

Fiche 24

Contrôle des concentrations économiques

Grégory MARSON

Sommaire

I	Un contrôle essentiellement préventif	231	II	Un contrôle motivé par la défense d'une structure de marché dynamique	233
A	Les grandes étapes du contrôle <i>a priori</i>	231	A	L'identification d'une atteinte significative à la concurrence.....	233
B	Les éléments de contrôle <i>a posteriori</i>	232	B	L'évaluation du bilan de la concentration.....	235

Introduction

507 L'essence du capitalisme. Karl Marx a su révéler la caractéristique principale du capitalisme, à savoir sa tendance ontologique à l'illimitation (« Le capital ressent toute limite comme une entrave », *Fondements de la critique de l'économie politique*, éd. Anthropos, 1986, t. 2, p. 367). Celle-ci concerne tant la reproduction du capital, la production et la consommation des biens et des services que les profits. François Perroux indiquait d'ailleurs que « le capitalisme a intérêt à obtenir une liberté sans frein » (F. Perroux, *Le capitalisme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1960, p. 104). La propension à l'illimitation se manifeste notamment dans ce que Marx appelle la « concentration absolue » du capital, c'est-à-dire la réunion des capitaux au profit d'un nombre toujours plus réduit de personnes. Ce phénomène, qui devait conduire selon lui à l'autodestruction du capitalisme, s'explique principalement par l'élimination des concurrents les plus faibles et la nécessité d'un capital toujours plus important pour acquérir les nouvelles techniques de production (V. J. Ellul, *La pensée marxiste*, La Table Ronde, 2003, p. 186-187). Si la concurrence entre firmes s'épuise, c'est le ressort fondamental de l'économie capitaliste qui disparaît. Une partie du diagnostic sera d'ailleurs partagée par nombre de participants du mythique col-

loque Lippman, tenu à Paris en août 1938, dont l'ambition était d'analyser les causes de la grave crise que rencontrait le capitalisme à cette époque ainsi que les remèdes susceptibles d'y être apportés (B. Lavergne, *Essor et décadence du capitalisme*, Payot, 1938, p. 72 et s. – L. Marlio, *Le sort du capitalisme*, Flammarion, 1938, p. 72 et s. – V. S. Audier, *Le colloque Lippman, Aux origines du néo-libéralisme*, éd. Le bord de l'eau, 2008).

508 L'avènement de la police des concentrations économiques. L'autodestruction du capitalisme n'a pas eu lieu. Marx n'avait pas envisagé que le capitalisme parviendrait à sécréter les anticorps juridiques chargés de combattre ses tendances mortifères. C'est aux États-Unis qu'une partie du remède a été trouvée. À l'orée du xx^e siècle, « le capitalisme était alors si mal vu que les Républicains œuvraient avec autant d'énergie que les Démocrates, parfois plus, à corriger ses abus. En Europe, le mot capitalisme avait provoqué la révolution. Aux États-Unis, il suscita une législation, des condamnations en justice et des réglemmentations » (J. K. Galbraith, *Les mensonges de l'économie*, Grasset, 2004, p. 19-20). Galbraith fait allusion notamment à plusieurs lois adoptées par le Congrès qui forment toujours l'ossature du droit

de la concurrence américain : le *Sherman Act* du 2 juillet 1890, le *Clayton Act* du 15 octobre 1914 et le *Federal Trade Commission Act* du 26 septembre 1914 (sur le contexte politique entourant l'adoption de ces lois V. D. Encaoua et R. Guesnerie, *Politiques de concurrence*, Doc. fr., 2006, p. 22 et s.). Si le *Sherman Act* est l'acte pionnier en droit de la concurrence, notamment dans la lutte engagée contre les *trusts*, le *Clayton Act* marque le véritable point de départ du contrôle des concentrations économiques en permettant d'appréhender celles qui sont réalisées par des achats d'actions. À cet égard, on soulignera que « l'existence d'un dispositif de contrôle des opérations de concentration est généralement perçue comme un signe d'une maturité économique des systèmes du droit de la concurrence » (C. Le Berre, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, thèse Paris X, 2006, p. 206).

Le contrôle des concentrations est traditionnellement présenté comme un contrôle *a priori* portant sur les structures de marché là où le droit des pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante et ententes) vise à la seule répression *a posteriori* des comportements anticoncurrentiels. La distinction entre ces deux branches du droit de la concurrence doit être nuancée, principalement en raison du fait que le droit des pratiques anticoncurrentielles a également pour objet de protéger les structures de marché (V. CJUE, 4 juill. 2009, aff. C-8/08, *TMobile Netherlands* : Rec. CJUE 2009, I, p. 4529, pt 38). Si l'objet du contrôle des concentrations est ainsi identique à celui exercé en droit des ententes et des abus de position dominante, c'est-à-dire la protection du fonctionnement concurrentiel du marché (Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, consid. 11), il en va de même de l'objectif poursuivi, à savoir la défense des « intérêts économiques des consommateurs » (CE, sect., 31 janv. 2007, *Sté France Antilles* : Rec. CE 2007, p. 28. – V. également Cons. conc., avis n° 08-A-05, 18 avr. 2008, pt 3). Il n'en demeure pas moins que le contrôle des concentrations, qui se caractérise par l'analyse *ex ante* des effets d'une opération dépassant des seuils préfixes, constitue un objet d'étude autonome au sein du droit de la concurrence.

Dans les cas où, comme en France ou dans l'Union européenne, une autorité administrative est chargée, sous le contrôle d'un juge, de faire respecter un ordre public économique qui l'autorise à restreindre la liberté d'entreprendre des entreprises, une conclusion juridique s'impose d'elle-même : le droit de la concurrence – et, par suite, le contrôle des concentrations économiques – se présente sous les traits d'une police administrative spéciale (pour le droit de la concurrence dans

son ensemble, V. G. Marson, *Le juge administratif et les libertés économiques*, thèse Paris X, 2012, p. 449 et s. ; pour la police des concentrations, V. F. Blanc, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, LGDJ, 2015. – CE, ass., 21 déc. 2012, n° 353856, *Sté GCP*, consid. 5).

À l'aune du droit américain, l'instauration d'un contrôle des concentrations en France et au sein de l'Union européenne est très récente. Pour la France, le premier texte sur la question est la loi – très peu mise en œuvre – du 19 juillet 1977, relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante. En droit européen, le premier texte à vocation générale est le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

S'agissant de la France, la police des concentrations économiques – qui relève à titre principal de l'Autorité de la concurrence (ci-après « Aut. conc. ») et à titre subsidiaire du ministre chargé de l'économie – est prévue aux articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce (ci-après « C. com. »). Cette architecture institutionnelle est le produit de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, laquelle a transféré la compétence de principe antérieurement détenue par le ministre chargé de l'économie à une autorité administrative indépendante « spécialisée dans la régulation de la concurrence » (Cons. conc., avis n° 08-A-05, préc., pt 24).

S'agissant de l'Union européenne, le contrôle relève de la Commission européenne (ci-après « la Commission ») dans le cadre tracé par le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après « le Règlement »), précisé par la communication consolidée sur la compétence de la Commission du 21 février 2009. Même si les développements qui suivent concernent principalement le droit français, il sera néanmoins fait appel à des éléments tirés du droit communautaire des concentrations.

509 La définition juridique de la notion de concentration économique. Parce qu'il se situe à l'intersection du droit et de l'économie, le droit de la concurrence est un lieu de discussions, voire de controverses, entre économistes et juristes. Les premiers regrettent assez souvent le formalisme des seconds, voire nient la prétention du droit à régir une réalité qui ne pourrait – et donc ne devrait – être appréhendée que sous l'angle de l'analyse économique (sur ce point, V. C. Le Berre, thèse préc.). La critique est vaine : toute réalité – fût-elle économique – appréhendée par le droit s'extrait

de sa seule condition pour devenir une réalité juridique. Une notion économique se dédouble dès son inscription dans une norme juridique : si sa définition économique demeure, seule sa définition juridique importe, en particulier pour les entreprises.

L'article L. 430-1 du Code de commerce est représentatif des définitions aristotéliennes, habituelles en droit français (V., sur ce point S. Balian, *Essai sur la définition dans la loi*, thèse Paris II, 1986, pts 123 et s.). Le I de cet article dispose ainsi qu'« une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises ». Le II du même article présente un autre type de concentration, celle qui résulte de « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ».

En dehors du cas des fusions d'entreprises, la définition fournie par le droit français – en substance identique à celle de l'article 3 du Règlement – a pour objectif d'appréhender les situations dans lesquelles s'opère un changement durable de contrôle d'une entreprise. L'article L. 430-1-III du Code de commerce s'emploie à définir le « contrôle » d'une entreprise en précisant qu'il « découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment : – des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; – des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ». Alors que la détention d'une « influence déterminante » gouverne l'identification du « contrôle », cette notion n'est pas définie. Il est donc revenu à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et à la jurisprudence de fournir les éléments permettant d'identifier l'existence d'une telle influence, étant entendu que celle-ci peut être soit exclusive – conduisant ainsi à un « contrôle exclusif » de l'entreprise –, soit conjointe – conduisant ainsi à un « contrôle conjoint ».

Si, en principe, la détention de la majorité du capital social d'une entreprise permet de caractériser une influence déterminante, son identification

ne se limite pas à ce seul critère. Les droits détenus par un actionnaire minoritaire ajoutés à certaines relations contractuelles et/ou financières peuvent révéler la présence d'une influence déterminante. Comme le précise l'article L. 430-1 précité, l'Autorité de la concurrence doit prendre en considération, au cas par cas, l'ensemble « des circonstances de fait et de droit » qui entourent l'opération. Ceci la conduit à recourir à la technique du faisceau d'indices (V. Aut. conc., *Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations*, 10 juill. 2013, pts 44 et s. – ci-après « les Lignes directrices »). À titre d'exemple, un actionnaire minoritaire qui détient un pouvoir de veto sur les décisions stratégiques de l'entreprise, c'est-à-dire celles portant sur la nomination et la révocation des dirigeants, le *business plan*, le budget annuel et les programmes d'investissements, peut exercer une influence déterminante sur son activité. D'autres éléments peuvent être pris en considération, comme par exemple le fait que l'actionnaire minoritaire soit un prêteur de l'entreprise (V. CE, sect., 31 janv. 2007, *Sté France Antilles*, préc.).

La notion de contrôle est parfois d'un maniement subtil dans la mesure où toute opération affectant le contrôle d'une entreprise n'en modifie pas nécessairement la qualité. À titre d'exemple, dans l'hypothèse où un contrôle exclusif « positif » (dans le cadre duquel une entreprise détient seule le pouvoir de prendre les décisions stratégiques) devient un contrôle « négatif » (dans le cadre duquel une entreprise dispose uniquement d'un droit de veto sur ces mêmes décisions), la qualité du contrôle n'est pas modifiée et l'opération n'a pas à être notifiée (*Lignes directrices*, pt 33).

510 La répartition des compétences en matière de police des concentrations économiques. Toute opération qui aboutit à un changement de contrôle d'une entreprise n'a pas de ce seul fait à être notifiée auprès d'une autorité de concurrence. Elle doit pour cela dépasser certains seuils, c'est-à-dire atteindre une dimension à partir de laquelle elle est susceptible d'affecter la structure du ou des marchés affectés par l'opération, que l'on dénomme marchés pertinents.

En France, ces seuils – exprimés en termes de chiffre d'affaires des parties à la concentration – sont posés, d'une part, par l'article L. 430-2 du Code de commerce, qui fixe le seuil d'une concentration de dimension nationale, et, d'autre part, par l'article 1^{er} du Règlement, qui fixe le seuil d'une concentration de dimension communautaire. Ces textes établissent une échelle de compétence : une concentration inférieure au seuil national n'a pas à être notifiée et aucune autorité n'a compé-

tence pour en connaître ; une concentration se situant entre le seuil national et le seuil communautaire doit être notifiée auprès de l'Autorité de la concurrence ; une concentration atteignant la dimension communautaire doit être notifiée auprès de la Commission.

Au sein de l'Union européenne, il n'y a aucune compétence concurrente « verticale » en matière de police des concentrations : la compétence de l'autorité européenne exclut celle de l'autorité nationale et réciproquement. Si des mécanismes de renvoi entre l'autorité de concurrence nationale et la Commission existent dans certains cas, ceux-ci ont pour objet de déterminer laquelle de ces deux autorités sera seule compétente pour se prononcer sur tout ou partie de l'opération (Règl., art. 4-4, 4-5, 9 et 22). En revanche, il peut y avoir des cas de compétences concurrentes « horizontales » entre plusieurs autorités de concurrence nationales : il s'agit des hypothèses où une concentration dépasse certains seuils nationaux sans atteindre le seuil communautaire. L'opération doit alors être notifiée auprès de chaque autorité de concurrence nationale, laquelle reste libre d'autoriser ou d'interdire la concentration, de sorte qu'une même opération peut être autorisée dans un pays et interdite dans un autre.

L'article L. 430-2-I du Code de commerce fixe les seuils à partir desquels une opération de concentration est soumise à notification préalable auprès de l'Autorité de la concurrence. Le II et le III du même article déterminent respectivement les seuils applicables en matière de concentrations affectant le commerce de détail et celles dont les effets se situent principalement dans les départements et collectivités d'outre-mer. L'identification d'une concentration de dimension communautaire est plus complexe, car elle repose sur l'application de deux dispositions alternatives (V. Règl., art. 1-2 et 1-3). Le mode de calcul des chiffres d'affaires des parties à la concentration est quant à lui prévu à l'article 5 du Règlement, étant précisé que le V de l'article L. 430-2 du Code de commerce rend celui-ci applicable aux concentrations de dimension nationale.

La police des concentrations limite sensiblement la liberté d'entreprendre des entreprises puisqu'elle se caractérise par la mise en place d'un mécanisme d'autorisation administrative préalable (V. Cons. const., 1^{er} oct. 2013, n° 2013-3 LP, consid. 5). Présentant ainsi un caractère essentiellement préventif (I), son objet est de protéger un état de fonctionnement du marché qui prend appui sur sa structure et son dynamisme (II).

I

Un contrôle essentiellement préventif

511 La police des concentrations a pour ambition d'anticiper les effets probables d'une opération avant qu'elle n'ait lieu. Si l'essentiel du contrôle se situe ainsi avant sa réalisation (A), il peut néanmoins se prolonger dans le temps (B).

A Les grandes étapes du contrôle *a priori*

512 **L'obligation de notification préalable.** Toute opération de concentration qui remplit les conditions prévues aux articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce doit être notifiée et sa réalisation « effective » ne peut intervenir, sauf dérogation, avant l'autorisation donnée par l'Autorité de la concurrence (C. com., art. L. 430-4). La notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à

toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement (C. com., art. L. 430-3). L'article L. 430-3 du Code de commerce ajoute que « la notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique ». Un manquement à l'obligation de notification « constitue, en tant que tel et quelle que soit l'importance des effets anticoncurrentiels de cette opération sur le ou les marchés pertinents concernés, un manquement grave » (CE, 24 juin 2013, n° 360949, *Colruyt France*). Dans ce cas, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte aux parties de notifier l'opération, à moins qu'elles ne reviennent à l'état antérieur à la concentration, et peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire (C. com., art. L. 430-8-I).

La phase précédant la notification est délicate à gérer pour les parties à la concentration car elles doivent la négocier et la préparer. Il s'agit alors pour elles d'éviter deux écueils. D'une part, ne pas méconnaître l'obligation d'obtenir l'accord préalable de l'Autorité de la concurrence en procédant, par anticipation, à la réalisation « effective » de la concentration (pratique dite du *gun jumping*). D'autre part, ne pas procéder à des échanges d'informations commerciales sensibles, une telle pratique étant susceptible de constituer une infraction à la prohibition des ententes anticoncurrentielles (V. F. Puel, *Échanges d'informations, droit de la concurrence et préparation d'une opération de concentration* : *Concurrences* 4/2010, p. 69-74). Dans la pratique, les parties à la concentration peuvent prendre contact avec l'Autorité de la concurrence avant toute notification officielle. Cette phase informelle, dite de « pré-notification », leur permet d'obtenir un avis qui peut porter notamment sur le caractère complet du dossier, la contrôlabilité de l'opération, la définition des marchés pertinents ou l'acceptabilité du projet (V. *Lignes directrices*, pts 136 à 142).

513 La phase I. Une fois le dossier de la notification déposé auprès de l'Autorité de la concurrence, celle-ci se prononce sur l'opération dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète (C. com., art. L. 430-5-I). Les parties à l'opération peuvent immédiatement s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération (C. com., art. L. 430-5-II).

Au terme de cette première analyse, dénommée « phase I », l'Autorité de la concurrence peut soit : (i) constater que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code de commerce ; (ii) autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ; (iii) si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi, c'est-à-dire ouvrir une « phase II » (C. com., art. L. 430-5-III). L'ouverture d'une phase II, qui se déroule dans les conditions prévues à l'article L. 430-6 du Code de commerce, peut aussi être décidée par l'Autorité de la concurrence à la suite d'une demande du ministre chargé de l'économie (C. com., art. L. 430-7-1-I).

514 La phase II. L'Autorité de la concurrence doit prendre une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de la décision d'ouverture de la phase II. Les parties peuvent

proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération.

Au terme de la phase II, l'Autorité de la concurrence peut soit : (i) autoriser l'opération ; (ii) interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ; (iii) autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Les injonctions et prescriptions mentionnées ci-dessus – qui ne sont envisageables qu'en phase II – s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties (C. com., art. L. 430-7-III).

515 Le pouvoir d'évocation du ministre chargé de l'économie. Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7 du Code de commerce, le ministre chargé de l'économie peut évoquer l'affaire. Lorsqu'il exerce cette faculté, le ministre prend une décision motivée statuant sur l'opération après avoir entendu les observations des parties à la concentration. Cette décision peut éventuellement être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements (C. com., art. L. 430-7-1-III).

B Les éléments de contrôle *a posteriori*

516 Le suivi des injonctions, des prescriptions et des engagements (dénommés « mesures correctives »). Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de son pouvoir d'évocation, l'Autorité de la concurrence peut prendre deux décisions. Tout d'abord, elle peut retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération (la décision de retrait a le caractère d'une sanction, Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, consid. 9). À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I de l'article L. 430-8 du Code de commerce. Ensuite, l'Autorité de la concurrence peut enjoindre sous astreinte aux parties auxquelles in-

combat l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements (C. com., art. L. 430-8-IV).

En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger une sanction pécuniaire aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée, étant précisé que cette sanction est distincte d'une éventuelle décision de retrait de l'autorisation (C. com., art. L. 430-8-IV. – CE, ass., 21 déc. 2012, n° 353856, *Sté GCP*, consid. 49).

L'Autorité de la concurrence a très souvent recours à des mandataires indépendants chargés du suivi de la mise en œuvre des engagements (P. Galmiche et J. Lucas, *Contrôle français des concentrations : comment assurer le suivi des engagements ?* : JCP E 2012, n° 18, 1295). Elle reste néanmoins compétente pour se saisir d'office afin de s'assurer de leur respect (CE, ass., 21 déc. 2012, *Sté GCP*, préc., consid. 5).

Si une opération de concentration a été réalisée en contravention des décisions prises en application des articles L. 430-7 et L. 430-7-1 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte aux parties de revenir à l'état antérieur à la concentration (C. com., art. L. 430-8-V).

517 Le « **filet de sécurité** » de l'article L. 430-9 du Code de commerce. En application de cet article, l'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre aux entreprises concernées de modifier, compléter ou résilier tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique, « même s'ils ont fait l'objet d'une procédure d'autorisation de concentration » (CE, ass., 23 déc. 2013, n° 363702, *Sté Métropole Télévision*, consid. 22 ; pour un exemple, V. Cons. conc., 11 juill. 2002, n° 02-D-44).

Le rapporteur public Édouard Geffray souligne que si une telle possibilité de déconstruction est ouverte « de manière permanente », il s'agit uniquement d'une compétence *a posteriori*, « qui sert en quelque sorte "de filet de sécurité", et qui, de surcroît, relève d'un contrôle bien moins abouti : il ne s'agit plus d'examiner les atteintes à la concurrence [comme dans le cadre du contrôle *a priori*], mais seulement les abus de position dominante ou les situations de dépendance économique » (concl. CE, 30 déc. 2010, *Sté Métropole Télévision* : *RJEP* juin 2011, n° 687, comm. 28).

II

Un contrôle motivé par la défense d'une structure de marché dynamique

518 Lors de son contrôle, l'Autorité de la concurrence doit identifier une atteinte à la concurrence susceptible de remettre en cause la structure du marché (A), mais également déterminer si celle-ci peut être compensée par une contribution au progrès économique (B).

A L'identification d'une atteinte significative à la concurrence

519 La lutte contre le pouvoir de marché. Une autorité de concurrence doit veiller à ce que l'entreprise acquéreuse ou l'entité issue de la fusion n'acquière pas un « pouvoir de marché » trop important, étant précisé que par pouvoir de marché « il faut entendre 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 in-

fluence sur les facteurs de la concurrence » (*Lignes directrices*, pt 323). De manière plus concise, ce pouvoir désigne « la situation de puissance économique d'un opérateur qui lui permet d'échapper à la pression de la concurrence » (Ph. et P. Didier, *Droit commercial*, Economica, 2005, n° 593).

Il est dès lors aisé de comprendre pourquoi ce pouvoir, susceptible d'annihiler les effets bénéfiques attendus du mécanisme de marché (principalement à l'égard du bien-être des consommateurs), constitue l'objet principal de la surveillance exercée par toutes les autorités de concurrence.

520 Les deux conceptions de la concurrence et leurs relations avec la police des concentrations. La concurrence peut être envisagée de deux manières. Elle peut tout d'abord être comprise comme un simple *état* du secteur économique, comme une caractéristique descriptive de ce secteur à un instant donné. Le fonctionnement d'un marché peut alors s'analyser à

l'aune du paradigme « Structure-Comportements-Performance » : la capacité d'un secteur économique à satisfaire les consommateurs est conditionnée par le comportement des entreprises, lequel découle de la structure du marché (« approche structuraliste »). Plus les opérateurs sont nombreux sur un marché donné, plus ils se comportent efficacement. Les configurations de type monopole ou oligopole, qui impliquent de forts pouvoirs de marché, sont de ce fait regardées avec une grande méfiance. Dans cette optique, une opération aboutissant à une acquisition ou à un renforcement de position dominante pose problème au regard de la police des concentrations. Pour effectuer ce « contrôle de la domination », l'autorité de concurrence additionne les parts de marché des parties présentes sur le ou les marché(s) pertinent(s) avant la concentration pour déterminer si, par le franchissement d'un seuil, la structure de marché est affectée.

La concurrence peut également être envisagée comme un *processus* en mouvement perpétuel. Dans ce cadre d'analyse, l'acquisition d'un pouvoir de marché ne soulève pas les mêmes réticences que dans l'approche structuraliste, notamment en raison du fait qu'il est envisagé comme un phénomène inévitable et transitoire. Cette seconde approche conduit en général à la mise en place du critère dit d'« atteinte significative à la concurrence » pour déterminer si une concentration pose problème ou non. Le principal avantage de ce critère réside dans sa capacité à appréhender les risques anticoncurrentiels d'une opération lorsque celle-ci ne conduit ni à la création ni au renforcement d'une position dominante individuelle (ou collective). De manière symétrique, la création d'une position dominante ne caractérise pas de manière quasi automatique une atteinte à la concurrence sur le marché considéré.

521 Le caractère hybride du critère français d'atteinte à la concurrence. Aux termes de l'article L. 430-6 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence doit examiner si une opération 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 », étant précisé que cette atteinte doit être « significative » (CE, 27 juill. 2007, *Sté Métropole télévision* : *Rec. CE* 2007, p. 280).

Contrairement à ce qu'une lecture rapide pourrait laisser penser, le droit français n'écarte pas le contrôle de la domination au profit du critère de l'atteinte significative à la concurrence. Certes, l'article L. 430-6 du Code de commerce fait du cri-

tère de l'atteinte à la concurrence celui sur lequel repose le bilan de la concentration. Toutefois, il érige la création ou le renforcement d'une position dominante en exemple typique de situation susceptible d'aboutir à une telle atteinte. Si le critère d'atteinte à la concurrence est mis en avant afin d'envisager certaines situations que le contrôle de la domination ne peut appréhender, il n'en demeure pas moins que la recherche d'une création ou d'un renforcement d'une position dominante constitue la première étape de tout contrôle intervenant en matière de concentration. À cet égard, l'importance de la part de marché détenue constitue le critère principal susceptible de révéler une domination, étant précisé qu'il ne constitue pas toutefois le seul élément. Les droits français et communautaire tendent ainsi à distinguer quatre situations : (i) en dessous de 25 % de parts de marché, il existe une présomption d'absence de position dominante (*Lignes directrices*, pt 384) ; (ii) la zone comprise entre 25 % et 40 % de parts de marché constitue en quelque sorte une « zone grise », sans présomption particulière (V. toutefois *Comm. CE*, déc. IV/M.1221, *Rewe/Meinl*, pts 98-114, et *COMP/M.2337, Nestlé/Ralston Purina*, pts 44-47) ; (iii) il existe une présomption de position dominante à partir de 40 % de parts de marché (V. *Comm. CE*, déc. *COMP/M.2337*, préc., pts 48-50) ; (iv) une part de marché égale ou supérieure à 50 % constitue, « sauf circonstances exceptionnelles », la preuve d'une position dominante sur le marché (CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, *Akzo Chemie*, pt 60).

La jurisprudence du Conseil d'État reflète le caractère hybride du contrôle, c'est-à-dire l'enchâssement de l'approche structuraliste dans une démarche soucieuse d'appréhender les effets de la dynamique concurrentielle, plus confiante dans le mécanisme de marché (V. G. Marson, thèse préc., p. 465 et s.). Pierre Ahrel souligne à cet égard que « la potentialité d'atteinte à la concurrence fait l'objet d'une recherche approfondie qui porte sur la structure et la dynamique du marché » (*Rép. com.* Dalloz, V° *Concentration*, 2014, n° 141).

522 La diversité des effets anticoncurrentiels susceptibles d'être produits par une concentration. L'Autorité de la concurrence doit caractériser « les risques concurrentiels de l'opération à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble des données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible » (CE, ass., 21 déc. 2012, n° 362347, *Sté GCP*, consid. 95).

Une concentration peut produire trois types d'effets : (i) des effets horizontaux, lorsque les par-

ties à l'opération sont des concurrents sur un même marché pertinent ; (ii) des effets verticaux, lorsque les parties sont situées à des stades différents de la chaîne de valeur ; (iii) des effets conglomerés, lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur des marchés différents mais dont la connexité peut lui permettre d'accroître son pouvoir de marché. À cet égard, pour revêtir un effet anticoncurrentiel, les effets conglomerés et verticaux « suppose[nt] de caractériser à la fois la capacité de verrouiller le marché, l'incitation à le faire et l'impact probable sur la concurrence » (concl. V. Daumas, CE, ass., 21 déc. 2012, n° 362347, *Sté GCP*). Lorsqu'ils revêtent un caractère anticoncurrentiel, les trois types d'effets précités (qui peuvent alors être qualifiés d'« effets unilatéraux ») accroissent la capacité individuelle des entreprises à constituer ou à renforcer leur pouvoir de marché, étant précisé qu'ils peuvent aller jusqu'à la constitution ou au renforcement d'une position dominante individuelle.

Une concentration peut également produire des « effets coordonnés », lesquels incitent les entreprises à unir leur comportement sur le marché, et ceci sans qu'il leur soit nécessaire de procéder à la conclusion d'un accord explicite. Ces effets coordonnés peuvent conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante collective (V. *Lignes directrices*, pts 505 à 534 et CE, 31 juill. 2009, *Sté Fiducial audit* : *Rec. CE* 2009, p. 313).

B L'évaluation du bilan de la concentration

523 La prise en compte des gains d'efficacité économique. Une fois qu'elle constate une atteinte significative à la concurrence, l'Autorité de la concurrence « apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence » (C. com., art. L. 430-6). Derrière la notion de « progrès économique » se dissimule en fait celle de « gains d'efficacité économique », laquelle permet de dépasser l'approche strictement concurrentielle de l'opération au profit d'une approche embrassant certains autres de ses effets potentiels. Les gains d'efficacité économique recouvrent les gains d'« efficacité productive » (comme par exemple les gains de coût au sein de l'entreprise résultant de l'opération, qu'il s'agisse des gains par effet d'échelle ou des gains de productivité), les gains d'« efficacité dynamique » (comme l'amélioration des capacités d'innovation ou celle de la qualité des produits et services offerts aux consommateurs), voire des gains d'amélioration de la compétitivité internationale des entreprises,

c'est-à-dire des gains qui sont étrangers à l'objectif de fonctionnement efficace des marchés (sur ces questions V. C. Le Berre, thèse préc., p. 787 et s.).

La jurisprudence du Conseil d'État et la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence imposent la réunion de trois critères pour que ces gains soient pris en compte dans le « bilan économique » de l'opération : ils doivent être quantifiables et vérifiables, spécifiques à la concentration et une partie d'entre eux doit être transférée aux consommateurs (*Lignes directrices*, pts 542 et s.).

524 Le caractère défensif des mesures correctives. Dans l'hypothèse où elle identifie une atteinte significative à la concurrence qui ne peut être compensée par un apport suffisant au progrès économique, l'Autorité de la concurrence doit « user des pouvoirs d'interdiction, d'injonction, de prescription ou de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties, qui lui sont conférés par les dispositions des articles L. 430-6 et suivants du Code de commerce, à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération ; qu'il suit de là que [l'Autorité de la concurrence] n'est pas tenue, lorsqu'elle identifie un effet anticoncurrentiel de l'opération, d'adopter des mesures correctives de nature à le supprimer intégralement, pourvu que ces mesures permettent d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante » (CE, ass., 23 déc. 2013, *Sté Métropole Télévision*, préc., consid. 9). Les mesures correctives, qui se présentent comme des mesures de police restreignant la liberté d'entreprendre des opérateurs économiques, doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées (pour les injonctions V. CE, ass., 21 déc. 2012, n° 362347, *Sté GCP*, consid. 113). L'Autorité de la concurrence peut prendre des mesures correctives structurelles, impliquant des cessions d'actifs de la part des parties à la concentration, comportementales, les obligeant à adopter certains comportements dans l'exercice de leurs activités, ou hybrides.

L'autorité de concurrence doit utiliser ses différents pouvoirs en poursuivant un objectif exclusivement défensif, à savoir la protection d'une structure de marché dynamique. En revanche, elle ne doit pas tenter d'avoir un rôle constructif en essayant d'améliorer celle-ci : « il n'appartient pas, ainsi, à la Commission (...) de mettre en place un système de concurrence parfaite et de décider, à la place des acteurs économiques, qui devrait opérer sur le marché » (CJUE, 6 nov. 2012, aff. C-551/10 P, éd. Odile Jacob, pt 67).

525 La mise en œuvre de l'intérêt général non concurrentiel. Lorsqu'il évoque une affaire, le ministre chargé de l'économie statue sur l'opération en cause « pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération. Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi » (C. com., art. L. 430-7-1-III). Selon Vincent Dumas, le ministre a toute latitude pour prendre sa décision, que les objectifs poursuivis compensent ou non les atteintes concurrentielles identifiées par l'Autorité de la concurrence : « il faut considérer que le ministre (...) substitue intégralement sa décision à celle de [l'Autorité de la concurrence], sans être même tenu de porter la moindre attention au bilan concurrentiel effectué par cette dernière » (concl. ss CE, ass., 21 déc. 2012, n° 362347, *Sté GCP*).

Si l'action de l'Autorité de la concurrence est motivée par un indéniable motif d'intérêt général, il n'en demeure pas moins que celle-ci ne s'intéresse aux individus qu'en tant que ces derniers sont des consommateurs. Un tel motif, si légitime soit-il, ne saurait absorber les divers aspects d'une notion aussi vaste que l'intérêt général, celui-ci ayant pour ambition de garantir le bon fonctionnement de la société, et non uniquement celui des marchés. Par conséquent, l'éviction de la pré-

occupation concurrentielle au profit d'autres éléments de l'intérêt général peut s'avérer – ainsi que le reconnaissait le Conseil de la concurrence (Cons. conc., n° 08-A-05, préc., pt 26) – nécessaire et souhaitable.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- D. Berlin, *Contrôle des concentrations*, Université de Bruxelles, coll. « Commentaire J. Mégret », 3^e éd. 2009.
- F. Blanc, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, LGDJ, 2015.
- J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 7^e éd. 2014, p. 493-505.
- G. Eckert, *Droit public des affaires*, LGDJ, 2^e éd. 2013, p. 57-61.
- M. Glais, *Concentration des entreprises et droit de la concurrence*, Economica, 2010.
- S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LGDJ, coll. « Domat droit public », 4^e éd. 2014, p. 142-168.
- N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2013, p. 377-451.

ÉTUDES ET ARTICLES

- P. Ahrel, *Rép. com.* Dalloz, V^o *Concentration*, janv. 2014.
- M. Bazex, *Les interactions entre le droit et l'économie : l'exemple du contrôle par le juge administratif des opérations de concentration entre entreprises*, in *L'architecture du droit : Mél. en l'honneur de M. Troper*, 2006, p. 139-151.
- P. Mèle et D. Théophile, *Quelques observations sur le contrôle juridictionnel des concentrations par le Conseil d'État à l'aune du droit communautaire* : *Gaz. Pal.* 2009, vol. 129, p. 294-301.
- C. Vilmart, *Les nouvelles Lignes directrices sur le contrôle des concentrations* : *Contrats, conc. consom.* oct. 2013, n° 10, étude 13.
- P. Wilhelm et F. Vever, *La notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition* : *Contrats, conc. consom.* nov. 2007, n° 11, étude 13.