i>	<i>364</i>
B. Des remèdes susceptibles de sous-évaluation	367
1) <i>Des risques de sous-évaluation d'ordre économique.....</i>	<i>370</i>
2) <i>Des risques de sous-évaluation d'ordre juridique.....</i>	<i>373</i>
<i>Conclusion du Chapitre</i>	<i>376</i>
CONCLUSION DU TITRE.....	377
CONCLUSION DE LA 1^{ÈRE} PARTIE.....	378

**2^{ÈME} PARTIE : LE CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS
D'ENTREPRISES FACE AUX GROUPES381**

– TITRE 1 –

**LES DÉFINITIONS DU « CONTRÔLE MATÉRIEL » DE LA CIBLE,
OBSTACLES À UN CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS COHÉRENT.....385**

**CHAPITRE 1 : LA RIGIDITÉ DES DÉFINITIONS DES « ENTREPRISES CONCERNÉES »
PAR L'OPÉRATION388**

***Section 1 : La contrôlabilité de l'opération à l'épreuve de l'appréciation du
chiffre d'affaires réalisé par les groupes391***

Paragraphe 1 : L'appréciation des groupes concernés par le règlement

« concentrations »391

A. L'appréciation de l'identité des membres des groupes392

1) Les définitions édictées par le règlement « concentrations ».....392

2) Les limites des définitions du règlement « concentrations ».....393

a) Des limites justifiées par l'objet du contrôle des concentrations394

**b) Des limites susceptibles d'affaiblir la cohérence du contrôle des
concentrations397**

B. L'appréciation du chiffre d'affaires des groupes via un système de seuils399

1) La prise en compte limitée du chiffre d'affaires réalisé par les groupes concernés.399

2) La complexité du système de seuils institué par le règlement « concentrations ».400

**Paragraphe 2 : L'appréciation des groupes concernés par les États membres de
l'Union européenne403**

A. État des lieux d'un ensemble disharmonieux.....404

1) Quelques principes communs405

2) Des différences multiples405

B. Réflexions sur l'hétérogénéité des législations nationales.....407

1) Le paradoxe des seuils.....407

a) Des seuils distincts pour des objets juridiques communs407

**b) Des seuils distincts corrélés à des facteurs politiques et économiques
différenciés412**

**2) La pertinence du caractère différencié des seuils pour les opérations multi-
juridictionnelles.....414**

<i>Section 2 : La contrôlabilité de l'opération empêchée par l'appréciation du chiffre d'affaires réalisé par les groupes, l'exemple des acquisitions tueuses ou consolidantes</i>	419
--	-----

Paragraphe 1 : Une opération susceptible d'entraîner des effets anticoncurrentiels sur le marché	422
A. L'essor des « acquisitions prédatrices », des « acquisitions consolidantes » et l'attractivité des nouvelles « licornes »	422
B. Les effets potentiels attachés aux acquisitions tueuses ou consolidantes, l'exemple des opérations réalisées sur le marché du numérique	424

Paragraphe 2 : Une opération échappant par principe au contrôle de la Commission	431
A. Une opération en marge du système de seuils	432
1) Principe.....	432
2) Exemples d'opérations sur le marché du numérique et essai de typologie	434
a) Exemples du premier type d'opérations : les acquisitions tueuses ou consolidantes non contrôlées	435
b) Exemples du second type d'opérations : les acquisitions tueuses ou consolidantes contrôlées par des autorités nationales de concurrence	436
c) Exemples du troisième type d'opérations : les acquisitions tueuses ou consolidantes contrôlées par la Commission sur renvoi	439
B. Le mécanisme de renvoi, un palliatif suffisant ?	440
 <i>Conclusion du Chapitre</i>	446

CHAPITRE 2 : LA MALADRESSE DU CRITÈRE DU « CHANGEMENT DURABLE DU CONTRÔLE » DE LA CIBLE	449
--	-----

<i>Section 1 : Le critère du « changement durable du contrôle » de la cible et la summa divisio entre le contrôle des structures et le contrôle des comportements</i>	452
---	-----

Paragraphe 1 : Le traitement subtil de la création d'une entreprise commune en droit européen de la concurrence	455
A. Un contrôle divisé entre le droit des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles.....	455
B. Un contrôle menacé par la division du droit des concentrations et du droit des pratiques anticoncurrentielles	458

Paragraphe 2 : L'exclusion discutabile des opérations intragroupes du contrôle européen des concentrations	462
A. L'indifférence alléguée des opérations de concentration intragroupes sur le marché.....	463
B. L'indifférence discutabile des opérations de concentration intragroupes sur le marché.....	467

1) Exemples d'opérations intragroupes susceptibles d'entraîner la création ou le renforcement d'une position dominante.....	467
2) Exemples d'opérations intragroupes susceptibles d'aboutir à la caractérisation d'une entente anticoncurrentielle.....	473

Section 2 : Le critère du « changement durable du contrôle » de la cible et l'influence exercée par les actionnaires minoritaires.....483

Paragraphe 1 : La nécessité d'une admission étendue des prises de contrôle exclusif résultant de prises de participations minoritaires.....485

A. Les justifications de l'extension	487
1) Une pluralité d'approches par les autorités de concurrence.....	487
a) Les prises de participations minoritaires entraînant une prise de contrôle exclusif en droit européen.....	487
α. L'acquisition d'un contrôle exclusif de droit	488
β. L'acquisition d'un contrôle exclusif de fait	488
b) Le rejet des prises de participations minoritaires non-contrôlantes au sein de l'Union.....	490
α. État du droit au sein de l'Union européenne.....	490
β. L'affaire Ryanair/Aer Lingus.....	493
2) Une pluralité d'effets de l'opération sur le marché.....	499
B. L'insuffisance de la méthode d'appréciation <i>in concreto</i>	502

Paragraphe 2 : Vers une extension du contrôle aux cas de contrôle en commun de la cible par des fonds d'investissement ?508

A. Propos généraux sur l'exercice du contrôle en commun de la cible par plusieurs actionnaires minoritaires	508
B. Le cas spécifique de l'exercice du contrôle en commun de la cible par des fonds d'investissement.....	511
1) Les opérations conclues par des fonds d'investissement par le prisme du contrôle européen des concentrations	512
a) Des investisseurs différenciés.....	512
b) Des investisseurs structurés	514
α. L'identification du titulaire du contrôle du portefeuille.....	514
β. La contrôlabilité des prises de participations des fonds d'investissement.....	516
2) L'échec du développement du contrôle des concentrations vis-à-vis des prises de participations des fonds d'investissement.....	518
a) L'affaire Dow/DuPont, une décision socle.....	518
b) L'affaire Dow/DuPont, une décision excessive ?.....	522
α. Les propositions de l'OCDE	522
β. L'impossibilité d'une réforme à court terme.....	524

Conclusion du Chapitre529

CONCLUSION DU TITRE.....	530
--------------------------	-----

– TITRE 2 –

LE RENFORCEMENT DU « CONTRÔLE INSTITUTIONNEL » EN DROIT EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS, UN MOYEN AU SERVICE D’UN CONTRÔLE COHÉRENT	532
---	-----

CHAPITRE 1 : L’APRÈS SIEMENS/ALSTOM OU LES DANGERS D’UNE NOUVELLE « POLITISATION » DU CONTRÔLE	537
---	-----

<i>Section 1 : Des propositions tendant à une dispersion institutionnelle du contrôle</i>	539
---	-----

Paragraphe 1 : Le caractère inadapté d’un contrôle extra-juridictionnel des décisions de la Commission.....	540
--	-----

A. Des propositions en faveur d’un droit d’évocation des décisions de la Commission.....	540
B. Des propositions menaçant la cohérence du contrôle.....	541
1) <i>Des propositions reposant sur une confusion des politiques économiques de l’Union.....</i>	541
2) <i>Des propositions reposant sur une analogie maladroite avec les pouvoirs d’évocation des Ministres de l’économie, l’exemple français.....</i>	543
3) <i>Des propositions soulevant des difficultés pratiques et politiques</i>	549

Paragraphe 2 : Le caractère inadapté d’un contrôle réparti entre plusieurs directions générales de la Commission	550
---	-----

A. La création d’une contre-expertise	550
B. L’inopportunité d’une contre-expertise	552

<i>Section 2 : Des propositions tendant à développer à l’excès d’autres instruments...555</i>	
---	--

Paragraphe 1 : La nécessité d’un recours raisonné aux engagements comportementaux.....	555
---	-----

A. La politisation des engagements comportementaux, un obstacle à la cohérence du contrôle.....	557
1) <i>Des recommandations en faveur d’un recul des remèdes structurels.....</i>	557
2) <i>Des recommandations insuffisantes</i>	558
B. L’encadrement renforcé du suivi des engagements, une nécessité pour la cohérence du contrôle.....	568
1) <i>Vers un recours plus soutenu à la technique des engagements comportementaux</i>	568
2) <i>Vers un encadrement supplémentaire de la nomination et des missions du mandataire ?.....</i>	576

a) La nomination et les missions du mandataire chargé du suivi des engagements	576
b) Proposition de nouvel encadrement de la nomination et des missions du mandataire	579
Paragraphe 2 : L'admission nécessairement marginale des gains d'efficience...	582
A. Des propositions en faveur de la théorie des gains d'efficience	583
B. Des propositions inadaptées au standard du bien-être des consommateurs	584
Paragraphe 3 : La nécessité d'une prise en compte raisonnée de l'« intervention des États tiers ».....	591
A. Le contrôle européen des concentrations et le contrôle étatique des entreprises.....	593
B. La fragilité d'un contrôle des motifs de l'opération subventionnée	597
<i>Conclusion du Chapitre</i>	<i>605</i>
CHAPITRE 2 : PROPOSITIONS DE MESURES EN FAVEUR D'UNE EXTENSION DU CONTRÔLE INSTITUTIONNEL EN DROIT EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS.....	608
<i>Section 1 : Vers l'adoption de nouvelles modalités de déclenchement du contrôle ex ante des concentrations.....</i>	<i>611</i>
Paragraphe 1 : Propositions de mesures en faveur d'une plus grande convergence des seuils nationaux	612
A. Le développement des procédures simplifiées, un premier pas au service d'une appréciation cohérente des concentrations au sein du marché unique....	612
B. L'adoption de mesures complémentaires, un pas à franchir pour garantir une appréciation cohérente des concentrations au sein du marché unique	615
1) Vers l'adoption de mesures en faveur d'une coopération globale des autorités de concurrence chargées du contrôle des concentrations.....	615
2) Vers l'adoption de mesures en faveur d'une convergence spécifique des conditions de déclenchement des contrôles nationaux	617
Paragraphe 2 : Propositions de mesures en faveur d'une appréciation assouplie du contrôle matériel de la cible.....	619
A. Vers une appréciation assouplie des groupes concernés par l'opération, le cas des acquisitions tueuses ou consolidantes	619
1) Un processus de révision en construction	620
a) Analyse des propositions institutionnelles portant sur l'introduction d'un nouveau mécanisme de déclenchement du contrôle	620
b) Analyse des travaux portant sur les critères pertinents pour l'établissement de nouveaux seuils	627

2) <i>Un processus de révision nécessaire</i>	632
a) Le positionnement général retenu par l'étude	632
b) Les mesures proposées par l'étude	634
B. Vers une appréciation assouplie du critère de l'influence déterminante, le cas des prises de participations minoritaires	638
1) <i>Les propositions de la Commission</i>	638
2) <i>Quel avenir pour le « système de transparence ciblée » ?</i>	641
 Section 2 : Vers l'adoption complémentaire d'un nouveau contrôle ex post des concentrations	644
 Paragraphe 1 : Une mesure discutée	645
A. Les problématiques soulevées par le contrôle <i>ex post</i> des concentrations ..	645
1) <i>Les dangers d'un contrôle ex post des concentrations</i>	646
2) <i>Les bienfaits d'un contrôle ex post des concentrations</i>	647
B. Les mesures défendues en faveur d'un nouveau contrôle <i>ex post</i> des concentrations	649
1) <i>Les propositions en faveur d'un contrôle ex post simplifié</i>	649
2) <i>Les propositions en faveur d'un contrôle ex post approfondi</i>	650
 Paragraphe 2 : Une mesure nécessaire	655
A. Le positionnement général retenu par l'étude	655
B. Les mesures proposées par l'étude	656
1) <i>Vers l'adoption complémentaire d'un contrôle ex post chargé d'apaiser l'imperium du critère du changement durable du contrôle</i>	656
a) Une mesure élargissant le droit européen des concentrations aux prises de participations minoritaires	656
b) Une mesure permettant au droit européen des concentrations de dépasser la <i>summa divisio</i> classique	659
2) <i>Vers l'adoption complémentaire d'un contrôle ex post des acquisitions tueuses ou consolidantes</i>	661
 <i>Conclusion du Chapitre</i>	664
 CONCLUSION DU TITRE	666
 CONCLUSION DE LA 2^{ÈME} PARTIE	668
 CONCLUSION GÉNÉRALE	670

TABLE DES ANNEXES	675
--------------------------------	------------

ANNEXE N°1 :

SCHÉMA DES SEUILS ÉDICTÉS PAR L'ARTICLE 1 DU RÈGLEMENT (CE) N°139/2004.....	677
---	-----

ANNEXE N°2 :

PANORAMA DES SEUILS DE CONTRÔLABILITÉ ÉDICTÉS PAR LES LÉGISLATIONS NATIONALES	679
--	-----

BIBLIOGRAPHIE	687
----------------------------	------------

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIALISÉS	687
II. FASCICULES, RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES	695
III. THÈSES, MÉMOIRES ET COURS RETRANSCRITS	698
IV. ACTES DE COLLOQUE ET CONTRIBUTIONS AUX MÉLANGES	700
V. ARTICLES.....	707
VI. NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS, CHRONIQUES ET COMMENTAIRES	730
VII. CONCLUSIONS	746
VIII. TEXTES OFFICIELS.....	747
A. INTERNATIONAL.....	747
B. ÉTATS TIERS À L'UNION EUROPÉENNE	747
<i>Australie.....</i>	<i>747</i>
<i>Chine.....</i>	<i>747</i>
<i>États-Unis.....</i>	<i>747</i>
<i>Suisse.....</i>	<i>748</i>
C. UNION EUROPÉENNE	749
<i>Traités</i>	<i>749</i>
<i>Règlements et propositions de règlements</i>	<i>749</i>
<i>Directives et Propositions de Directives.....</i>	<i>752</i>
<i>Résolutions du Parlement européen</i>	<i>756</i>
<i>Communications</i>	<i>756</i>
<i>Lignes directrices, orientations et guides de bonnes pratiques.....</i>	<i>758</i>
<i>Livres blancs et verts</i>	<i>759</i>
<i>Autres</i>	<i>759</i>
D. ÉTATS MEMBRES ET ROYAUME-UNI.....	760
<i>Allemagne</i>	<i>760</i>
Textes adoptés	760
Projet de loi.....	760
<i>Autriche.....</i>	<i>760</i>
<i>Belgique.....</i>	<i>760</i>
Principales lois.....	760
Autres.....	761

<i>Espagne</i>	761
<i>France</i>	762
Principales lois.....	762
Principales ordonnances.....	763
Principaux textes réglementaires	764
Autres.....	764
<i>Irlande</i>	766
Principales lois.....	766
Autres.....	766
<i>Italie</i>	766
Principales lois.....	766
Autres.....	767
<i>Luxembourg</i>	767
<i>Pays-Bas</i>	767
<i>Portugal</i>	768
<i>Royaume-Uni</i>	768
Principaux actes.....	768
Autres.....	768
<i>Suède</i>	768
IX. RAPPORTS, RECOMMANDATIONS, STATISTIQUES, CONSULTATIONS PUBLIQUES, PROGRAMMES DE TRAVAIL, ÉTUDES, ANNONCES ET DISCOURS	769
A. INTERNATIONAL	769
B. ÉTATS-UNIS	770
C. UNION EUROPÉENNE	770
<i>Parlement européen et commissions internes</i>	770
<i>Conseil</i>	771
<i>Commission européenne</i>	771
<i>Membres de la Commission européenne</i>	774
<i>Groupes de travail, documents de travail et Think tanks</i>	776
D. ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE ET ROYAUME-UNI	777
<i>Allemagne</i>	777
<i>Belgique</i>	777
<i>France</i>	777
<i>Irlande</i>	780
<i>Luxembourg</i>	780
<i>Portugal</i>	780
<i>Royaume-Uni</i>	780
<i>Suède</i>	780
<i>Travaux menés conjointement par plusieurs États membres ou autorités nationales de concurrence</i>	781
E. AUTRES	782
X. AUTRES	786

TABLE DE JURISPRUDENCE	789
I. JURISPRUDENCE DES ÉTATS-UNIS	789
A. U.S. SUPREME COURT	789
B. U.S. COURT OF APPEALS	790
C. U.S. DISTRICT COURT	790
II. JURISPRUDENCE DE L'UNION EUROPÉENNE	791
A. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE	791
B. TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE	798
<i>Décisions</i>	798
<i>Ordonnances</i>	803
III. JURISPRUDENCE DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE	804
A. ALLEMAGNE	804
B. FRANCE	804
<i>Conseil constitutionnel</i>	804
<i>Conseil d'État</i>	805
<i>Cour de cassation</i>	806
<i>Cours d'appel et tribunaux de première instance</i>	809
C. ROYAUME-UNI	809
<i>Supreme Court</i>	809
<i>Court of appeal</i>	809
<i>England and Wales Competition Appeals Tribunal</i>	809
IV. PRATIQUE DÉCISIONNELLE	810
A. COMPETITION BUREAU (CANADA)	810
B. FEDERAL TRADE COMMISSION ET DEPARTMENT OF JUSTICE (ÉTATS-UNIS)	810
C. COMMISSION EUROPÉENNE	811
D. ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE ET ROYAUME-UNI	825
<i>Allemagne</i>	825
<i>France</i>	825
<i>Lettres, arrêtés et décisions du Ministre de l'économie</i>	825
<i>Décisions et avis de l'Autorité de la concurrence</i>	827
<i>Autres</i>	831
<i>Luxembourg</i>	831
<i>Royaume-Uni</i>	831
E. AUTRES	832
INDEX	833
TABLE DES MATIÈRES	839

Depuis une dizaine d'années, la réforme du contrôle européen des concentrations ne cesse d'être réclamée sous des formes diverses, que ce soit par les États membres, les institutions de l'Union ou les autres acteurs du marché unique. Parce qu'elles ne sont pas nouvelles, les discussions qu'elle occasionne nécessitent cependant un certain recul. En s'appuyant sur une analyse transversale des enjeux qu'il soulève, cette thèse cherche à déterminer si le règlement (CE) n°139/2004 parvient à atteindre les objectifs qui lui ont été assignés lorsqu'il édicte un contrôle des opérations de concentration auxquelles se livrent les groupes. À cette fin, elle retrace à titre préliminaire l'histoire des finalités poursuivies par le droit européen des concentrations dans le but d'en révéler le caractère plural. Si cette branche du droit s'attache à préserver les structures de la concurrence sur le marché, cet ouvrage montre néanmoins qu'elle ne cherche pas à entraver la compétitivité des entreprises au sein du marché unique, contrairement à ce qui lui est régulièrement reproché.

Suivant la chronologie de la conclusion de l'opération de concentration jusqu'au contrôle dont elle fait l'objet, l'étude analyse ainsi la manière dont les groupes sont en mesure de faire face au contrôle européen des concentrations, avant d'évaluer si le contrôle européen des concentrations est à son tour en mesure de les appréhender.

Since a decade, the Member States, the Union institutions and the other actors claim the need for reform of the European merger control. However, these tensions are not new and need to step back. Based on a cross analysis, this thesis aims to identify whether or not the regulation (EC) n°139/2004 succeeds to control the operations that the groups are used to conclude. To this end, this study redraws on a preliminary basis the story and the plurality of its goals. If this control seeks to preserve the competition structures on the market, it does not have for purpose to impede the competitiveness of the European industry, despite the criticism that has been made of him.

Regarding the timeline of the conclusion of a merger until its control, this study analyses the way the groups face the European control, and then the way this control understands them or not.

MOTS-CLÉS : droit européen des concentrations – groupes – entreprises – sociétés – droit de la concurrence – droit des sociétés – droit des contrats – analyse substantielle

KEY WORDS: *European merger control – groups – companies – competition law – company law – contract law – substantial analysis*

Adrienne BONNET
adrienne.bonnet@hotmail.fr