

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 10 : Le contrôle ex ante des concentrations économiques

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : L'opération de concentration économique.....	p. 3
§ 1 : La définition de l'opération de concentration économique.....	p. 3
A - Les fusions.....	p. 4
B - Les prises de contrôle.....	p. 4
C - Les entreprises communes.....	p. 6
§ 2 : Les seuils d'exercice du contrôle.....	p. 7
A - Les seuils de contrôle en droit interne et en droit européen.....	p. 7
1. Les seuils en droit français.....	p. 7
2. Les seuils en droit européen : la dimension européenne de l'opération.....	p. 8
B - Les éléments de calcul.....	p. 10
Section 2 : La procédure de contrôle.....	p. 11
§ 1 : Examen de l'opération.....	p. 11
A - Critère d'examen.....	p. 11
B - Bilan concurrentiel.....	p. 12
C - Engagements.....	p. 13
D - Théorie de l'entreprise défaillante.....	p. 14
§ 2 : Les modalités de l'examen.....	p. 15
A - La notification de l'opération de concentration économique.....	p. 15
1. En droit européen.....	p. 15
2. En droit français.....	p. 15
B - Les phases du contrôle.....	p. 16
1. En droit européen.....	p. 16
2. En droit français.....	p. 18

Le contrôle autonome des concentrations économiques a d'abord été institué en droit interne. Ce fût l'objet de la loi du 19 juillet 1997 sur le contrôle des concentrations économiques. Il a fallu attendre 12 ans pour que le droit communautaire se dote d'un arsenal propre à ces opérations.

Contrairement au Traité CECA, le Traité de Rome ne contenait aucune disposition relative au contrôle des opérations de concentration. Les articles sur les ententes et les abus de position dominante semblaient suffire pour traiter le problème. En effet, dans les années 50-60, l'économie du marché commun était faiblement concentrée sauf dans le domaine du charbon et de l'acier. Pourtant, le problème indépendant des concentrations économiques a rapidement émergé : la Commission s'est interrogée dès 1965 dans son *Mémorandum sur le problème de la concentration dans le Marché commun*, et plusieurs propositions de règlement ont vu le jour à partir de 1973. En effet, on comprenait qu'il était inefficace d'intervenir quand une entreprise en position dominante avait abusé de celle-ci mais qu'il convenait davantage d'agir lorsque cette position dominante se formait. Cependant, il a fallu attendre jusqu'en 1989 pour que des règles particulières soient prises. En attendant, les autorités communautaires appliquaient donc essentiellement l'article 86 (art. 102 du TFUE aujourd'hui).

Exemple

En témoigne l'affaire Continental Can de 1973 : Continental Can Company Inc, société américaine, était le premier producteur mondial d'emballages métalliques et un producteur important de matériaux d'emballages en papier et en plastique. Il construisait en outre les machines pour fabriquer et utiliser ces emballages. En 1969, Continental a acquis 85,8 % du capital de la société Schmalbach-Lubeca-Werke AG (S.L.W.), plus grand producteur d'emballages métalliques légers d'Europe continentale. En 1970, après avoir abandonné l'idée de créer une holding commune avec des sociétés françaises, anglaises et néerlandaises, Continental a créé une société dénommée Europemballage Corporation (Europemballage) dans laquelle il détenait la totalité des actions. Il a, par ailleurs, transmis à cette nouvelle société ses participations dans différentes sociétés européennes, en particulier les 85,8 % détenus dans la société allemande SLW et les 10,4 % possédés dans la société néerlandaise TDV. En avril 1970, Europemballage lança une offre publique d'achat des actions et obligations TDV ce qui porta sa participation dans le capital de 10,4 % à 91,07 %. La Commission des Communautés européennes, estimant que cette acquisition constituait une infraction à l'article 86 du Traité de Rome, engagea une procédure à l'encontre de Continental, société mère du groupe (Comm. CE, déc. n° 72/21/CEE, 9 décembre 1971, Continental Can Company : JOCE n° L 7, 8 janvier 1972, p. 25). Saisie d'un recours contre cette décision, la Cour de justice des Communautés européennes confirma la commission de l'infraction (CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc c/ Commission : Rec. CJCE 1973, p. 215 ; Clunet 1974, p. 428, note R. Saint-Esteben). Ce contrôle *ex post* n'était pas satisfaisant.

Après maints débats, le Conseil adopta le règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989 sur le contrôle des concentrations. Ce texte a été modifié par le Règlement du Conseil n° 1310/97/CE, 30 juin 1997. Assez récemment, la Commission a fait connaître son intention de réformer en profondeur ce règlement (Livre vert du 11 décembre 2001 relatif à la révision du règlement concentration). Cette réforme trouve son origine dans l'obligation légale de revoir les seuils de chiffre d'affaires visés à l'article 1^{er} du règlement et les règles en matière de renvoi de l'article 9. Elle a vu le jour par l'adoption par le Conseil le 20 janvier 2004 du Règlement n° 139/2004/CE relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JOUE n° L 24, 29 janvier 2004, p. 1). Ce règlement est entré en vigueur le 1^{er} mai 2004. Il a été complété par le Règlement n° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement n° 139/2004 (modifié par le Rgl. n° 1033/2008, 20 octobre 2008 et le règlement n° 1269/2013 du 5 décembre 2013), une communication consolidée sur la compétence de la Commission (2008/C/95/01, 10 juillet 2007) et une communication publiée en 2009 (JOCE n° C-43, 21 février 2009). On pourrait encore citer dans les sources de *soft law*, le Code de bonnes pratiques relatives aux engagements de cession dans les affaires de concentration (Communiqué de presse IP 03/614, 2 mai 2003) ou celui relatif à la conduite des procédures de contrôle des concentrations (Communiqué de presse IP 03/614, 2 mai 2013). Une réflexion porte aujourd'hui sur la réforme de ce règlement (V. Livre blanc, Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE, 9 juill. 2014).

Entre temps, en droit interne, la loi NRE du 15 mai 2001 et les lignes directrices du 15 juillet 2005 sont venues calquer le régime des concentrations économiques sur celui du droit communautaire. La [loi de Modernisation](#)

de l'économie du 4 août 2008 a ensuite transféré le contrôle à l'Autorité de la concurrence qui se substitue ainsi au Ministre de l'économie. Depuis, l'Autorité a publié de nouvelles lignes directrices dont les dernières datent du 10 juillet 2013, remplacées par celles du 23 juillet 2020.

L'harmonisation se retrouve tant au point de vue de la définition de l'opération de concentration (Section 1) que dorénavant sur celui de la procédure de contrôle (Section 2).

Section 1 : L'opération de concentration économique

Pour être contrôlée, il convient d'une part, que l'opération réponde bien à la définition de concentration économique (§ 1) et pour qu'elle dépasse des seuils définis (§ 2).

Aucun secteur économique n'est épargné, comme l'énonce d'ailleurs l'article [L. 410-1](#) du Code de commerce : « Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques... ». Toutefois la procédure peut être aménagée.

En savoir plus : Secteurs particuliers

Ainsi, dans le secteur de la presse (soumis au contrôle : Cons. conc., avis n° [05-A-18](#), 11 oct. 2005 relatif à l'acquisition du Pôle Ouest de la société Socpresse et de fonds de commerce de la SEMIF par la société SIPA – Lettre du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 28 oct. 2005 : *BOCC* 16 déc. 2005), l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication exige-t-il que l'Autorité de la concurrence saisisse le CSA pour avis.

Dans le même sens, le secteur bancaire entre dans le champ d'application du droit commun des concentrations économiques. La question s'était posée en droit français à propos du projet d'acquisition par le Crédit Agricole du Crédit Lyonnais au début des années 2000. Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) à l'époque, s'était reconnu compétent et avait autorisé l'opération. Le Conseil d'Etat avait été saisi d'une demande d'annulation et le 16 mai 2003, il avait confirmé l'existence d'un vide juridique (Conseil d'Etat Ass., 16 mai 2003 : *Contrats, conc. consom.*, 2003, comm. n° 125, obs. M. Malaurie-Vignal). La question était de savoir si une concentration bancaire était soumise au droit commun de la concurrence, passant par une décision du ministre de l'économie, prise éventuellement après avis du Conseil de la concurrence. Le Conseil d'Etat avait répondu par la négative : « les opérations de concentration portant sur des activités bancaires ne sont pas soumises à l'autorisation préalable du Ministre de l'économie, donnée le cas échéant après avis du Conseil de la concurrence ». Mais le Conseil d'Etat reconnaissait parallèlement que la loi ne donnait pas au CECEI « compétence pour procéder à un contrôle d'une opération de concentration en assortissant sa décision d'agrément de conditions particulières tenant au respect de la concurrence ». On était donc dans une impasse. Le gouvernement avait alors décidé de clarifier cette situation en déposant un amendement lors de l'examen de la loi de sécurité financière visant à faire retourner les concentrations bancaires dans le droit commun. La loi du 1^{er} août 2003 avait ainsi modifié l'article L. 511-4 du CMF en prévoyant que lorsque le Conseil de la concurrence était saisi d'un projet de concentration intéressant le domaine bancaire, il devait recueillir l'avis du CECEI. Aujourd'hui, l'article [L. 612-22](#) du Code monétaire et financier prévoit que l'Autorité doit recueillir l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel. La procédure vaut également pour les opérations dans le secteur des assurances.

§ 1 : La définition de l'opération de concentration économique

Selon l'article 3 du Règlement européen, il y a concentration économique, lors « *de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises* » ou lors « *de 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* ».

L'article [L. 430-1](#) du Code de commerce retient une définition semblable, préférant toutefois évoquer dans le premier cas la fusion de « *deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes* ». Il apparaît ainsi que la concentration résulte aussi bien d'une fusion (A) que d'une prise de contrôle (B).

Trois exclusions sont expressément prévues à l'article 3-5 du Règlement européen :

- l'acquisition de titres par des entreprises dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres, pour compte propre ou pour compte d'autrui, n'est pas considérée comme une concentration, pour autant que cette acquisition s'effectue dans le cadre de cette activité et que la détention de ces titres présente un caractère temporaire.
- l'opération envisagée n'entraîne aucune modification de la structure du contrôle et, partant, ne constitue pas une concentration au sens du règlement, lorsque le contrôle est acquis par une personne mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un Etat membre relative à la liquidation, à la faillite, à l'insolvabilité, à la cessation de paiement, au concordat ou à une autre procédure analogue.
- L'opération par laquelle une société de participation financière au sens de l'article 5, paragraphe 3, la directive 78/660/CEE du Conseil (99) acquiert le contrôle d'une entreprise, ne constitue pas une concentration.

A - Les fusions

Deux cas sont envisageables :

- soit il y a fusion par création : plusieurs sociétés disparaissent au profit d'une nouvelle entité ;
- soit il y a fusion par absorption : l'une des sociétés disparaît en étant absorbée par une autre.

Les fusions de droit comme de fait entrent dans le périmètre du contrôle.

Dans sa rédaction – qui était d'ailleurs celle du Règlement de 1989 – le droit français insiste sur l'indépendance des entreprises concernées. Ainsi, l'absorption d'une filiale détenue à 100 % ou presque (cf. jurisprudence sur l'autonomie des entreprises, leçon 6) par la société mère n'est pas examinée. Cela signifie que les réorganisations de groupe ne sont pas automatiquement soumises au contrôle des concentrations dans la mesure où elles n'entraînent aucun changement de contrôle (Min. Eco., 9 août 2002 : *RJDA* 2003, 6, obs. D. Berlin). Même si la formule est différente, telle est bien la position du droit européen. La Communication de 2009 retient en effet au point 51 que « *telle qu'elle est définie, la notion de concentration au sens du règlement sur les concentrations est limitée aux changements intervenant dans la structure du contrôle. La restructuration interne d'un groupe d'entreprises ne saurait, par conséquent, constituer une concentration. Cela vaut, notamment, pour les augmentations de participations ne s'accompagnant pas d'une modification de la structure du contrôle, pour les opérations de restructuration, telles que le regroupement d'une structure à double cotation en une entité juridique unique ou encore la fusion de filiales. Une concentration ne peut avoir lieu que si l'opération entraîne une modification de la qualité du contrôle d'une entreprise et qu'elle n'est donc plus purement interne* ».

B - Les prises de contrôle

La prise de contrôle est visée comme étant la « *possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise acquise découlant de droits, de contrats ou de tout autre moyen* » (TPICE, 23 février 2006, aff. T-282/02, Cementbouw Handel & Industrie BV).

C'est un critère très large permettant d'englober :

- le contrôle unique ;
- le contrôle commun ;
- le contrôle par un actionnaire sur la base d'un droit de veto ;

La notion de « *contrôle* » en droit des concentrations n'est pas identique à la notion de « *contrôle* » au sens du droit des sociétés. Les Communication de 2013 et Lignes directrices dessinent très précisément les contours de celle-ci. Deux modalités de contrôle sont recensées :

- le contrôle unique : une entreprise dispose d'un contrôle exclusif lorsqu'elle peut exercer, seule, une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Une entreprise peut détenir un contrôle exclusif sur une autre entreprise dans deux cas :
 - lorsqu'elle détient le pouvoir de prendre les décisions stratégiques de l'entreprise concernée ;
 - lorsqu'elle est le seul actionnaire en mesure de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise, sans être toutefois en mesure d'imposer, à elle seule, ces décisions (on parle alors de contrôle exclusif « *négatif* »).
- le contrôle commun ou conjoint : il peut résulter d'une parité des droits de vote entre deux entreprises contrôlantes sur l'entreprise contrôlée, ou pas.

L'influence déterminante se manifeste généralement par la détention d'une majorité au capital par l'actionnaire. Néanmoins, une participation minoritaire peut également permettre à un actionnaire d'exercer une influence déterminante si elle est assortie de droits qui excèdent ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers ou si ces droits sont de nature à démontrer l'existence d'une influence déterminante (Cons. conc., Avis n° [04-A-08](#), 18 mai 2004 – ADLC déc. n° [11-DCC-10](#), 25 janv. 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Parisot par Windhurst Industries et de la prise de contrôle conjoint de Windhurst par le FSI). Dans son travail de qualification de l'opération, l'Autorité a recours à la technique du faisceau d'indices. Elle tient compte, par exemple :

- des droits de veto, en particulier ceux portant sur le plan stratégique, la nomination des principaux dirigeants, les investissements et le budget ;
- de la possibilité de bénéficier de droits particuliers conférant immédiatement ou dans le futur une part dans les décisions, supérieure à la part dans le capital ;
- de la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise ;
- de la possibilité de monter dans le capital ultérieurement, soit du fait d'accords particuliers, soit par la détention de titres convertibles en actions ;
- de la possession de droits de préemption ou de préférence ;
- de l'existence d'options d'achat ou de vente ;
- de l'existence de conventions de location-gérance des activités, par lesquels l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources même si les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés ;
- de la possibilité d'obtenir des informations détaillées sur les activités de l'entreprise, en particulier celles généralement réservées au management ou aux entreprises mères.

L'Autorité vérifie également les cas de minorité de blocage et analyse si l'éparpillement de l'actionnariat ne confère pas à la participation de l'actionnaire minoritaire un impact concret plus important dans les délibérations.

Dans certains cas, il est nécessaire d'apprécier si certains actionnaires sont amenés à coordonner leurs décisions :

- en raison d'un pacte d'actionnaires ou de tout autre accord exprès les conduisant à agir de concert ou à faciliter la coordination de leurs votes ;
- en raison d'intérêts communs suffisamment puissants les conduisant à ne pas s'opposer les uns aux autres dans l'exercice de leurs droits.

Mais une entreprise peut disposer d'une influence déterminante sans aucune participation au capital. Le contrôle peut effectivement découler de la détention des droits ou des contrats. A titre d'exemple, le fait

pour une entreprise d'être le principal créancier d'une entreprise concurrente (Cons. conc., avis n° 97-A-23, 15 oct. 1997 : *Contrats, conc., consom.*, 1998, comm. n° 72, obs. L. Vogel) ou de conclure un contrat de location-gérance est un critère d'influence déterminante. Comme l'expose la Communication du 21 février 2009 (pt. 18), « afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels) ».

Une illustration se rencontre encore dans les réseaux de distribution et plus précisément dans la franchise, le plus intégré des réseaux. Comme le souligne d'emblée l'Autorité, « s'agissant de magasins indépendants exploités dans le cadre d'un contrat d'enseigne, la conclusion initiale de ces contrats, à elle seule, ne constitue généralement pas une opération de concentration. Il en est de même a priori lorsque ces magasins s'affilient à un autre réseau et changent d'enseigne ». Et l'Autorité de poursuivre : « les accords de franchise ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé. Le franchisé exploite généralement les ressources de l'entreprise pour son compte propre, même lorsque l'essentiel des éléments d'actifs appartiennent au franchiseur ». D'autres éléments doivent venir étayer l'existence d'une influence déterminante de la tête du réseau sur ses adhérents. Ainsi l'Autorité examine-t-elle si le franchiseur peut limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale (par exemple, à travers des mécanismes contractuels qui transfèrent, tout ou partie, du risque commercial de l'adhérent vers la tête de réseau) que dans les possibilités de changer de réseau.

Ces considérations prennent une résonance particulière depuis la LME puisqu'elle a abaissé les seuils de contrôle de façon à appréhender les concentrations dans le secteur du commerce de détail. L'article L. 430-2 II du Code de commerce prévoit que :

« II. - Lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros ;
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004. »

Remarque

Le Livre blanc Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE du 9 juillet 2014 propose d'étendre le contrôle du Règlement n° 139/2004 aux prises de participations minoritaires non contrôlantes, ce qui viendrait soumettre un nombre considérable d'opérations à la procédure. V. N. Levy et F. de Bure, « Contrôle des concentrations et participations minoritaires non contrôlantes : une réforme est-elle vraiment nécessaire ? », *RLC* n° 41/2015, p. 11.

C - Les entreprises communes

Les acteurs économiques peuvent également combiner leurs forces technologiques et financières en vue de s'adapter aux dimensions internationales du marché, en créant une *entreprise commune*. Ce mécanisme de rapprochement d'origine américaine, que l'on nomme aussi « *joint ventures* », est une concentration. Selon en effet l'article 3-4 du Règlement n° 139/2004/CE et l'article L. 430-1 II, « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration » (v. Comm. CE Commun., n° 98/C 66/03, Relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : JOCE n° C-66, 2 mars 1998, p. 5 ; *RTD com.* 1998, p. 731, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *Contrats, conc., consom.* 1998, comm. n° 75, obs. L. Vogel).

L'entreprise commune ou de plein exercice est autonome sur le plan fonctionnel, ce qui signifie qu'elle bénéficie des ressources suffisantes pour exercer son activité sur le marché. Comme le souligne la Commission, « *l'entreprise commune doit opérer sur un marché, en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché* ». Elle doit par conséquent disposer de tous les éléments nécessaires, en termes de financement, d'actifs et de personnel. Concernant ce dernier, il ne doit pas nécessairement être employé par l'entreprise commune elle-même. Tout dépend des usages dans le domaine : « *s'il s'agit d'une pratique courante dans le secteur d'intervention de l'entreprise commune, il peut suffire que les tiers prévoient la mise à disposition de personnel en vertu d'un accord opérationnel ou que le personnel soit engagé par une agence d'intérim* ». Sous réserve de respecter les conditions commerciales normales, « *le détachement de personnel par les sociétés mères peut également suffire s'il n'a lieu que dans le cadre d'une phase de démarrage ou encore si l'entreprise commune traite avec les sociétés mères de la même manière qu'avec les tiers* ».

N'est pas une entreprise de plein exercice l'entreprise commune qui « *ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économiques de ses sociétés mères, sans disposer de son propre accès au marché ou être elle-même présente sur le marché* » (Communication de 2009). Tel est le cas de l'entreprise commune qui se contente de distribuer ou de vendre les produits de ses sociétés mères, en n'agissant, dès lors, que comme un comptoir de vente.

§ 2 : Les seuils d'exercice du contrôle

Des seuils permettant de répartir le contrôle aux autorités nationales ou à la Commission européenne sont fixés par les textes (A). Ils reposent sur des éléments définis (B).

Pour éviter tout détournement de la loi, le Règlement et les lignes directrices françaises (pt. 88) précisent que « *les opérations successives effectuées durant une période de deux années entre les mêmes entreprises sont considérées comme une seule concentration aux fins du calcul des chiffres d'affaires des entreprises concernées. Néanmoins, ces opérations doivent être réalisées entre les mêmes acquéreurs et les mêmes vendeurs ou entre des entreprises appartenant respectivement aux mêmes groupes* » (ADLC, déc. n° [11-DCC-150](#), 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial). Cela évite que des protagonistes ne scindent l'opération en plusieurs blocs de façon à écarter le contrôle.

A - Les seuils de contrôle en droit interne et en droit européen

1. Les seuils en droit français

Lorsqu'une opération est qualifiée de concentration, il convient d'établir si celle-ci est soumise à contrôle et à notification obligatoire, c'est-à-dire si elle remplit les trois conditions cumulatives précisées à l'article [L. 430-2](#) du Code de commerce :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales concernées est supérieur à 150 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du contrôle communautaire des concentrations, tel que défini à l'article 1 § 2 et 3 du règlement n° 139/2004 CE.

Les rachats de start up par les géants du numérique n'entrent que très rarement dans les seuils de contrôlabilité, malgré leurs effets sur la concurrence. Pour contrôler ces opérations, une réforme est discutée devant le parlement français. Une proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace du 10 octobre 2019 et transmis à l'assemblée nationale en février 2020, envisage d'introduire des dispositions de Lutte contre les acquisitions dites « prédatrices ». Ainsi, serait introduit après l'article L. 430-2 du Code de commerce, un article L. 430-2-1 ainsi rédigé :

« I. – L'Autorité de la concurrence fixe une liste des entreprises structurantes. Pour déterminer si une entreprise est structurante, l'autorité prend en compte, aux niveaux français et européen ou mondial, plusieurs des indices suivants : sa position dominante sur un ou plusieurs marchés, notamment multifaces, le nombre d'utilisateurs uniques des produits ou services qu'elle propose, son intégration verticale et ses activités sur d'autres marchés connexes, le bénéfice qu'elle retire de l'exploitation d'importants effets de réseaux, sa valorisation financière, son accès à des données essentielles pour l'accès à un marché ou le développement d'une activité, l'importance de ses activités pour l'accès de tiers aux marchés et l'influence qu'elle exerce en conséquence sur les activités des tiers.

II. – Les entreprises structurantes mentionnées au I du présent article informent l'Autorité de la concurrence de toute opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 susceptible d'affecter le marché français dans un délai d'un mois avant sa réalisation.

III. – Le président de l'Autorité de la concurrence ou un vice-président désigné par lui peut enjoindre à une entreprise systémique mentionnée au I du présent article partie à une opération de concentration de soumettre celle-ci, avant sa réalisation, à la procédure prévue aux articles L. 430-3 à L. 430-10.

IV. (nouveau) - Lorsque l'Autorité de la concurrence engage un examen approfondi d'une opération notifiée en application du présent article, l'entreprise structurante doit apporter la preuve que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

V. (nouveau) - Le dernier alinéa de l'article L. 450-3 du code de commerce est complété par une phrase ainsi rédigée : Ils ont également accès aux principes et méthodes de conception des algorithmes ainsi qu'aux données utilisées par ces algorithmes. »

2. Les seuils en droit européen : la dimension européenne de l'opération

La dimension communautaire de la concentration est essentielle pour savoir qui des autorités communautaires ou nationales doivent la contrôler.

Le règlement n° 4062/89, comme le règlement n° 139/2004 utilisent deux séries de seuils fixés selon le chiffre d'affaires des entreprises concernées. Pour que l'opération de concentration soit de dimension communautaire, il faut que :

- le chiffre d'affaires mondial de l'ensemble des entreprises concernées dépasse 5 milliards d'euros et le chiffre d'affaires communautaire réalisé individuellement pour au moins deux des entreprises concernées dépasse 250 millions d'euros (article 1^{er}, § 2. Seuils de « la grande dimension européenne »);
- le chiffre d'affaires mondial de l'ensemble des entreprises concernées dépasse les 2,5 milliards d'euros, le chiffre d'affaires des entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros dans 3 des Etats membres au moins, le chiffre d'affaires individuel d'au moins deux des entreprises concernées sur le territoire de 3 Etats membres au moins est supérieur à 25 millions d'euros, le chiffre d'affaires réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros (article 1^{er}, § 3. Seuils de « la petite dimension européenne »).

A noter que même si les seuils sont atteints, les autorités nationales restent compétentes si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre (art. 1-2 et 1-3 *in fine*).

La seconde série de seuils a été ajoutée en 1997 (Règlement du Conseil n° 1310/97/CE, 30 juin 1997) pour éviter les multiples notifications d'opérations ne remplissant pas le premier seuil, auprès des autorités des Etats membres. On a donc abaissé les seuils pour arriver à ce que l'on appelle un « *guichet unique* ».

Pour autant, la Commission avait jugé que l'objectif de l'article 1-3, c'est-à-dire, conférer à la Commission la compétence de statuer sur des opérations affectant au moins 3 Etats membres, n'avait pas été atteint. Dans son Livre Vert du 11 décembre 2001 relatif à la révision du règlement concentration, elle constatait qu'une seule opération sur cinq ayant fait l'objet de notifications multiples dans au moins 3 Etats membres était tombée dans le champ d'application de l'article 1-3. Elle présageait alors que l'élargissement de la Communauté ne ferait qu'augmenter ces notifications multiples. Pour éviter ces effets préjudiciables, le règlement n° 139/2004 du Conseil a proposé un système de renvoi simplifié au stade de la pré-notification. Ainsi, l'article 4-5, prévoit que « *dans le cas d'une concentration (...) qui n'est pas de dimension communautaire (...) et qui est susceptible d'être examinée en vertu du droit national de la concurrence d'au moins 3 Etats membres, les personnes ou entreprises (...) peuvent, avant toute notification aux autorités compétentes, informer la Commission, au moyen d'un mémoire motivé, que la concentration doit être examinée par elle* ». Un Etat membre concerné peut toujours exprimer son désaccord sur la mesure de renvoi.

Toutefois, une opération qui dépasserait les seuils pourrait malgré tout être contrôlée par les autorités nationales. Dans le Règlement n° 4064, le renvoi était possible si la concentration menaçait de créer ou de renforcer une position dominante de nature à entraver de manière significative la concurrence sur son propre territoire ou sur une partie substantielle du marché commun. Il s'agissait de ce que l'on appelait la clause allemande (article 9). Le nouveau règlement n'a pas tout à fait repris le même critère allemand de la position dominante. Le renvoi peut s'effectuer lorsque la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur d'un Etat, qui représente les caractéristiques d'un marché distinct (art. 9-2 a) ou doit s'effectuer lorsque l'opération affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de l'Etat qui représente les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun (art. 9-2 b).

L'article 21-4 du Règlement n° 139/2004 prévoit de son côté que « *les Etats membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire. Sont considérés comme intérêts légitimes, au sens du premier alinéa, la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles* ».

A l'inverse, la Commission peut connaître, à la demande des Etats membres, une opération qui ne remplit pas les seuils européens mais qui entrave de manière significative la concurrence (v. J.-S. Duprey, « Pratique récente en matière de renvoi sur la base de l'article 22 du règlement concentrations », *RLC* n° 28/2011, p. 10). Il s'agit cette fois de la **clause hollandaise** car la Hollande à l'époque n'avait pas de dispositif national de contrôle des concentrations (article 22 § 3). On évite ainsi les notifications multiples (idée de guichet unique). Selon l'article 22-1 du Règlement, « *un ou plusieurs Etats membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration (...) qui n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1er, mais qui affecte le commerce entre Etats membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des Etats membres qui formulent cette demande* ». Ce système de renvoi a par exemple été utilisé pour appréhender le rachat de Shazam par Apple en 2018. Depuis, la Commission européenne a élargi cette possibilité en permettant le renvoi quand bien même les seuils domestiques ne seraient pas atteints. Dans ses orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires publiées le 31 mars 2021, la Commission européenne précise qu'elle entend désormais, « *dans certaines circonstances, encourager et accepter des renvois dans les cas où l'Etat membre requérant n'a pas la compétence initiale pour connaître de l'affaire* (mais où les critères de l'article 22 sont remplis). *Ce changement d'approche permettra aux Etats membres et à la Commission de veiller à ce qu'un nombre supplémentaire d'opérations méritant un examen sur la base du règlement sur les concentrations soient examinées par la Commission, sans imposer d'obligation de notification aux opérations pour lesquelles un tel examen ne se justifierait pas* » (pt. 11). Imaginé pour les secteurs numériques et pharmaceutiques, c'est dans ce dernier qu'a eu lieu la première application de cette nouvelle doctrine validée par le Tribunal de l'UE (Trib. UE, 13 juillet 2022, aff. [T-227/21](#), Illumina, Grail c/ Commission : *Contrats, conc. consom.* 2022, comm. n° 157, obs. D. Bosco) et a conduit à une condamnation par la Commission de la cible, très symboliquement et

de l'acquéreur plus substantiellement (Comm. UE, 12 juill. 2023, M. 10483). Cependant, dans le recours dans l'affaire Illumina / Grail, l'avocat général Emiliou propose d'annuler l'arrêt du Tribunal et les décisions de la Commission concernant la demande de renvoi. Il estime que les États membres ne peuvent pas demander à la Commission d'examiner une concentration n'ayant pas une dimension communautaire lorsque ces États ne sont pas compétents pour contrôler cette concentration en vertu de leur droit national (Concl. 21 mars 2024, aff. jtes [C-611/22 P](#), Illumina/Commission et [C-625/22 P](#), Grail/Commission et Illumina). Dans ses conclusions très motivées, il ajoute que le nouveau mécanisme proposé par la Commission et validé par le Tribunal pourrait conduire les entreprises réalisant « *une opération qui, en principe, échappe à tous les régimes de contrôle des concentrations de l'Union* » « *à procéder à des notifications informelles auprès de toutes les autorités nationales, uniquement pour éviter un recours ultérieur au mécanisme de renvoi en question qui pourrait avoir, de leur point de vue, des conséquences dramatiques* ». La solution de la Cour sera donc déterminante et pourrait amener à une modification des seuils au niveau Européen et/ou national.

Dans le secteur numérique, la Commission européenne a ouvert dans l'été 2023 (18 août) une procédure d'examen sur le fondement de l'article 22 du rachat d'Autotalks, start up dans le domaine des technologies de communication utilisées de plus en plus dans le secteur automobile et routier, par Qualcomm, elle-même leader sur ce marché de la technologie mobile. Le projet a cependant été abandonné.

Cela peut donc être dangereux pour les opérateurs qui pensant passer sous les radars ne notifient pas leur projet et se font ensuite rattraper et sanctionner...

Remarque

Le Règlement n° [2022/1925](#) du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques - DMA) apporte une contribution intéressante au droit des concentrations économiques puisqu'il impose une obligation d'information à la charge des contrôleurs d'accès envisageant une opération touchant un service de plateforme essentiel. Ainsi le gatekeeper doit-il informer « *la Commission de tout projet de concentration au sens de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004, lorsque les entités qui fusionnent ou la cible de la concentration fournissent des services de plateforme essentiels ou tout autre service dans le secteur numérique ou permettent la collecte de données, que ce projet soit soumis à une obligation de notification à la Commission en application dudit règlement ou à une autorité nationale de concurrence compétente selon les règles nationales en matière de concentrations* » (art. 14-1). Couplé avec les orientations de 2021, ce dispositif permettra de contrôler un plus grand nombre d'acquisitions dans le secteur numérique et de mesurer les risques de détention des données.

B - Les éléments de calcul

Le dépassement de ces seuils est évalué en prenant en compte le chiffre d'affaires des « *entreprises concernées* ». Celles-ci sont, en cas de fusion, les entreprises qui fusionnent, et en cas de prise de contrôle, d'une part, la ou les entreprises exerçant un contrôle sur la cible à l'issue de l'opération de concentration et, d'autre part, la cible (tout ou partie d'une société ou éléments d'actifs incorporels) ; dans le cas où l'une des sociétés mères détenait, avant l'opération, le contrôle (exclusif ou conjoint) de la cible et qu'elle détient à l'issue de l'opération un contrôle conjoint avec le ou les nouveaux actionnaires, comme dans le cas de la création d'une entreprise commune de plein exercice, les entreprises concernées sont les sociétés mères détenant le contrôle à l'issue de l'opération.

Le chiffre d'affaires d'une entreprise doit permettre d'apprécier la force économique concrète de l'entreprise concernée. Dans le cadre d'une prise de contrôle, pour chacun des acquéreurs, le calcul doit prendre en compte toutes les activités du groupe et non celles des seules filiales directement impliquées dans l'opération ou celles relatives aux marchés concernés ou affectés par l'opération. Pour le cédant, seul le chiffre d'affaires de la partie cédée est pris en compte.

Section 2 : La procédure de contrôle

§ 1 : Examen de l'opération

Il est bien sûr nécessaire de délimiter le marché pertinent pour ensuite apprécier l'opération (Cf. Leçon 7). Pour décider de la compatibilité de la concentration au regard du marché, les autorités doivent appliquer un critère mixte, entre le critère de la dominance et le critère dit SLC (A) et procéder à un bilan concurrentiel (B). La concentration pourra également être autorisée à condition que les parties prennent divers engagements (C). Enfin, les autorités pourront tenir compte de la situation de l'entreprise rachetée dans le cadre d'une application de la théorie dite de l'entreprise défaillante (D).

A - Critère d'examen

Pour le règlement n° 4064, une opération de concentration n'était compatible avec le marché commun que si elle ne créait ou ne renforçait pas une position dominante ayant pour effet d'entraver de manière significative la concurrence effective sur le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci (article 2, § 2). Il s'agit du **critère dit de la dominance** ou de la position dominante retenu en Allemagne. Son appréciation repose sur les parts de marché.

D'autres pays utilisent le critère de la « *diminution substantielle de la concurrence* », dit critère SLC (« *Substantial lessening of competition* »). C'est notamment le cas des Etats-Unis. Le droit français vise lui un critère mixte cherchant à appréhender les opérations qui portent atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante (art. [L. 430-6](#)).

Le critère de la dominance a été fermement critiqué en ce que, trop juridique, il était éloigné des considérations économiques. A l'inverse, le critère SLC protégerait davantage le processus concurrentiel puisqu'il ne se préoccupe pas de la création ou du renforcement d'une position dominante. Aussi, la Commission avait-elle lancé le débat sur son adoption dans son Livre Vert. Certains Etats membres s'y sont formellement opposés, comme l'Allemagne. La proposition n'a pas modifié le test, le critère de la position dominante étant au demeurant assez souple. Néanmoins, pour améliorer la sécurité juridique en ce qui concerne le champ d'application du règlement, il était prévu de clarifier le critère, ce que prévoyait la proposition de règlement en définissant la notion de position dominante : l'article 3-2 disposait ainsi que « *aux fins du présent règlement, une ou plusieurs entreprises sont réputées détenir une position dominante si, en présence ou en l'absence de coordination, elles possèdent le pouvoir économique d'influencer, de manière appréciable et durable, les paramètres de la concurrence, en particulier les prix, la production, la qualité de la production, la distribution ou l'innovation, ou de restreindre sensiblement la concurrence* ».

Au final, toutefois, avec le compromis franco-espagnol, le règlement n° 139/2004, revient sur ces propositions et introduit le critère SLC. L'article 2, § 2 du règlement retient ainsi que « *les concentrations qui n'entraveraient pas 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, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun* ». Ce critère est plus large : une concentration peut en effet impliquer l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre, ainsi qu'une réduction des pressions concurrentielles sur les autres concurrents, et tout ceci peut entraver de manière significative la concurrence effective. L'entrave significative à la concurrence s'entend, au-delà du concept de dominance, seulement aux effets anticoncurrentiels d'une concentration (considérant 25).

Exemple

Acquisition de Reebok par Adidas (Comm. CE., 24 janvier 2006, *RLC* 8/2006, p. 19) :

Après avoir délimité le marché pertinent comme celui de la chaussure de sports et de loisirs, la Commission a considéré que la fusion ne créerait pas d'effets anticoncurrentiels. Même si la future entité pourrait voir ses parts de marché dépasser 50 voire 60 % sur le marché des chaussures de sports dans certains pays européens, la pression concurrentielle devrait rester forte sur l'entité. Une des raisons réside dans la puissance et l'agressivité de Nike, leader à l'époque sur les marchés européens de chaussures de sports et de loisirs.

Les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du Règlement n° 139/2004, du 30 janvier 2004, comme celles de l'Autorité de juillet 2013, apportent des précisions sur ces opérations qui peuvent constituer des entraves significatives à la concurrence. Elles distinguent les effets non coordonnés des effets coordonnés.

Ainsi, il peut y avoir entrave significative à la concurrence effective, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, lorsqu'il y a suppression d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises, lesquelles auraient alors un pouvoir de marché accru, sans recourir à une coordination des comportements (**effets non coordonnés**). C'est ce que l'on appelle les effets unilatéraux. Il en existe deux types :

- Sur un marché sur lequel les produits sont différenciés mais où il apparaît que certains produits sont des substituts plus proches que d'autres : la Commission note que plus le degré de substituabilité est élevé entre les produits des parties à une opération de concentration, plus il est probable qu'elles augmentent significativement leurs prix. Si A augmente ses prix, les consommateurs pourront se reporter sur B.
- Sur un marché de produits homogènes sur lequel les parties n'ont pas de capacités de production excédentaires : dans ce cas, les parties peuvent être incitées à ramener la production en dessous des niveaux cumulés atteints avant l'opération, ce qui ferait augmenter les prix du marché.

D'autre part, il peut y avoir entrave significative à la concurrence effective, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, lorsqu'il y a **effet coordonné**. Dans ce cas, les parties, au regard de la structure du marché, adopteraient durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre leurs produits à des prix plus élevés. Sont ici visés les risques de position dominante collective. On peut penser aussi à deux opérateurs faisant partie d'une même conférence maritime et qui décideraient de s'allier ou si seulement l'un d'eux en fait partie (Comm. CE., 29 juillet 2005, *Maersk/PONL* : *Concurrences* n° 4/2005, p. 96).

Enfin, on doit observer que le critère de l'entrave significative à la concurrence est suffisamment large pour englober les effets d'une opération entre entreprises non concurrentes comme les effets verticaux (lorsque la concentration, par exemple, réduit les possibilités des concurrents de s'approvisionner en matières premières ou de commercialiser leurs produits).

B - Bilan concurrentiel

Ce bilan est prévu à l'article 2-1 du règlement qui prévoit que la Commission, dans son appréciation, peut tenir compte :

- de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun,
- de la position des entreprises concernées et de leur puissance économique... des intérêts des consommateurs ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

L'article [L. 430-6](#) du Code de commerce exige pour sa part une vérification que l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

L'appréciation d'un éventuel progrès économique est donc incluse dans le contrôle de l'opération et n'est pas sans rappeler la procédure d'exemption des ententes (Cf. Leçon 7). La Commission, dans ses lignes directrices

de 2004, a posé les conditions que doivent remplir les gains d'efficacité pour être pris en compte. Il en existe 3 cumulatives :

- ils doivent être à l'avantage du consommateur, comme permettre une baisse des prix ou la création de nouveaux produits ou services ;
- ils doivent être propre à la concentration, c'est-à-dire « *lorsqu'ils sont une conséquence directe de l'opération notifiée et ne peuvent être obtenus dans une mesure similaire au moyen d'alternatives moins anticoncurrentielles* » ;
- ils doivent avoir un caractère vérifiable afin que la Commission « *puisse avoir la certitude, dans une mesure raisonnable, que la concrétisation de ces gains est probable et qu'ils seront suffisamment importants pour contrebalancer l'effet dommageable potentiel de la concentration pour les consommateurs* ».

La Commission se montre toutefois frileuse dans l'admission de ces gains d'efficacité, surtout lorsqu'il s'agit de les apprécier en compensation d'un « *quasi monopole* » : « *il est hautement improbable qu'une opération qui débouche sur une position proche du monopole, ou sur un niveau de pouvoir de marché comparable, puisse être déclarée compatible avec le marché commun au motif que les gains d'efficacité suffiraient à contrebalancer ses effets anticoncurrentiels potentiels* » (Lignes directrices, § 84. V. aussi, Comm. UE, déc. 1^{er} fév. 2012, Deutsche Börse c/ NYSE Euronext : RLC n° 31/2012, p. 8, note D. MB Gerard).

C - Engagements

Pour voir leur opération acceptée, les parties peuvent souscrire des engagements, encore appelés mesures correctives. Ils sont prévus par une Communication de la Commission du 22 octobre 2008 et dans le Guide de bonnes pratiques relatif aux engagements de cession dans les affaires de concentration du 5 décembre 2013 et en droit français, dans les lignes directrices du 10 juillet 2013.

Ces engagements doivent être proportionnels au problème de concurrence et le résoudre entièrement. L'Autorité peut assortir sa décision de conditions et de charges pour garantir que les entreprises concernées respectent effectivement leurs engagements dans les délais requis. Si les parties ne respectent pas leurs engagements, la concentration ne peut être autorisée. Si elle a malgré tout été réalisée, elle doit être traitée comme une concentration non notifiée réalisée sans autorisation. La Commission, comme l'Autorité de la concurrence, peuvent alors ordonner aux entreprises de dissoudre la concentration et infliger une amende allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées en droit européen, 5 % en droit français.

On peut isoler deux grandes catégories de remèdes :

- les engagements structurels sont des mesures agissant directement sur la structure du marché. On compte ici les engagements pour mettre fin à une entreprise commune, les cessions d'actifs (ex. ADLC, déc. n° 14-DDC-71, 4 juin 2014, Nocibé) qui sont pour la Commission (*Étude sur les remèdes aux concentrations*, octobre 2005) le moyen le plus efficace de préserver la concurrence par la création des conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou le renforcement de la position des concurrents actuels. Ces engagements de transferts d'une position de marché visent à recréer un rival suffisamment viable pour assurer une contrainte concurrentielle sur l'entité fusionnée. La communication définit la notion d'acquéreur approprié : il doit notamment être indépendant des parties, disposer des ressources financières, des compétences et de la motivation nécessaires pour développer durablement l'activité cédée, et ne pas soulever de problèmes de concurrence nouveaux.

Exemple

ADLC, déc. n° 13-DCC-90, 11 juill. 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon.

Afin de corriger les effets de la concentration, Casino a proposé des engagements consistant en la cession d'une surface de vente à dominante alimentaire déterminée dans chacune des 50 zones de chalandise sur laquelle les effets de l'opération portent une atteinte à la concurrence.

- Les engagements comportementaux sont des mesures ayant pour objet de modifier l'attitude commerciale des parties à la concentration. Il peut s'agir d'engagements garantissant l'accès à une infrastructure, à une technologie, l'arrêt d'accords exclusifs verticaux. Ces engagements

comportementaux ne sont acceptables qu'à titre exceptionnel, en particulier dans les cas de concentrations de nature conglomerale.

Exemple

Par exemple, dans l'affaire Carrefour/Promodès (déc. du 25 janvier 2000), les parties se sont engagées à ne procéder à aucun déréférencement de produits et de fournisseurs communs pendant 3 ans à compter de la décision dès lors que ces derniers réalisaient 25 % de leur chiffre d'affaires avec les sociétés concernées. De surcroît, il a été exigé que Carrefour propose à tous les fournisseurs de soumettre les litiges qui interviendraient à propos de ces engagements à un arbitre qui statuera dans un délai de 3 mois.

Les autorités préfèrent les premiers aux seconds car ce sont des mesures certaines, immédiates et irréversibles ; elles sont plus facilement contrôlables et ne nécessitent pas la mise en place de dispositifs de surveillance particuliers.

D'un point de vue formel, les parties doivent rédiger un formulaire RM qui décrit le contenu et les conditions de mise en œuvre des engagements proposés, ainsi que les raisons pour lesquelles ces engagements permettent de remédier aux effets anticoncurrentiels identifiés.

La Communication de 2008 renforce le contrôle de la bonne exécution des engagements. Les règles de désignation d'un mandataire chargé du contrôle (monitoring trustee) sont précisées.

En savoir plus : Modèles d'engagements de cession

Modèle d'engagements à l'égard de la Commission européenne, version 5 décembre 2013.

D - Théorie de l'entreprise défaillante

Le droit des concentrations économiques n'est pas totalement hermétique aux difficultés rencontrées par une entreprise. Ce souci se manifeste particulièrement lors de l'application de la théorie dite de « l'exception de l'entreprise défaillante » (v. OCDE, *Failing firm defence : Competition Policy Roundtables*, Paris, 1996, Vol. 2) qui permet le rachat d'une entreprise "défaillante" par un concurrent dès lors qu'est démontrée, en substance, l'absence de causalité entre ce rachat et la détérioration de la concurrence.

D'origine américaine, importée en droit communautaire au milieu des années 90 (Comm. CE, déc. n° 94/449/CE, 14 décembre 1993, Kali + Salz : JOCE n° L 186, 21 juillet 1994, p. 38. Bien qu'ayant annulé cette décision, la CJCE confirma l'introduction de la théorie de l'entreprise défaillante en droit communautaire : CJCE, 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, République française c/ Commission : Rec. CJCE 1998, I, p. 1375 – Comm. CE, déc. 2002/365/CE, 11 juillet 2001, BASF/Eurodiol/Pantochim : JOCE n° L 132, 17 mai 2002, p. 45) en attendant le droit français (Cons. conc., avis n° 02-A-07, 15 mai 2002, relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB : BOCC 2002, p. 948 – Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, lettre du 28 mars 2002 relative à une concentration dans le secteur de la vente de petits appareils d'électroménager : BOCC 2002, p. 942 – Conseil d'État, section, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic et Société Philips France : D. 2004, p. 695 – Cons. conc., avis n° 02-A-15, 23 décembre 2002 : BOCC 2003, p. 499 – Ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie, Lettre du 20 janvier 2003 relative à une concentration dans le secteur des grossistes répartiteurs pharmaceutiques : BOCC 2003, p. 495 – Contrats, conc., consom., 2003, comm. n° 157, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2003, I, 1627, obs. G. Decocq), cette théorie, que la Commission vise aussi sous la notion de concentration d'assainissement (*rescue merger*) conduit à autoriser une opération de concentration si trois conditions sont remplies :

- l'opération porte sur le rachat d'une entreprise défaillante, c'est-à-dire qu'elle menace de disparaître rapidement si l'opération n'a pas lieu,
- l'opération est neutre en termes concurrentiels,
- il n'existe aucune autre solution alternative moins dommageable pour la concurrence. Cette dernière condition impose aux autorités de vérifier s'il n'existe pas d'autres repreneurs potentiels de l'entreprise défaillante.

L'Autorité de la concurrence a fait application pour la première fois de cette théorie dans sa décision Mobilis de 2002 (ADLC, déc. n° [22-DCC-78](#) du 28 avril 2022 relative à l'acquisition du contrôle exclusif des actifs de Conforama France par le groupe Mobilux). Bien que l'opération entraîne trois grandes catégories de risques concurrentiels, l'Autorité a considéré que les conditions de mise en oeuvre de la théorie étaient réunies. Elle n'avait encore jamais appliqué cette théorie depuis qu'elle avait reçu compétence en matière de concentration économique en 2009.

§ 2 : Les modalités de l'examen

La procédure de contrôle est de nature administrative.

En droit européen, le Règlement n° 139/2004, assorti du Règlement-procédure n° 802/2004 du 21 avril 2004 modifié par le Règlement n° 1033/2008 du 20 octobre 2008, et en droit français, les articles [L. 430-1 et suivants](#) quelque peu modifiés par la loi Macron du et les lignes directrices de 2013, organisent une procédure de contrôle des concentrations assez précise, notamment avec l'instauration de délais fixes. C'est un contrôle préalable, en ce sens que l'opération doit être notifiée à l'autorité compétente (A), et un contrôle administratif : la Commission ou bien l'Autorité française, sont ainsi les acteurs centraux de cette procédure (B).

A - La notification de l'opération de concentration économique

1. En droit européen

Toutes les concentrations de dimension communautaire doivent être notifiées à la Commission. Le règlement n° 4064 fixait un délai d'une semaine après la conclusion de l'accord ou l'annonce de l'offre publique d'achat ou de l'acquisition des intérêts de contrôle (article 4). Les autorités ont constaté que ce délai n'était ni réaliste ni nécessaire. Les parties veulent en effet que leur opération soit autorisée le plus vite possible ; or, le délai d'une semaine après la conclusion de l'accord est restrictif. Aussi le règlement n° 139/2004 supprime-t-il ce délai en prévoyant simplement que les concentrations communautaires doivent être notifiées « *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* » (article 4, § 1).

A défaut de notification, les parties encourent une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées.

La notification se réalise par l'envoi d'un formulaire CO accompagné de diverses pièces et annexé au Règlement n° 802/2004 modifié sur ce point par le Règlement d'exécution n° 1269/2013 du 5 décembre 2013. La communication de renseignements inexacts ou incomplets peut aussi faire l'objet de sanctions.

Corollaire à l'obligation de notification, la concentration est suspendue jusqu'à ce qu'elle soit déclarée compatible avec le marché commun (article 7). Il existe néanmoins des dérogations pour les offres publiques d'achat – le règlement l'étend à toutes les opérations en bourse. Qui plus est, la Commission peut prendre une dérogation en tenant compte des effets de la suspension sur une ou plusieurs entreprises concernées ou sur une tierce personne, et de la menace sur la concurrence.

2. En droit français

Le droit français s'est progressivement rapproché du droit européen.

La loi NRE du 15 mai 2001 a tout d'abord rendu la notification obligatoire. Depuis la loi de Modernisation de l'Economie, la notification est adressée à l'Autorité de la concurrence et non plus au Ministre de l'Economie. Le Conseil d'Etat a précisé que les décisions de l'Autorité de la concurrence relatives aux opérations de concentrations, lesquelles ne sont pas des sanctions, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (Conseil d'État, 21 déc. 2012, Société Groupe Canal Plus et autres).

Un simple projet, à condition qu'il soit suffisamment abouti, peut être notifié. Le non respect de cette formalité est sanctionné d'une amende pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France lors du dernier exercice clos.

Exemple

Le Conseil d'Etat a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC reposant sur l'idée qu'une telle amende serait dépourvue d'un lien suffisant avec la nature de l'infraction qu'elle sanctionne et disproportionnée par rapport à la gravité de cette infraction (Conseil d'État, 16 juill. 2014, n° [375658](#)). L'Autorité administrative a en effet jugé que la question n'était pas nouvelle, le Conseil l'ayant déjà rencontré en 2012 (Cons. const., QPC n° [2012-280](#), 12 oct. 2012, Société Groupe Canal Plus), ce qui est discutable.

Les lignes directrices de l'Autorité du 10 juillet 2013 et aujourd'hui celles de 2020 envisagent les conditions de la procédure simplifiée mise en place depuis janvier 2011. Elle a vocation à s'appliquer aux opérations qui ne sont pas susceptibles de poser des problèmes de concurrence. Un dossier simplifié peut également être déposé lorsque le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexe ou bien lorsque l'opération est notifiable en application du II de l'article [L. 430-2](#) mais non du I du même article et qu'elle n'entraîne pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concerne?

Tant que l'opération n'est pas autorisée, elle reste suspendue. Une dérogation est possible en cas de nécessité particulière.

B - Les phases du contrôle

1. En droit européen

L'acteur clef est la Commission dans la mesure où elle y cumule les fonctions d'instruction et de décision. Cela ne manque pas d'être critiqué, notamment au regard de l'article 6, § 1 de la CESDH qui refuse toute confusion entre les accusateurs et les juges. La Commission a justifié ce cumul en indiquant, dans son Livre Vert, que « *la procédure établie par le Règlement et son règlement d'application est de nature administrative et non judiciaire* » et que « *la fonction apparemment double de la Commission en tant qu'enquêteur et organe de décision est propre à la structure d'une procédure administrative de ce genre* ». Elle ajoute que « *chose plus importante, selon la jurisprudence, la Commission est soumise à un contrôle juridictionnel « effectif » par une juridiction indépendante et impartiale* ». L'aboutissement du débat lancé par le Livre vert a coïncidé avec l'affirmation d'un « *contrôle juridictionnel effectif* » des décisions de la Commission en matière de concentration par le TPICE.

Exemple

TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99, Airtours : *Rec. CJCE* II 2002, p. 2585 – 22 octobre 2002, aff. T-310/01, Schneider : *Rec. CJCE* II 2002, p. 4071 – 25 octobre 2002, aff. T-5/02, Tetra Laval BV : *Rec. CJCE* II 2002, p. 4381.

Il faut préciser, préalablement, qu'il existe deux procédures de contrôle : une **procédure normale** et une **procédure simplifiée** prévue par le Règlement n° 802/2004, annexe II. Cette dernière s'applique :

- lorsque deux ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle d'une entreprise commune dont le chiffre d'affaires est inférieur à 100 millions d'euros sur le territoire de l'EEE ou bien dont la valeur totale des actifs cédés est aussi inférieur à 100 millions d'euros ;
- deux ou plusieurs entreprises fusionnent ou acquièrent le contrôle d'une entreprise et qu'aucune des entreprises concernées n'exerce d'activités commerciales sur le même marché de produit et/ou

géographique ou sur un marché de produit situé en amont ou en aval d'un marché de produits sur lequel opère une autre partie à la concentration ;

- si l'opération entre dans la seconde catégorie, elle peut bénéficier d'une procédure simplifiée si les parts de marchés cumulées n'atteignent pas respectivement 15 % en cas de relations horizontales et 25 % en cas de relations verticales.

Dans la procédure normale, il y a deux phases :

La **phase I** dure 25 jours ouvrables (un mois dans le règlement n° 4064 / plus 10 jours dans la proposition). La Commission publie un projet de décision et invite toute partie intéressée à formuler des observations. A son issue, elle peut constater que :

- l'opération n'entre pas dans les prévisions du règlement,
- l'opération ne porte pas atteinte de manière sensible au jeu de la concurrence,
- L'opération est alors déclarée compatible avec le marché commun.

La **phase II** dure 90 jours ouvrables à compter de la date d'ouverture de la procédure (4 mois avant) et est engagée (on parle d'engagement de procédure) lorsque la concentration est de dimension communautaire et qu'elle soulève des doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun. A son terme, la Commission peut prendre :

- une décision de compatibilité ;
- une décision d'incompatibilité ;

En l'absence de décision, l'opération est réputée compatible.

La Commission peut assortir sa décision de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées se conforment aux engagements pris. Le cas échéant, elle peut prononcer des astreintes allant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires total journalier moyen de l'entreprise concernée (art. 15-1 c) du Règlement).

Les décisions de la Commission peuvent faire l'objet de recours devant les juridictions européennes. A partir de 2002, le TPICE n'a pas hésité à annuler des décisions de la Commission :

Exemple

- TPICE, 6 juin 2002, aff. [T-342/99](#), Airtours : la Commission avait opposé son veto à la concentration entre Airtours et First Choice au motif qu'elle « *créerait une position dominante collective sur le marché britannique des vacances à forfait à l'étranger vers des destinations proches* ». Le TPICE censura car « *la décision, loin d'avoir fondé son analyse prospective sur des preuves solides, était entachée d'un ensemble d'erreurs d'appréciation concernant des éléments importants pour l'évaluation de l'éventuelle création d'une position dominante collective* » et estima que « *la Commission avait interdit l'opération sans avoir établi à suffisance de droit que l'opération de concentration engendrerait une position dominante collective des 3 grands voyagistes en résultant susceptible de constituer une entrave significative à une concurrence effective sur le marché en cause* ».
- TPICE, 22 octobre 2002, aff. [T-310/01](#), Schneider : la Commission avait déclaré incompatible une OPE lancée par Schneider sur les titres de Legrand au motif que l'entité résultant de l'opération deviendrait un acteur incontournable vis-à-vis de la distribution de ses produits. Si le Tribunal relève les erreurs, omissions et contradictions d'un caractère de gravité certaine, il n'en constate pas moins que l'opération conduira à la création ou au renforcement d'une position dominante sur les marchés français, parties substantielles du marché commun, ayant pour effet une entrave significative de la concurrence. La décision ne méritait pas d'être annulée sur le fond. En revanche, sur la forme, le TPICE constate une violation manifeste des droits de la défense : la communication des griefs n'avait pas fait apparaître l'un des reproches retenus par la Commission, si bien que Schneider n'avait pas pu contester cet argument, ni présenter d'engagement pour pallier le problème. En raison de cette violation, la décision a été annulée.
- TPICE, 25 octobre 2002, aff. [T-5/02](#), Tetra Laval BV : la Commission avait refusé la concentration entre Tetra Laval et Sidel en raison de l'effet de conglomerat résultant de la concentration : la nouvelle entité pourrait s'appuyer sur sa position dominante sur le marché des emballages en carton pour acquérir une position dominante sur le marché des emballages en plastique (PET). Le TPICE a censuré la décision

car elle ne démontrait pas que « la concentration modifiée entraînerait des effets de conglomerat anticoncurrentiels significatifs » et qu'il « y aurait création d'une position dominante quelconque sur un des divers marchés des équipements d'emballage PET en cause et que l'actuelle position de Tetra sur les marchés du carton aseptique serait renforcée ». Dès lors, « la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation en interdisant la concentration modifiée sur la base des éléments évoqués dans la décision attaquée relatifs à l'effet de conglomerat prévu ».

On peut voir dans ces arrêts une modification de la nature du contrôle des concentrations : il devient moins administratif et plus juridictionnel, à l'instar du contrôle aux Etats-Unis qui est confié à des juges.

Exemple

Suite à l'annulation de la décision Schneider, cette dernière entreprise a invoqué un préjudice déduit de la perte financière qu'a entraînée pour elle l'obligation de revendre les actifs de Legrand à un prix inférieur à celui auquel elle en a fait l'acquisition. Le TPICE a fait droit à sa demande : « La Communauté européenne est condamnée à réparer, d'une part, les frais encourus par Schneider Electric SA pour participer à la reprise de la procédure de contrôle de l'opération de concentration intervenue après le prononcé des arrêts du Tribunal du 22 octobre 2002, Schneider Electric/Commission (T-310/01 et T 77/02) et, d'autre part, les deux tiers du dommage subi par Schneider Electric à raison du montant de la réduction du prix de cession de Legrand SA que Schneider Electric a dû consentir au cessionnaire en contrepartie du report de l'échéance de la réalisation effective de la vente de Legrand jusqu'au 10 décembre 2002 » (TPICE, 11 juill. 2007, aff. [T-351/03](#), Schneider c/ Commission). La responsabilité extra-contractuelle de la Commission européenne peut donc être engagée en cas de méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation, ce qui n'a pas été le cas dans l'affaire Airtours (TPICE, 9 sept. 2008, aff. [T-212/03](#), MyTravel group c/ Commission : RLC n° 18/2009, p. 15, obs. F.-Ch. Laprévote).

2. En droit français

En Phase I, l'Autorité de la concurrence dispose d'un délai de 25 jours pour se prononcer (art. [L. 430-5 I](#)). Elle peut :

- décider que l'opération ne relève pas de sa compétence ;
- autoriser l'opération en la subordonnant, le cas échéant, à la réalisation effective des engagements pris par les parties ;
- engager la phase II d'examen approfondi ;
- informer le ministre chargé de l'économie.

L'opération est réputée autorisée si le Ministre garde le silence.

L'article L. 430-5 II alinéa 2, ajouté par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, prévoit que l'Autorité de la concurrence peut suspendre le délai mentionné au I, lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer dès sa survenance d'un fait nouveau, qui aurait dû être notifié s'il s'était produit avant une notification au sens de l'article L. 430-3, ou ont manqué de lui communiquer tout ou partie des informations demandées dans le délai imparti, ou lorsque des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. Le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié la suspension.

Comme en droit européen, si l'opération comporte des problèmes de concurrence, s'ouvre une phase d'examen approfondi. L'Autorité doit alors rendre sa décision dans un délai de 65 jours (art. [L. 430-7](#)), décision devant être prise en soit formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente mais pas par le seul président ou un vice président comme le permet l'article L. 430-5.

Exemple

Conseil d'État, 23 déc. 2013, n^{os} [363702](#) et [363978](#), Ass., Sté Métropole Télévision (M6) et Sté Télévision Française 1 (TF1).

Le Ministre de l'Economie peut évoquer l'affaire et statuer pour des motifs d'intérêt général autre que le maintien de la concurrence au rang desquels figurent la préservation de l'emploi ou la compétitivité des entreprises en

cause au regard de la concurrence internationale. Le Ministre a fait usage de cette prérogative pour la première fois lors du rachat de William Saurin par la société financière Cofigeo ([Communiqué du 14 juin 2018](#)).

L'Autorité peut :

- interdire l'opération et enjoindre le cas échéant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ;
- autoriser la concentration 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.

A défaut de respecter les injonctions et engagements pris, l'Autorité peut :

- retirer l'autorisation,
- enjoindre aux parties de respecter leurs obligations,
- prononcer une sanction pécuniaire.

L'Autorité peut prononcer des astreintes allant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen de l'entreprise concernée (art. [L. 430-8 IV 2°](#) du Code de commerce).

Exemple

Le 27 juillet 2018, l'Autorité de la concurrence a infligé à Fnac Darty une sanction de 20 millions d'euros pour ne pas avoir réalisé la cession de trois magasins, qui était l'une des conditions posées à son feu vert à l'opération.

Un recours pour excès de pouvoir contre les décisions de l'Autorité peut être formé devant le Conseil d'Etat. Même les simples prises de position peuvent être portées devant le juge administratif aujourd'hui.

Exemple

En effet, par deux arrêts du 21 mars 2016 (pourvois n° [390023](#) et [368082](#)) - dont l'un porte sur le droit de la concurrence, le Conseil d'Etat a considéré, contrairement à sa jurisprudence antérieure (v. leçon 5) que « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative". Or, il apparaît que "la prise de position adoptée par l'Autorité de la concurrence le 23 mars 2015 (dans l'affaire de concentration en cause) a pour effet, en reconnaissant à GCP la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive sur la plateforme de Numericable, de lui permettre de concurrencer la société NC Numericable sur sa plateforme ; qu'il ressort des pièces du dossier que, comme le soutient la société requérante, cette prise de position est de nature à avoir des effets économiques notables ; qu'elle a, en outre, pour objet de modifier le comportement des opérateurs sur le marché de l'acquisition de droits de distribution de chaînes de télévision ; que, dans ces conditions, la délibération attaquée doit être regardée comme faisant grief à la société NC Numericable ».