



LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES

Actes du colloque

DISCOURS D'OUVERTURE

Page 2

- M. Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'Etat
- Mme Neelie KROES, commissaire européen chargé de la concurrence

1 / QUELLE UTILITE ET QUELLE EFFICACITE ECONOMIQUE DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS ?

Page 8

- Introduction - *Mme Anne PERROT*
- Faut-il contrôler les concentrations? - *M. Didier THEOPHILE*
- La question du test - *M. Antoine CAPOBIANCO*
- L'analyse « post-mortem » - *M. Jorge PADILLA*
- Questions & Réponses

2 / QUI FAIT QUOI ? DES COMPETENCES INSTITUTIONNELLES EN EVOLUTION

Page 18

- Introduction - *Mme Marie-Dominique HAGELSTEEN*
- Le partage de pouvoirs entre la Commission européenne et les Etats-membres - *Mme Nadia CALVINO*
- Les relations de la DGCCRF avec la Commission européenne - *M. Francis AMAND*
- L'expérience allemande du contrôle des concentrations - *M. Joseph DREXL*
- Certitudes et interrogations autour du projet de loi de modernisation de l'économie - *M. Jean-Paul CHARIE*
- Questions & Réponses

3 / QUELLES TECHNIQUES DE CONTRÔLE ET DE PREVENTION POUR LES CONCENTRATIONS?

Page 33

- Introduction - *M. Bruno LASSERRE*
- Comparaison des contrôles ex ante – ex post - *Mme Catherine PRIETO*
- La fusion entre la CCIP et la société Unibail - *M. Jean-Yves DURANCE*
- L'évolution des mécanismes communautaires de contrôle des concentrations - *M. Antoine WINCKLER*
- La procédure française du contrôle des concentrations - *M. Pascal WILHELM*
- Le mandataire indépendant - *M. Jacques VISTEL*

4 / QUEL RÔLE POUR LE JUGE DES CONCENTRATIONS ?

Page 57

- Introduction - *M. Emmanuel PIWNICA*
- Le rôle du juge communautaire - *M. Hubert LEGAL*
- Les méthodes de contrôle du juge administratif - *M. Emmanuel GLASER*
- L'utilité et l'efficacité des recours en justice - *M. Robert SAINT-ESTEBEN*
- La question de la pluralité de juges - *M. Jean-Patrice de LA LAURENCIE*
- Questions & Réponses

SYNTHESE DE CLOTURE

Page 70

- Mme Laurence IDOT, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II), Collège européen de Paris

DISCOURS D'OUVERTURE

Jean-Marc SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'Etat

Madame la Commissaire, Mesdames, Messieurs les Présidents et les Bâtonniers, Mesdames, Messieurs, mes chers collègues,

Je vous remercie d'avoir répondu à l'invitation du Conseil d'Etat pour cette nouvelle édition des Entretiens du Palais-Royal. Le plaisir que j'ai de vous accueillir, je le partage avec les instances qui organisent avec nous ce colloque et que je remercie de leur engagement à nos côtés : le Conseil de la concurrence ; la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ; l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; l'Ordre des avocats au barreau de Paris et la revue Lamy de la concurrence publiera nos débats.

J'adresse aussi de chaleureux remerciements à toutes les personnalités qui ont accepté de participer à ces Entretiens et de partager avec nous leurs expériences, leurs analyses et leurs propositions, en particulier Mesdames les présidentes Anne Perrot, Marie-Dominique Hagelsteen et Messieurs les présidents Bruno Lasserre et Emmanuel Piwnica qui présideront respectivement les quatre tables rondes de la journée, Madame le professeur Idot qui conclura ces Entretiens ainsi que les participants aux tables rondes. Je tiens aussi à vous adresser nos très chaleureux remerciements, Madame la Commissaire, pour avoir bien voulu accepter d'ouvrir ces Entretiens et nous faire bénéficier de vos réflexions sur un sujet -le contrôle des concentrations d'entreprises- qui est au coeur de votre mission de membre de la Commission européenne. Je ne doute pas en particulier que vous ne nous aidiez à prendre la mesure des enjeux d'un sujet en mutation. Votre présence parmi nous est d'autant plus appréciée que la question du contrôle des concentrations fait en France l'objet, après la loi du 19 juillet 1977, l'ordonnance du 1er décembre 1986 et la loi du 15 mai 2001, d'une nouvelle réforme d'envergure.

I – Les Entretiens du Palais-Royal s'inscrivent dans une démarche d'ouverture et de responsabilité. Le Conseil d'Etat dit le droit par ses avis et ses arrêts. Pour autant, l'autorité qui s'attache à ces avis et arrêts ne le dispense pas de rendre compte de l'accomplissement de sa mission à la société et à ses multiples composantes, en particulier les professionnels du droit et les acteurs économiques et sociaux. Notre responsabilité consiste notamment à faire connaître nos décisions et à nous prêter aux questionnements qu'elles peuvent susciter. Les débats auxquels nos travaux peuvent donner lieu ne portent

pas atteinte à notre indépendance et, moins encore, à l'autorité de nos décisions. Ils sont plutôt de nature, dans mon esprit, à fortifier l'une et l'autre.

Mais pour qu'ils remplissent pleinement l'objectif d'ouverture qui leur est assigné et nous protègent de tout risque de solipsisme, ces Entretiens ne sauraient être centrés sur le seul Conseil d'Etat et ils doivent aussi nous conduire à débattre du contexte institutionnel, économique ou social dans lequel se déploie son activité.

Ces entretiens répondent aussi à une exigence de qualité de la justice rendue. Dans une société marquée par l'importance croissante des rapports de droit, où la sécurité juridique s'est imposée comme un principe général du droit, l'image d'un juge enfermé dans sa tour d'ivoire est devenue caduque, à supposer qu'elle ait jamais existé.

Pour bien juger ou bien conseiller, il faut correctement analyser et comprendre les réalités que saisit le droit. Il faut aussi les anticiper, afin que les évolutions de la jurisprudence soient à la fois pertinentes et progressives et accompagnent harmonieusement celles de la société, de l'économie ou de la puissance publique. Ces objectifs impliquent qu'un dialogue constructif et suivi se noue entre le Conseil d'Etat et les principaux acteurs dans ses domaines de compétence : les acteurs publics nationaux, les institutions et les juridictions européennes, les opérateurs économiques, les acteurs sociaux, les conseils et la doctrine et, plus largement, l'ensemble des professionnels du droit.

Au fond, pour assumer de manière complète et efficace les missions qui sont les siennes, le juge doit maîtriser les enjeux économiques ou sociaux de toutes natures qui sous-tendent les questions de droit qui lui sont soumises. Il doit aussi faire en sorte que les réponses apportées soient pleinement reçues par leurs destinataires. Les Entretiens du Palais-Royal peuvent utilement concourir à ce que ces objectifs puissent être atteints. Le premier cycle de ces Entretiens est consacré au droit public économique.

Cette branche du droit occupe en effet une place essentielle dans la vie économique. Tout simplement parce que la puissance publique ou plutôt les puissances publiques ne cessent pas, dans un cadre fixé -rigoureusement- par notre Constitution, les traités européens et la loi, de peser sur la vie économique, de mener des politiques économiques qui s'appuient sur les instruments du droit et de réguler certaines activités à caractère économique. Par conséquent, des pans importants de ces activités sont régis par le droit public, comme le contrôle des aides publiques ou des concentrations d'entreprises, les contrats de partenariat et les délégations de service public, les contrats et marchés publics, l'exploitation du domaine public, la régulation des services d'intérêt économique général ou encore de secteurs comme la banque ou l'assurance.

Sur tous ces sujets et ces enjeux, le juge administratif a développé une jurisprudence riche et dense dont il convient de rendre compte à l'occasion de la

présentation des problématiques propres à chacun d'entre eux.

II - Dans les Entretiens de ce jour, nous souhaitons aborder le sujet des concentrations d'entreprises.

Cette matière est profondément marquée par la législation et la jurisprudence communautaire, mais elle relève aussi, par application du principe de subsidiarité mis en oeuvre en dernier lieu par le règlement communautaire 139/2004 du 20 janvier 2004, de la compétence des autorités nationales. Il s'agit donc d'un domaine de compétence partagée qui exige par conséquent une très grande attention à la cohérence entre le dispositif institutionnel et juridique et, notamment la jurisprudence communautaire, d'une part, et le dispositif et la jurisprudence nationale, d'autre part. Cet impératif de cohérence favorise les influences réciproques, comme on a pu le voir avec la prise en compte par la Communauté du test du bilan concurrentiel et économique défini à l'article L 430-6 du code de commerce.

Le contrôle des concentrations est aussi, par les mutations économiques qu'il vise à appréhender, un secteur qui suscite des interrogations renouvelées, moins sur son principe, que sur son efficacité et ses modalités d'exercice dans une économie de plus en plus ouverte, sur les engagements ou les conditions auxquels il subordonne une autorisation ou sur les motifs d'intérêt général permettant de faire échec à un bilan concurrentiel négatif. Sur chacune des étapes et chacun des points-clefs d'un processus de concentration, le contrôle juridictionnel est essentiel : de sa crédibilité et de sa prévisibilité dépend pour une partie non négligeable l'efficacité de la politique en cause.

Enfin, le contrôle des concentrations est, au plan interne, en cours de refondation, puisque la loi de modernisation de l'économie en cours de discussion devrait, on le sait, habiliter le Gouvernement à adopter par voie d'ordonnance un dispositif administratif et institutionnel de type « moniste » aujourd'hui dominant en Europe, en lieu et place du modèle dualiste encore en vigueur aujourd'hui mais qui est assez fortement critiqué pour son manque de clarté et d'efficacité, pour m'en tenir aux deux griefs principaux qui lui sont adressés. Mais, comme on le sait, l'organisation « moniste » qui est envisagée ne devrait pas entièrement dessaisir le ministre chargé de l'économie qui pourrait évoquer les dossiers après la décision de l'Autorité de la concurrence pour certains motifs d'intérêt général de nature à compenser l'atteinte portée à la concurrence par l'opération envisagée.

L'actualité du contrôle des concentrations sur la scène communautaire, comme sur la scène nationale, va nous conduire par conséquent à nous interroger et à débattre au cours de cette journée autour de quatre thèmes :

- le premier concerne l'utilité et l'efficacité du contrôle des concentrations économiques dans l'Union : c'est en quelque sorte la question préalable : y a-t-il lieu de contrôler les fusions d'entreprises ?

- le deuxième thème est relatif à la répartition des compétences et aux modalités d'organisation du contrôle, entre la Communauté européenne et les Etats membres, au sein de la Communauté et en France. Il permettra de s'interroger sur la pertinence générale de la répartition des compétences et du projet en cours de finalisation en France ;

- le troisième thème conduira à débattre des techniques et des procédures de mesure, de contrôle et de prévention des effets anticoncurrentiels des concentrations ;

- enfin, le quatrième thème abordera le rôle du juge des concentrations économiques.

III - On me permettra, pour conclure, d'évoquer le rôle du Conseil d'Etat comme juge des concentrations relevant de la compétence nationale.

A. Point n'est besoin de s'étendre longuement sur sa légitimité. Juge de la puissance publique, il a démontré sa capacité à contrôler les décisions de l'administration, y compris les plus délicates, avec sérénité, fiabilité et efficacité. Parmi tant d'autres, sa décision du 10 avril 2008 sur le décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment des capitaux en fournit une nouvelle illustration. L'importance des contentieux économiques et fiscaux que le Conseil d'Etat traite lui donne en outre une grande familiarité avec les enjeux et les questions économiques, à laquelle contribuent aussi la formation initiale, comme le parcours professionnel souvent très diversifié des membres de la juridiction administrative.

D'une manière générale, en matière économique comme en tout autre domaine, le juge administratif attache une importance extrême à l'unité, la prévisibilité et la cohérence de sa jurisprudence. Les contradictions de jurisprudence ne font pas partie de sa culture et ne sont pas vraiment regardées comme les éléments d'une dialectique bénéfique. Elles sont pour cette raison systématiquement évitées dans le cadre de méthodes de travail rigoureuses qui ne font évidemment pas échec à des inflexions ou des revirements de jurisprudence justifiés et collégialement délibérés. Le juge administratif en général, le Conseil d'Etat en particulier, sont en effet particulièrement soucieux d'adresser aux justiciables et, en l'occurrence, aux opérateurs économiques des signaux ou des messages prévisibles, clairs et stables.

B. L'examen, qui ne peut être que très sommaire à ce stade, du bilan de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de concentration économique montre sur un échantillon de dossiers limité -car il y a peu de contentieux- ce qu'apporte la juridiction administrative:

1) En premier lieu, un strict respect du caractère contradictoire de la procédure et des droits des tiers (CE, 9 avril 1999, n° 191654, société Interbrew) ;

2) En deuxième lieu, un contrôle rapide et efficace des décisions dans des délais le plus souvent très inférieurs à un an, avec la possibilité d'agir en référé pour obtenir la suspension de la décision attaquée, comme ce fut le cas lors de la fusion Cegid / CCMX par une ordonnance du 19 mai 2005 rendue sur la requête de la société Fiducial informatique : cette rapidité n'a pas manqué d'inciter ultérieurement le ministre de l'économie à publier sans retard excessif ses décisions en matière de concentration ;

3) En troisième lieu, un contrôle étendu à la fois par ses méthodes, son champ d'application et sa profondeur :

a) quant aux méthodes, le Conseil d'Etat a choisi de consulter le Conseil de la concurrence lorsque l'impact concurrentiel de la fusion envisagée mérite d'être éclairé, alors même que le code de commerce ne prévoit pas expressément une telle faculté ;

b) quant au champ d'application, le Conseil d'Etat a plus que secondé les initiatives du législateur en faveur d'une application large du droit des concentrations : c'est ainsi que relèvent notamment de ce droit le secteur bancaire (CE, 16 mai 2003, n° 255482) et le secteur de la presse (CE, 31 janvier 2007, n° 294896, société France-Antilles) ;

c) enfin et surtout, le Conseil d'Etat exerce un entier contrôle, c'est-à-dire un véritable contrôle de proportionnalité, sur l'ensemble des étapes du processus de contrôle d'une concentration

- pour apprécier l'existence d'une concentration (section, 31 mai 2000, Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon) ;

- pour déterminer et analyser les marchés pertinents et mesurer les effets anti-concurrentiels (section, 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company ; section, 6 octobre 2000, Société Pernod-Ricard ; section, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronics et de Longhi SPA 13 février 2006) ;

- pour apprécier le caractère suffisant des engagements pris pour prévenir les atteintes à la concurrence (section, 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company) ou la contribution au progrès économique et social (section, 6 octobre 2000, Société Pernod-Ricard) ;
- pour évaluer la mise en oeuvre des critères de l'exception de l'entreprise défaillante (section, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic).

Nul n'ignore que le Tribunal de première instance des Communautés européennes pratique sur ces questions un contrôle, non pas entier, mais restreint qui est limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

4) En quatrième lieu, le contrôle opéré par le Conseil d'Etat sur les concentrations est pleinement cohérent avec celui du Tribunal de première instance et de la Cour de justice des Communautés européennes, hormis l'intensité du contrôle. Il n'y a pas la moindre divergence entre la jurisprudence des juridictions européennes et celle du Conseil d'Etat sur le contrôle des concentrations. Notamment, le Conseil d'Etat a

repris la jurisprudence communautaire du 31 mars 1998 République française c/ Commission sur l'exception de l'entreprise défaillante et ses trois conditions (CE, section, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic)...

Et s'il en était besoin, j'ajouterais que les conclusions prononcées par les commissaires du Gouvernement dans les affaires de concentration démontrent avec éclat l'investissement des formations d'instruction et de jugement du Conseil d'Etat dans ce contentieux ; c'est peu de dire que tous les points de fait et de droit que présentent à juger ces opérations lourdes et complexes font l'objet d'une pesée attentive et minutieuse : l'examen des arrêts éclairés par ces conclusions illustre l'unité et la cohérence d'une jurisprudence qui s'enrichit sans à coup et sans rupture au fil des espèces. Mais je me garderai de sacrifier à l'autosatisfaction, en exprimant le souhait et même l'ambition que se développent sur ces enjeux économiques très lourds des séances d'instruction orales -lesquelles ont revu le jour à partir de 2000- et que la motivation des arrêts, quoique nettement plus étoffée que naguère, continue de se renforcer pour répondre mieux encore à l'argumentation des parties et exprimer ce qui fonde la conviction du juge. Bref des progrès sont toujours possibles.

Mais chacun, l'aura compris, le contentieux des concentrations est à sa place dans l'ordre administratif, tout comme celui de la concurrence l'est dans l'ordre judiciaire. La répartition des compétences qui remonte à 1987 est claire, comprise et acceptée. Elle a débouché sur des spécialisations, dont la remise en cause ne pourrait être que dommageable.

Le maintien de la compétence de la juridiction administrative en matière de concentration économique est d'autant plus pertinent que l'on n'imagine évidemment pas, dans la nouvelle organisation administrative, une partition entre le contentieux de la décision prise par l'Autorité de la concurrence et celui de la décision ministérielle éventuellement prise après évocation qui se fonderait, elle, sur d'autres considérations que le bilan concurrentiel.

J'adresse en terminant des vœux très chaleureux de succès pour la réunion de jour. Je souhaite qu'elle permette de fructueux échanges entre vous et je renouvelle mes remerciements aux participants et aux organisateurs de cette journée.

*
* *

Neelie KROES, Commissaire européenne chargée de la concurrence

Je suis très heureuse d'être ici aujourd'hui, dans une institution aussi prestigieuse que le Conseil d'État, qui joue un rôle essentiel dans le système Français de contrôle des concentrations. Permettez moi de débiter mon propos en citant un juriste français éminent: Montesquieu, qui au milieu du 18ème siècle écrivait dans "De l'Esprit des lois": *«C'est la concurrence qui met un prix juste aux marchandises et qui établit les vrais rapports entre elles.»*

Cette citation est toujours d'actualité aujourd'hui et reflète bien l'objectif final que nous nous sommes fixé : œuvrer pour un fonctionnement juste des marchés dans l'intérêt des citoyens de l'Union européenne et de ses consommateurs. C'est avec cette perspective à l'esprit que je voudrais aborder aujourd'hui les principes et le fonctionnement de notre système de contrôle des concentrations, avant d'examiner différentes réformes que nous avons menées à bien ou qui nous ont été suggérées.

Plus de 100 autorités en charge de la concurrence dans le monde

Il est essentiel, pour commencer, de bien comprendre le contexte mondial dans lequel s'inscrit ce système. En 2008, on trouve des systèmes de contrôle des concentrations partout dans le monde. On dénombre à présent plus de 100 autorités en charge de la concurrence, soit quatre fois plus qu'il y a vingt ans. La Chine s'ajoutera à cette liste en août, tandis que l'Inde commencera prochainement à mettre en œuvre son nouveau système obligatoire de notification des concentrations.

On pourrait s'attendre à ce qu'un nombre aussi élevé de systèmes de contrôle des concentrations entraîne des divergences d'approche considérables. En fait, c'est le contraire qui se produit. Que l'on fasse référence à une économie en plein essor en Asie ou que l'on pense aux États-Unis ou à l'Union européenne, tous les systèmes reposent à présent en grande partie sur des principes identiques.

Le réseau international de la concurrence (RIC) a largement contribué à cette convergence. Les pratiques recommandées par le RIC en matière de notification et de contrôle des concentrations ont incité de nombreuses juridictions à modifier leurs lois en la matière. L'Union européenne n'a pas été en reste.

Nos principes de flexibilité et d'efficacité dans le contrôle des concentrations

Quels sont les principes qui sous-tendent notre système? Nous sommes bien conscients de la nécessité, pour les entreprises, de se regrouper et de se restructurer pour être en mesure de relever les nouveaux défis posés par la mondialisation de l'économie.

Nous voulons des entreprises européennes prospères à l'échelle internationale. L'expansion de ces entreprises ne saurait toutefois se produire au détriment de la concurrence et, partant, des consommateurs européens.

Bien que le nombre de notifications de concentrations n'ait pas cessé d'augmenter – 402 ont été introduites en 2007, soit deux fois plus qu'en 2003 –, leur traitement s'effectue rapidement et de façon méthodique.

Des problèmes de concurrence ont été constatés dans moins de 6 % de ces 400 cas, et nous ne nous sommes opposés qu'à un seul d'entre eux. Jusqu'à présent, nous avons bloqué moins de 1 % en moyenne des concentrations notifiées.

Il est clair que nous sommes attachés au principe de flexibilité et que nous rejetons toute démarche dogmatique. Nos décisions se fondent toujours sur les faits particuliers qui caractérisent chaque affaire.

Il convient de souligner que le système que nous appliquons à l'égard des concentrations a permis la création et l'essor d'un grand nombre d'entreprises. Ceci a facilité l'émergence de champions mondiaux basés en Europe, et en France en particulier. Citons notamment EADS, Total/Fina/Elf, BNP Paribas, Suez, Vivendi Universal, DaimlerChrysler, Vodafone, AREVA, Air Liquide ou encore Thales. Cette liste est déjà longue mais elle est loin d'être exhaustive!

Il est évident que des mesures correctives doivent être apportées dans certaines affaires de concentration afin d'assurer la protection des consommateurs dans l'ensemble du marché unique. Dans une affaire relative à deux entreprises françaises – GDF et Suez – les mesures correctives substantielles que nous avons imposées permettront d'aboutir à une situation où toutes les parties prenantes pourront tirer profit de cette concentration.

Si la protection des consommateurs est notre objectif majeur dans le cadre du contrôle des concentrations, cela ne signifie pas pour autant que les gouvernements nationaux ne peuvent intervenir dans ce domaine.

L'article 21 du règlement sur les concentrations revêt à cet égard une grande importance. Cet article permet

aux États membres de protéger d'autres intérêts publics légitimes, tels que la garantie de la pluralité des médias ou de la sécurité nationale. Je me méfie toutefois des tentatives pour élargir au maximum la définition des secteurs stratégiques.

À mon sens, il convient sans doute d'établir une distinction entre un secteur national important et un secteur stratégique. Le groupe Danone est sans conteste une formidable réussite française. Nous ne souhaitons en aucun cas entraver son développement : c'est pourquoi nous avons autorisé son projet de rachat de l'entreprise Numico. Mais nous considérons que le secteur du yaourt n'est pas nécessairement un secteur stratégique. Il est de notre responsabilité, en tant qu'autorité européenne, de concert avec les autorités nationales, de traiter tous les acteurs économiques de manière égale.

Nous ne pouvons accepter que les efforts que nous déployons pour éviter que les questions politiques interfèrent avec la politique mondiale de concurrence soient ruinés par des interprétations laxistes de l'article 21.

D'aucuns manifestent de temps à autre le souhait de voir le règlement sur les concentrations modifié, afin qu'il puisse être utilisé en tant qu'instrument de la politique industrielle. A cela je réponds simplement que la protection de la concurrence est le meilleur soutien que nous puissions offrir à la politique industrielle.

Un grand marché intérieur concurrentiel est notre meilleure arme pour la compétitivité de notre économie européenne dans la mondialisation.

Notre système nous permet d'ailleurs de nous protéger contre des concentrations entre entreprises non-européennes. Je pense ici par exemple aux cas Boeing où la Commission a pu imposer des conditions et GE/Honeywell où elle a même interdit l'opération. Politiser le contrôle des concentrations remettrait sans doute en question notre légitimité à intervenir de la sorte, et risquerait d'ailleurs par ricochet de mettre à mal les acquisitions d'entreprises européennes à l'étranger.

Rompre le consensus global qui s'est dégagé quant à la neutralité des analyses dans le domaine de la concurrence serait un mauvais calcul pour l'Europe.

Que faisons-nous pour améliorer notre système de contrôle des concentrations?

Cela ne signifie pas pour autant qu'aucune amélioration n'est possible. Vous avez en effet peut-être connaissance de certaines initiatives que nous avons récemment prises en ce sens.

Le système de renvoi est un exemple qui illustre bien la relation bilatérale établie entre la Commission et

les autorités nationales, une relation qui permet de garantir la flexibilité maximale du système et d'optimiser sa capacité d'adaptation au dynamisme et à la dimension souvent mondiale qui caractérisent l'environnement dans lequel évoluent les entreprises modernes.

Les autorités françaises peuvent ainsi demander le renvoi de la totalité ou d'une partie d'un projet de concentration si celui-ci pose des problèmes particuliers sur le plan national. Nous pouvons de notre côté introduire une requête similaire.

De la même manière, lorsqu'une affaire a une incidence transfrontalière, les sociétés qui fusionnent peuvent demander que l'opération qu'elles envisagent soit examinée à Bruxelles, plutôt que par de nombreuses autorités nationales différentes. Cette procédure permet de réduire la charge administrative, une aide précieuse pour les entreprises.

Il est plus fréquent que des affaires soient renvoyées à la Commission par les États membres plutôt que l'inverse. Il faut toutefois savoir que la quasi totalité des demandes de renvoi sont acceptées, dans un sens comme dans l'autre. Mme Nadia Calvino, qui travaille dans mes services, vous entretiendra plus en détail aujourd'hui des questions de compétence dans le domaine des concentrations.

Nous ne nous sommes pas contentés d'examiner les procédures. Pour les affaires prises en charge par la Commission, nous ne cessons d'analyser en profondeur notre système, afin de trouver des moyens de le renforcer. Vous avez certainement connaissance des lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, adoptées en 2004, ainsi que des lignes directrices de 2007 sur les concentrations non horizontales. Il va sans dire qu'elles ont amélioré la transparence et la prévisibilité de notre système, et renforcé la précision de notre analyse. La prise en compte de gains d'efficacité dynamiques propres aux concentrations dans le cadre de notre appréciation intégrée des gains d'efficacité est un exemple parmi d'autres des améliorations apportées à notre analyse.

Des réformes ont été menées sur le plan organisationnel, notamment la mise en place d'une équipe autour de l'Économiste en chef et le recours à des groupes d'évaluation par les pairs. De nouveaux contrôles ont donc été ajoutés, renforçant ainsi l'équilibre de notre système.

Les enjeux de demain

Je pense que nous disposons d'un cadre juridique adéquat pour l'appréciation des concentrations, et que nous avons accompli des progrès grâce aux réformes internes réalisées au cours des dernières années.

Gardons-nous toutefois d'un excès d'optimisme. Les tribunaux européens ont clairement fait savoir que la Commission devait étayer ses décisions d'autorisation ou d'interdiction des concentrations par des arguments solides.

Il nous est possible de relever ce défi sans procéder à des changements structurels ou procéduraires majeurs. Les suggestions selon lesquelles la DG Concurrence devrait se doter d'une nouvelle «structure indépendante» qui séparerait les équipes chargées des dossiers des fonctions assurées par le Collège, négligent le fait que la Commission est déjà indépendante de tout intérêt politique partisan.

Je n'ai été le témoin d'aucun conflit entre les exigences techniques de notre procédure décisionnelle et les responsabilités plus larges de défense des intérêts européens qui incombent au Collège. La structure actuelle de notre système permet à la Commission d'être parfaitement informée à chaque étape de sa prise de décision. De l'équipe chargée du dossier jusqu'au Collège des commissaires, toutes les informations au sujet d'une affaire ou d'un marché sont disponibles, ce qui permet de prendre de meilleures décisions et d'assurer une utilisation adéquate des ressources.

Par ailleurs, le fait d'avoir une autorité chargée des questions de concurrence au sein même de la Commission contribue à nourrir les propositions d'action de manière plus générale. Le troisième train de mesures de libéralisation dans le domaine de l'énergie a été renforcé de façon considérable par la contribution que l'enquête sectorielle en matière de concurrence a apportée au secteur de l'énergie. Cette élaboration des politiques en connaissance de cause présente des avantages extrêmement précieux pour l'Europe.

Les structures de contrôle de la concurrence varient selon les pays membres : à l'évidence, il n'existe pas de structure unique et idéale. Nous assistons à un changement majeur en France : on y propose de fusionner les deux autorités de concurrence en une seule. Le Conseil d'Etat, impliqué dans cette réforme, a montré une diligence et une expertise remarquables dans son évaluation des fusions-acquisitions. Les deux autorités de la concurrence sont déjà des membres hautement estimés de notre Réseau Européen de Concurrence, car elles rendent d'excellentes décisions et exercent une direction avisée des marchés. Quels que soient les changements envisagés, il faut nous fixer comme objectif de conserver le meilleur de ces deux autorités tout en s'efforçant d'améliorer leur efficacité globale.

Cette efficacité est importante dans un environnement où les problèmes de concurrence sont toujours plus nombreux que les ressources permettant d'y faire face. Permettez-moi à cet égard de citer un de mes collègues que j'apprécie beaucoup, M. Bruno

Lasserre, selon lequel: «L'efficacité est l'élément moteur des autorités compétentes en matière de concurrence.»¹

Conclusion

La politique européenne de la concurrence en général, et notre système de contrôle des concentrations en particulier, ont été améliorés au cours des dernières années, et leur fonctionnement est satisfaisant.

Nous faisons partie intégrante d'un consensus global qui se dégage en matière de contrôle des concentrations, une réalisation suffisamment rare pour qu'elle vaille la peine d'être défendue en cette ère de défis économiques.

Je souhaite que la politique de la concurrence évolue en harmonie avec les efforts de réforme essentiels déployés par le président Sarkozy, afin de contribuer à édifier une économie de marché dynamique en France et en Europe.

Montrons-nous donc confiants et continuons d'œuvrer en faveur des intérêts des consommateurs et des entreprises.

¹ 9 décembre 2006, http://www.conseil-concurrence.fr/doc/intervention_lasserre_2006_12_09_ascolla.pdf.

1 / QUELLE UTILITE ET QUELLE EFFICACITE ECONOMIQUE DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS ?

Anne PERROT, Vice-présidente du Conseil de la concurrence

Se pose une première question fondamentale, préalable à toute étude portant sur le contrôle des concentrations : faut-il contrôler les concentrations ? En filigrane, il convient de s'interroger sur le degré d'intervention du pouvoir politique. Didier Théophile se propose d'aborder ce point.

Une fois admise la nécessité d'un contrôle, une première difficulté se présente : quel est le test à mettre en œuvre pour déterminer le sens de la décision finale prise par l'autorité compétente ? Antonio Capobianco est particulièrement bien placé pour évoquer les variations, selon les pays et les époques, de la question du test, même si aujourd'hui on assiste à une certaine convergence de chaque côté de l'Atlantique autour du test de réduction substantielle de concurrence. Pour traiter de l'analyse économique post-mortem effectuée après la décision de l'autorité compétente, Jorge Padilla a été sollicité.

*
* *

Didier THEOPHILE, Avocat à la Cour (Darrois, Villey, Maillot, Brochier)

La question « Faut-il contrôler les concentrations ? » est délicate pour un juriste car elle traite d'économie et de politique.

1. Sur l'utilité du contrôle des concentrations

Pour savoir si le contrôle est utile, en théorie, il faut se référer à la distinction schématique entre l'Ecole de Chicago et l'Ecole structuraliste de Harvard.

Pour les tenants de l'Ecole de Chicago, la concurrence est conçue comme un processus dynamique. Le monopole n'est pas forcément négatif, en tout cas en ce qui concerne les positions

dominantes puisque l'on prend en compte le bien-être global. Une opération qui affecterait le surplus du consommateur n'est donc pas systématiquement négative pour le bien-être global. In fine, les politiques de concurrence sont contreproductives et devraient donc se limiter à un contrôle ex-post et non pas préalable.

Pour les tenants de l'Ecole structuraliste, il existe un lien clair et fort entre concentration et pouvoir de marché et donc entre la structure d'un marché et le comportement des entreprises. Ils sont donc favorables à la mise en œuvre d'une politique de concurrence plus stricte passant par un contrôle préalable des structures (contrôle des concentrations) et par un contrôle des comportements (contrôle ex-post), lequel est répandu dans tous les pays de l'Union Européenne notamment.

C'est un débat théorique, qui reste d'actualité pour certains, en tout cas au plan politique. Dans ses mémoires, Alan Greenspan s'interroge lui-même sur l'utilité d'une politique antitrust, ce qui est assez intéressant. A l'inverse, dans le débat politique américain, actuellement, si on suit les déclarations du candidat démocrate, Monsieur Obama, celui-ci a indiqué à plusieurs reprises que s'il était élu, il appliquerait une politique de concurrence plus dure que celle de l'administration Bush. Reste à définir ce que signifie « plus dure » dans la mesure où certaines statistiques américaines montrent qu'il n'y a pas beaucoup de différences entre politique républicaine et démocrate, contrairement à ce que beaucoup de gens pensent quand on écoute les candidats.

Quasiment tous les pays du monde contrôlent aujourd'hui la concurrence, par le biais du contrôle des concentrations ou de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. Douze pays seulement le faisaient en 1990, si l'on y inclut l'UE et la France avec un contrôle non pas préalable mais ex-post ; plus de cent aujourd'hui.

Ce débat, en pratique, n'a plus lieu d'être car tous les gouvernants aujourd'hui considèrent qu'il faut contrôler les concentrations. Dans certains pays, les motifs sous-jacents à ce contrôle ne sont pas forcément purs car, d'expérience, ce dernier ressemble un peu plus à un contrôle des investissements étrangers qu'à un contrôle des concentrations lorsqu'on remplit un formulaire de notification où l'on demande surtout des éléments financiers et peu d'éléments de marché. En tout état

de cause, il est clair que ce contrôle est aujourd'hui dispersé dans le monde entier, qu'il est universel.

En France, le contrôle des concentrations existe depuis 1977. Son utilité n'est plus discutée de longue date. La question qui se posait principalement lors de la réforme de 1986, mais également aujourd'hui, est celle de la nature de ce contrôle. Faut-il le laisser entre les mains du ministre de l'économie ou faut-il le confier à une autorité indépendante ? Monsieur Balladur, ministre en charge de la réforme, considérait qu'elle était sans ambiguïté : la décision finale qui relève du ministre participe « d'une certaine philosophie d'action. Le ministre entend assumer la responsabilité qui est la sienne pour ce qui concerne la politique proprement dite de la concurrence. Le suivi des structures économiques fait partie de cette responsabilité. » En France, jusqu'à présent, on considérait que ce contrôle ressortait du ministre et du gouvernement. Il s'agit schématiquement d'un contrôle politique par rapport à un contrôle indépendant ou économique comme l'exerce la Commission européenne à Bruxelles ou comme l'exercera la future autorité de la concurrence quand la réforme sera votée en France.

En même temps, schématiser les deux contrôles autour de la dichotomie politique et économique serait réducteur car la nature même des concentrations est politique au-delà de la nature de leur contrôle. Voici quelques exemples :

- La Commission européenne a pour but de mener une politique de concurrence, de réaliser le marché commun. Il s'agit d'un objectif éminemment politique (Cf. le règlement sur le contrôle des concentrations qui traite du marché commun).

- Aux Etats-Unis, le consommateur est au centre du dispositif. Le contrôle est a priori peu mâtiné de politique. On note cependant au-delà même des discussions entre démocrates et républicains qu'il revient pour partie au Department of Justice (DOJ), entité de l'Etat, de mener le contrôle quand un cas lui est attribué. On note également dans certains secteurs dits « sensibles » qu'il existe des textes spécifiques (en matière d'investissements étrangers aux Etats-Unis, par exemple). Le gouvernement peut ainsi interdire une opération. C'est ce qu'il a fait à propos de la tentative de rachat des ports américains par un fonds souverain de Dubaï en 2005, mais aussi lorsqu'une compagnie chinoise a souhaité racheter un pétrolier californien à la même époque à peu près. Le contrôle des concentrations n'est pas laissé totalement à une autorité indépendante aux Etats-Unis. Il y a, parallèlement avec le DOJ ou au-dessus, la possibilité de s'opposer à certaines opérations.

- En matière de médias, quasiment tous les pays ont aujourd'hui une autorité spécifique qui contrôle les concentrations dans ce secteur. Cela existe aux Etats-Unis avec le FCC. En France, il y a une concurrence

de contrôles. Le règlement sur les concentrations prévoit que le guichet unique (one stop) peut s'effacer lorsque sont en cause des questions liées au pluralisme des médias, mais également à l'intérêt public, à la sécurité publique, ou même à des règles prudentielles du secteur bancaire.

Il y a de la part des autorités qui prennent ces décisions et édictent des lois une dimension politique qui n'est jamais absente du contrôle des concentrations même si, en pratique, lorsqu'on a affaire à une opération, dans la plupart des cas, les questions politiques ne se posent pas. Ce n'est que dans des cas très spécifiques que jaillit la question politique, pour des raisons liées à la manière dont les politiques traitent le dossier dans leur propre pays ou dont les opinions publiques le voient. Mais, les cas restent généralement très techniques.

L'utilité du contrôle des concentrations est donc reconnue par tous les gouvernants. Elle est appliquée avec une certaine vigueur même dans des pays qui l'ont récemment mis en œuvre. C'est le cas pour la Russie où deux opérations ont été interdites qui concernaient des investissements étrangers s'intéressant au contrôle de certaines sociétés russes assez stratégiques. Le contrôle des concentrations a été mis en œuvre. Au-delà de son utilité, ce contrôle est-il efficace ?

2. Sur l'efficacité du contrôle des concentrations

Il s'agit d'une question encore plus complexe à traiter pour un juriste. Elle est à apprécier au regard de trois critères :

- le test appliqué à ce contrôle ;
- la mise en œuvre de ce contrôle à la lumière notamment des statistiques européennes et américaines ;
- les remèdes appliqués;

a) S'agissant du test appliqué au contrôle des concentrations

Le constat de départ réside dans le fait qu'avec l'abandon en 2004 par la Commission européenne du test de création ou de renforcement de position dominante, c'est bien un test d'entrave significatif à la concurrence, de réduction substantielle de la concurrence qui s'applique de manière quasi uniforme, en Europe (au niveau de la Commission), aux Etats-Unis, en France depuis 1977. En pratique, cependant, les autorités de concurrence françaises avaient tendance à débusquer la création ou le renforcement de position dominante mais elles ont toujours pu appliquer un test plus large.

Ce test de réduction substantielle de la concurrence permet schématiquement d'autoriser les bonnes concentrations et d'interdire les mauvaises.

En France, et même au niveau communautaire, le changement de test n'a pas beaucoup modifié les statistiques d'interdiction ou d'autorisation. Il n'y a pas eu davantage d'interdictions d'opérations depuis le changement de test en 2004, bien au contraire, alors que certains pays craignaient de voir le contrôle se renforcer au niveau communautaire en changeant de test.

Le test qu'on applique à tous les types de concentrations, est le test des effets unilatéraux ou des effets non coordonnés. La question est de savoir si, finalement, une entreprise va être en état, possiblement après l'opération, d'augmenter ses prix par rapport à ses concurrents ou, par réduction des quantités produites, d'augmenter indirectement ses prix ensuite.

En pratique, lorsqu'on notifie une opération à Paris ou à Bruxelles, on raisonne exactement de la même manière : il n'y a pas de différence de raisonnement quand on présente un dossier devant ces autorités.

A travers le test de réduction substantielle de concurrence, sont également analysés les effets coordonnés. Il s'agit des effets qui surviennent généralement sur des marchés de nature oligopolistique, à savoir des effets qui permettent aux entreprises issues de la concentration mais également aux autres entreprises présentes sur le marché de mener une politique tacitement coordonnée à l'issue de l'opération. La jurisprudence du Tribunal de première instance dans l'affaire Airtours donne les critères que l'on applique. Ces critères sont repris aujourd'hui également dans d'autres Etats-membres. En France, selon les lignes directrices de la DGCCRF, trois points sont à réunir pour qu'il y ait des effets coordonnés. Il faut :

- qu'on soit sur un marché oligopolistique transparent. Chaque entreprise présente sur le marché doit pouvoir anticiper les comportements de ses concurrents.
- qu'il y ait un moyen de pérenniser cette coordination, notamment que les personnes qui dévièrent de l'oligopole puissent être soumises à représailles. C'est un point important, assez proche du système des ententes en l'espèce.
- que les concurrents présents dans un oligopole n'aient pas intérêt à dévier de cet oligopole parce que la pression concurrentielle externe serait telle qu'elle mettrait à mal cet oligopole.

En pratique, cependant, il existe très peu de cas dans lesquels les autorités sont amenées à juger de ces

situations : il faut que les marchés soient de nature oligopolistique.

Lorsqu'on regarde les différentes analyses qui ont été faites, les controverses les plus importantes entre les Etats-Unis et l'Europe, par exemple, ont surgi sur les opérations de nature non horizontale c'est-à-dire verticale ou conglomerale. Se posait la question centrale de la prise en compte des gains d'efficacité par les autorités de concurrence communautaire : les américains ont reproché aux européens de voir, dans les efficacités, dans les gains d'efficacité, ce qu'on appelle une efficiency offense, c'est-à-dire un moyen de dominer le marché davantage qu'un moyen d'efficacité permettant une fine de baisser les prix au consommateur. Il y a eu un débat important autour de ces critères entre les européens et les américains. Aujourd'hui, le débat est en théorie révolu puisque la Commission a pris une position qui est assez proche de ce qu'on peut voir aux Etats-Unis. Dans sa communication de 2007, la Commission le reconnaît, comme elle le reconnaissait déjà dans le règlement de 2004 et dans ses lignes directrices sur les concentrations horizontales. Aujourd'hui, la prise en compte des gains d'efficacité est réelle, même si peu d'opérations ont donné lieu à des analyses substantielles sur les gains d'efficacité au niveau communautaire. On relèvera une affaire assez intéressante, Inco Falconbridge, qui consacre de longs développements aux gains d'efficacité (les parties ont fait un travail assez considérable dessus), non retenus par la Commission in fine, mais ce point a été traité assez largement.

Sur ces gains d'efficacité, on peut revenir à l'exemple français. En France, de longue date, le Conseil de la concurrence reconnaît la pertinence des gains d'efficacité. Déjà, dans un avis de 1993 concernant le rapprochement entre Le Point et L'Express, le Conseil de la concurrence avait relevé qu'il pouvait y avoir des gains d'efficacité qui compensaient les atteintes à la concurrence engendrées par l'opération. Il y a d'autres exemples de gains d'efficacité pris en compte en France.

Il y a quelques spécificités françaises aussi sur le bilan général puisqu'au-delà des gains d'efficacité économiques classiques, les autorités françaises prenaient également le bilan social en compte. Il a été ainsi pris en compte dans plusieurs opérations par le ministre notamment. Toujours est-il que ces gains sont pris en compte depuis longtemps en France dans les opérations complexes. C'était moins le cas à la Commission avant.

b) S'agissant de la mise en œuvre du contrôle

On a essayé de ressortir une série statistique. Lorsqu'on s'intéresse aux Etats-Unis seulement, il y a un nombre limité de second requests, équivalents des phases 2 européennes. Il y en avait largement plus en pourcentage sous la présidence de Ronald Reagan

qu'à l'époque de Clinton et de Bush : les statistiques le montrent. Le débat républicain/démocrate est peut-être souvent un peu plus théorique que réel. On constate également qu'il y a un peu plus de phase 2 en Europe qu'aux Etats-Unis. Il est difficile, en revanche, de savoir quelles opérations sont interdites in fine aux Etats-Unis : les statistiques sont moins fiables. En Europe, il y a très peu d'opérations interdites, en France également très peu (depuis 1990, seulement 3 opérations ont été interdites). Il y a également très peu d'opérations donnant lieu à des engagements que ce soit en France ou en Europe. Les statistiques sont très claires là-dessus aussi.

Quand on regarde l'efficacité du contrôle sous le prisme des remèdes et des engagements pris, et de la mise en œuvre du contrôle par les autorités, on constate que c'est un contrôle effectif car les autorités analysent de très près toutes les questions. In fine, cependant, la plupart des opérations ne soulèvent pas de difficulté. Il n'y a donc pas de suragitation autour du contrôle des concentrations dans la plupart des cas.

c) S'agissant des remèdes

Les rapports de la Commission européenne, font état de doutes sur l'efficacité des remèdes.

Il y a peut-être aussi, aujourd'hui, une différence entre l'approche française et communautaire sur les remèdes. En France, on a tendance à accepter plus facilement les remèdes comportementaux qu'à Bruxelles, la Commission préférant un remède structurel de cession d'actifs par exemple. Il y a là une différence réelle.

Conclusion

Quelques mots sur la réforme française en cours : la haute autorité de la concurrence sera maintenant en charge du contrôle des concentrations du début à la fin. C'est un contrôle purement économique de concurrence qu'elle va appliquer, le ministre ayant la possibilité d'évoquer dans certains cas les dossiers examinés.

Ce qui est un peu plus gênant, en l'état actuel du projet d'ordonnance, c'est qu'il semblerait que le ministre puisse intervenir au niveau de la phase 1. Si le Conseil de la concurrence n'a pas ouvert de phase 2, le ministre pourrait donc demander de l'ouvrir. Or comme le Conseil de la concurrence se prononce sur des aspects purement économiques et le ministre, lui, sur des motifs d'intérêt général, il ne devrait pas y avoir lieu pour le ministre d'intervenir sur un passage 1 en phase 2.

En ce qui concerne les décisions de phase 2, les pouvoirs d'évocation du ministre doivent être strictement limités aux décisions de refus du Conseil puisque le ministre, se prononce sur les motifs

d'intérêt général et n'intervient pas sur la phase concurrentielle. Si le Conseil de la concurrence a considéré sur la base des motifs économiques, que l'opération doit être autorisée, il ne paraît pas possible que le ministre puisse, pour des motifs d'intérêt généraux, se prononcer ensuite ; il semble même qu'une telle faculté ne serait peut-être pas tout à fait en accord avec les règles du traité CE. Le pouvoir d'évocation du ministre devrait donc être assez semblable à celui qui lui est reconnu en Allemagne : il a le pouvoir d'évoquer une affaire si elle a fait l'objet d'un refus du Conseil.

*
* *

Antonio CAPOBIANCO, Expert en droit de la concurrence auprès de l'OCDE

Costs and Benefits of Merger Control: an international perspective

We all know that the world of international mergers is complex and has become over the last decades increasingly multi-jurisdictional. More than 100 countries have adopted antitrust laws and more than (80) eighty jurisdictions around the world have some form of antitrust merger review. As recently as 1990, only a dozen countries had a merger regime.

The positive aspect of this proliferation of merger regimes is that consumers in more countries around the world have the potential to benefit from competition-based policies.

However, these benefits come at a cost: in a global economy, many mergers have an international component and are likely to face review by multiple competition authorities. This can impose significant burdens and costly delays on corporate transactions, as well as heavy and non-productive burdens on the resources of the reviewing agencies themselves. Some have defined these costs as a "tax" on efficient trans-national mergers.

1. Private and public costs of multi-jurisdictional merger review

The existence of many merger control regimes around the world increases the likelihood of inconsistent results and of unnecessarily redundant investigations.

The current system of parallel reviews by multiple jurisdictions holds the potential for a variety of negative effects, not only for businesses (private

costs) but also for government and consumers (public costs).

- a) Private costs for businesses:
- Compliance costs: unclear notification criteria; opaque triggering events; early filing deadlines; burdensome filing requirements; etc.
 - Transaction costs: internal costs (in-house lawyer, management time and other firm resources) and external costs (legal fees and consultants/advisory fees, translation fees, filing fees and other fees).
 - The 2003 PWC survey on the time and costs of multi-jurisdictional merger reviews found that such reviews typically required an average of “eight completed or considered filings” at a cost of \$3.8 million for uncomplicated mergers, and €11.5 million for “more complex ones.” The estimated average cost per filing was € 540.000.

- b) Public costs for agencies and governments:
- A chilling effect on private sector co-operation with the authorities; faced with conflicting requirements or inconsistent remedies, business entities may be more reluctant to cooperate with antitrust agencies.
 - Misallocation of scarce legal and administrative resources by enforcement agencies duplicating each other's work or trying to resolve conflicting approaches to the same issue.
 - Increase exposure to conflicts and interference with other jurisdictions' competition regimes.
 - Increased political tension that may reduce support for global trade and cooperative bilateral relations (see the tension between US and EU caused by Boeing/McDonnell Douglas in 1997).

- c) Public costs for customers and for society as a whole:
- The increased uncertainty and transaction costs for businesses impedes business planning and business decisions, and may ultimately discourage companies from entering into transactions which are ultimately consumer welfare enhancing.
 - The cost for society is the economic inefficiency associated with companies' foregoing pro-competitive transactions as a result of the uncertainty which they are confronted.

2. The traditional approach: convergence, co-operation and comity

Some of these costs are inevitable. There will always be differences in markets, local effects, procedures and laws that may lead to reasonable differences in outcomes. I doubt we will ever completely eliminate all possible sources of potential substantive divergence.

Other costs, however, are unnecessary and can be eliminated or reduced without impairing the effectiveness of the merger review process.

The impact of globalization has produced substantial reactions from the business community and from competition enforcement community to increase

efforts towards greater and tighter co-operation over the last decades. The antitrust community traditionally relies on three major approaches:

- Convergence (or harmonisation), which considers policy movement among jurisdictions towards common or shared legal and economic standards; it refers to all those initiatives at international level that have the purpose to increase similarities among competition law systems.

- Co-operation, which stresses communication, consultation, and information sharing among agencies to ensure consistent approaches to cases subject to parallel investigations in several jurisdictions.

- Comity, which for over 100 years public international law has recognized as a means for resolving clashes between states resulting from a decision of one state that has effects in another.

- Traditional (or negative) comity – Countries restrain themselves to allow their laws and law enforcement actions to harm the interests of other countries. Traditional comity requires no change in a jurisdiction's domestic laws.

- Positive comity – It permits either party to ask the other party to take appropriate actions regarding anticompetitive behaviour occurring in its territory that affects the important interests of the requesting party, where that behaviour violates the competition laws and regulations of the host party. Positive comity places primary responsibility for enforcement in the hands of the jurisdiction most closely associated with the alleged anti-competitive conduct.

- These three categories present somewhat fuzzy boundaries, and they are obviously not mutually exclusive.

3. The traditional approach in practice

a) Multilateral competition fora:

Many countries are represented in international competition fora such as the OECD and the ICN (but there are others such as WTO and UNCTAD or other regional organisations), which have greatly contributed to antitrust convergence at international level, through sharing of experiences and best practices.

- OECD – It was established in 1961 and it includes today 30 member countries, plus a number of observers. The Competition Committee and its Working Parties have greatly contributed to convergence of national systems. Recent examples of significant contributions in the merger area:

- Roundtable discussions: Dynamic Efficiencies in Merger Analysis (2007); Vertical Mergers (2007); Merger Remedies (2004); Media Mergers (2003); Substantive Criteria used for the Assessment of Mergers standard of review (2003); Merger Review in Emerging High Innovation Markets (2003); Portfolio Effects in Conglomerate Mergers (2002); Mergers in Financial Services (2000); Airline Mergers and Alliances (2002); Efficiency Claims in

Mergers and Other Horizontal Agreements (1996); Failing Firm Defence (1996).

- Competition Committee Reports:

Report on Notification of Transnational Mergers (1999), which proposed a framework for a notification and report form, which identified common elements in notification forms under merger control laws of member countries.; and

Report prepared for the Committee on Merger Cases in the Real World, A Study of Merger Control Cases (OECD 1994) (the well-known Whish/Wood Report), which reviewed illustrative case studies of several transnational mergers as a means of highlighting regulatory problems raised by these transactions.

- Recommendations of the Council:

Recommendation of the Council concerning merger review (2005), which sets forth internationally recognized best practices for the merger review process, including co-operation among competition authorities in merger cases; and

Recommendation of the Council concerning co-operation between member countries on anticompetitive practices affecting international trade (1995), a significant milestone in encouraging agencies' co-operation internationally.

- Outreach and capacity building events around the world for non-member countries.

▫ ICN – Originated out of recommendations made by the International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC Report, 2000) and established in 2001 by 14 jurisdictions, today includes more than 100 NCAs from countries in every continent.

- Consensus building by dialogue. Informal venue for maintaining regular contacts and addressing practical competition concerns and policy issues.

- Working group on mergers produced a set of Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures (2005) which have influenced changes in many jurisdictions to bring their merger notification and review systems into greater conformity with the recommended practices. It deals with waiting periods, notification thresholds and nexus with jurisdictions (material sales or assets)

- ICN Merger Guidelines Workbook (2006) and ICN Investigative Techniques Handbook for Merger (2005), which are a comprehensive, practical presentation of the basic framework that many antitrust enforcement agencies use in the investigations and substantive assessment of mergers.

- Model for waivers of confidentiality in merger investigations. Systematically used by EU, US and other agencies.

- Country templates on merger laws. Very useful reference.

b) Bilateral relationships:

Many countries have entered into bilateral antitrust co-operation agreements (US have 8; the EU has 3) which provide for both traditional and positive comity, assistance on cases and exchange of (mostly non-confidential) information. In many cases co-operation is ensured through informal agreements,

MoUs, ad hoc initiatives, non-antitrust agreements (e.g. trade agreements).

4. The traditional approach: not the most efficient, but it works!

The system as it is today, based on convergence and co-operation, proved to be by and large successful.

Over the last decade many of the substantive differences between the major jurisdictions have been reduced or eliminated:

▫ SLC vs. dominance test. Horizontal mergers considered to raise more serious concerns than vertical mergers. Anti-competitive effects of horizontal mergers: unilateral and co-ordinated. Anti-competitive effects of vertical mergers: foreclosure. Conglomerate mergers: recent guidelines of the EC have eliminated the differences between US and EU that the GE / Honeywell case highlighted. Role of efficiencies in merger review.

▫ Cases in which firms have been subject to conflicting merger decisions in the US and in EU are strikingly few. The best known, and perhaps only, examples are the Boeing / McDonnell Douglas merger (1997) and the GE / Honeywell merger (2001).

▫ However differences remain when it comes to issues such as the following: how to measure pro and anti-competitive effects of mergers, what efficiencies should be taken into account in the analysis (short term / long term?), etc.

Things are more complicated when it comes to reduce procedural differences.

▫ Procedural arrangements, such as notification triggers and review periods, are generally codified in statutes and regulations that are typically resistant to change.

▫ This is an area where the ICN has done a considerable amount of conceptual work, but in practice the situation is still much diversified.

▫ Emphasis is now on implementation, knowing that all OECD and ICN instruments are non-binding, but peer pressure can be very powerful.

▫ Examples of existing divergences: voluntary vs. mandatory filings; pre vs. post-merger filings; timing of review; information required in filing forms, procedural rights of the parties (access to file).

5. What future prospects for international co-operation?

6. Despite the successes of the current approach we are still here debating what we should be doing to increase co-operation and streamline the multiple merger review processes. Concerns over the fact that several antitrust agencies make decisions about the same merger continue to prompt questions about the desirability of additional procedures to promote greater comity in the application of antitrust laws.

7. The main reason for this dissatisfaction for the current system is that so far our efforts were focussed (and rightly so!) on the costs for society and consumers of the current system: i.e. reducing

uncertainty and inconsistent decisions by harmonising standards and by increasing co-ordination between the enforcement agencies reviewing the same merger.

8. Bu what about the costs for businesses and for agencies? Little has been done to address those costs, which are predominantly caused by the multiple parallel merger reviews rather than by the risk of divergent decisions.

9. Some have suggested that growing economic "globalization" demands a unitary antitrust approach. The question is: should we take the ultimate step? Should we add centralisation to convergence, compliance and comity?

▫ I think that conceptually the step is a big one; legally and politically it may be even bigger.

▫ In the '90s, the EU supported initiatives to develop an international competition law framework within the WTO, while voices from the United States were generally adverse to this idea.

▫ Today the debate on the adoption of centralized standards and enforcement powers is dormant and there is no consensus on pursuing centralisation as a solution to issues raised by globalisation.

▫ Arguments against global enforcement laws and bodies:

- Situation among countries is still too diversified and an agreement to a common standard could only be reached on the lowest common denominator, therefore eroding the effectiveness of antitrust laws globally.

- Globalization has its limits. Despite the trends toward globalization, we do not live in a seamless, homogeneous world economy. Company may have gone global, but many markets are still national or macro-regional.

▫ I have strong doubts about the notion of developing a "one-size-fits-all" world merger code. I said before, the current system ultimately works. It may need improvements, but not a revolution.

▫ Today, the international goal in the competition area for most jurisdictions is to encourage and achieve a reasonable degree of analytical and operational coherence in antitrust enforcement across a wide range of economies, antitrust laws and legal cultures. A single competition law applicable globally by a single world enforcement authority is clearly not on the agenda.

▫ For the foreseeable future, bilateral co-operation agreements will remain the best way to address risks of international conflicts. These bilateral arrangements will continue to grow and to be deepened. As a result, trust and understanding at the bilateral level will expand more rapidly and more effectively and lead, possibly, to multilateral arrangements (see below).

10. However, between today's situation (for some aspects unsatisfactory) and a centralised enforcement system, there are many alternative scenarios. Many commentators (particularly from the private sector) have argued in favour of new, deepened forms of co-operation between agencies

that would further enhance the use of antitrust comity, and particularly positive comity (enhanced comity).

11. In particular, proposals appear to be based largely on encouraging competition agencies to defer to the enforcement decisions of the jurisdiction with the greatest interest in the matter. This could reduce the number of parallel reviews, limit regulatory costs for businesses and free-up investigative resources of agencies. Here are some examples:

▫ Antitrust Modernisation Commission Report and Recommendations (April 2007)

- US agencies should pursue procedural and substantive convergence on sound principles of competition law.

- US agencies should report to Congress on the possibility of developing a centralised international premerger notification system that would ease the burden on companies engaged in cross-border transactions.

E.g. use of single, simple initial submission for use by all affected jurisdictions. Recent attempts to use single forms (UK/FR/D) have failed, but this is not a good reason for not trying again.

- The US should pursue more bilateral and multilateral co-operation agreements which

Recognise explicitly the impediment that inconsistent or conflicting antitrust enforcement poses; and

Incorporate principles of negative and positive comity, including:

• Complete deference: Any country as to which a cross-border transaction or conduct does not have a direct, substantial, and reasonably foreseeable anticompetitive effect should defer to the enforcement judgment of the country or countries where there is such an effect.

• Presumptive deferral: When a competition authority in one country with a substantial nexus to a transaction (or conduct) has taken enforcement action, other countries with a lesser nexus should presumptively defer to that action. The first country should consult with other jurisdictions before taking action that will affect their significant interests.

▫ ICPAC Report – International Competition Policy Advisory Committee to the AG and AAG for Antitrust (2000)

- Co-operation at the merger remedy stage: in some cases it may be feasible to have only one jurisdiction negotiate remedies with the merging parties that will address the concerns of both that jurisdiction and other interested jurisdictions.

- Work-sharing at the review stage: in appropriate cases, it may be beneficial to limit the number of jurisdictions conducting independent second-stage reviews of a proposed transaction. Where the concerns of one country are likely to be the same as the concerns of a more distinctly affected investigating jurisdiction, it may be appropriate for the first agency to refrain from independent investigation. One way to safeguard against the possibility that the proceeding agency may reach a different result on the merits or a remedy different

from the one the other jurisdictions might have reached, while at the same time gaining efficiency in the process and other potential benefits is to ensure sufficient participation in the process by the other jurisdictions. One jurisdiction could coordinate the investigation of a proposed transaction, take into account the views of each interested jurisdiction, and recommend remedies to address the concerns of all interested jurisdictions.

- Advanced work-sharing: at this advanced level of work sharing, the coordinating agency would be required to accept the mantle of *parens patriae* for world competition. Accordingly, it would evaluate pro-competitive and anti-competitive effects of a proposed transaction on a global scale, taking into account all of the merger's costs and benefits to competition, not only the net effects within its borders. This approach arguably is superior to an approach in which each jurisdiction analyzes the effects of a proposed transaction within its own borders and ignores the harms or the benefits that the transaction may generate elsewhere. Multimarket assessment would position the coordinating jurisdiction to account for what had previously been viewed as externalities, thereby enabling it to assess the net effects of the proposed transaction (under a neutral welfare standard) on a global scale. The coordinating jurisdiction could then design remedies to address the concerns of all interested jurisdictions.

12. Deference is not just an theoretical possibility for the future, it already happens in practice:

▫ EC system of referrals is based on the concept of deference to the agency which is best placed to assess the transaction.

▫ Canada has been explicit about abstaining from bringing its own case when it has concluded that its interests were protected by another jurisdiction's actions (see *GE/Instrumentarium, Sanofi-Synthelabo/Aventis*).

▫ Many other jurisdictions no doubt also refrain, albeit without public acknowledgement, from bringing their own cases under similar circumstances.

13. However, articulating principles of deference is certain to raise several difficult issues. These issues include how is the lead jurisdiction determined? Should smaller jurisdictions, in which anticompetitive effects will almost always be slight relative to the effects elsewhere presumptively defer to the action or inaction of larger jurisdictions? How should jurisdictions reconcile enhanced comity principles with domestic statutory obligations to protect their consumers? In the few cases of actual enforcement conflict to date, would application of comity principles likely have produced a different result?

14. Finally, I would like to emphasise that agencies should consider putting on their international agenda the multilateralisation of inter-jurisdictional co-operation.

▫ Bilateralism will likely remain the dominant element of international co-operation policy for sometime still.

▫ In a global environment, however, bilateral relationships are intrinsically partial and possibly inadequate.

▫ The question is whether countries should move towards a multilateral framework for co-operation.

- Multilateralism has proved successful in promoting convergence of national antitrust systems. In this respect, the experiences of the OECD Competition Committee and of the ICN are well-known.

- However, when it comes to co-operation relations are mostly bilateral, with the only exception of the EC system of merger control (i.e. a multilateral setting of vertical referrals and co-operation).

ECMR system is a special case of deference and enhanced comity on a multilateral basis.

However, the advanced state of economic integration and similarly developed legal principles in the EU is unique in the world, and so is able to support a system whereby national authorities defer to a centralized antitrust body, unlike the widely divergent approaches we currently see in the world antitrust community as a whole.

It is time now to draw some conclusions. There seems to be a general consensus that in a world where more than 80 countries have a merger control regime, the potential for duplicative, incompatible and conflicting rulings on multi-jurisdictional mergers is likely to impose serious costs on multinational businesses and to complicate the effective enforcement of merger rules. Countries should consider building on the achievements of the recent past and double their efforts towards harmonisation and convergence of legal and economic standards under which mergers ought to be reviewed. Is this enough? Maybe, but there is room to do more. Countries should consider strengthening international co-operation and devise new types of co-operation agreements to enhance comity principles possibly on a multilateral basis (rather than on a bilateral basis) and to include, where appropriate, the possibility to defer the review of a multi-jurisdictional merger to the country (or countries) with the greatest connection to the transaction at issue.

*

* *

**Jorge PADILLA, Economiste,
Directeur de projet chez LECCG**

Tests « post-mortem » et mesures des bénéfices apportés par une concentration sur un marché

L'exposé est organisé en deux parties : quel est l'effet des fusions sur le bien-être général, d'un point de vue à la fois théorique et

empirique (I)? Quelles doivent être les politiques de contrôle des fusions, notamment au niveau européen (II)?

I. Quel est l'effet des fusions sur le bien-être général ?

1. Du point de vue théorique

Une fusion change la structure du marché de trois manières :

- elle change le nombre de concurrents sur le marché (elle en réduit le nombre)
- elle change le degré de symétrie ou d'asymétrie entre les concurrents existants sur le marché (elle rend un concurrent plus grand par rapport aux autres)
- elle change l'allocation des ressources entre les concurrents (elle transfère ces ressources d'un concurrent à un autre).

Ces trois changements structurels ont à leur tour des effets : ils peuvent affecter le degré de concurrence sur le marché, souvent en le réduisant, mais parfois en l'augmentant (lorsque deux petites entreprises fusionnent pour faire contrepoids à une grande entreprise) ; ils peuvent affecter le degré d'efficacité des entreprises, soit en le réduisant, soit en l'augmentant (synergies). A cet égard, les fusions peuvent ne pas être motivées par des objectifs rationnels, mais aussi psychologiques (la peur d'être absorbé par un autre concurrent). Les fusions font souvent apparaître un problème de gouvernance, avec des désaccords entre les managers et les actionnaires.

2. Du point de vue empirique

Quel est l'effet des fusions sur le profit des parties à la fusion ? Sur leur part de marché ?

A partir de ces deux variables, on peut dans les faits distinguer quatre catégories de fusions :

- les fusions qui accroissent l'efficacité des parties à la fusion : ce sont celles qui augmentent à la fois le profit et le niveau de vente
- les fusions qui réduisent l'efficacité des parties à la fusion : ce sont celles qui réduisent à la fois le profit et le niveau de vente
- les fusions qui réduisent le profit mais augmentent le niveau des ventes
- les fusions qui augmentent le profit mais réduisent le niveau des ventes.

Empiriquement, on estime qu'un tiers des fusions accroissent l'efficacité des parties (cas 1), un tiers des fusions réduit l'efficacité des parties ou réduisent le profit mais augmentent le niveau des ventes (cas 2 et 3) et un tiers des fusions augmentent le profit mais réduisent le niveau des ventes. Ces faits justifient d'eux-mêmes l'existence d'un contrôle des fusions

Quel est l'effet des fusions sur la valeur des titres des parties à la fusion ? Sur celle des titres de leurs concurrents ? Sur le bien-être du consommateur ?

Le bien-être du consommateur varie dans le sens inverse de la prospérité des concurrents des parties à la fusion, mesurée par la valeur de leurs titres. Si la prospérité des concurrents augmente à la suite de la fusion, c'est que la fusion a abouti à l'augmentation des prix sur le marché et non à l'augmentation de l'efficacité des parties à la fusion, au détriment des consommateurs (ce qui est empiriquement le cas dans 53% des fusions) Si au contraire la prospérité des concurrents diminue à la suite de la fusion, c'est que la fusion a abouti à la réduction des prix sur le marché grâce à l'augmentation de l'efficacité des parties à la fusion, au bénéfice des consommateurs (ce qui est empiriquement le cas dans 47% des fusions). Ces résultats apportent une deuxième justification à l'existence d'un contrôle des fusions.

II. Quelles doivent être les politiques de contrôle des fusions en Europe ?

Après avoir noté que les fusions peuvent avoir un effet négatif sur le bien-être général, et notamment des consommateurs, il faut définir les politiques de contrôle à mettre en place pour éviter ces effets. Une politique de contrôle des fusions doit être capable, à travers des mécanismes institutionnels, de détecter les fusions anticoncurrentielles et de les interdire. L'efficacité d'une telle politique dépend de la probabilité qu'une fusion anticoncurrentielle soit détectée et interdite. Mais renforcer l'efficacité de la politique de contrôle des fusions augmente toutefois la probabilité d'erreurs, c'est-à-dire l'interdiction d'une fusion concurrentielle. Renforcer la politique de contrôle des fusions nécessite donc également de réduire ces deux types d'erreurs.

Les réformes introduites par la Commission depuis 2003 vont dans ce sens, car le nombre d'erreurs reste élevé en Europe (30%). Les fusions anticoncurrentielles sont davantage interdites, et les fusions concurrentielles sont moins interdites. Les mécanismes de contre-pouvoirs et de recours ont été améliorés. Les entreprises doivent toutefois davantage convaincre en présentant des preuves crédibles.

Trois conclusions se dégagent :

- La politique de contrôle des fusions est nécessaire, car celles-ci affectent le bien-être général, mais elle implique nécessairement des risques d'erreur.
- La politique de contrôle des fusions doit encore être améliorée, afin d'interdire les fusions anticoncurrentielles et de ne pas interdire les fusions concurrentielles.

Ces améliorations sont de la responsabilité conjointe des pouvoirs publics et des entreprises.

*
* *

Questions-Réponses

Public : Comme il est plus difficile de bien contrôler les concentrations horizontales, les outils pour bien appréhender les effets anticoncurrentiels que peuvent avoir les concentrations horizontales sont-ils suffisants?

M. Théophile : sur le plan juridique, le droit de la concurrence est un droit très compliqué et mixte. Pour autant, on a des textes maintenant clairs et qui ont bien évolué. Aujourd'hui, nous sommes assez bien armés grâce aux communications de la Commission qui permettent de cadrer le débat, grâce aux lignes directrices détaillées et mises à jour par la DGCCRF. En revanche, l'avocat est nécessairement désarmé lorsqu'il s'agit d'analyser des opérations complexes et c'est pour cette raison qu'il est assisté d'économistes. La communication avec les autorités se fait alors plus facilement. Dans les aspects procéduraux, l'avocat reprend le dessus mais on discute avec les économistes de la stratégie générale du dossier.

Jacques-Philippe Guenther, avocat : Le juriste a surtout besoin de prévisibilité dans les procédures de concentration : il a besoin de savoir où la Commission veut l'amener, quels sont les sujets qui posent problème et le plus vite possible. Les opérations verticales sont probablement les opérations les plus complexes à imaginer puisque la réaction du marché sera en général une réaction très vive. Il est alors très difficile de prédire le comportement des clients, des fournisseurs ou des concurrents. On a besoin de prévisibilité et on ne l'obtient pas toujours, sans doute parce que les phases de prénotification ne sont pas assez longues. Pour autant, on observe une tendance toute récente de la Commission qui consiste à ouvrir des phases 2 et à

les clore sans communication de griefs. La tendance décrite par Jorge Padilla est donc en marche, même si on a un peu de mal à s'y habituer.

Mme Calvino : il ne faut pas faire de lien direct entre le passage en phase 2 et le fait qu'il n'y a pas de problème ou bien que le problème n'est pas identifié. Ça s'observe particulièrement dans le cas des concentrations horizontales puisque dans ces concentrations, il est plus facile d'identifier le problème que dans les concentrations verticales et également plus facile d'identifier les remèdes. Le problème peut donc être facilement résolu en phase 1. Je fais remarquer que c'est normal d'aller en phase 2 pour les concentrations verticales parce que c'est complexe et parce que le risque d'erreur est probablement plus grave.

Mme Hagelsteen : La réaction des juristes à l'égard du contrôle des fusions ex ante, selon lesquels le doute doit profiter l'accusé, n'est-elle pas justifiée tant que les économistes n'auront pas les moyens de prouver avec certitude qu'une fusion est susceptible d'être anticoncurrentielle ?

M. Padilla : C'est une réaction naturelle à toute investigation scientifique, car le progrès scientifique accroît l'incertitude plus qu'il ne la réduit. Mais si les économistes développent davantage d'études ex post, ils seront capables de mieux identifier les raisons des erreurs commises ex ante et de donner aux juristes la prévisibilité qu'ils souhaitent.

*
* *

2 / QUI FAIT QUOI ? DES COMPETENCES INSTITUTIONNELLES EN EVOLUTION

Marie-Dominique HAGELSTEEN, Présidente de la section des travaux publics du Conseil d'Etat

Il est nécessaire de présenter les deux grandes questions relatives à la répartition des compétences en matière de contrôle des concentrations. Qui fait quoi entre Bruxelles et Paris ? Qui fait quoi en France à la veille de la réforme du Conseil de la concurrence ?

Nadia Calvino rappellera la clarté des textes communautaires s'agissant des articulations institutionnelles entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence. Elle évoquera les systèmes d'assouplissement introduits dans le partage des compétences par la règle des deux tiers et le renvoi. Pour donner le point de vue des autorités nationales, Francis Amand traitera des relations entre la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et la Commission européenne.

Dans la perspective de la création d'une nouvelle autorité de concurrence aux compétences élargies en France, Josef Drexler exposera le système de contrôle des concentrations en Allemagne dans une démarche comparative. Jean-Paul Charié donnera ensuite son point de vue de parlementaire sur le projet de loi de modernisation de l'économie dont il est rapporteur à l'Assemblée Nationale.

*
* *

Nadia CALVINO, Directrice générale adjointe de la direction générale COMP de la Commission européenne chargée des concentrations et des activités anti-trust

Compétences institutionnelles : partage de pouvoirs entre la Commission européenne et les Etats-membres en matière de contrôle des concentrations.

Je tiens à remercier le Conseil d'Etat et les organisateurs de cette journée de me donner l'opportunité de partager avec vous quelques réflexions sur le fonctionnement du système de contrôle communautaire des concentrations. Je vais en particulier essayer de donner une vision générale du fonctionnement du partage du pouvoir entre la Commission européenne et les Etats-membres et d'en tirer quelques conclusions personnelles. En général, tout se passe très bien. Nous sommes assez satisfaits, mais bien sûr il est toujours possible d'améliorer le système.

Notre modèle de partage de pouvoirs est très clair depuis l'institution du contrôle communautaire des concentrations en 1989. On a très vite pensé à la nécessité d'avoir un système de guichet unique avec deux seuils de notification clairs pour essayer de donner de la sécurité juridique aux parties, aux entreprises, ainsi que pour assurer la compétence de la Commission européenne pour analyser les concentrations ayant des effets transfrontaliers. On a établi un système de partage de pouvoir fondé sur la compétence exclusive des autorités nationales ou de la Commission européenne, ce qui est un peu différent du système que nous avons dans le domaine de la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence.

Deux éléments fondent ce système : le seuil de base et le système de renvoi.

Il y a un seuil principal dans l'article 1 du règlement «concentrations» qui prévoit que les grandes concentrations entre parties qui ont des opérations en Europe seront traitées, notifiées et analysées par la Commission européenne sauf si au moins deux des parties concernées obtiennent respectivement plus des 2/3 de leur chiffre d'affaire dans un seul Etat-membre. C'est la fameuse règle des 2/3 évoquée précédemment. Ce dernier critère, en fait, a pour objet d'exclure de la compétence communautaire les concentrations qui ont des effets surtout au niveau national. On a ajouté en 1997 quelques critères supplémentaires mais la grande majorité des cas que nous traitons vient surtout des seuils de l'article 1 du règlement. Le changement de 1997 n'a pas eu d'effets très importants à cet égard.

On a des règles claires, on a une sécurité juridique mais en même temps on a besoin d'avoir une certaine souplesse.

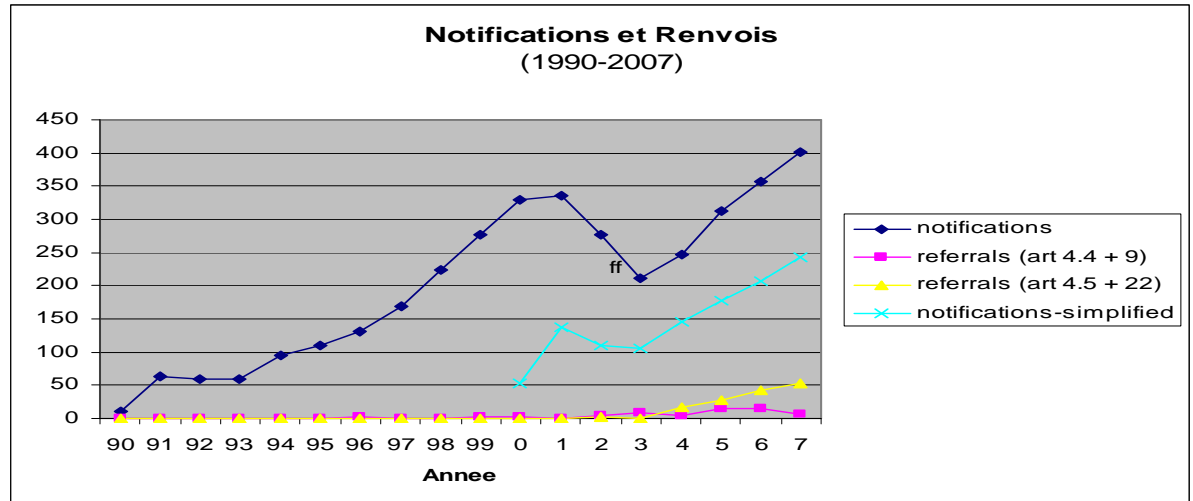
C'est pourquoi on a introduit un système de renvoi. C'est d'abord le fameux système de l'article 9 et de l'article 22 du règlement 139/2004. Il s'agit de

renvoyer des cas de dimension communautaire aux Etats-membres (article 9), et inversement, de renvoyer des cas de dimension nationale à la Commission européenne (article 22). Ce système a bien fonctionné mais en 2004, lors de la révision du règlement sur les concentrations, on a avancé qu'il fallait ajouter un peu plus de flexibilité au système, surtout avec une communauté européenne à 27 Etats-membres. Il fallait renforcer l'idée du guichet unique

et c'est pourquoi on a introduit la possibilité de renvoyer des cas en phase de pré-notification.

L'essentiel est d'essayer d'avoir toujours un équilibre entre la sécurité juridique et la flexibilité pour toutes les parties (les avocats, les entreprises) et les autorités de concurrence, qui doivent avoir une vision claire de leur propre compétence ou juridiction.

Notifications et renvois :

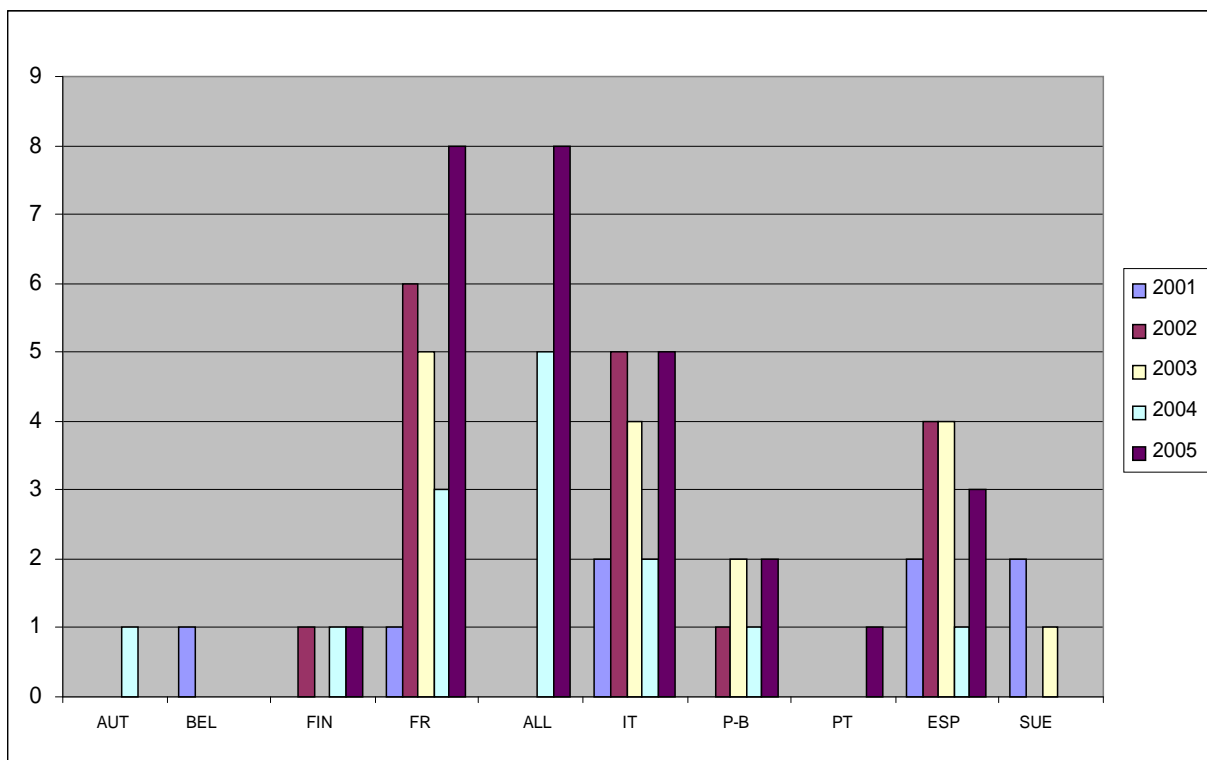


Dans ce tableau qui retrace le nombre de notifications d'opérations de concentration auprès de la Commission européenne et le nombre de renvois, la ligne bleue correspond au nombre de notifications. On remarque une augmentation substantielle du nombre des opérations notifiées, avec une hausse marquée à la fin des années 1990 et au début de cette décennie, qui a un effet direct sur la charge de travail de la DG Concurrence. L'année dernière, nous avons atteint 402 notifications, un record. Nous attendons aujourd'hui un ralentissement des opérations notifiées mais il n'y a pas eu un changement clair de tendance. En mars, ça s'est réduit un peu mais nous avons ensuite continué d'avoir des chiffres considérables. Si on a à peu près stabilisé le nombre de notifications, il reste très important. Qualitativement, il faut aussi indiquer qu'il y a des opérations notifiées avec un

formulaire simplifié, ne posant pas, en principe, de problème de concurrence. Ce pourcentage est en train de se réduire.

Les lignes jaunes et roses correspondent au renvoi des cas de la Commission européenne aux Etats-membres (ligne rose), et des Etats-membres à la Commission européenne (ligne jaune). Cette dernière ligne montre clairement une augmentation du nombre des cas qui sont renvoyés, surtout en phase de prénotification même si la plus grande partie des cas continuent à être notifiés sur la base de l'article 1 du règlement.

Si le nombre des opérations notifiées a augmenté, il n'est pas comparable avec certains Etats-membres, notamment l'Allemagne, où le nombre des opérations est supérieur à 1400 par an.

La règle des deux tiers :

En matière de seuil, et au sujet de la règle des 2/3, nous ne disposons pas des données de tous les Etats-membres, notamment du Royaume-Uni. Nous n'avons pas non plus d'informations complètes pour l'Allemagne. C'est donc une vision partielle qui est donnée. Mais, récemment, nous avons réalisé une étude interne, qui a été partagée avec les Etats-membres, sur le fonctionnement de cette règle dans la période 2001-2005 et nous avons tiré plusieurs conclusions.

- Le nombre de cas qui tombent sous la règle des 2/3 n'est pas trop élevé. Nous avons identifié 83 cas dans les cinq ans. Le nombre réel est probablement plus élevé à cause des statistiques incomplètes. Cependant, nous pensons qu'en principe, nous devons avoir, normalement, environ 30 cas de 2/3 par an, ce qui ne représente que 9% de tous les cas qui franchissent les seuils du règlement sur les concentrations sans considérer la règle des 2/3.

- La grande majorité des cas de 2/3 sont concentrés dans les grands Etats-membres. C'est assez logique si on considère les termes de la règle des 2/3. C'est le cas avec la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, probablement le Royaume-Uni également.

- Si dans la plupart des cas, la règle des 2/3 fonctionne bien, on pourra se demander si, dans une faible proportion des cas, il ne serait pas préférable d'avoir une seule autorité de concurrence, la Commission européenne, en charge des dossiers, pour assurer la cohérence des décisions prises. Mais, en regardant les chiffres, l'on ne peut que constater que le système actuel fonctionne de manière plutôt satisfaisante.

Les renvois :

Les statistiques relatives au nouveau système de renvoi des concentrations depuis le 1er mai 2004 sont les suivantes:

- 35 renvois Article 4(4)
- 135 renvois Article 4(5)
- 21 renvois Article 9 (depuis 01.01.2004)
- 11 renvois Article 22 (depuis 01.01.2004)

Cela montre clairement le contraste avec l'ère pré-2004. Entre 1990 et 2003 il y a eu seulement 54 renvois Article 9 et 7 renvois Article 22.

Ce système de renvoi a pour objet de donner plus de flexibilité dans le partage juridictionnel et d'éviter les notifications multiples dans une Union Européenne à 27 Etats-membres. Nous avons calculé qu'un cas renvoyé en phase de prénotification aurait requis au moins 6 notifications au niveau national. 723 notifications nationales ont donc été épargnées. C'est impressionnant, pas seulement du point de vue des entreprises mais du point de vue de l'efficacité de l'utilisation des ressources publiques. On est heureux de ne pas voir sept, huit, neuf autorités de concurrence distinctes investir des ressources si on peut offrir un seul guichet.

Il s'agit d'un instrument très apprécié et les utilisateurs sont plutôt satisfaits du fonctionnement d'un système dans lequel la plupart des demandes de renvoi dans les deux directions sont acceptées.

La grande majorité des cas notifiés porte sur l'article 4(5), c'est-à-dire la notification des cas de dimension nationale à la Commission européenne en phase de prénotification qui concernent un marché d'ampleur géographique plus large que national ou bien des cas qui affectent plusieurs marchés de dimension nationale.

Si la quantité est importante, c'est aussi intéressant de souligner l'aspect qualitatif. Le renvoi des Etats-membres vers la Commission européenne ne veut pas forcément dire qu'il s'agit de cas ayant des effets sur la concurrence mais il y a parmi les cas renvoyés à la Commission un pourcentage considérable qui va en 2ème phase.

La cohérence du système est donc très importante, et de ce point de vue qualitatif, le renvoi est un instrument primordial. Il y a des exemples très récents des cas significatifs, comme Google-doubleclick ou Tomtom-Teleatlas, qui n'avaient pas de dimension communautaire mais qui ont été analysés par la Commission parce que les implications allaient au-delà des juridictions purement nationales.

Il peut être intéressant de mentionner quelques exemples de renvoi concernant le marché Français.

- Il y a eu, il y a quelque temps, un renvoi dans les opérations de Casino sur la base de l'article 4(4) du règlement. Les autorités françaises ont obtenu des remèdes pour résoudre le problème dans les deux marchés Carrefour-Dia et Penny Market. Il s'agissait d'un renvoi clair dans la mesure où ce sont les autorités nationales de concurrence qui sont les mieux placées pour analyser les marchés locaux dans le domaine de la distribution au détail. En général, les analyses portant sur ces marchés sont systématiquement renvoyés aux autorités nationales, sauf si ça mène à une division trop grande de l'analyse de cas.

- Le cas FEM/Entremont/Unicopa, a été renvoyé sur le fondement de l'article 4(4) aux autorités françaises parce qu'il y avait une part de marché assez élevée sur le marché français du fromage, en particulier et surtout du comté! Cependant, après enquête des autorités françaises, le cas a été approuvé sans imposer aucun remède.

Dans l'autre sens (article 4(5)), nous avons eu :

- Le cas Axalto/Gemplus qui concerne la production et la commercialisation des cartes à puces pour les téléphones mobiles. C'est un marché qui va clairement au-delà des dimensions purement nationales. Il s'est terminé avec des remèdes.

-Le cas Bouygues/Artemis/Serendipity qui ne posait pas de problème de concurrence à priori, était important parce qu'il était notifiable dans au moins 16 Etats-membres.

-Au sujet d'Alö/MX, un examen approfondi a été ouvert. Il s'agit d'une concentration qui a des effets dans le marché des équipements agricoles.

Finalement, le cas Areva/Urenco, renvoyé sur la base de l'article 22 du règlement, a été analysé par la Commission européenne à la demande des autorités françaises, allemandes et suédoises.

Rôle des Etats Membres :

La Commission dispose de différents instruments formels pour établir un véritable dialogue avec les Etats Membres:

- D'abord, le comité consultatif est une réunion d'experts, de représentants des Etats-membres. Il est toujours consulté avant de prendre la décision finale dans tous les cas de phase 2 et pour les règles de mise en œuvre (article 23). Il y a toujours des discussions avant la réunion, parfois d'autres très intenses pendant, et cette opinion préalable est prise très sérieusement en compte par la Commission européenne.

- Deuxièmement, on a des échanges d'informations. La Commission européenne doit envoyer les documents les plus importants du dossier aux Etats-membres (article 19 du règlement) qui sont également invités aux auditions publiques quand elles sont demandées par les parties.

- En outre, il y a des réunions d'experts ad hoc où sont notamment discutés les projets de lignes directrices.

- A part des instruments formels, on a également encouragé le développement des contacts plus informels. Ainsi, les équipes parlent tous les jours lorsqu'il y a un cas avec des collègues des Etats Membres, des experts et ainsi de suite...

Les échanges sur les cas ne concernent pas seulement les autorités européennes ou nationales. Ils concernent aussi les régulateurs sectoriels dans le secteur des télécoms, du transport, ou de l'énergie lorsqu'un cas concerne ce secteur.

L'article 21 du règlement 139/2004 : L'article 21 essaie de préserver l'exclusivité de l'analyse des concentrations de dimension communautaire par la Commission européenne, à savoir de garantir qu'il ne peut pas y avoir une analyse parallèle en utilisant des critères de concurrence par la Commission européenne et par une autorité nationale de concurrence ou une autre institution nationale. En même temps, il s'agit de garder un terrain pour que les gouvernements nationaux puissent s'opposer à des opérations, imposer des remèdes ou analyser des opérations de concentration en prenant en compte des critères différents de la concurrence: La pluralité des médias a été évoquée ainsi que la sécurité nationale et les règles prudentielles. L'article 21 prévoit déjà certains champs d'analyse qui peuvent être protégés pour les Etats-membres, toute en respectant bien sûr les principes de la proportionnalité et la non

discrimination. En outre, il peut y avoir encore d'autres intérêts qui pourraient être reconnus par la Commission, sans que la compétence exclusive de la Commission puisse être annulée par une intervention nationale.

Conclusion :

Le système de répartition des compétences fonctionne très bien et beaucoup mieux depuis 2004 puisqu' on a un réseau renforcé qui inclut les autorités françaises qui jouent d'ailleurs un rôle important dans ce réseau. A mon avis, force est de constater que ce réseau fonctionne de manière efficace et que la flexibilité du système de renvoi est très important dans ce cadre. Nous sommes en train d' analyser le fonctionnement du système de notification et de renvoi: la Commission est sensée présenter un rapport au Conseil en 2009. Nous allons lancer les questionnaires et faire une étude approfondie du fonctionnement du système. Il faut que nous disposions de toutes les données pour avoir une vision objective sur le fonctionnement et éventuellement proposer des réformes au règlement sur les concentrations. Il est essentiel de maintenir l'équilibre entre la sécurité juridique et la flexibilité. Il est très important également de maintenir des liens étroits entre les autorités nationales et la Commission européenne. Il m'est très facile de le souligner parce que j'ai travaillé dans une autorité nationale de concurrence. D'un point de vue institutionnel, il est vital pour la Commission européenne d'avoir toujours des liens directs avec ceux qui sont près du terrain, qui connaissent très bien leur marché et les opérateurs nationaux, qui peuvent nous aider à prendre les bonnes décisions. En sens inverse, il est également nécessaire pour les autorités nationales d'avoir des liens étroits avec la Commission européenne afin de construire un système cohérent de contrôle de concentration réduisant la concurrence ou le bien-être des citoyens, mais pas la création de grands groupes européens augmentant l'efficacité et la compétitivité européennes dans le monde.

*
* *

Francis AMAND, Chef du service régulation et sécurité de la DGCCRF

Les relations de la DGCCRF avec la Commission européenne

Je voudrais à mon tour remercier le Conseil d'Etat et vous, Madame la Présidente, de laisser à la DGCCRF l'occasion de présenter une dernière fois le contrôle qu'elle a exercé pendant de

nombreuses années à la satisfaction de la plupart des entreprises concernées. C'est une des particularités de ma présence ici.

Je soulignerai aussi qu'il n'y a pas de solution de continuité entre l'articulation qu'on a vis-à-vis de la Commission européenne et l'articulation interne : nous partageons les mêmes principes d'examen des opérations. Mon exposé ne traitera pas le référentiel économique technique qui a été très bien exposé lors de la première table ronde. Mais, avant de qualifier d'excellente la relation que nous avons avec la Commission européenne, je voudrais rappeler un principe qui inspire l'ensemble de notre activité de contrôle des concentrations. Nous avons le sentiment que le contrôle des concentrations, c'est à dire des interdictions qu'on pourrait émettre à l'égard de la constitution d'entreprises fusionnées, constitue une atteinte à la liberté d'entreprendre mais aussi au droit de propriété. Nous avons donc l'obligation d'avoir une motivation extrêmement forte des interdictions. Notre action n'est pas symétrique de ce point de vue là. S'agissant des risques 1 et des risques 2, nous avons tendance à préférer le risque 2 c'est-à-dire autoriser à tort plutôt qu'interdire à tort. Nous le faisons d'autant plus facilement que si nous autorisons à tort, nous avons aussi un contrôle des abus très efficace, auquel nous croyons, et ceci nous sécurise. Au sujet de la réforme en cours, le fait de mettre dans une même maison le contrôle des abus de position dominante et le contrôle des concentrations a un certain sens de ce point de vue là : il valide la préférence pour le risque 2 par rapport au risque 1.

Sur la relation de la DGCCRF avec la Commission, j'évoquerai trois points :

- Nous avons une mise en œuvre convergente ;
- Nous avons aussi quelques différences dans certaines approches ou dans certaines évaluations ;
- Ces différences peuvent être élucidées ou surmontées via le principe de liaison étroite et constante évoqué précédemment, et en tout état de cause, ne porte aucun préjudice à la relation de confiance établie.

1. Une mise en œuvre convergente du contrôle des concentrations en Europe

Les systèmes de contrôle des concentrations français et communautaire sont comparables.

a) Il existe d'abord une ressemblance formelle très forte entre les deux droits :

Tout deux ont une origine simultanée : la nécessité de disposer d'un contrôle des concentrations apparait sensiblement au même moment en Europe : au Royaume-Uni dès 1965, en Allemagne en 1973, en France en 1977, ces trois pays mettant en place le contrôle des concentrations.

Au niveau communautaire, la Cour de justice, dans son arrêt Continental Can, reconnaît en 1973 la nécessité d'étendre l'application de son article 82 aux situations où une entreprise en situation dominante souhaite acquérir un concurrent.

Nous sommes donc tous parvenus à peu près au même moment, à la même conclusion.

Il y a, deuxièmement, une définition commune de la concentration. L'article L 430-1 du Code de commerce a repris la définition communautaire de la concentration (article 3 du règlement communautaire).

b) L'architecture des contrôles est tout à fait similaire.

Nous avons un principe de notification obligatoire, ce qui n'est pas le cas dans tous les pays même si un nombre croissant de pays s'y rallient, et nous avons aussi un système de contrôle gradué de phase 1 et phase 2. De ce point de vue là, une petite nuance se présente : le passage de phase 1 en phase 2 porte moins de conséquence en France que devant la Commission européenne puisqu'il me semble que devant la Commission européenne, le changement de phase entraîne un transfert explicite de la charge de la preuve, de ce que la concentration porte ou ne porte pas préjudice à la concurrence sur le marché. Nous avons enfin une autre nuance, qui tend à se préciser : nous avons un taux de passage en phase 2 inférieur à ce que fait aujourd'hui la Commission. Je n'ai pas en tête le nombre de cas français passés en phase 2 pour finalement n'imposer aucun engagement. Ce sont des cas émergents à la Commission européenne, mais leur nombre est relativement faible. Nous nous engageons donc rarement dans les phases 2 mais lorsque c'est le cas, c'est pour obtenir un résultat et forcer les comportements. Ce qui rejoint mon observation préliminaire : il ne faut pas soumettre les entreprises à des charges administratives inutiles.

c) Il y a ensuite un même objectif de fond.

Veiller à ce que les concentrations d'entreprises ne portent aucune atteinte à la concurrence.

Les tests d'atteinte sont similaires dans le droit communautaire et dans le droit français. Ceci ne doit pas nous surprendre puisque le compromis qui a été trouvé à Bruxelles dans la réforme du droit de la concurrence, trouve son origine dans une proposition conjointe de la France et de l'Espagne. La Commission européenne a adopté notre approche qui étendait le test d'atteinte à la concurrence à des choses plus générales que le simple renforcement des positions dominantes.

Nous avons aussi le même objectif final à savoir le surplus du consommateur. C'est assez prégnant dans une direction du ministère qui s'occupe à la fois de protection du consommateur et de concurrence que d'essayer d'atteindre cet objectif. Le surplus du

consommateur est cependant à nuancer : en prix, en qualité ? Nous sommes d'accord avec la Commission pour essayer de raffiner les approches du surplus du consommateur, notamment sur le fait de savoir s'il faut préférer le court terme au long terme : il y a sur ce point des nuances. Il y a aussi un certain nombre de situations où la concentration augmente le surplus global sans augmenter le surplus du consommateur. Si nous avons le même objectif final, nous avons quelques nuances dans la façon d'aborder le contrôle.

d) Il y a enfin des évaluations des comparables des opérations de concentration.

Un point de convergence réside dans l'efficiency offense.

Initialement, et ça a été le motif d'interdiction de l'opération aéronavale de Haviland en 1991, la Commission avait considéré que le fait qu'une entreprise puisse obtenir, par la concentration, des avantages compétitifs très importants, et mener des pratiques d'éviction vis-à-vis de ses concurrents, justifiait qu'on interdise l'opération. Nous avons beaucoup progressé depuis cette époque-là, considérant d'une part que l'importance des gains d'efficacité était particulièrement élevée en cas d'intégration verticale ou de rapprochement congloméral, et qu'il fallait ne pas interdire ce type d'opération si les gains pour les entreprises pouvaient être répercutés à l'aval sur les consommateurs dans des proportions admissibles. Nous avons écrit dans nos lignes directrices qu'il y avait un à priori favorable à ce type de concentration et il est important que nous ayons fait ensemble ce chemin.

Nous avons des approches identiques également sur le champ du contrôle.

Nous avons une définition commune de ce qu'est une concentration. Cependant, toute définition donne lieu à interprétation. Nous avons là encore des convergences. Constitue une opération de concentration, tant pour la Commission européenne que pour les autorités françaises, l'acquisition d'actifs, la cession d'un droit de propriété intellectuelle, si elle aboutit à conférer une influence déterminante d'une entreprise sur une autre. Nous avons cheminé de concert pour étendre le champ du contrôle à d'autres opérations comme la simple acquisition d'une entreprise. Nous avons aussi la même façon de calculer le chiffre d'affaire, qui détermine la répartition de compétences entre nous : l'article 2 du décret de 2002 qui définit la façon dont nous calculons les chiffres d'affaires par exemple des entreprises concernées renvoie directement à l'article 5 du règlement.

Nous sommes aussi très convergents sur l'analyse économique. Nous aspirons l'un l'autre à la définition des marchés pertinents. Par exemple, dans l'affaire des télécommunications, nous avons eu une succession de décisions où l'affaire a été soit portée devant la Commission européenne soit portée chez

nous. La décision communautaire SFR télé 2 a repris les définitions de marché élaborées de concert avec le Conseil de la concurrence dans l'affaire Canal + TPS. Nous nous sommes enrichis de ce qu'a dit la Commission dans l'affaire SFR télé 2 pour à notre tour nous en inspirer dans notre examen de l'opération SFR Neuf Cégétel, dernière opération d'importance que la ministre a autorisée en France. De même, lors des comités consultatifs, nous avons souvent appuyé la Commission pour bien délimiter les efficacités économiques. Je crois que nous sommes un aiguillon important en terme d'évaluation des efficacités. Nous y croyons donc nous souhaitons que la Commission s'y rallie.

2. Quelques différences notables entre les contrôles communautaire et français

Les concentrations d'entreprises sont-elles permises dans la mesure où nos champs d'intervention sont disjoints ?

Un contrôle national qui serait moins strict, plus laxiste que le contrôle communautaire n'aurait pas d'effets sur la concurrence communautaire. Ça donne l'impression qu'à l'intérieur d'un Etat-membre, on peut faire ce qu'on veut. Il pourrait donc y avoir une adhésion différente selon les pays au principe de l'école de Chicago qui recommande de laisser passer les concentrations. Ce sont donc des questions de fond qu'il est utile de poser.

Le fait que nos champs d'intervention sont disjoints ne nous permet pas de faire passer tout ce que nous voulons tant que l'opération n'a pas d'influence communautaire. Nous sommes contraints par le traité de Rome et ce qu'il impose : la diffusion du principe de concurrence sur l'ensemble du territoire communautaire et pas simplement dans ses seuls aspects de disparités entre les Etats-membres. Nous sommes aussi contraints par ce qu'exige une adhésion adéquate des procédures de renvoi et des coévaluations des opérations. Enfin, nous sommes aussi contraints dans nos appréciations d'opérations nationales par ce qu'attendent les entreprises en termes de prévisibilité des décisions et de sécurité juridique.

Ces différences sont-elles substantielles ?

Nous essayons de faire valoir ces différences, d'infléchir vers elles la pratique communautaire. Je relèverai quatre points :

- Nous avons une pratique plus favorable aux engagements comportementaux.

Nous avons le record mondial du nombre d'engagements comportementaux avec la décision Canal + TPS qui comporte cinquante-neuf engagements. Le Conseil de la concurrence en avait déjà mis quarante-quatre ou quarante-cinq ; nous en avons rajouté quelques uns de plus.

- Nous avons une pratique plus confiante dans la capacité des concurrents à rester sur le marché et à y entrer de manière efficiente. Nous avons une appétence pour la prévision économique et l'appréciation dynamique des opérations. Ce qui fait que les parts de marché importantes ou les avantages temporaires d'un concurrent ne nous effraient pas.

- Nous avons une pratique moins anxieuse à la constitution de monopoles quand ils permettent des efficacités. Je renverrai sur ce point à la décision topique, caractéristique de la bonne pratique ministérielle en termes de concentrations : la décision CCIP Unibail qui a autorisé un monopole sur les parcs d'exposition à Paris et que nous avons autorisée sous réserve d'abord de l'assurance que cette opération permettrait d'augmenter l'offre du parc, et deuxièmement, sous réserve d'engagements comportementaux et tarifaires assez stricts et contrôlés. Cette affaire est particulièrement intéressante en ce qu'elle nous a permis de passer d'un duopole non régulé à un monopole regulable.

- Nous avons une pratique plus attentive au bilan social des opérations.

La Commission européenne a su se doter d'instruments procéduraux performants

Il y a des choses qu'on envie à la Commission, à savoir toute une gamme d'outils plus nombreux et plus performants que ceux dont nous disposons en France. Il conviendra d'examiner s'il sera utile d'en doter la prochaine autorité de concurrence.

On y trouve :

- l'obligation de répondre au test de marché ;
- la possibilité d'arrêter les pendules et de suspendre l'instruction ;
- une expertise économique indépendante ;
- la définition du rôle, des droits et des devoirs du mandataire ;
- la vigilance très active des juridictions d'appel. Ce dernier point est à la fois très douloureux et très utile. Je vais simplement rappeler les quatre affaires qui ont permis à la Commission européenne de substantiellement progresser dans son analyse et dans son organisation: Tetra-Laval/Sibel, General Electric/Honeywell, Sony/BMG et Schneider/Légrand.

Je profite de ma présence au Conseil d'Etat pour souligner le contrôle de plus en plus important exercé par le Conseil d'Etat : la décision du Conseil d'Etat ayant annulé l'autorisation dans les affaires EBRA était très utile. J'engage le Conseil d'Etat à maintenir cette pression juridictionnelle sur les décisions qui seront prises la plupart du temps par l'autorité de concurrence et parfois par le ministre dans les cas où il évoquera l'affaire.

*
* *

Josef DREXL, Directeur au Max Planck Institut de Munich

Aujourd'hui, cette question de l'arrangement institutionnel se pose aussi dans le cadre de la réforme du droit de la concurrence français qui vient d'être proposée par le « Projet de loi de modernisation de l'économie ».² Ce projet de loi propose toute une série de mesures dans l'ambition « de stimuler la croissance et les énergies, en levant les blocages structurels et réglementaires que connaît l'économie de notre pays.³ Pour ce faire, il faut à la France à la fois plus d'entreprises et plus de concurrence ».⁴ Plus concrètement, le projet de loi identifie quatre volets, y compris une « relance de la concurrence ». La proposition de la réforme du droit de la concurrence français qui en découle poursuit l'idée « de mettre au point une régulation plus cohérente » et, plus précisément, de créer une « Autorité de la concurrence » unique.⁵ En remplaçant le système actuel qui est caractérisé par la « co-habitation » de deux autorités, notamment la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) d'une part et du Conseil de la concurrence d'autre part, le gouvernement français espère rendre la régulation de la concurrence « plus lisible et plus performante ».

Cependant, en ce qui concerne le contrôle des concentrations, en France, la question n'est pas tant celle de savoir si on remplace les deux autorités actuelles par une nouvelle Autorité de la concurrence unique. La question pertinente est surtout de savoir si le ministre chargé de l'économie gardera le pouvoir central d'autoriser ou d'interdire une concentration ou plutôt si le ministre perdra ce pouvoir au profit d'une nouvelle Autorité plus puissante.

Comme nous le verrons dans un instant, le Projet de loi de modernisation de l'économie propose une solution qui suit au fur et à mesure l'exemple du droit de la concurrence allemande. L'analyse suivante

² V. Projet de loi de modernisation de l'économie, Document N° 842 mis en distribution le 2 mai 2008, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/p10842.asp>.

³ V. aussi CHRISTINE LAGARDE (Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi), Projet de loi de modernisation de l'économie, Agir pour la croissance de l'emploi, http://www.minefe.gouv.fr/presse/dossiers_de_presse/080428_lme/080428_lme_dossier-de-presse.pdf.

⁴ *Supra note 2*, sous le titre « I. – Orientation générale ».

⁵ *Id.* Cette proposition constitue une de 30 mesures dont six sont attribuées à la réforme du droit de la concurrence.

essayera donc de s'inspirer de l'expérience allemande pour évaluer le Projet de loi.

1. La réforme proposée par le Projet de loi de modernisation de l'économie

a) La situation juridique actuelle

La situation actuelle en matière de contrôle de concentrations en France est caractérisée par le pouvoir central du ministre chargé de l'économie. La décision en matière de concentrations est exclusivement réservée au ministre.⁶ Le ministre saisit le Conseil seulement s'il « estime que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence et que les engagements pris ne suffisent pas à y remédier. »⁷ Par contre, le Conseil n'est pas saisi si le ministre autorise l'opération. Cette régulation permet au ministre une politique industrielle qui favorise les grandes entreprises et qui aboutit facilement à la création de « champions nationaux » sans que la loi garantisse un avis rendu par le Conseil de la concurrence comme institution indépendante sur les effets potentiellement anticoncurrentiels de la concentration.

Dans le cas d'une saisine du Conseil, celui-ci est chargé d'examiner si l'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. »⁸ Dans ce cadre, le Conseil fait une évaluation intégrale des effets de la concentration. Cette évaluation n'inclut pas seulement une analyse des conséquences purement concurrentielles mais aussi des effets économiques au-dehors de la politique de la concurrence proprement dite. La loi précise que le Conseil juge aussi « si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le conseil tient compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale et de la création ou du maintien de l'emploi. »⁹ A cet égard, le droit français permet la justification d'une opération dont le bilan est anticoncurrentiel par référence à l'intérêt public au sens général.

Pour un expert en droit de la concurrence allemand, ce qui étonne face au droit français n'est pas tant le critère de contrôle ni même l'existence d'une justification par l'intérêt public mais l'arrangement institutionnel. Le Conseil de la concurrence, comme entité « technocrate » et indépendante¹⁰ par rapport au

⁶ Art. L430-5 Code de commerce.

⁷ Art. L430-5(III) Code de commerce.

⁸ Art. L430-6(I) Code de commerce.

⁹ Art. L430-6(I) Code de commerce.

¹⁰ L'indépendance du Conseil est surtout garantie par sa composition, v. art. L461-1 Code de commerce.

ministre devrait plutôt jouer le rôle de « gardien » de la concurrence. Par conséquent, un système qui protège la concurrence d'une manière efficace mais laisse en même temps le pouvoir de décision à un ministre forcerait plutôt le ministre à demander l'avis du Conseil comme condition de l'autorisation de la concentration. En même temps, le Conseil devrait donner son avis sur la base d'une analyse purement concurrentielle, tandis qu'il reviendrait au ministre de rejeter un avis négatif du Conseil sur la base de l'intérêt public. Nous constatons que le droit français fait justement l'inverse.

Après l'avis du Conseil de la concurrence, le ministre peut, par arrêté motivé, soit interdire l'opération de concentration soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties, le cas échéant, 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 et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.¹¹ Evidemment, le ministre n'est pas obligé de suivre l'avis du Conseil. Du point de vue externe d'un expert allemand, l'avis du Conseil a deux fonctions possibles. Premièrement, l'avis du Conseil peut confirmer la position du ministre selon laquelle la concentration porte atteinte à la concurrence. Dans ce cas, l'analyse du Conseil aide le ministre à motiver sa décision finale. Deuxièmement, si le Conseil s'exprime en faveur de l'autorisation, son avis pourrait convaincre le ministre de ne pas interdire la concentration. Cependant, selon la régulation actuelle, le Conseil n'a pas le droit d'intervenir de sa propre initiative pour contredire le ministre qui veut autoriser une concentration.

b) La situation en Allemagne

Selon le droit de la concurrence allemand et sur la base de la loi relative aux restrictions de la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB), l'arrangement institutionnel pour le contrôle des concentrations est très différent. La loi allemande attribue le pouvoir d'interdire ou d'autoriser une concentration à l'autorité de la concurrence, le Bundeskartellamt.¹² Et c'est uniquement dans le cas d'une interdiction par l'autorité que les parties à la concentration ont le droit de saisir le Ministre de l'économie pour obtenir une « autorisation ministérielle », la fameuse « Ministererlaubnis ». ¹³

Une autre différence par rapport au droit français actuel concerne le critère de contrôle. Tandis que le Bundeskartellamt exerce la plénitude du pouvoir de prendre une décision finale, les critères d'appréciation sont plus restreints que dans le droit français. Selon le droit allemand, le Bundeskartellamt est obligé

d'interdire une concentration dont l'effet serait de créer ou de renforcer une position dominante sauf si la concentration aboutit à une amélioration des conditions concurrentielles et si les avantages concurrentiels prédominent sur les effets anticoncurrentiels.¹⁴ Des appréciations concernant un « progrès économique » en général ou même la prise en compte de la compétitivité des entreprises face à la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi, comme on France, ne sont pas permises au Bundeskartellamt.

Les critères politiques font partie de l'analyse du ministre de l'économie. Le ministre peut autoriser la concentration dans les cas particuliers à condition que les avantages pour l'économie nationale prédominent sur la restriction de la concurrence ou que la concentration se justifie par un intérêt public prédominant. Dans les deux situations, le ministre prend en compte la compétitivité des parties concernées sur les marchés étrangers. L'autorisation peut seulement être donnée si la portée de la restriction ne porte pas atteinte à l'ordre général de l'économie du marché.¹⁵ De plus, le ministre, avant de décider, doit demander l'avis de la Commission de monopole (Monopolkommission)¹⁶ et l'avis des autorités de concurrence des Etats fédérés (Länder) concernés.¹⁷

Ce qui distingue l'approche allemande de l'approche française n'est donc pas seulement le rôle central du Bundeskartellamt en matière de concentrations. En Allemagne, le droit de la concurrence distingue très nettement entre les critères sur la base desquels les deux institutions, le Bundeskartellamt et le Ministre de l'économie prennent leurs décisions respectives. En général, tous les critères pris ensemble selon le droit allemand ne sont pas forcément différents des

¹⁴ § 36(1) GWB.

¹⁵ § 42(1) GWB: "Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu berücksichtigen. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird."

¹⁶ La *Monopolkommission* est une commission de cinq experts indépendants nommés pour quatre ans – avec la possibilité de rénomination – qui a la fonction de conseiller le gouvernement en matière de politique de la concurrence ; v. § 45 GWB.

¹⁷ § 42(4) GWB.

¹¹ Art. L430-7(III) Code de commerce.

¹² § 36(1) GWB.

¹³ § 42 GWB.

critères français. Mais le Bundeskartellamt n'a pas le droit d'autoriser une concentration qui crée ou renforce une position dominante à la lumière de l'intérêt public; et le Ministre n'a pas le droit d'autoriser une concentration parce qu'il pense que le Bundeskartellamt s'est trompé en déclarant que la concentration crée ou renforce une position dominante. Dans ce sens, la décision du Bundeskartellamt est définitive. Seuls les tribunaux ont le pouvoir d'annuler la décision du Bundeskartellamt pour erreur dans l'application du droit ou dans l'appréciation des faits.¹⁸

De plus, il faut aussi souligner la différence dans le déroulement de la procédure. En France, le ministre est saisi le premier : il reçoit la notification sur l'opération de concentration. Celui-ci peut même bloquer l'intervention du Conseil par une autorisation. En revanche, en Allemagne c'est le Bundeskartellamt qui est le premier à prendre une décision. Cette décision est définitive et peut être contestée devant les tribunaux. La saisine du ministre n'est pas automatique, dans le sens d'une deuxième phase du contrôle, mais requiert une demande spécifique de la part des entreprises concernées.

Une interdiction par le Bundeskartellamt, avec une confirmation d'une atteinte à la concurrence, peut donner lieu à une grande publicité, surtout dans le cas d'une concentration de grandes entreprises. Cette publicité – et l'opinion public qui normalement s'exprime très en faveur de la protection de la concurrence en Allemagne – rend très difficile, du point de vue politique, la justification d'une autorisation ministérielle.

c) La réforme française envisagée

Avec le Projet de loi de modernisation de l'économie, le gouvernement français semble vouloir modifier l'arrangement institutionnel en matière de concentration pour se rapprocher de la situation allemande. Les points essentiels sont les suivants :¹⁹ Selon la Ministre de l'économie, Christine Lagarde, la nouvelle « Autorité de la concurrence » examinera toutes les demandes d'autorisation en matière de concentration (non plus seulement celles pour lesquelles le ministre a déjà conclu qu'il y aura atteinte à la concurrence). Par la suite, le ministre gardera seulement « la faculté de s'écarter de la position prise par l'autorité en invoquant de manière motivée et transparente des raisons d'intérêt général qui l'y conduisent. »²⁰

¹⁸ Au moins, c'est la position dominante en Allemagne; v. CHRISTOPH ENGEL, *Meinungsvielfalt durch Ministererlaubnis ?*, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR)* 2003, 448,

¹⁹ V. LAGARDE, *supra* note 2, p. 38.

²⁰ *Id.*

Le texte du Projet de loi pourtant ne prévoit pas explicitement ce nouvel arrangement. L'art. 23 du projet de loi de modernisation de l'économie se limite à autoriser le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance certaines mesures nécessaires à la modernisation de la régulation de la concurrence. Par rapport au contrôle de concentrations, la formule de la loi est peu précise. Elle dit :

1° Ces dispositions [de l'ordonnance] ont pour objet de transformer le Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence disposant :

- a) De compétences élargies en matière de contrôle de concentrations économiques, de pratiques anticoncurrentielles et d'avis sur les questions de concurrence ;
- b) De moyens d'investigation renforcés ;
- c) D'une composition, d'une organisation et de règles de fonctionnement et de procédure réformées ;
- d) D'une capacité étendue d'agir en justice.

2° Elles ont également pour objet de mieux articuler les compétences de cette nouvelle autorité et celles du ministre chargé de l'économie.

On peut en conclure que le texte du projet de loi contient certainement les dispositions nécessaires à l'adoption d'une solution allemande en droit français, sans avoir à forcer le gouvernement à adopter une telle solution dans l'ordonnance prévue. Par conséquent, le gouvernement aura encore suffisamment de flexibilité aussi pour accepter des déviations. Même si l'ordonnance incluait tous les éléments mentionnés, le gouvernement jusqu'à présent n'a pas été très clair sur les critères de contrôle examinés par l'Autorité de la concurrence d'une part et par le ministre d'autre part. Etant donné la flexibilité qui demeure existante, il serait intéressant de s'inspirer de l'expérience allemande pour savoir si la solution allemande est à recommander à la France.

2. L'expérience de l'Allemagne

Quant à l'expérience faite en Allemagne sur le partage des compétences entre le Bundeskartellamt et le Ministre de l'économie, y compris le système de l'autorisation ministérielle, on peut distinguer entre l'expérience pratique et l'évaluation générale de ce système par les experts de la concurrence en Allemagne.

a) L'expérience pratique

La Loi relative aux restrictions de la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) est appliquée depuis 1958. Cependant, il a fallu attendre

la deuxième réforme, en 1973, pour que le législateur parvienne à surmonter la résistance de l'industrie allemande contre l'introduction d'un système de contrôle des concentrations. Depuis lors, le droit allemand connaît ce système de partage du pouvoir et de l'autorisation ministérielle.

Quant aux interdictions, le Bundeskartellamt est une autorité très active. Entre 1973 et 2006, le Bundeskartellamt a reçu 34.884 notifications. La plupart des concentrations qui sont à notifier ne posent pas de problèmes concurrentiels. Toutefois, le Bundeskartellamt a prononcé 164 interdictions. Dans 19 cas de refus seulement (11,58 %), les parties concernées ont fait appel au ministre pour obtenir une autorisation. La Monopolkommission a approuvé l'autorisation ministérielle dans un seul cas, dans deux autres cas, elle a recommandé une autorisation conditionnelle ou partielle. Le ministre a accordé l'autorisation dans sept cas ; dans cinq de ces sept cas, l'autorisation était conditionnelle ou partielle. Pour un nombre considérable d'entre elles, les parties concernées ont retiré leur demande. En fait, l'existence d'une autorisation ministérielle a seulement changé le résultat dans 4,26 % des cas. On peut en conclure que l'autorisation ministérielle ne joue pas un rôle considérable. Tandis que le droit allemand permet la prise en compte de l'intérêt public au-delà de l'analyse purement concurrentielle, l'arrangement institutionnel réussit à promouvoir un traitement « puriste » de la grande majorité des concentrations selon les principes concurrentiels.

Le caractère très exceptionnel de l'autorisation ministérielle explique que ces cas fassent l'objet de beaucoup de publicité en Allemagne et soient régulièrement et intensivement discutés dans les médias. L'opinion publique critique normalement une décision positive du ministre comme « ordnungspolitische Sünde », un « péché sur l'ordre de l'économie du marché », ce qui représente le jugement le plus dur pour un ministre de l'économie qui est supposé être la personnification de la conscience libérale de l'Etat (ordnungspolitisches Gewissen)

La nature des cas dans lesquels le ministre a donné l'autorisation varie considérablement. Dans le dernier cas rencontré cette année, le ministre a autorisé la fusion de deux hôpitaux locaux sur la côte de la mer Baltique. Un des hôpitaux était l'hôpital universitaire de Greifswald. Le ministre a accepté l'argument selon lequel la fusion sert au maintien de l'hôpital et à la continuation des projets de recherches effectués auprès de cette université.²¹

²¹ V. le communiqué de presse du ministre (Pressemitteilung) du 17 avril 2008, http://www.pressrelations.de/new/standard/result_main.cfm?aktion=jour_pm&r=320372.

En revanche, l'autorisation de la fusion E.ON/Ruhrgas en 2002 a été considérée comme un véritable scandale politique. Encore aujourd'hui, cette concentration est critiquée pour avoir diminué la concurrence par les prix sur le marché du gaz naturel en Allemagne. De plus, comme le ministre Müller avait été membre du directoire d'une des entreprises concernées avant de rejoindre le gouvernement allemand, l'autorisation a été rendue par le numéro deux du ministère, le Secrétaire d'Etat Alfred Tacke. Après la décision, Tacke a accepté un emploi à la tête d'une société filiale de la nouvelle E.ON/Ruhrgas.

b) Evaluation de l'expérience allemande

Le cas E.ON/Ruhrgas a causé un violent débat juridique sur l'interprétation et le contrôle juridictionnel du § 42 GWB²² mais aussi sur l'avenir de l'autorisation ministérielle en Allemagne.²³ D'une part, quelques-uns considèrent que la disposition sur l'autorisation ministérielle même viole la constitution par manque de précision.²⁴ D'autre part, l'autorisation ministérielle a aussi ses défenseurs. Par exemple, Jürgen Basedow, membre de la Monopolkommission, qui s'était exprimé contre l'autorisation dans le cas E.ON/Ruhrgas, se déclare favorable au maintien de l'autorisation ministérielle.²⁵ Cette position semble aussi être celle du Bundeskartellamt.

²² La question principale était de savoir si seulement le ministre pouvait accorder l'autorisation ou s'il pouvait aussi être remplacé par son député ; v. MICHAEL DROEGE, Fusionskontrolle und Verfahren – verfahrens Fusionskontrolle ? – Die Vertretung des Bundeswirtschaftsministers im Ministererlaubnisverfahren nach § 42 GWB, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 2002, 930 ; CHRISTOPHER LENZ, Wer ist Minister bei der Ministererlaubnis nach § 42 GWB?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 2370 ; WERNHARD MÖSCHEL, Neue Rechtsfragen bei der Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, Betriebsberater (BB) 2002, 2077 ; MARK-E. ORTH, Die Vertretung des Bundeswirtschaftsministers im Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2003, 54.

²³ La Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), généralement considérée comme le journal le plus important en Allemagne pour les questions économiques, le 23 mai 2002, a publié un commentaire de WERNER MUSSLER sur E.ON/Ruhrgas avec le titre « Die Ministererlaubnis muss weg » (« Effaçons l'autorisation ministérielle »).

²⁴ ENGEL, supra note 18, pp. 472 ss.

²⁵ JÜRGEN BASEDOW, Die Ministererlaubnis muss bleiben, Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht (EuZW) 2002, 417.

Considérant les avantages et les désavantages, à première vue, l'autorisation ministérielle semble ouvrir toutes les portes à une politique industrielle de la part des instances politiques contre la doctrine pure préférée par le Bundeskartellamt. Jusqu'à aujourd'hui, l'Allemagne n'a pas abouti à des principes clairs sur la question de savoir quels sont les intérêts publics qui peuvent justifier une autorisation ministérielle allant contre la décision « pure » du Bundeskartellamt. Ce n'est pas dû seulement au manque éclatant de pratique judiciaire. Cependant, les conséquences d'une abolition de l'autorisation ministérielle seraient néfastes. La théorie pure ne change pas la réalité : les entreprises politiquement puissantes usent de leur influence pour obtenir un résultat favorable. Sans l'existence de l'autorisation ministérielle, ces intérêts se présenteraient nécessairement devant le Bundeskartellamt qui pourrait se sentir obligé d'écouter tous les arguments – plus ou moins convaincants – en faveur de la concentration. L'existence de l'autorisation ministérielle protège ainsi l'application pure des critères concurrentiels par le Bundeskartellamt. Même si le Bundeskartellamt interdit la concentration, les entreprises savent qu'il y a une deuxième instance qui appréciera la concentration sous un autre angle.²⁶ Le risque que pose certaines autorisations ministérielles, même à portée économique considérable, devrait être accepté pour garantir de meilleures décisions au sein du Bundeskartellamt au premier stade du système de contrôle, qui, dans la grande majorité des cas, reste l'échelle décisive.

Quelles sont les conclusions à tirer ? La France, qui encore lors de la conclusion du Traité de Lisbonne a réussi à exclure la protection de la concurrence dans le marché intérieur de la liste des objectifs de l'Union Européenne, semble se mouvoir vers un système beaucoup plus concurrentiel en matière de concentrations. La France pourrait s'inspirer de l'approche allemande, caractérisée par une séparation nette de la responsabilité principale du Bundeskartellamt qui prend une décision finale sur les aspects concurrentiels et le pouvoir exceptionnel du ministère de l'économie d'accorder une autorisation à la lumière de l'intérêt public. En général, la « solution allemande » produit de bons résultats. Sans effectivement exclure une justification par l'intérêt public, le contrôle des concentrations en Allemagne, dans la plupart des cas, est exercé exclusivement sur la base des principes de la concurrence. Cela n'exclut pas une politique industrielle, même en faveur d'une création de « champions nationaux », quand les intérêts industriels sont assez forts pour convaincre l'autorité

politique d'accorder une autorisation. Dans ce contexte, et à la lumière de l'expérience allemande, deux conditions sont essentielles au bon fonctionnement du système. Premièrement, tout dépend de l'attitude du ministre de l'économie envers la concurrence. On souhaite un ministre conscient du fait que l'autorité ministérielle ne peut être accordée que très rarement, dans des cas vraiment exceptionnels. Une application fréquente détruirait la crédibilité des décisions prises par la nouvelle Autorité de la concurrence. Deuxièmement, l'expérience allemande montre aussi l'importance de l'opinion publique. Le Bundeskartellamt se réjouit d'une excellente réputation dans la population informée en Allemagne. La conviction des avantages de la concurrence est profondément enracinée dans la conscience allemande et les principaux médias du pays. Les mêmes « soft facts » ne sont pas nécessairement présents en France. Pour le développement futur du contrôle de concentrations, cela pourrait bien expliquer pourquoi le modèle allemand aura moins de succès en France que dans son pays d'origine.

*
* *

Jean-Paul CHARIÉ, Député du Loiret, Rapporteur du projet de loi de modernisation de l'économie à l'Assemblée nationale

Je tiens à confirmer que d'un côté comme de l'autre, entre la France et l'Allemagne, entre la France et l'Europe, les choses se passent très bien. La volonté politique est d'améliorer le plus possible la qualité des relations, l'harmonisation, la bonne intelligence, comme cela vient d'être dit, entre les Etats-membres et la Communauté européenne. Nous sommes de plus en plus nombreux à essayer de faire comprendre à la nation française que sans Europe nous n'en serions pas là, il est important d'expliquer que la loi européenne peut nous aider même si parfois elle est contraignante.

Toutes les concentrations ne sont pas forcément négatives. En témoigne une des dernières décisions du Conseil de la concurrence relative à Unibail et à la chambre de commerce et d'industrie de Paris. L'idée était de regrouper les parcs d'exposition, les palais des congrès. Etant donnée la vivacité de la concurrence au niveau européen, les Français devraient évoluer. Il faut les amener à mieux s'associer et c'était un des objectifs des acteurs

²⁶ Cf. aussi BASEDOW, supra note 26.

parisiens de savoir et de concrétiser une association pour être vis-à-vis des Allemands, des Italiens, des Espagnols, etc. plus concurrentiels. Donc, toute concentration n'est pas forcément quelque chose de négatif et lorsque le Conseil de la concurrence est amené à traiter des fusions entre tel ou tel hôpital dans telle ou telle ville, la concentration peut être conduite dans l'intérêt du consommateur.

Je suis le rapporteur du projet de loi de modernisation de l'économie. Ce texte de 44 articles en comporte maintenant 122. Il a été voté mardi dernier à l'Assemblée Nationale. Les sénateurs prennent le texte en séance publique au début du mois de juillet et nous pensons avoir une commission mixte paritaire au milieu du mois de juillet pour un vote et une publication au journal officiel fin août puisqu'il n'y aura pas de saisine du Conseil constitutionnel, l'opposition s'étant engagée à ne pas saisir sur cette loi. J'ai des certitudes et des interrogations.

1. Les certitudes

- Au niveau des enjeux, la France a parfaitement conscience, comme les Allemands, qu'il y a de plus en plus de concentrations.

- Nous ne voulons pas une Nation, voire un Etat, voire un continent, voire une communauté Européenne administrée par des puissances politiques. Nous voulons une démocratie, une économie de marché.

Nous ne voulons pas non plus une société administrée par les puissances financières.

- Il y a des concentrations qui peuvent être utiles. Quand il y avait en France des monopoles, ce n'était pas systématiquement mauvais. Ce n'est pas parce qu'il y a eu des monopoles qu'il faut qu'il n'y ait encore que des monopoles, bien au contraire. Nous sommes très attachés à la vivacité de la concurrence. Il y a à faire évoluer la mentalité franco française : il n'y a que la libre mais loyale concurrence pour servir une société de progrès pour l'homme. Mais en revanche, dans un contexte international d'évolution des coûts, il faut, parfois, autoriser des concentrations et même les encourager. Il y a des ententes nuisibles, il y a des ententes souhaitables.

- C'est la politique qui doit faire évoluer, mais nous avons et nous devons avoir des autorités de concurrence indépendantes.

- Enfin, le droit doit être dissuasif. Il y a des sanctions de plus en plus lourdes parce que ces sanctions sont plus lourdes que le gain elles dissuadent. Il y a une nette différence entre les Allemands et les Français sur ce point. Il y a une autodiscipline plus facile pour le législateur en Allemagne.

Pour toutes ces raisons, nous voulons donner beaucoup plus d'indépendance à une haute autorité de concurrence qui disposera pour les phases 1 et 2 de davantage de moyens humains et financiers et réduire l'intervention du ministre.

2. Les questions

L'article 23 du projet de loi permet au gouvernement de créer une haute autorité de la concurrence par voie d'ordonnance.

Les questions sont aujourd'hui de trois ordres :

- Quelle doit être la capacité d'intervention de l'autorité de concurrence au niveau local? Entre le niveau national et européen, pour l'instant, on ne voit pas de difficulté ni d'interprétation ni d'efficacité. Cependant, en France, on voit bien qu'il peut y avoir des concentrations qui peuvent nuire à l'intérêt économique local du consommateur.

- Quel pouvoir d'évocation pour le ministre ? Ma position personnelle est qu'il devrait être limité aux interdictions prononcées par le Conseil de la concurrence mais certains plaident pour qu'il puisse intervenir aussi sur les autorisations. Le politique peut avoir son mot à dire.

- Quelle place pour la Cour de cassation ? Nous sommes dans un droit économique. C'est important que les fondamentaux du droit soient respectés. Nous sommes dans un droit, dans une dimension, purement économique. Il faut donc une indépendance mais il faut aller vite. On ne peut pas entraver la vivacité des entreprises. Il faut être réactif et disposer de compétences certes juridiques mais aussi économiques. L'idée du recours devant la Cour de cassation est tout à fait fondée d'un point de vue purement juridique, mais certains peuvent mettre en avant les incidences économiques.

*
* *

Questions-réponses

Mme Hagelsteen : Madame Calvino, pouvez-vous nous dire comment s'est passé le passage de deux autorités de concurrence à une seule autorité en Espagne à la suite de la nouvelle réforme ?

Mme Calvino : Une loi est intervenue il y a un an à ce sujet. Il n'y a pas eu de débats comparables à ceux que vous avez pu connaître en France. En Espagne, tout le monde était convaincu qu'il y avait des gains d'efficacité évidents dérivés de la concentration des deux institutions. Par ailleurs, la réforme permet de parler d'une seule voix sur la scène internationale et

évite les contradictions, les pertes de temps en raison de renvois, etc. Une des différences avec le système français actuel, c'est que le Gouvernement espagnol pouvait s'autosaisir pour contrôler une opération de concentration au regard d'intérêts publics. En France, ce sont les entreprises qui saisissent le Gouvernement au risque de créer une confusion entre l'intérêt général et les intérêts particuliers des entreprises. Autre différence : la loi détaille les critères de contrôle des concentrations par le Gouvernement. Ils sont limités, ce qui va dans le sens d'une sécurité juridique renforcée.

M. Amand : Le débat en France n'est pas dominé par l'idée des gains d'efficacité : il n'y a pas de gains d'efficacité à faire parce qu'il n'y a pas de double instruction en France et c'est justement ce qu'on nous reproche. La question du partage des compétences en matière de contrôle des concentrations est cruciale.

Mme Hagelsteen : En ce qui concerne les gains d'efficacité, je suis profondément convaincue que la réforme va apporter des gains d'efficacité pour les entreprises mais également pour l'administration. On évitera des équipes, des compétences et des études parallèles.

M. Lasserre : Je voudrais revenir sur les deux questions posées par M. le député Charié. Il faut en effet poser la question de la nécessité d'un niveau de contrôle des concentrations locales qui permettrait leur examen préalable. Ce serait important pour certaines opérations qui ont cours dans la grande distribution, qui peuvent, par le rachat de magasins, affecter la concurrence dans une zone de chalandise. Je n'ai pas de réponse, il s'agit d'un choix politique.

S'agissant de la répartition des pouvoirs entre l'autorité indépendante et le pouvoir politique, je pense qu'il est nécessaire de garder dans la chaîne du contrôle des concentrations une possibilité d'intervention du politique. C'est même la condition de l'acceptation de cette réforme. Au politique d'intervenir sur le terrain où il est légitime, à condition qu'il ne puisse revenir sur l'analyse concurrentielle faite par l'autorité indépendante. Les vraies questions sont donc les suivantes :

- Le ministre doit-il agir d'office ou sur saisine, soit par des entreprises notifiantes, soit par des tiers ? Le fait qu'il agisse sur saisine apporte plus de transparence. Pour autant, comme le signale Mme Calvino, si le Gouvernement a en charge les questions politiques et l'intérêt général, il doit pouvoir intervenir en dehors de toute saisine.

- La liste des motifs doit-elle être ouverte ou fermée ? Doit-elle s'inspirer de l'article 21 du règlement européen ou créer des motifs qui s'inspirent de l'appréciation de l'intérêt général tel qu'il est conçu dans chaque Etat-membre ?

- Cette évocation doit-elle être réservée aux décisions interdisant une opération ou la soumettant à des conditions non souhaitées par les entreprises, ou bien doit-elle pouvoir jouer dans tous les cas ? La

consultation publique organisée par le Gouvernement doit permettre de recueillir les points de vue. Dans son avis sur le projet d'ordonnance, le Conseil de la concurrence était favorable à un système proche du système allemand, à savoir un système où l'évocation du ministre doit permettre d'assouplir la position prise par l'autorité de concurrence, mais uniquement dans ce sens.

M. le député, vous avez également posé la question de savoir si l'autorité de concurrence pourra, en matière de pratiques anticoncurrentielles, se pourvoir en cassation contre un arrêt de la Cour d'appel qui aurait annulé ou réformé sa décision, notamment dans une affaire où l'autorité se serait autosaisie faute de plaignants. On a connu le cas s'agissant de l'affaire des carburants sur autoroute où, faute de plaignants, il n'y a pas eu de pourvoi en cassation. L'affaire n'a ainsi pas pu être tranchée par le juge suprême. Cela devrait être rendu possible, ne serait-ce que pour garantir la sécurité juridique. A l'inverse, cette question ne se pose pas pour le contrôle des concentrations puisque c'est le Conseil d'Etat qui reste le juge naturel des décisions prises en matière de contrôle des concentrations. Il me paraissait important d'apporter cette clarification.

Mme Prieto : En Allemagne, lorsque le ministre donne une autorisation, quel est le degré de motivation de sa décision ? Il se prononce au nom de l'intérêt public, mais quel est le degré de précision de cet intérêt public ? Sa décision peut-elle faire l'objet d'un recours ? Y a-t-il des expériences dans ce sens par le passé ?

M. Drexel : La décision d'autorisation du ministre doit être motivée précisément. S'agissant du recours, nous n'avons pas d'expérience. Ce qui est clair, c'est que nous avons un contrôle juridictionnel. En cas d'autorisation, même les concurrents peuvent saisir la Cour et dans le cas contraire, seules les parties concernées peuvent saisir la Cour. Cependant, nous n'avons pas de cas pratiques. Comme il n'y a pas de décision des Cours, on ne peut pas vraiment se prononcer. Ce qui est important, c'est que le ministre dispose d'un pouvoir assez large d'appréciation. Nous sommes donc entre un contrôle opéré par la Cour et une grande liberté du politique. Cela fait partie des principes généraux de notre droit administratif.

En ce qui concerne le débat sur la saisine automatique ou l'autosaisine du ministre, mon opinion est différente. Premièrement, si on accepte le principe selon lequel l'autorité de concurrence ne décide que sur la base d'un bilan concurrentiel, il faut encore que les entreprises concernées présentent leurs arguments par rapport à l'intérêt public. Le ministre ne peut pas les inventer. Deuxièmement, dans seulement 10% des cas en Allemagne, les entreprises ont voulu continuer leur opération de concentration et, par conséquent, ont fait appel au ministre. Comment peut-on donc imaginer que le ministre veuille le faire à leur place dans 90% des cas, en dépit de la perte d'intérêt que

l'opération de concentration revêt pour les entreprises ? Quoi qu'il en soit, la concentration se fait sur la base d'une initiative privée et non sur la base d'une initiative du Gouvernement. Troisièmement, dans le cas d'une décision négative de l'autorité sur la base de critères concurrentiels, l'intérêt public est acquis. Il faut maintenir le principe de la protection de la concurrence et accepter que selon le droit de la concurrence, l'autorisation ministérielle soit l'exception.

3 / QUELLES TECHNIQUES DE CONTRÔLE ET DE PREVENTION POUR LES CONCENTRATIONS ?

Bruno LASSERRE, Président du Conseil de la concurrence

Après la question du « pourquoi » et celle du « qui fait quoi », cette table ronde va traiter la question du « comment » en matière de contrôle des concentrations. Cette question paraît d'autant plus intéressante que, de plus en plus, la réponse des autorités de concurrence aux opérations de concentration se présente sous la forme d'un « oui, mais ». Afin d'aborder ce sujet, il suggère de recueillir des points de vue théoriques et pratiques.

Dans un premier temps, on se posera la question du rapprochement entre l'appréciation ex-ante des risques concurrentiels et le contrôle ex-post des comportements notamment unilatéraux des entreprises. Une réflexion universitaire apportée par Catherine Prieto se doublera de l'étude d'un cas pratique à travers le rapprochement entre la chambre de commerce et d'industrie de Paris et la société Unibaïl en ce qui concerne les sites d'exposition de la région parisienne par Jean-Yves Durance.

Dans un second temps, on s'intéressera à une approche pratique avec l'intervention de praticiens. Antoine Winckler présentera l'approche européenne et Pascal Wilhelm, l'approche nationale.

Pour terminer, Jacques Vistel communiquera son témoignage sur le rôle et le statut d'un nouveau personnage, le mandataire, chargé de vérifier le respect des engagements pris par les entreprises.

*
* *

Catherine PRIETO, Professeur à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Techniques de contrôle des concentrations : comparaisons avec les techniques d'examen ex post

1. Une comparaison paradoxale. De prime abord, la demande visant à étudier les rapprochements des techniques d'examen ex ante et ex post peut surprendre. Les différences semblent irréductibles. Leurs natures les opposent. L'un est tourné vers la prospective et l'autre vers le constat. Leurs finalités se distinguent. L'un vise à prévenir, l'autre à sanctionner. Enfin, leurs objets d'étude diffèrent. L'un porte sur les structures anticoncurrentielles et l'autre sur les comportements anticoncurrentiels. La Cour de justice a rappelé la différence fondamentale entre le contrôle de concentration et l'article 82 CE dans l'affaire Tetra Laval²⁷. Lorsqu'il avait annulé la décision d'incompatibilité prononcée par la Commission, le Tribunal de première instance reprochait à la Commission de ne pas avoir pris en compte la valeur de sanction et de dissuasion de l'article 82 CE. De fait, la Commission avait déduit de l'analyse de la structure du marché que la nouvelle entité serait incitée à étendre sa domination à d'autres marchés par de probables effets de levier issus de ventes liées, de rabais de fidélité, voire de pratiques de prix prédateurs. Le Tribunal contestait donc cette probabilité et considérait que, en tout état de cause, la valeur dissuasive de l'article 82 jouerait. C'est ainsi que s'est esquissé un débat théorique sur les mérites respectifs des contrôles ex ante et ex post. La Commission prétendait que, à suivre le raisonnement du Tribunal, le contrôle ex post suffirait et rendait superfétatoire un contrôle a priori des concentrations. La Cour neutralise habilement la discussion et déclare que le tribunal a commis, sur ce seul point, une erreur de droit en écartant l'argumentation de la Commission sur la probabilité d'effets de levier : le contrôle ex post ne saurait à lui seul accomplir la valeur préventive qui est normalement conférée au contrôle ex ante²⁸. Les deux contrôles ont leur vocation et leur utilité propres.

²⁷ CJCE, 15 février 2005, C-12/03, Commission c/Laval, pt 59. Sur ce point souligné v° C.Pr, Clunet (Journal du droit international), 2005-2, p. 446-451. V° aussi R. O'Donoghue & A.J. Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing 2006, p. 169.

²⁸ CJCE, 15 février 2005, préc., pts 72 et s. :

« 72

C'est dans ce contexte du rappel de la nécessité d'une « preuve solide » (« convincing evidence ») que le Tribunal a mis en évidence l'obligation de procéder à un examen de l'ensemble des données pertinentes.

73

Un tel examen doit être effectué à la lumière de l'objectif du règlement, qui est de prévenir la création ou le renforcement de positions dominantes susceptibles d'entraver de manière significative la concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.

2. Une comparaison cependant utile. Il faut tout de même reconnaître que des rapprochements ne sont pas artificiels. Les deux contrôles ont pour objet commun de saisir un pouvoir de marché au sommet de l'échelle de nocivité. De plus, dans le vaste mouvement de modernisation de la politique européenne de concurrence, des évolutions parallèles peuvent être relevées. De telles évolutions ne sont pas sans incidence sur la mise en œuvre du droit français et cela est d'autant plus important à souligner qu'il y a une complémentarité à encourager, en France, sur le plan institutionnel entre les contrôles a priori et a posteriori. Ces évolutions parallèles concernent les techniques d'analyse de la nocivité (I) tout comme les techniques correctives (II).

I – TECHNIQUES D'ANALYSE DE LA NOCIVITE

Des évolutions convergentes. Les examens ex ante et ex post connaissent une même évolution dans les techniques d'analyse de la nocivité. On sait que cette nocivité s'apprécie en deux temps. Dans une première étape, est visée la détection de la nocivité purement anticoncurrentielle. On constate, à ce premier stade, un même recul de l'importance traditionnellement attachée au critère des parts de marché. La position dominante tend à être en retrait au profit d'un recentrage sur le pouvoir de marché et sur les effets

74

L'adoption des comportements visés au point 364 des motifs de la décision litigieuse étant, selon celle-ci, une étape essentielle de l'exercice d'un effet de levier, c'est à bon droit que le Tribunal a considéré que la probabilité de cette adoption devait être examinée de manière complète, c'est-à-dire en prenant en considération, ainsi qu'il l'exprime au point 159 de l'arrêt attaqué, tant les incitations à adopter de tels comportements que les facteurs de nature à diminuer, voire à éliminer, de telles incitations, y compris le caractère éventuellement illégal de ces comportements.

75

Toutefois, il serait contraire à l'objectif de prévention du règlement d'exiger de la Commission, ainsi qu'il est jugé au point 159, dernière phrase, de l'arrêt attaqué que, pour chaque projet de concentration, elle examine dans quelle mesure les incitations à adopter des comportements anticoncurrentiels seraient réduites, voire éliminées, en raison de l'illégalité des comportements en question, de la probabilité de leur détection, de leur poursuite par les autorités compétentes, tant au niveau communautaire que national, et des sanctions qui pourraient en résulter.

....

78

Par conséquent, le Tribunal a commis une erreur de droit en écartant les conclusions de la Commission relatives à l'adoption, par la nouvelle entité, de comportements anticoncurrentiels susceptibles de produire un effet de levier au seul motif que cette institution n'aurait pas apprécié la vraisemblance de l'adoption de tels comportements en tenant compte de leur caractère illégal et, par suite, de la probabilité de leur détection, de leur poursuite par les autorités compétentes, tant au niveau communautaire que national, et des sanctions pécuniaires qui pourraient en résulter. Toutefois, l'arrêt attaqué étant également fondé sur l'absence de prise en considération des engagements proposés par Tetra, il convient de poursuivre l'examen du deuxième moyen.3. »

anticoncurrentiels (A). Dans un deuxième temps, on procède à une évaluation globale qui est orientée vers le bien-être du consommateur. On constate encore à ce deuxième stade une évolution dans le même sens. L'approche fondée sur les effets conduits à mettre en balance les effets anticoncurrentiels avec l'existence éventuelle de gains d'efficacité (B)

A – LE RECENTRAGE SUR LES EFFETS ANTICONCURRENTIELS

La position dominante en retrait dans les textes du contrôle des concentrations. Les nouveaux textes suggèrent ce retrait par un élargissement du test dans la recherche d'un pouvoir de marché. Ainsi, en droit communautaire, l'article 2 du nouveau règlement n°139/2004 mentionne « *une entrave de manière significative de la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante* ». La position dominante n'est plus qu'un des repères possibles pour caractériser la restriction de concurrence. En droit français, l'article L.430-6 du Code de commerce est resté inchangé. Mais les lignes directrices, élaborées en 2007 en vue d'éclairer la pratique décisionnelle à venir, se rallient au test *Significant Lessening of Competition* (SLC) encore plus ouvertement que ne le fait le règlement communautaire²⁹. Cette évolution était nécessaire à deux égards. En premier lieu, les confrontations transatlantiques ont conduit les autorités de concurrence en Europe à mieux exposer leur pratique décisionnelle pour faire valoir qu'elles visaient bien la nocivité et qu'elles ancrèrent bien leurs analyses sur les effets anticoncurrentiels. Il leur était souvent reproché de donner une importance trop grande à la position dominante. Or celle-ci reposait à titre principal sur les parts de marché dont la valeur démonstrative n'a cessé d'être critiquée dans la doctrine économique. Pour ne pas rayer d'un trait de plume un corpus jurisprudentiel qui pouvait encore être utile, la Commission européenne a choisi de maintenir l'expression « *notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante* » et, par égard pour le passé, elle déclare que l'introduction du test SLC n'exprime pas véritablement un changement politique, mais présente de manière plus explicite l'ampleur possible que les textes antérieurs permettaient déjà³⁰. En second lieu, l'évolution était nécessaire pour parvenir à un meilleur traitement des effets unilatéraux. L'arrêt *Airtours* a souligné les risques auxquels s'exposait la Commission en ayant recours de manière un peu confuse ou ambiguë à la

²⁹ Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, Procédure et analyse, Ministère de l'économie et des finances 2007, pt 309.

³⁰ L. Idot, Le nouveau « règlement sur les concentrations » Revue Europe, mars 2004, p.3. V° spécialement le considérant 26 du règlement n°139/2004.

qualification de position dominante collective³¹. Ceci a suscité de larges débats qui ont fait valoir combien une fusion pouvait entraîner des hausses de prix ou des baisses de qualité sans collusion ni création de position dominante. Le traitement des oligopoles donnant lieu à des effets unilatéraux, ou dénommés effets non coordonnés, appelait des précisions expresses en allant au-delà du concept de dominance³². C'est ce point important qu'explicitent les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales³³.

L'évolution de la caractérisation de la position dominante dans le projet de lignes directrices relatives à l'article 82 CE. S'agissant de l'abus de position dominante, on ne saurait attendre une modification du traité pour donner un nouvel élan. D'ores et déjà, la dénomination a évolué dans l'appellation. L'expression « pratiques unilatérales » s'impose peu à peu et n'est pas neutre. Elle manifeste en elle-même un recul de l'importance à accorder à la qualification de position dominante. C'est d'ailleurs l'orientation prise dans le *Discussion Paper* de 2005 qui est l'étape préalable à l'élaboration des lignes directrices relatives à l'article 82 CE³⁴. Ces lignes directrices sont attendues déjà depuis quelques années et soulèvent, à l'évidence, des difficultés particulières. De fortes divergences sont apparues entre les Etats-Unis et l'Europe sur le traitement des pratiques unilatérales. L'affaire Microsoft a en partie expliqué le retard pris par la Commission, notamment avec le recours formé devant le Tribunal de première instance qui aurait pu fragiliser sa position dans les confrontations transatlantiques³⁵. De possibles rapprochements avec le droit antitrust américain peuvent certes être attendus avec le lancement, en mai 2006, d'un groupe de travail dédié à ce sujet dans l'*International Competition Network*³⁶. On reste néanmoins assez dubitatif à la lecture du projet de *Guidelines* sur la Section 2 du *Sherman Act*

*récentement publié par le Department of Justice*³⁷. Quoiqu'il en soit, le projet européen de lignes directrices soumis à la discussion en 2005 mentionne bien que, pour la recherche du pouvoir de marché, les parts de marché que sont qu'un « proxy »³⁸. Il va de soi que cette évolution ne pourra pas laisser insensibles l'autorité et les juridictions françaises dans l'interprétation de l'article L.430-2 du Code de commerce.

L'approfondissement de la méthode de raisonnement dans le contrôle ex ante des concentrations. Si l'on examine de manière plus précise la méthode d'appréciation du pouvoir de marché, on constate que le calcul des parts de marché ne constitue qu'un premier tri indicateur, désigné dans les textes d'accompagnement comme « un tri administratif »³⁹. Cette approche relative à la dimension structurelle du marché, née du paradigme structure-conduite-performance, n'est plus considérée comme étant suffisante en l'état des avancées de l'économie industrielle. Les critères rigides de l'approche structurelle cèdent leur place prépondérante à des raisonnements plus raffinés sur l'évaluation des conditions concurrentielles du marché. Ce constat vaut pour toutes les concentrations, qu'elles soient horizontales, verticales ou encore conglomerales. Pour les concentrations horizontales, l'appréciation des risques d'effets unilatéraux et celle des effets coordonnés reposent sur un certain degré de sophistication. Les effets unilatéraux ou non-coordonnés sont maintenant appréhendés bien au-delà de l'évaluation des parts de marché, grâce à de nouvelles méthodes de simulation des effets de fusion sur les hausses de prix ou la baisse de qualité⁴⁰. La supériorité de ces estimations quantitatives et qualitatives est telle que nombre d'économistes considèrent que l'on pourrait se passer de la délicate et toujours insatisfaisante classification des biens dans et hors marché pertinent : « *la notion même de part de marché perd de sa signification dans une éventuelle relation à celle de pouvoir de marché* »⁴¹. Quant à l'appréciation des effets coordonnés, une application mécanique des critères retenus dans la jurisprudence Airtours, que sont la transparence du marché, les repréailles et les facteurs de corrélation, peut conduire à de sérieux écueils. La détection de la collusion tacite devrait reposer sur un

³¹ TPICE, 6 juin 2002., T-342/99, Airtours/ Commission, Europe août-sept 2002, comm. 291, L. Idot ; Clunet, JDI 2003, p.644, C.Pr.

³² V° spécialement le considérant 25 du règlement n°139/2004.

³³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n°C31 du 5 février 2004, p.5.

³⁴ DG Discussion Paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses, december 2005.

³⁵ TPICE, 17 septembre 2007, T-201/04, La Saga Microsoft, Concurrences 2007-4, p.78, C.Pr.; V° aussi C. Pr., La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain, Recueil Dalloz 2007, chron., p.2884 ; C.Pr., Mondialisation et abus de position dominante, étude à partir de l'affaire Microsoft, in « Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration », dir. W. Abdelgawad, p. 383.

³⁶ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/working-groups/unilateral-conduct>

³⁷ Competition and Monopoly : Single Firm Conduct under Section 2 of Sherman Act, A report by the US Department of Justice (09/2008),

<http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/index.htm>

³⁸ DG Discussion paper, pt 32.

³⁹ D. Spector, Les nouveaux critères d'appréciation du contrôle communautaire des concentrations, in « Le nouveau droit communautaire de la concurrence », dir. Brunet et Canivet, LGDJ 2008, spéc. p. 644 ; C. Montet, Vingt ans de contrôle des concentrations, R. Lamy concurrence, janvier 2007, p.94

⁴⁰ P. Papandropoulos, L'analyse économique des effets unilatéraux dans quelques cas récents de fusions, Concurrences

⁴¹ D. Spector, préc. ; C. Montet, préc.

type de modélisation utilisant des techniques et des mesures de quantification de données assez semblables à celles utilisées pour simuler les effets unilatéraux⁴². S'agissant des concentrations verticales, on s'attache tout particulièrement aux comportements stratégiques. Enfin, pour les concentrations conglomerales, l'évaluation des conditions concurrentielles dépend principalement des effets de gamme et des effets de portefeuille. Les considérations de structure du marché connaissent ainsi un fort recul au profit d'analyses économiques plus raffinées.

Il est permis de se demander si cette évolution dans le contrôle des concentrations connaîtra la même ampleur dans le domaine des pratiques unilatérales. Certains ont considéré qu'avec le nouveau test SLC le découplage était consommé entre le contrôle des concentrations et l'abus de position dominante⁴³. Mais on peut aussi espérer que la domination perçue dans l'article 82 évolue de manière plus expresse encore vers la perception du contrôle de concentration.

La méthode de raisonnement dans le contrôle ex post de l'article 82 CE. Le premier volet de sa mise en œuvre, que constitue la caractérisation de la position dominante, est fort discuté. Dans le corpus jurisprudentiel de la Cour de justice, il est acquis depuis longtemps que le calcul des parts de marché n'est qu'un indice. Il doit être étayé par l'existence de barrières à l'entrée du marché. De nombreux économistes ont cependant reproché aux autorités de concurrence de passer obligatoirement par cette étape des parts de marché, et même de ne pas pouvoir contester véritablement cette première approche par l'absence de barrières à l'entrée⁴⁴. Néanmoins, le standard posé par la Cour de justice pour définir la position dominante n'est pas ancré dans les parts de marché et se trouve relativement proche de la définition du pouvoir de marché⁴⁵. Une évolution serait donc permise pour donner au critère des barrières à l'entrée du marché une valeur

⁴² D. Spector, Position dominante collective : du bon usage des critères Airtours, Concurrences 2007-1, p. 26.

⁴³ R. O'Donoghue & A.J. Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing 2006, p. 169

⁴⁴ R. O'Donoghue & A.J. Padilla, préc., 136.

⁴⁵ La position dominante est définie comme « le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs », cf CJCE, 14 février 1978, United Brands, aff. 27/76, pt 65 ; CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76, pt 38 ; CJCE, 9 novembre 1983, Michelin, aff. 322/81, pt 30. Comp. avec la définition du pouvoir de marché donnée par la Commission elle-même dans les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales : « par augmentation du pouvoir de marché, il faut entendre la capacité d'une ou plusieurs entreprises de, profitablement, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière une influence sur les facteurs de concurrence », cf JOUE 5.2.2004, C31/5, n°8.

prépondérante. Néanmoins, le *statu quo* semble l'emporter dans le projet de lignes directrices.

Quant au second volet nécessaire à la mise en œuvre de l'article 82 CE, à savoir l'abus, sa caractérisation n'est pas le moindre des enjeux. Les critiques des économistes ont également été très vives. Tout repose sur le constat selon lequel certaines clauses ont fait l'objet dans la pratique décisionnelle de la Commission et dans la jurisprudence de la CJCE d'un traitement similaire à celui d'infractions *per se*. Cette approche dite formelle est stigmatisée car elle ne prend pas en compte l'efficacité économique que ces clauses pourraient engendrer⁴⁶. L'explication fournie tient à la difficulté de mettre en œuvre le concept de « concurrence par les mérites » consacré par la Cour de justice⁴⁷. Non définie, la formule vide de sens n'a pu fournir un cadre lisible de pratique décisionnelle et, pour parer à l'imprévisibilité, voire l'incohérence, les institutions européennes ont peu à peu glissé vers une approche formelle rigide en établissant une typologie de pratiques réputées dangereuses, appréhendées comme des présomptions d'illicéité quasi irréfragables⁴⁸. Il est désormais proposé d'ancrer ce standard du mérite dans le bien-être du consommateur⁴⁹. Mais les risques d'aléas inhérents à une approche fondée sur les effets, source de graves perturbations pour la sécurité juridique et pour la cohérence à l'échelle de tout le marché européen, ont suscité des prises de position très fermes en faveur d'infractions *per se*, éventuellement redéfinies à l'aune de l'analyse économique⁵⁰. Dans une voie médiane, certains suggèrent des tests établissant une règle de raison structurée⁵¹. Ce serait un moyen de

⁴⁶ C'est le fil conducteur de tous les rapports présentés in « *What is an abuse of dominant position ?* », European Competition Law Annual 2003, Institut Européen de Florence, Hart Publishing 2005. V. aussi M. Motta, Competition Policy, Theory and Practice, p.411 et s.

⁴⁷ Bo Vesterdorf, Considérations sur la notion de « concurrence par les mérites », in La modernisation du droit de la concurrence, dir. G. Canivet, LGDJ 2006, p. 163. La Cour a d'abord mentionné une concurrence par « une compétition normale », cf CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche, : Rec.CJCE 1979, p.461. « Le standard de « la concurrence par le mérite a été posé plus tard, cf CJCE 3 juillet 1991, aff. C-62/86, AKZO, Rec. p. I—3359, pt 70.

⁴⁸ F. Jenny, Abus de position dominante et modernisation de l'article 82 CE, chapitre 4, in Le nouveau droit communautaire de la concurrence, dir. G. Canivet et F. Brunet, LGDJ 2008, p.281.

⁴⁹ P.Rey, Concurrence par les mérites, in La modernisation du droit de la concurrence, dir G. Canivet, LGDJ 2006, p. 151 : « définir la concurrence par les mérites revient à identifier les stratégies qui, en proposant de meilleures prestations ou des accords plus efficaces bénéficient ou sont de nature à bénéficier au consommateur. Cela revient à privilégier une approche fondée sur les effets des comportements sur la concurrence, plutôt qu'une approche *per se* fondée sur le type de pratique concerné. »

⁵⁰ U. Böge, The Role of Economics in Antitrust Enforcement, a German and European Approach, Conférence Antitrust Reform in Europe : A Year in practice, International Bar Association et Commission européenne, Bruxelles, 10 mars 2005.

⁵¹ D. Evans, How Economists can help Courts design competition rules, World Competition 28 (1) : 93-99, 2005.

concilier une véritable analyse des effets, au cas par cas, avec un degré raisonnable de sécurité juridique, en termes d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme⁵². La marge de manœuvre de la Commission est assurément étroite, mais l'approche fondée sur les effets reste un objectif essentiel⁵³. Dans le projet de lignes directrices, on relève un certain parallélisme avec la nouvelle approche économique dans la mise en œuvre de l'article 81 CE, notamment à propos des restrictions verticales. La Commission s'appuierait sur des présomptions en vue de dégager une zone de sécurité : un seuil en parts de marché pour caractériser la dominance et des tests par type de restriction. Mais ceux-ci risquent fort de se rapprocher d'infractions *per se*⁵⁴. En contrepoint de cette approche fondée sur des effets présumés, une vraie place serait accordée à l'analyse des effets au cas par cas, dans un deuxième temps : au stade de la défense, par la voie des justifications objectives et surtout des gains d'efficacité. Dans l'appréciation de la restriction de concurrence, ce second temps consacré aux possibles balancements en contrepoint des effets négatifs de concurrence est d'ores et déjà établi dans l'analyse du contrôle des concentrations.

B – LA PROMOTION DES GAINS D'EFFICACITE A METTRE EN BALANCE

Les gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations. C'est une innovation très remarquable du règlement 139/2004 par comparaison avec le règlement précédent qui consacrait le bilan strictement concurrentiel au détriment du bilan économique. Le considérant 29 appelle à tenir compte des gains d'efficacité dans l'appréciation des effets d'une concentration. Cette nouvelle orientation semble plus compatible avec les enseignements de l'analyse économique. Elle répond aux critiques importantes venant d'outre-atlantique où la prise compte des gains d'efficacité est bien établie dans les textes depuis la version du 8 avril 1997 des *Horizontal Merger Guidelines*⁵⁵. Les lignes directrices qui accompagnent le nouveau règlement communautaire précisent la teneur et les conditions de preuve de ces gains d'efficacité⁵⁶. On a bien

souligné que ce deuxième temps d'analyse correspond à un moyen de défense ou « *efficiency defence* » pour contrebalancer les effets négatifs sur la concurrence. Il incombe donc aux parties notifiantes d'en rapporter la preuve. Pour cela, le test porte sur trois conditions cumulatives : des avantages apportés au consommateur, propres à la concentration et établis par des données vérifiables et quantifiables. A titre d'exemples, sont mentionnés la rationalisation de la production, les économies d'échelle et de gamme, le partage des technologies, la puissance d'achat, les incitations à investir et innover. Ces perspectives de gains laissent parfois dubitatif. Il est souvent rappelé que les résultats de fusions annoncées à grand renfort de publicité en faveur d'économies d'échelle s'avèrent avec le temps très décevants⁵⁷. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Commission européenne semble avoir exigé un standard de preuve plus élevé qu'aux Etats-Unis, avec les trois conditions cumulatives. Jusqu'alors, il ne semble d'ailleurs pas que les potentialités de l'« *efficiency defence* » aient réellement été exploitées par la Commission européenne. Devant ce constat, certains déplorent des préjugés tels que celui ayant trait à l'impossibilité de mesurer avec précision l'impact des gains d'efficacité sur les consommateurs⁵⁸. Récemment, l'OCDE a recommandé de mieux prendre en compte les gains d'efficacité dynamique⁵⁹. Parce qu'ils révèlent la capacité d'innover de manière continue, ils devraient être privilégiés par rapport aux gains statiques, qui n'apportent que des avantages ponctuels mais immédiatement quantifiables. On les définit comme des synergies qui permettent aux entreprises d'améliorer leurs performances en termes de coûts, de qualité, de service, de diversité. Leur intégration dans l'analyse des fusions suscite des hésitations car leur évaluation est difficile. Ainsi, les lignes directrices pour les concentrations horizontales déclarent que plus les gains d'efficacité sont éloignés dans le temps, moins la Commission peut leur accorder du poids. Il en résulte une neutralisation des gains d'efficacité dynamiques. Mais c'est là un paradoxe car ils constituent le facteur le plus important de croissance et donc les gains les plus bénéfiques pour les consommateurs. Pour atténuer les aléas d'appréciation, le recours à des engagements pour conditionner l'autorisation de la fusion serait une piste raisonnable⁶⁰. Dans un contrôle *ex post*, l'appréciation est relativement moins délicate.

⁵² R. O'Donoghue et A. Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing 2006 ; D. Spector, *Analyse économique et sécurité juridique : entre règles per se et règle de raison*, in « *Politiques de la concurrence* », Conseil d'Analyse Economique, préc., Complément F, p.271 ; D. Evans, *How Economists can help Courts design competition rules*, *World Competition* 28 (1) : 93-99, 2005.

⁵³ P. Papandropoulos, *Implementing an effects-based approach under article 82 EC*, *Concurrences*, n°1-2008.

⁵⁴ V° la démonstration faite à propos des remises, cf F. Jenny, préc., in fine.

⁵⁵ M. Rainelli, *A propos du règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité*, *RIDE* 2007, p. 45.

⁵⁶ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, JO C 031 du 05.12.2004 ; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations entre des entreprises

entretenant des relations verticales ou congolomérales, JO C 265 du 18.10.2008. Comp., en droit français, les gains d'efficacité et le bilan économique et social dans les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, Ministère de l'économie et des finances, p. 97.

⁵⁷ M. Rainelli, préc.

⁵⁸ D. Spector, *Will efficiencies ever matter in merger control ?*, *Concurrences* 2007-4, p. 20-26

⁵⁹ OCDE, *Dynamic efficiencies in Merger Analysis*, 15 mai 2008.

⁶⁰ V° infra n°15, l'exemple de l'affaire Boiron/Dolis où le Ministre a pris l'audace d'autoriser la concentration en vertu

Les gains d'efficacité dans les pratiques unilatérales. Le projet de lignes directrices pour la mise en œuvre de l'article 82 CE admet que des comportements d'exclusion puissent échapper à la qualification d'abus. Il distingue deux types de défense : les justifications objectives et les gains d'efficacité susceptibles de contrebalancer des effets anticoncurrentiels. S'agissant des justifications objectives, le projet insiste sur le fait que l'entreprise dominante doit faire valoir un élément de nécessité ou de contrainte qui lui soit extérieur. Il mentionne l'exemple de raisons de sécurité ou de santé liées à la dangerosité d'un produit. Cette catégorie des justifications objectives couvre également la défense d'intérêts légitimes ou « *meeting competition defence* », déjà envisagée par le juge communautaire⁶¹. Dans l'affaire emblématique de Microsoft, il faut souligner que l'argumentation en défense sur les justifications objectives a été particulièrement pauvre⁶². Sur ces deux formes de justifications objectives – les intérêts légitimes et la nécessité objective -, le Conseil de la concurrence a offert deux illustrations convaincantes dans des contextes tout à fait originaux, qui ont été confirmées par la Cour d'appel de Paris. L'affaire des exportations parallèles de médicaments illustre la défense d'intérêts légitimes où l'impact de prix administrés joue un rôle aussi important que dans l'affaire GSK à propos de la neutralisation de l'objet anticoncurrentiel au regard de l'article 81 §1 CE⁶³. Quant à la nécessité objective, elle est remarquablement illustrée, dans l'affaire de la congrégation cistercienne de l'île Saint Honorat, par la tranquillité du site monastique et la sauvegarde écologique du site classé⁶⁴. S'agissant des gains d'efficacité proprement dits, la Commission se réfère à l'article 81 §3 et, précisément, aux quatre conditions auxquelles l'exemption est subordonnée. Bien que cela puisse surprendre d'ajouter ainsi à la lettre de l'article 82 CE, il est permis de penser que ces quatre conditions relèvent implicitement de toute approche raisonnable d'un bilan des effets négatifs et

de gains d'efficacité sous condition d'engagements comportementaux, il est vrai surveillés par l'AFSSPS.

⁶¹ CJCE, 5 avril 1976, 27/76, United Brands, Rec. 1976, p. 425 ; TPICE 1^{er} avril 1993, T-65/89, BPB Industries et British Gypsum, Rec. 1993, II-389 ; TPICE, 7 octobre 1999, T-228/97, Irish Sugar, Rec. 1999, II-2669.

⁶² TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft c/ Commission, Concurrences 2007-4, p. 78, La saga Microsoft, CPr.

⁶³ CA Paris, 1^{ère} ch. Section H, 23 janvier 2007, n°2006/01498, confirmant Conseil de la concurrence, n°05-D-72 du 20 décembre 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments, Concurrences 2006-1, p.139, obs. A.W., Revue des Contrats, 2006-2, C.Pr., p.346.

⁶⁴ CA Paris 1^{ère} ch. Section H, 4 juillet 2006, n°2005/23732, confirmant Conseil de la concurrence, n°05-D-60 du 8 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la congrégation cistercienne de l'Immaculée conception, Concurrences 2006-1, p.137, obs. A.W., Revue des Contrats, 2006-2, C.Pr., p.349.

positifs. N'est-il pas convaincant de rechercher le développement économique, l'intérêt du consommateur, les principes de nécessité et de proportionnalité, puis la condition ultime de ne pas éliminer toute concurrence ? De telles considérations sont en quelque sorte les paramètres de base de toute appréciation raisonnable, quel que soit le domaine du droit de la concurrence. Ces évolutions sont attendues en France pour l'application de l'article 82 CE, mais aussi pour celle de l'article L.420-2⁶⁵. Elles sont non seulement débattues, mais aussi anticipées, comme le révèlent les décisions du Conseil de la concurrence plus haut mentionnées.

D'une certaine manière, le droit du contrôle des concentrations est à l'avant-garde du droit des pratiques unilatérales. La modernisation du contrôle des concentrations le place dans une situation plus avantageuse par rapport à la situation de l'article 82. Mais il fait figure de courroie d'entraînement. Il en va de même à propos de la méthode correctrice.

II – TECHNIQUE DES CORRECTIFS

L'éventail des mesures correctives. Sur ce plan encore, le droit des contrôles de concentrations est plus en avancé que le droit des abus de position dominante. En effet, le règlement n°4064/89 prévoyait déjà des engagements pour atténuer les décisions d'incompatibilité et le nouveau règlement s'est inscrit dans son sillage⁶⁶. Cette pratique décisionnelle des engagements a connu un fort développement⁶⁷. Ceci n'a pas manqué d'inciter la Commission à s'en inspirer de manière informelle pour la mise en œuvre des articles 81 et 82 CE⁶⁸. Cependant, il a fallu attendre le règlement n°1/2003 pour que cette pratique entre officiellement dans le champ des décisions susceptibles d'être prises par la Commission⁶⁹. Depuis lors, les techniques se déploient en parallèle et connaissent les mêmes difficultés en termes d'efficacité de la politique de concurrence, tant sur le choix de la mesure correctrice (A) que sur son nécessaire suivi (B)

A – LE CHOIX DE LA MESURE CORRECTIVE

⁶⁵ V. Michel-Amsellem, Les abus de domination. In L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, LGDJ 2008, p. 180 et s.

⁶⁶ F. Brunet, Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel, in « Le nouveau droit communautaire de la concurrence, LGDJ 2008, p. 586.

⁶⁷ O.d'Ormesson et S. Kerjean, Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations, RTDEur. 1998-4, p.479.

⁶⁸ L. Idot, A propos des engagements en droit de la concurrence : quelques réflexions sur la pratique communautaire et française, Cah. Dr. Eur. 1999, p.610.

⁶⁹ L. Idot, Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE, Bruylant 2004, n°288.

1°) Examen parallèle du contrôle des concentrations et du traitement des pratiques unilatérales

Les principes directeurs du choix en matière de contrôle des concentrations. L'efficacité des remèdes est un enjeu majeur pour la crédibilité d'une politique de concurrence⁷⁰. La pratique décisionnelle sous l'empire du règlement n°4064/89 avait conduit la Commission à faire un premier bilan et à élaborer en 2001 une communication sur les mesures correctives⁷¹. Elle y exposait ses orientations générales, notamment les principes généraux présidant à l'appréciation et à l'acceptation de ces mesures correctives au regard de l'objectif assigné qui est la préservation de structures de marché concurrentielles. On y relevait qu'il incombait aux parties de démontrer que les engagements élimineraient le problème soulevé par la Commission. Cependant, la pratique révèle combien la Commission « suggère » les remèdes⁷². Il n'en demeure pas moins que les parties supportent la charge d'évacuer d'emblée toute incertitude sur le type, l'ampleur et la portée de la mesure et surtout sur la possibilité qu'elle puisse être mise en œuvre avec succès. Dans cette communication, la Commission exprimait sa préférence de principe pour les engagements de type structurel sans exclure toutefois d'autres engagements, comme l'y invitait le juge communautaire⁷³. De fait, elle soulignait bien que, dans certaines circonstances, la cession d'une activité est impossible ou ne règle en rien un problème de concurrence. C'est le cas lorsque la préoccupation résulte de l'existence d'accords exclusifs ou d'effets de réseaux ou encore d'un risque d'entrave à l'accès d'une infrastructure ou à une technologie essentielle. Souvent aussi, la compatibilité d'une concentration avec le marché commun résultera d'une combinaison nécessaire de mesures structurelles et comportementales. En tout état de cause, la préférence donnée aux mesures structurelles était subordonnée à des précisions sur le caractère viable de l'activité cédée, l'acquéreur approprié, le mandataire chargé de la cession. Cette communication a été maintenue après l'adoption du nouveau règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations. Il est vrai que les articles 6 et 8 du nouveau règlement ne bouleversaient pas les dispositions antérieures. Mais une étude a été très vite commandée pour évaluer ex post les mesures correctives retenues par le passé. Cette étude a porté sur la conception, la mise en œuvre et l'efficacité de 89 mesures correctives dans 40 affaires entre 1996 et

2000⁷⁴. Sa mise en ligne sur le site de la Commission, en octobre 2005, a permis à la Commission de lancer un débat sur les perfectionnements souhaitables.

Parallèlement, les autorités françaises ont aussi réfléchi à ces questions. Des développements importants ont été consacrés aux engagements, injonctions et prescriptions au sens des articles L.430-5 et 7 du Code de commerce dans les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations⁷⁵. L'objectif des mesures annoncé est de réduire le pouvoir de marché des parties et de rétablir les conditions d'une concurrence suffisante dans l'hypothèse où le bilan concurrentiel de l'opération serait négatif. La cession d'actif est ici encore préférée, mais d'autres remèdes sont envisagés comme le partage d'un avantage concurrentiel décisif, l'aménagement de relations verticales, la suppression de clauses exclusives ou la suppression de liens structurels. Des principes directeurs sont clairement énoncés : la neutralité, la proportionnalité, le respect des intérêts légitimes des entreprises, l'efficacité, la contrôlabilité. Il faut ici souligner que la rédaction française de ces lignes directrices vise clairement le principe de proportionnalité. Ce n'est pas le cas des lignes directrices de la Commission européenne. Sans surprise, la Cour de justice a rappelé la portée transversale de ce principe communautaire qui rend inutile de le mentionner expressément dans un texte. Mais, tout en lui accordant une place naturelle dans l'élaboration des engagements sous le régime du contrôle des concentrations, la Cour s'est montrée plus souple que le TPICE en reconnaissant à la Commission une marge d'appréciation discrétionnaire inhérente aux appréciations de l'analyse économique⁷⁶.

Les débats sur l'efficacité des remèdes ont été très intenses à propos du projet de futures lignes que la Commission a soumis à la discussion. Les axes retenus sont finalement les mêmes que dans la communication de 2001. Mais l'approfondissement de l'analyse est indéniable. La Commission sera plus exigeante à l'avenir tant elle a pris la mesure d'une importante marge de progression⁷⁷.

Les principes directeurs du choix en matière de pratiques unilatérales. Les mesures correctives doivent être comprises ici au sens large. Elles englobent les engagements mais aussi les injonctions

⁷⁴ DG COMP, « Merger remedies », octobre 2005.

⁷⁵ Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, Procédure et analyse, Ministère de l'économie et des finances 2007, pts 486 à 539. Pour une présentation des orientations en matière d'engagements, v° « Les remèdes dans les opérations de concentration », actes de l'Atelier de la concurrence du 7 mars 2007, Concurrence & consommation, n° 156, déc. 2007, p. 3-24.

⁷⁶ C. Pr., obs. sous CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-202/06, Cementbouw Handel & Industrie C/Commission et TPICE, 11 juillet 2007, aff. T-170/06, Alrosa C/ Commission, JDI-Clunet 2008-2, p. 637-642.

⁷⁷ Le texte définitif est désormais adopté : Communication concernant les mesures recevables conformément au règlement n°139/2004 et au règlement n°802/2004, JO C 267/1, du 22.10.2008.

⁷⁰ Merger Remedies in American and European Union Competition Law, dir. F. Lévêque et H. Shelanski, Edward Elagr Publisher, 2003. V° aussi G. Cerruti, Bilan et perspectives du contrôle français des concentrations, Concurrences 2006-3, p.50.

⁷¹ JO C 68 du 3 du 2.3.2001.

⁷² F. Brunet, Le nouveau contrôle communautaire des concentrations, préc., p.587.

⁷³ TPICE, 25 mars 1999, T-102/96, Gencor.

de mettre fin au comportement infractionnel, qui assortissent les condamnations à des amendes. On sait bien que les engagements ont la particularité de ne relever que de la négociation choisie ou non par les entreprises pour dissiper ses préoccupations de concurrence de la Commission ou de l'autorité nationale de concurrence⁷⁸. Il n'en demeure pas moins que dans le régime les distinctions engagements et injonctions s'estompent. Les articles 7 et 9 du règlement n°1/2003, régissant d'une part les injonctions et d'autre part les engagements, doivent être appréhendés de la même manière. Il en va de même pour les injonctions et engagements visés au sein de l'article 464-2 du Code de commerce. Dans tous les cas de figure, il s'agit de décisions qui rendent obligatoires ces mesures correctives. L'affaire des diamants opposant la société russe Alrosa à la Commission européenne est à ce titre très intéressante. Après des tests de marché très réactifs, le diamantaire De Beers en situation incontestable de position dominante avait accepté, sous la pression de la Commission, des engagements à une réduction progressive de ses achats à Alrosa puis leur suppression totale. Fortement lésée par cet engagement, Alrosa a invoqué le principe de proportionnalité pour faire valoir que les inconvénients étaient démesurés par rapport aux buts poursuivis. La Commission a malencontreusement avancé que la détermination exacte des quantités vendues par Alrosa aurait nécessité une analyse économique trop complexe pour un engagement et que l'on ne pouvait pas avoir les mêmes exigences que dans la mise en œuvre de l'article 7 qui vise expressément la proportionnalité. Le TPICE ne l'a pas suivie et a rappelé la portée transversale du principe général de proportionnalité. Il invite ainsi la Commission à vérifier l'existence d'une alternative moins contraignante que l'interdiction absolue de toute relation commerciale avec un partenaire désigné⁷⁹. Comme cela a été souligné plus haut, au-delà de la position de principe sur l'exigence de proportionnalité, le contrôle juridictionnel qui en résulte est cependant plus sévère dans l'affaire des diamants où le TPICE statue que dans de celui opéré par la Cour de justice dans l'affaire Cementbouw⁸⁰. Cette disparité méritera d'être vérifiée dans l'avenir.

2°) les enseignements à tirer du contrôle des concentrations

Appréciation des mesures de nature structurelle dans les concentrations. Dès l'origine, ces mesures ont été envisagées avec la plus grande faveur. Mario Monti avait souligné, lorsqu'il était Commissaire en charge de la politique de concurrence, que ces

⁷⁸ A. Winckler, Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne en matière de mesures correctives et de sanctions, in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, (dir. F. Brunet et G. Canivet), p.349.

⁷⁹ TPICE, 11 juillet 2007, Alrosa, *Revue des Contrats* 2007-3, obs. C.Pr., p. 1176.

⁸⁰ V°note 49.

remèdes étaient les plus satisfaisants car ils apportaient une solution immédiate et définitive aux problèmes de concurrence soulevés⁸¹. Par contraste, les engagements comportementaux nécessitaient un suivi qui était beaucoup trop lourd et coûteux au regard des moyens de la Commission. Singulièrement, l'étude d'évaluation révèle que les mesures correctives de nature structurelle ne sont pas aussi efficaces qu'on l'escomptait. Alors que la pratique de la Commission reposait à titre principal sur ces remèdes structurels, l'étude conclut que 57% seulement des remèdes peuvent être jugés efficaces ou partiellement efficaces⁸². Un regard d'expert décrypte l'étude en mesurant la mauvaise conduite des vendeurs : actifs à céder mal définis, sabotage du vendeur avant la transmission, collusion entre le vendeur et l'acquéreur⁸³. La fragilité des remèdes structurels est manifeste.

On comprend pourquoi la Commission s'est appliquée dans sa dernière communication à décrire dans le détail le caractère approprié des activités ou des actifs à céder, du repreneur à identifier et des mesures garantissant une transmission efficace. Le type de biens à céder peut être aisément cerné ; pour autant, l'actif véritablement utile ne sera pas si aisé à déceler⁸⁴. En outre, l'évaluation souligne que la Commission accepte souvent des cessions avec des découpages et des mises en œuvre complexes qui seront très difficiles à maîtriser. Par surcroît, les actifs cédés de part et d'autre des entreprises fusionnant ne sont pas des unités économiquement constituées et leur viabilité reste hasardeuse. En matière de cession ou de licences de droits de propriété intellectuelle, on relèvera que la Commission alourdit ses exigences, ce qui découle aussi des résultats peu satisfaisants sur cet aspect dans l'étude d'évaluation. Quant à l'acquéreur, il est symptomatique de constater que, dans bon nombre de cas, sa part de marché décroît alors que celle des firmes fusionnées augmente. Faut-il imputer ce constat au profil de l'acquéreur, peu efficace ou complaisant, ou à l'actif cédé en lui-même⁸⁵ ? Les éléments sont toujours difficiles à établir clairement.

On comprend aussi pourquoi la Commission exige désormais beaucoup plus d'éléments d'appréciation de telle sorte à pouvoir se prononcer en connaissance de cause. Elle rappelle qu'à défaut de pouvoir être éclairée sur les possibilités réelles d'éliminer les

⁸¹ M. Monti, The Commission notice on Merger Remedies : One Year After, CERN Paris, 18 janvier 2002, site Commission.

⁸² DG COMP, « Merger Remedies », octobre 2005.

⁸³ François Lévêque, Quelle efficacité des remèdes dans le contrôle européen des concentrations ?, *Revue Concurrences* 2006-1, p.27-31

⁸⁴ Comm. CE, 27 juin, Ryanair/Aer Lingus, aff. COMP/M.4439, *Concurrences* 2008-1, *Concurrences* 2008-1, p.137, obs. S. Martin.

⁸⁵ C'est la raison pour laquelle on peut recommander de conditionner l'autorisation à la connaissance de l'acquéreur par l'autorité de concurrence, selon la technique de l'up-front buyer, et de ne pas laisser la sélection au soin du mandataire, cf L. Flochel, Structural merger remedies : an economic point of view, *Concurrences* 2008-3, p.28.

problèmes de concurrence, elle doit se résoudre à prononcer des décisions d'incompatibilité. C'est un signal fort donné aux entreprises pour les rappeler à l'alternative de l'autorisation sous conditions qui est bel et bien l'interdiction. La Commission les incite à être plus convaincantes et plus rigoureuses⁸⁶. Tant du côté des entreprises que du côté des autorités de concurrence, l'heure est à la rigueur d'appréciation. La littérature économique est jugée encore balbutiante dans ce domaine, mais de nouvelles pistes d'appréciation des remèdes structurels sont ouvertes, notamment par la distinction entre les risques d'effets unilatéraux et les risques d'effets coordonnés, les premiers appelant des remèdes favorisant la restauration d'une structure de marché symétrique, les seconds appelant au contraire des remèdes qui rendent le marché plus asymétrique⁸⁷. Des analyses de plus en plus raffinées sont donc appelées à se développer.

Appréciation des mesures de nature comportementale dans les concentrations.

Ces mesures, qui ont toujours laissé la Commission dubitative, font bien entendu l'objet d'une grande attention de la part de la Commission dans sa nouvelle mouture de recommandations. On sait que la frontière entre engagements structurels et engagements comportementaux n'est pas étanche⁸⁸. La typologie suivie par la Commission ne correspond d'ailleurs pas tout à fait à celle des lignes directrices françaises, du moins dans l'énumération des contenus. Quoiqu'il en soit, la Commission maintient sa grande réserve à leur égard. Or, la Cour de justice a déclaré dans l'arrêt Tetra/Laval que les remèdes comportementaux n'étaient pas insuffisants par nature et que la Commission avait écarté à tort par principe des engagements, sans examen du cas d'espèce. La Commission se devait d'expliquer pour l'avenir ses critères d'appréciation pour s'y référer ensuite dans ses motivations et consolider plus aisément celles-ci, comme l'y invite la Cour dans cet arrêt Tetra/Laval. Pour l'essentiel, elle cantonne « ces autres mesures correctives » aux hypothèses où une telle mesure équivaut dans ses effets à une cession. Les mesures de cession sont ainsi présentées comme le paramètre de référence.

En approfondissant leur traitement, la Commission reprend les trois anciennes catégories : les diverses formes d'autorisation d'accès, les modifications des contrats d'exclusivité à long terme, et les mesures non équivalentes à une cession. La première catégorie vise les accès aux infrastructures, dans le droit fil de l'arrêt Gencor, et plus largement l'accès au réseau et aux technologies clés. La Commission entend désormais focaliser son attention sur les possibilités réelles d'entrée à court terme de nouveaux

concurrents. C'est dire qu'il faudra apporter plus de données factuelles pour faciliter son appréciation⁸⁹. La deuxième catégorie pose la difficulté spécifique d'une substitution d'exclusivité de fait à une exclusivité de droit. Il conviendra d'apporter à la Commission des éléments de preuve qui ne se limiteront pas à la modification textuelle d'un contrat. La dernière catégorie est assurément celle qui pose le plus de difficultés. La Commission annonce d'emblée ses réticences à l'égard des mesures qui n'ont aucun caractère structurel, comme celles qui consistent à adopter tel ou tel comportement commercial. La Commission ne les retiendra qu'à titre exceptionnel et dans des circonstances spécifiques comme celle d'une situation de type conglomérat. En d'autres termes, la Commission est bien obligée de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Tetra/Laval. Pour être admis, ces engagements purement comportementaux devront être assortis de garanties particulièrement fortes sur la viabilité et l'efficacité du suivi. En définitive, la défiance de la Commission porte seulement sur ces engagements purement comportementaux. Ceci conduit à souligner l'originalité de la pratique française qui a adopté, ces dernières années, des remèdes très audacieux.

L'expérience française en matière de remèdes comportementaux.

Dans un contexte de faible crédibilité accordée à ces remèdes, une série de décisions autorise la création de quasi-monopoles, ce qui en soi n'est pas banal, avec pour seule contrepartie des engagements comportementaux, ce qui est pour le moins surprenant. Une première affaire portait sur la fusion des laboratoires Boiron et Dolisos qui devrait conduire à un quasi-monopole sur un marché protégé par des barrières à l'entrée très élevées sur ce marché spécifique des médicaments homéopathiques à nom commun⁹⁰. Dans une prise en compte raisonnée des gains d'efficacité, le Ministre a donc admis la nécessité d'investissements très lourds en R&D. En contrepartie, son autorisation a été subordonnée à des engagements tenant au maintien de la qualité de service et de l'étendue de la gamme. Il est vrai que cet engagement peut aisément être contrôlé par l'AFSSPS en cas de cessation de commercialisation d'une souche. Dans la même veine, on peut relever l'opération qui concernait Ouest France et SocPresse. La préservation de l'attractivité des titres et l'amélioration de la diffusion de la presse régionale ont incité le Ministre à

⁸⁶ V° ainsi la décision d'interdiction pour remèdes insuffisants, Comm. CE, 27 juin, Ryanair/Aer Lingus, préc.

⁸⁷ L. Flochel, préc.

⁸⁸ T. Piquereau et F. Amand, Monitoring merger remedies decisions in France, Concurrences 2007-4, p.36.

⁸⁹ Pour une illustration, dans cette catégorie, d'engagements qui ont pu convaincre la Commission, v° Comm. CE, 18 juillet 2007, SFR/Télé2 France, aff. COMP/m.4504, Concurrences 2008-1, obs. J. Philippe, p.143 : dans l'acquisition du contrôle de Télé2 par SFR, Vivendi qui contrôle SFR s'est engagé à une égalité de traitement de SFR et Télé 2, d'une part, et les autres opérateurs DSL d'autre part, dans les conditions d'accès à des contenus essentiels pour une offre de télévision payante : l'accès aux chaînes, au bouquets de chaîne et aux droits VoD.

⁹⁰ Min. Eco., 21 février 2005, aff. C2004-114, et C.conc., avis n°05-A-01, Concurrences 2005-4, p.95, obs. J.-M. Co t

autoriser la concentration. En contrepartie, les entreprises s'engageaient à conserver des rédactions et des directions séparées. L'engagement comportemental est encore plus original. Il peut paraître faible, mais il faut bien admettre que tout manquement est aisé à détecter⁹¹. L'acquisition du contrôle exclusif des sociétés par TPS et CanalSat par Vivendi était encore plus étonnante. Ce rapprochement conduisait à ce qu'il n'y ait plus qu'une seule plate-forme satellite de télévision payante. Néanmoins, les autorités françaises ont été sensibles à un contexte d'évolution rapide des marchés audiovisuels avec l'émergence des opérateurs télécoms, de la Télévision numérique terrestre et l'apparition de nouveaux services comme la Video on Demand (VoD). Dans cette phase de transition, il paraissait important de permettre à un opérateur de taille suffisante de rivaliser avec les opérateurs européens. L'opération a donc été autorisée. Mais la contrepartie a été spectaculaire : pas moins de 59 engagements ont été requis pour apporter des solutions aux problèmes de concurrence posés⁹². La dernière affaire est également étonnante. Elle porte sur la création par Unibail et par une filiale de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) de quatre filiales communes ayant pour vocation de regrouper à la fois les activités de gestion des sites de congrès-exposition et des activités d'organisation et de gestion de foires et salons. Là encore, il s'agissait d'un quasi-monopole durable. Mais le Ministre a considéré qu'il ne faisait que se substituer à un duopole existant en soi risqué⁹³. De plus, les gains d'efficacité paraissaient imposer une autorisation : seule cette nouvelle entité était capable de réaliser les investissements colossaux nécessaires à une extension de 25% des capacités d'accueil en Ile de France sur le marché de la gestion des sites. Cette entité pouvait par son intégration verticale améliorer la compétitivité française en réduisant les coûts. Ainsi la place de Paris pourrait à nouveau concurrencer les autres grandes villes européennes. Singulièrement, les engagements portent sur la réalisation effective de ces extensions et sur le calendrier de réalisation. Présentés sous la qualification d'engagements structurels, ces engagements pourraient tout autant être qualifiés d'engagements comportementaux. Ces deux dernières affaires offrent assurément des remèdes originaux pour des opérations de concentration horizontales avec intégration verticale⁹⁴. Mais elle pose avec acuité le problème de leur bonne exécution et de leur efficacité.

⁹¹ Min. Eco, 28 octobre 2005, aff. C2005-18 et C. conc., avis n°05-A-18, Concurrences 2006-1, p.157, obs. S. Mart in.

⁹² Min. Eco, 30 août 2006, aff. C2006-02, et C.conc., avis 06-A-13, Concurrences 2006-4, p.94, obs. J. Philippe.

⁹³ Min. Eco., 13 nov. 2007, aff. C-2007-14, C. Conc., avis 07-A-10, Concurrences 2008-1, p.139, obs. J.M. Cot.

⁹⁴ P. Choné et V. Meunier, How to remedy anticompetitive effects of vertical mergers ? Concurrences 2008-4, p. 1.

B – LE SUIVI DES DECISIONS

Le gage de crédibilité. Quel que soit le domaine et quelle que soit la nature de la décision, la crédibilité d'une autorité de concurrence est jugée à l'aune du respect de l'exécution de ses décisions. Les condamnations pour inexécution sont des signaux forts adressés aux entreprises pour les inciter à se conformer en bonne intelligence aux décisions prises. Le suivi de l'exécution des décisions est donc un levier important dans l'élaboration d'une politique de concurrence (1°). Des moyens importants doivent y être consacrés. Ce suivi d'exécution ne suffit pas. Il faut encore se préoccuper de l'évaluation des décisions (2°). Il incombe aux autorités de concurrence de mériter la qualité d'« autorité ». Toute analyse économique et/ou juridique a sa part d'appréciation subjective. Il est d'autant plus important de s'appuyer sur un contrôle ex post pour justifier d'un usage raisonnable des marges d'appréciation et asseoir ainsi son autorité.

1°) Le suivi de l'exécution des décisions

Le suivi des engagements subordonnant l'autorisation de la concentration : quels moyens pour exercer la vigilance et prononcer une sanction ? Si l'on s'en tient au décryptage de l'étude sur les remèdes, les défis lancés par les entreprises sont si importants que les moyens des autorités semblent faibles. En tous les cas, l'ampleur de la surveillance requise pour les remèdes structurels surprend, alors même que ceux-ci étaient jusqu'alors préférés aux remèdes comportementaux par économie de moyens. Il est vrai que la nomination de mandataires ad hoc chargés de superviser les cessions avait pu sembler suffisante. Au demeurant, la désignation des mandataires et la description de leur mission et des obligations des parties notifiantes étaient bien encadrées par des textes communautaires de *soft law*⁹⁵. L'énumération des fragilités du dispositif est pourtant édifiante : le défaut d'expertise des mandataires nommés, principalement lorsqu'il s'agit de banques d'affaires peu habiles en matière d'économie industrielle, l'imprécision des mandats, les conflits d'intérêts, le montant de la rémunération de l'intéressé et/ou ses modalités⁹⁶. Les mandataires eux-mêmes soulignent les difficultés de leur mission face à la rétention de droits de propriété intellectuelle, de savoir-faire, de personnels-clés ou d'informations sensibles sans lesquels la viabilité de l'activité cédée est remise en cause⁹⁷. Ceci conduit la Commission à

⁹⁵ T. Hoehn et M. Gaved, Merger remedies control : the role of the monitoring trustee in remedy cases, in « Le suivi de l'exécution des engagements dans les concentrations françaises », Doctrines, Concurrences 2007-2, p. 37 : v° la présentation des Model texts for Divestiture Commitments, Model Texts for Trustee Mandates, Best Practice Guidelines on Divestiture Commitments.

⁹⁶ François Lévêque, Quelle efficacité des remèdes dans le contrôle européen des concentrations ?, préc.

⁹⁷ T. Hoehn et M. Gaved, préc.

développer avec de plus en plus de détails ses recommandations, notamment sur les mesures de sauvegarde de l'activité à céder et le bon déroulement du processus de cession. Ces précautions en amont ne doivent pas occulter la nécessité d'un suivi étroit. Or, la tendance à adopter des engagements de plus en plus complexes et touffus ne fait qu'accentuer l'acuité des problèmes⁹⁸. Les engagements comportementaux dans l'affaire Vivendi/TPS sont significatifs non seulement du fait de leur nombre, à savoir 59, mais aussi du fait de leur teneur. Il s'agit des conditions de la négociation de futurs contrats, en transparence et sans discrimination, avec de multiples partenaires, où la nouvelle entité s'interdit d'insérer toute une série de clauses contractuelles, comme des limitations dans le temps, des exclusivités et des couplages. La nouvelle entité s'oblige aussi à des mises à disposition de chaînes de télévision pour les bouquets et à la distribution la plus large possible, sur de nombreux supports, de Canal Plus sans imposer de technologie particulière d'accès. Le mandataire pourra-t-il tout surveiller ? Faut-il compter sur la vigilance et la réactivité des concurrents évincés qui devraient se prévaloir de tout manquement au regard d'engagements qui sont rendus publics ? Leur passivité est un risque réel compte tenu de l'asymétrie des informations qui règne le plus souvent⁹⁹. Dans l'hypothèse d'une bonne information, c'est alors le risque de la sur-exploitation des arguments tirés des engagements que l'on pourrait craindre, avec des tentatives de chantage. La part des choses sera difficile à discerner compte tenu de l'opacité des négociations et des intérêts, des développements technologiques dans un secteur hautement évolutif à tous égards. Les moyens de la vigilance sont cruciaux. Ceux de la sanction le sont tout autant, sinon plus.

La valeur d'une dissuasion, par la perspective claire d'une sanction, est d'empêcher les entreprises de spéculer sur un défaut de vigilance de l'autorité de concurrence. A cet égard, il est utile de comparer les textes communautaires et les textes français, dans la mesure où les premiers offrent plus de certitude sur le prononcé d'une sanction. Si les parties ne remplissent pas un engagement, la décision déclarant la compatibilité de la concentration avec le marché commun devient caduque en vertu de l'article 8-4 du règlement n°139/2004. La Commission peut donc ordonner la séparation des entreprises fusionnées ou la cession de la totalité des actions acquises. En outre, la Commission peut infliger des astreintes ou des amendes en vertu des articles 14.2 et 15.1 du règlement. La situation est moins directe dans le contrôle français des concentrations. Jusqu'à présent, l'article L.430-8 du Code de commerce énonçait que le Ministre ne pouvait que saisir le Conseil de la

concurrence pour avis dans l'hypothèse où un manquement était suspecté. Ce n'était que si l'avis concluait à un manquement, que le Ministre était alors en droit de retirer sa décision et infliger une sanction pécuniaire. Ce dispositif privait le Ministre d'une réactivité de ses services. La dualité d'organes ne paraissait pas opérationnelle et il faut se féliciter de la réforme advenue¹⁰⁰. Il ne permettait pas au Conseil la possibilité d'une auto-saisine, ni aux tiers de déclencher une procédure. De plus, nonobstant l'opinion déclarée du Conseil, le Ministre restait juge de l'opportunité de la sanction. En tout état de cause, les plaintes ont été rares et, dans l'affaire Heineken, le Conseil de la concurrence avait souligné les limites de son rôle¹⁰¹. C'est dire l'intérêt qu'a soulevé la

¹⁰⁰ La nouvelle rédaction de l'article L. 430-8 est la suivante : « IV.-Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut :

« 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont 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 ;

2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombe l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.

En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombe l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

La procédure applicable est celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés.

L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés ».

¹⁰¹ N. Mouy, Le rôle du Conseil de la concurrence, in « Le suivi de l'exécution des engagements dans les concentrations françaises », préc., p. 35. Comp. T. Piquereau et F. Amand, Monitoring merger remedies decisions in France, préc. En définitive, la loi LME règle cette difficulté en transférant le contrôle des concentrations à la nouvelle Autorité de concurrence (L. 4 août 2008, art.96). La nouvelle rédaction de l'article L. 430-8 est la suivante :

« IV.-Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut :

« 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont 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 ;

2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombe l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.

En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombe l'obligation non

⁹⁸ N. Jalabert-Douty et L. Nouvel, Le dispositif existant est-il à la mesure des enjeux ?, in « Le suivi de l'exécution des engagements dans les concentrations françaises, Doctrines, Concurrences 2007-1, p. 29.

⁹⁹ Ibid.

condamnation de Carrefour pour non-respect des engagements souscrits dans la mesure où la cession du fonds de commerce n'avait pas été soumise à l'agrément du ministre et où cette cession avait débouché sur la fermeture du fonds cédé¹⁰². Singulièrement, sur le plan communautaire, alors même que les textes relatifs à la sanction étaient plus clairs, la Commission n'a jamais révoqué une décision d'autorisation subordonnée à des engagements, ni imposé des amendes pour violation¹⁰³. Dans l'hypothèse la plus favorable, il est permis de subodorer que la Commission avait les moyens d'être en prise directe, lorsqu'une défaillance paraissait imminente, pour faire pression sur les entreprises afin qu'elles honorent au mieux leurs engagements. En revanche, sur le terrain des pratiques unilatérales, l'affaire emblématique de Microsoft a permis à la Commission de faire une démonstration de sa fermeté.

Le suivi des engagements et des injonctions résultant du traitement des pratiques unilatérales.

Quand bien même la nature des décisions portant sur des engagements et sur des injonctions est distincte, la substance des obligations est la même. Les enjeux du suivi et de la sanction en cas d'inexécution se posent en des termes identiques. L'affaire Microsoft est précisément intéressante tant du point de vue de la surveillance que de la sanction de l'inexécution.

S'agissant de la surveillance, le jugement communautaire a créé la surprise. L'arrêt du TPICE était attendu en vue d'une éventuelle remise en cause au fond de l'appréciation de la Commission sur la vente liée et/ou le refus de contracter sur la communication des interfaces. Mais ce fut le procédé de surveillance d'exécution des injonctions – celle de mettre fin à la vente liée de Windows avec Windows MediaPlayer et celle d'assurer une interopérabilité de certains logiciels avec Windows – qui fut invalidé¹⁰⁴. Le juge communautaire reproche à la Commission un excès dans l'externalisation de sa mission¹⁰⁵. Il n'interdit pas à la Commission de se faire assister par un expert indépendant, mais il lui reproche de confier

exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

La procédure applicable est celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés.

L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés ».

¹⁰² Min. Eco., arrêté du 21 août 2007, relatif à l'inexécution par le groupe Carrefour de ses engagements déposés au titre du contrôle des concentrations, Concurrences 2007-4, obs. J. Philippe, p. 99.

¹⁰³ F. Brunet, Le nouveau contrôle communautaire des concentrations : champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel, in « Le nouveau droit communautaire de la concurrence », LGDJ 2008, p.604.

¹⁰⁴ TPICE, 17 septembre 2007, T-201/04, Concurrences 2007-4, p.123, obs. F. Zivy.

¹⁰⁵ J.-P. Gunther et D. Tayar, RLC 2008/14, n°1039, p. 169.

son pouvoir d'enquête. Tout est, en définitive, une question de degré. Le juge communautaire récuse le rôle pro-actif du mandataire. En pratique, cependant, il est difficile d'envisager que l'autorité de concurrence, quelle qu'elle soit, soit dotée de moyens financiers et d'un degré d'expertise suffisant pour piloter le mandataire indépendant.

Après l'injonction à titre de sanction, il faut également envisager la sanction de l'inexécution de l'injonction. A l'issue de la condamnation de Microsoft, le bras de fer s'est poursuivi entre les protagonistes. Le feuilleton des finasseries et tergiversations de Microsoft peut être suivi pas à pas sur le site de la DG COMP. Il a conduit Microsoft à deux condamnations supplémentaires : le 12 juillet 2006, à un montant de 280 millions pour la période allant du 16 décembre 2005 au 20 juin 2006 ; le 27 février 2008, à un montant de 899 millions d'euros pour la période allant de 21 juin 2006 au 21 octobre 2007. Ces condamnations sont des signaux forts destinés à inciter, bien au-delà de Microsoft, toutes les entreprises à une mise en conformité rapide avec les exigences de la condamnation prononcée.

Quant à l'inexécution des engagements rendus obligatoires par une décision de la Commission, le constat peut être effectué par la Commission, par un mandataire indépendant, voire par un tiers plaignant. En vertu de l'article 24 du règlement n°1/2003, l'entreprise peut être condamnée à une astreinte allant jusqu'à 5% du chiffre d'affaires par jour de retard, puis, en cas de violation caractérisée, à une amende allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires. La question de savoir si les autorités nationales de concurrence pourraient sanctionner les inexécutions d'engagement est restée ouverte, car les textes ne le prévoient pas. En revanche, et c'est là un aspect très prometteur, les actions en dommages et intérêts par les victimes de l'inexécution d'engagements pourraient être envisagées, comme le laisse entrevoir la communication sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales¹⁰⁶. Ce serait donc en France sur le fondement de l'article 1382 du Code civil que les tiers pourraient agir. On sait combien le *private enforcement* peut être un puissant moteur de dissuasion et il serait opportun de le développer pour conférer aux engagements une forte incitation.

2°) Le suivi par l'évaluation des décisions

L'enjeu de l'évaluation ex post. Le suivi des opérations de concentrations autorisées, sous conditions ou non, peut être riche d'enseignements. C'est le cas précisément des autorisations qui ont été acceptées « sur le fil du rasoir »¹⁰⁷. Il s'agit de vérifier

¹⁰⁶ Communication sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 CE, 27 avril 2004, p. 543, V°aussi A. Winckler, préc., p. 369.

¹⁰⁷ C. Montet, Vingt ans de contrôle des concentrations, Revue Lamy de la concurrence, janv/mars 2007, p.94.

si les prévisions faites se sont réalisées et d'analyser les effets produits sur les mécanismes de marché et sur le bien-être du consommateur. La Commission européenne procède déjà de la sorte¹⁰⁸. Ces études « post mortem » ou « post fusion », comme les économistes les désignent, présentent l'avantage de renforcer l'analyse empirique et l'expertise¹⁰⁹. La méthode repose sur une comparaison entre les données de l'instant antérieur à la réalisation de la concentration et les données ultérieures. On comprend bien que l'analyse au moment du contrôle de concentration est doublement hasardeuse. D'abord, il s'agit d'une analyse prospective qui à certains égards peut apparaître divinatoire. Ensuite, l'analyse est enfermée dans des délais procéduraux relativement courts. Ils sont certes justifiés pour ne pas paralyser le dynamisme de la vie des affaires. Mais ils présentent l'inconvénient majeur de ne pas donner le temps ni de recueillir des données, ni de les analyser. L'objectif consiste donc à prendre des informations dans une sorte de photographie d'ensemble, pour ensuite prendre le temps de l'analyse la plus fine possible¹¹⁰. Une telle méthode ne peut, en définitive, que servir la crédibilité de l'institution qui la pratique par l'expertise accumulée. Elle l'aide assurément à mieux étayer son raisonnement économique et, partant, ses motivations. Depuis les fameux arrêts *Airtours*, *Schneider* et *TetraLaval*, le contrôle juridictionnel a largement pénétré les appréciations économiques¹¹¹, avec des conséquences spectaculaires pour la Commission¹¹². Il faut donc aussi se féliciter de tous les efforts qui tendent à parfaire le contrôle des concentrations, d'autant que ces analyses ex post des décisions en matière de concentration, par l'ampleur des données recueillies, peuvent offrir des données précieuses pour enrichir l'approche fondée sur les effets dans le domaine des pratiques unilatérales.

CONCLUSION

¹⁰⁸ V° ainsi Ex-post Review of Merger Control Decision s, A study for the European Commission prepared by Lear – Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione, décembre 2006, site DG COMP.

¹⁰⁹ F. Jenny, Pour un dépoussiérage du droit des concentrations, *Revue Lamy de la concurrence*, janv/mars 2007, p.130

¹¹⁰ T. Piquereau et F. Amand, Monitoring merger remedies decisions in France, préc.

¹¹¹ D. Théophile et H. Parmentier, L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contentieux du contrôle des concentrations en droits internes et communautaire, *Concurrences* 2006-1, Doctrines, p. 39 ; Hubert Legal, Standard of proof and standard of judicial review in EU Competition Law, *Fordham* 2006. V° cependant CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-413/06, *Bertelsmann et Sony / Impala*, *Concurrences* 2008-4.

¹¹² TPICE, 11 juillet 2007, aff. T-351/03, *Schneider c/ Commission*, ; comp. TPICE, 9 septembre 2008, *MyTravel (ex-Airtours) c/ Commission*, *Concurrences* 2008-4, obs.J.-M. C., p.98.

La complémentarité entre contrôles ex ante et ex post. Le contrôle des concentrations a donné lieu à une pratique assez audacieuse en termes d'appréciation de la domination et d'appréciation du risque de restriction de concurrence. La pratique décisionnelle des engagements a été également audacieuse. Par contraste, la modernisation du traitement des pratiques unilatérales n'est pas achevée et les techniques qui s'y déploient ne sont pas aussi avancées que dans le contrôle des concentrations. Au mieux, elles s'en inspirent. Les pratiques unilatérales devraient donc bénéficier à plusieurs égards de l'expérience acquise dans la mise en œuvre des techniques du contrôle des concentrations qui fait en quelque sorte figure d'avant-garde. En revanche, l'audace en matière de contrôle de concentration amène dans un second temps à envisager un solide garde-fou. C'est là tout l'intérêt du contrôle ex post, au nom de l'efficacité de la politique de concurrence. Il est d'autant plus important, pour qu'il exerce ce rôle, que le contrôle ex post emprunte les mêmes techniques d'analyse et finalement soit exercé par la même autorité. De la sorte, les appréciations ne seront pas dupliquées dans le temps et une approche fondée sur les effets en sera facilitée, car la vigilance sera exercée en bonne connaissance de la fragilité de certaines structures de marché.

*
* *

Jean-Yves DURANCE, Président de la société Viparis, Vice-président de la CCIP

Par cette intervention, j'évoquerais l'expérience toute récente de la fusion entre la Chambre de Commerce de Paris et la société Unibail qui a donné lieu à la création de la société Viparis, que je préside, rapprochant ainsi leurs activités « congrès et expositions ».

Ce sujet est peu connu et assez particulier.

Tout d'abord, fondamentalement, les activités de foire, congrès et salons sont des activités économiquement très importantes. Elles représentent sur l'ensemble de l'Île de France entre 4 et 4,5 milliards d'euros de chiffre d'affaire direct et indirect chaque année c'est-à-dire un montant significatif dont 1/3 directement sur les acteurs de ce métier et 2/3 sur les autres acteurs que sont l'hébergement, la restauration, les achats, etc. C'est une activité en soi très porteuse pour les places dans lesquelles elle se déroule, ce qui explique une compétition internationale très forte.

C'est une activité qui est également porteuse en particulier pour l'exportation, dès qu'on est sur des salons professionnels internationaux. C'est un moyen pour beaucoup d'entreprises, et en particulier les petites entreprises, d'avoir accès à un contact

international, de se trouver des réseaux, de trouver des acheteurs sans avoir à faire une prospection qu'elles seraient incapables de faire. C'est donc porteur du développement de l'économie nationale dans son activité internationale.

Enfin, c'est une industrie de la rencontre, facteur d'évolution très important, qu'il s'agisse de congrès scientifiques, qu'il s'agisse de congrès médicaux, qu'il s'agisse de salons de création. La rencontre des individus, la rencontre des entreprises, est génératrice de développement, et le fait d'attirer sur son propre territoire des acteurs étrangers est également bénéfique. D'où un enjeu politique important. Nous ne sommes pas dans un monde concurrentiel habituel et il n'y a que relativement peu de temps que les autorités ont pris conscience de cette importance, en particulier grâce à l'action très forte de Pierre Simon depuis qu'il est à la Chambre mais également grâce à notre ministre actuel des finances, ancien ministre du commerce extérieur.

Deux acteurs majeurs possèdent cette expérience.

- La Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris a investi dans des implantations depuis un peu plus de trente ans (le Palais des congrès, Paris Nord Villepinte et la reprise de la gestion en location gérance du site du Bourget). Les investissements de la chambre ont été faits à partir de fonds privés et non pas en utilisant des ressources publiques. Depuis le début de la création, le rendement moyen est de l'ordre de 5%, ce qui est un rendement faible mais intéressant : il n'est pas abusif mais il est positif. Dans la plupart des pays et même dans d'autres villes françaises, ces investissements sont financés par les collectivités locales ou les Etats et se traduisent par une opacité très forte, en particulier en Allemagne. A l'évidence ces dispositifs sont financés de manière discrète mais certaine.

- De l'autre côté, un acteur privé délégataire de service public. Là encore un croisement a lieu: du public qui développe une activité sous une forme privée, du privé détenteur d'une délégation de service public. Enfin, est amorcé un modèle à l'allemande, c'est-à-dire une intégration verticale qui n'existait pas jusqu'à il y a quatre ou cinq ans, mais reprise par Unibail en complément de sa délégation de service public sur la porte de Versailles du deuxième organisateur de salons Expositum spécialisé dans des organisations de salons professionnels et dont la majeure partie des manifestations se tient à Villepinte, possédée par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. Mouvement à contrario fait par la chambre qui prend 51% du capital de COMEXPO assez fortement orienté vers les manifestations grand public (foire de Paris, salons de l'agriculture) qui se tiennent, eux, à la porte de Versailles chez le concurrent.

Donc, un croisement dans les deux sens, sur un métier peu connu mais dont il faut comprendre qu'il n'est pas complètement fongible. Louer des mètres carré, ce n'est pas équivalent de le faire la deuxième

semaine de janvier, la troisième semaine d'août ou la quatrième semaine d'octobre. Il y a des périodes plus ou moins fastes où la location est fortement dépendante du temps, ce qui veut dire que lorsqu'on regarde le taux d'occupation de la porte de Versailles par exemple, on constate qu'elle est depuis quelques années à un taux d'occupation de l'ordre de 50% dans l'année. Même si ça paraît peu, c'est la quasi saturation. La porte de Versailles est à un degré d'occupation qui représente six fois celui d'Hanovre, le plus grand parc européen et probablement le plus grand parc mondial d'un seul tenant à ce jour.

Saturation complète sur la porte de Versailles, impossibilité d'augmenter le terrain, impossibilité d'augmenter les capacités de location. La place de Paris est une place très importante. Je laisserai de côté congrès et événements d'entreprises dont les aspects concurrentiels sont beaucoup moins marqués. Je me centrerai sur les activités de salons et de foires. A titre d'illustration, la place de Paris représente un petit peu moins de 600 000 mètres carrés d'exposition : Paris est le leader mondial en terme de surface. En revanche, Hanovre c'est 480 000 mètres carrés d'un seul tenant, Milan 350 000 mètres carré d'un seul tenant, Francfort 380 000 mètres carrés d'un seul tenant. Les parcs parisiens font respectivement 220 000 et 205 000 mètres carrés pour les deux plus grands. Ce sont des parcs moyens et nous avons besoin, dans cette activité internationale, d'une surface sensiblement plus grande. Il est donc nécessaire d'investir. Ça ne peut pas être fait à la porte de Versailles. Villepinte, en revanche, a du terrain : c'est donc un champ de développement. Sauf qu'aller construire du mètre carré supplémentaire de halls d'exposition au seul risque de l'établissement public Chambre de commerce et d'industrie avec un duopole plus ou moins bien contrôlé est quelque chose d'extrêmement difficile et la Chambre de commerce, après étude, a recommandé le développement de Villepinte et a décidé qu'elle ne le ferait pas toute seule.

Il y a donc un risque important pour la place de Paris d'une situation de thrombose avec en même temps, si on revient à l'examen de type concurrentiel, un duopole mais de facto avec des prix et des marges correspondant à peu de choses près à ce qu'aurait été une situation de monopole parfaitement tenue.

La position était donc une position paradoxale et intéressante.

Nous avons regardé ce blocage dans lequel nous étions Unibail et nous-mêmes et qui faisait souffrir de plus en plus de participants. Nous nous sommes rapprochés et nous avons constaté, point important, que les valeurs de nos actifs représentaient beaucoup plus d'activité sur Unibail, beaucoup plus de propriété sur la Chambre. Mais nos valeurs d'actif étaient à peu près équivalentes, ce qui nous permettait de faire ce que nous souhaitions faire : un 50-50. Par ailleurs, la Chambre tenait à rester très présente pour jouer son rôle public de développement de l'intérêt public, de développement de cette activité pour

laquelle elle avait plaidé en permanence. S'il n'était pas question de céder un quelconque rôle d'opérateur dans ce domaine, en revanche, il n'était pas question non plus de nationaliser les activités d'Unibail et de les reprendre. Ce que nous souhaitions donc, c'était faire une opération de rapprochement 50-50 sur les sites avec un quasi monopole, mais en même temps aboutir sur les éléments d'organisation qui nous permettaient d'atteindre 38% par la sommation de nos deux organisations. Cette somme de nos deux organisateurs revenait à avoir un organisateur à peu près équivalent au leader, Ride France qui fait 40% de part de marché. Toute une série de risques se présente: risque induit par un monopole constitué sur les sites, risques de remonter les prix à la fois sur la location de sites mais aussi sur un certain nombre de prestations annexes dont certaines sont obligatoires ou bien des prestations annexes qui peuvent être concurrentielles et qu'il est plus facile d'intégrer. Egalement, l'intégration verticale pouvait nous inciter à profiter de cette position effectivement dominante pour favoriser notre organisateur et non plus cette fois-ci sur les prix mais sur l'attribution des meilleurs créneaux. Il s'agit de l'espace temps (disposer du bon hall au bon moment). Ça a été un des points les plus importants dans les réflexions que nous avons faites. J'ai admiré à ce sujet l'intelligence et la pertinence de l'enquête menée par le Conseil de la concurrence ainsi que la compréhension de l'ensemble de cette problématique. La réponse qu'il a apporté est une réponse qui risque de poser un certain nombre de problèmes dans le futur mais à laquelle nous adhérons complètement. Elle consiste, premièrement à ne pas exiger de cession d'actifs (une petite cession d'actifs sur les sites n'a aucun sens, et une grande cession d'actifs rend inutile l'opération qui sera immédiatement défaite), et deuxièmement à reconnaître l'intelligence du modèle intégré car porteur d'économies. L'intégration verticale est en effet porteuse d'économies et donc intéressante pour la collectivité. Mais, la DGCCRF a souhaité interdire la possibilité pour l'organisateur d'augmenter sa part de marché. Ce point a donné lieu à un débat très intéressant au niveau du Conseil de la concurrence et si j'ai bien compris, certains de ses membres voulaient que cette règle n'existe pas du tout. Finalement elle s'est traduite par une autorisation de respiration. Pourquoi ? Aujourd'hui, une part d'activité d'organisation de salons est détenue par des indépendants qui sont fondamentalement des fédérations professionnelles : le mondial de l'automobile (1 400 000 visiteurs) est détenu par la profession, le salon de l'aéronautique est détenu par la profession. Ces organisateurs « par accident », peuvent un jour ou un autre vouloir vendre leurs salons ou les confier à quelqu'un d'autre. Si nous n'avions pas pu avoir la possibilité d'augmenter notre part de marché, nous n'aurions pas pu nous porter candidat le jour où ces salons seraient mis sur le marché. A été créé ainsi, par le jeu des décisions de la concurrence, un monopole de fait ou un duopole de fait car les deux seuls acteurs possibles sont Ride,

déjà leader mondial et leader français ou bien GL Events. On aurait donc créé, au détriment du vendeur et au détriment des règles de concurrence, une situation de monopole ou de duopole beaucoup plus gênante que les remèdes qui nous été imposés. Il est également possible d'absorber un grand salon, en revanche, il s'agit de ne pas créer de situation de monopole en rachetant Ride! S'agissant du contrôle des prix, il a été décidé sur la porte de Versailles que les règles qui s'appliquaient dans le cadre d'une délégation de service public seraient maintenues et en ce qui concerne tous les autres sites, que nous nous indexerions sur l'indice du coût de la construction lissé sur neuf ans parce que c'est un indice très volatil. En ce qui concerne les prestations, qui relèvent fondamentalement de la main d'œuvre, nous avons accepté une indexation sur le prix horaire de la main d'œuvre sauf dans des prestations très particulières (la redistribution de l'électricité où nous sommes complètement dépendants d'un fournisseur extérieur). Enfin, pour l'attribution des stocks ou des espaces temps, un certain nombre de règles très précises ont été définies pour sauvegarder l'intérêt des salons déjà existants avec une clause dite du grand-père, ou pour sauvegarder l'intérêt des très grands salons qui sont peu manœuvrant (plus de 100.000 mètres carré), lesquelles s'accompagnent d'engagements précis.

*
* *

Antoine WINCKLER, Avocat à la Cour (Cleary Gottlieb)

Pour procéder à l'examen de l'évolution récente des techniques de contrôle des concentrations développées par l'Union Européenne, je retiendrai cinq angles d'analyse qui permettent de retracer l'évolution des mécanismes du contrôle des concentrations.

1. La codification grandissante des procédures sous tous leurs aspects.

Parmi les textes importants qui sont sortis durant les cinq dernières années, on observe des communications, des notes, à peu près sur chaque étape de la procédure de contrôle : la communication compétences, la communication sur les procédures simplifiées, une communication sur les remèdes, une communication sur les meilleures pratiques, une note sur l'abandon des concentrations, un contrat-type sur le mandataire, une gestion des procédures de renvoi, un texte sur la gestion des autorités nationales de concurrence dans les affaires de contrôle des concentrations, etc... Il y a donc une prolifération des textes, particulièrement dans la période la plus récente.

Parallèlement, il y a un renforcement de l'effet de précédent créé par les décisions de la Commission elle-même. Il joue sur de nombreux points, par exemple:

- la gestion de l'échange d'informations entre les entreprises pendant la procédure de contrôle : des précédents se dessinent et ce qu'il est important de connaître.

- la négociation et la modification en cours de négociation des remèdes proposés : il y a des règles implicites, non écrites. Que peut-on changer ou non dans un remède proposé ? A partir de quel moment s'agit-il d'un changement substantiel qui ne peut pas intervenir à la fin des délais ? Ou s'agit-il simplement d'un changement qui est acceptable et qu'on peut revoir jusqu'au dernier moment ?

- Il existe aussi toute une série de règles implicites sur des choses très importantes : quels sont les incidents de procédure qui permettent ou non une suspension des délais ?

C'est important pour les entreprises. Se dessine ainsi une pratique implicite, non codifiée, qui permet par exemple à la fois à l'autorité mais aussi aux parties d'obtenir un temps de respiration qui est souvent essentiel en particulier lorsque les procédures de contrôle se passent pendant l'été bruxellois !

Il y a donc des côtés très positifs dans cette codification grandissante.

On peut néanmoins se demander néanmoins s'il ne se crée pas parallèlement un légalisme, un formalisme un peu excessif, notamment sur deux points :

- En ce qui concerne les remèdes, et la manière dont la Commission, pour de très bonnes raisons au départ, juge l'acceptabilité d'un remède en deux temps (on regarde d'abord le remède et ensuite l'acquéreur).

N'importe quel acteur de la vie économique dira pourtant que la validité d'un remède concurrentiel, le fait qu'il soit à la fois viable et commercialement efficace, dépend énormément de la personne qui achète l'entreprise ou la partie de l'entreprise désinvestie. Très souvent, c'est la structure même du remède qui changera selon que l'acquéreur aura besoin ou non d'un moyen de production, ou d'un circuit de distribution ou de capacité de recherche et de développement. Souvent la pratique ne permet pas bien de faire, à mon avis, la jonction de ces deux éléments.

- Un autre cas de formalisme -c'est aussi une tendance rémédiable, préférable à l'excès inverse- réside dans l'exemple du calcul des seuils dans le cas des opérations parallèles, que j'ai rencontré récemment. Dans la communication procédure de la Commission, plusieurs contrats qui ont eu lieu parallèlement sont considérés comme une seule opération pour les besoins d'application du contrôle des concentrations. Néanmoins, pour des raisons de tradition juridique, il y a, en général, un acquéreur et

trois ou quatre entreprises qui vendent des morceaux d'entreprise au même acquéreur. La Commission traite, pour le calcul des seuils, cette opération unique comme trois contrats séparés. On peut donc ne pas dépasser les seuils alors même que l'opération est importante.

2. L'effet de plus en plus fort des créations prétorienne de la jurisprudence communautaire

Sans m'attarder sur le sujet du juge qui fait l'objet d'une table ronde spécifique, j'aborderai la question de l'impact du contrôle sur la procédure elle-même.

Il y a eu vingt-deux cas d'appel d'affaires de contrôle de concentration devant le juge communautaire et la Commission a perdu neuf fois. Il y a donc un taux d'échec assez significatif pour l'autorité de régulation. Elles ont eu, bien sûr, un impact très important sur la manière dont la Commission traite les affaires de concentration.

En témoignent deux exemples :

- Sur le fond, deux arrêts ont eu un impact important : Tetra Pak/Sidel et GE/Honeywell.

Ces deux arrêts sont intéressants parce que, du point de vue économique, ils marquent le déclin des théories du dommage économique dites conglomérales ou même verticales, c'est-à-dire toutes les théories du levier, de l'effet de portefeuille ou de gamme, de la marque dite incontournable qui avait servi de base à de nombreuses décisions négatives jusqu'à ces arrêts. Le juge européen a pris une décision qui est en ligne avec le consensus économique sur ce point et a jugé que ces théories ne trouvent à s'appliquer que dans des cas assez exceptionnels. Mais, ce qui est également intéressant c'est que ces deux arrêts ont imposé à la Commission des obligations de motivation très poussées. Et le juge a en particulier précisé que cette obligation est encore plus importante lorsque ces théories très prospectives sont employées.

- Les arrêts du TPI Schneider et Sony-BMG ont eu un impact sur la motivation des notifications des griefs en particulier. Dans ces deux cas, les juges ont certes considéré que dans la deuxième phase il fallait une motivation très fouillée mais ils demandent aussi à l'autorité de régulation européenne de justifier le passage entre la notification des griefs et la décision finale elle-même. Ce qui, pendant très longtemps, n'a pas été le cas, bien au contraire : il y avait en effet une tendance pour le régulateur à employer la notification des griefs comme un moyen de pression dans la discussion pour obtenir des remèdes des parties notifiantes. On faisait donc une notification des griefs très dure, de façon à ce que le notifiant vienne à résipiscence et offre les remèdes qu'il fallait. Cette pratique de négociation a été condamnée par le juge et la « prise en otage » des parties notifiantes devient beaucoup plus difficile. Le résultat est que la tendance de la Commission à émettre des

notifications de griefs est beaucoup moins grande que dans le temps. Il est très frappant que deux affaires récentes avec des parts de marché importantes ont été autorisées, dans lesquelles il n'y a pas eu de notification des griefs du tout. La phase 2 a été engagée, la décision d'autorisation a été prise, sans notification des griefs, ce qui est un changement assez important par rapport à la pratique antérieure.

3. Le succès grandissant des approches microéconomiques et de modélisation

Je veux signaler la décision Ryanair qui est un bon résumé de l'état de la doctrine économique et de l'attitude de régulation, décision d'interdiction de l'opération Ryanair Aer lingus. Je ferai deux remarques cependant :

- L'impact de l'analyse économique de la modélisation n'est pas seulement une affaire de phase 2. Ça devient un élément important de la discussion non seulement de phase 1 mais de pré-notification. On peut citer un certain nombre de cas dans lesquels l'analyse assez fouillée a permis justement de faire passer une opération en phase 1 (Cf la décision Volvo Renault Trucks).

- L'analyse économique n'est pas seulement employée en amont, en phase 1 puis en phase 2 mais elle est également employée pour juger de l'opportunité et de l'adéquation des remèdes qui sont offerts. C'est assez intéressant parce qu'il y a un certain nombre de cas récents dans lesquels la Commission a utilisé la modélisation économique qui avait été proposée ou suggérée par les parties notifiantes pour calculer l'effet prix attaché à la vente de telle ou telle partie de l'entreprise acquise.

4. Le succès des mécanismes de renvoi

Une statistique est assez frappante : Sur 400 cas de notification l'an dernier, il y avait environ 55 cas de renvoi, ce qui est énorme. Sur ces 55, il y en a environ 50 qui sont des Etats-membres vers la Commission et le reste de la Commission vers les Etats-membres.

5. La nouvelle dimension de la pratique bruxelloise : l'article 21

Selon cet article, il y a une exclusivité de la Commission, du droit de la concurrence s'appliquant aux opérations de concentration de dimension communautaire. Les Etats-membres n'ont le droit d'appliquer aucune législations nationales d'autorisation à l'opération, sauf celles qui répondent aux intérêts dits légitimes listés dans l'article 21 (pluralité des médias, règles prudentielles, etc.) Il y a une possibilité pour l'Etat-membre de notifier à la Commission au préalable un autre intérêt légitime (la protection de l'emploi, par exemple, qui est une proposition présente dans le projet d'ordonnance), qui

est ou non accepté par la Commission. Les parties désormais utilisent l'article 21 comme une défense contre les mécanismes de contrôle des investissements étrangers qu'appliquent les Etats-membres. La Commission joue un peu le rôle d'arbitre et il y a un risque d'instrumentalisation. En tous les cas, il y a une dimension pour les praticiens du droit communautaire qui est assez nouvelle pour les spécialistes de la concurrence.

En termes de bilan, il y a eu six affaires dans lesquelles la Commission est intervenue et c'est un demi échec car sur ces six affaires, trois opérations ne se sont pas faites malgré l'intervention de la Commission.

Voilà donc les cinq évolutions qui me paraissent importantes. Si on devait tirer des conclusions, je ferai des remarques sur deux points :

- On assiste à un curieux paradoxe dans la mesure où la pratique des contrôles des concentrations a abouti à relever la barrière pour les opérations de phase 1. Le fait que les parties veuillent éviter à tout prix une phase II et que la Commission s'attache au critère de l'absence de tout doute font que des remèdes sont souvent nécessaires en phase 1. J'aboutis là à une conclusion un peu différente de celle de Monsieur Padilla. J'ai l'impression que les obstacles sont également devenus plus élevés en France en phase 1 qu'ils ne l'étaient.

- Il y a une tension réelle entre les politiques de la concurrence et les politiques industrielles nationales. Cette tension ne me paraît pour l'instant pas résolue. Ils donnent lieu à des oppositions qui sont compliquées à gérer et qui reflètent le fait que les objectifs concurrentiels n'ont pas encore nécessairement la légitimité politique requise dans beaucoup d'Etats-Membres.

*
* *

Pascal WILHELM, Avocat à la Cour (Wilhelm et Associés)

La procédure française du contrôle des concentrations : le point de vue des entreprises

Quel que soit le secteur concerné, les mouvements de concentration entre entreprises sont devenus une constante de la vie des affaires. Dans un contexte de concentration et de mutation rapide des marchés, le défi est de taille pour les autorités de concurrence : elles doivent s'assurer du maintien des conditions d'une concurrence effective, tout en proportionnant la contrainte de leur contrôle aux risques concurrentiels.

Il faut en effet rappeler un truisme : la grande majorité des concentrations entre entreprises ne pose

pas de problèmes de concurrence. C'est le cas notamment des opérations de capital-investissement, qui représentent près de 20 % des opérations de fusions-acquisitions (chiffres AFIC 2006-2007). Or, l'examen de leur projet de concentration par les autorités ne doit pas pénaliser ces entreprises, par une procédure trop longue et trop lourde qui, en augmentant les coûts et rallongeant d'autant les délais de réalisation de ces opérations, serait inadaptée à la réalité du monde des affaires.

Les autorités de contrôle doivent également veiller à ne pas succomber à la tentation de s'immiscer, par le biais du contrôle des concentrations, de manière excessive dans la croissance des entreprises. En effet, si le contrôle des concentrations est traditionnellement considéré comme un contrôle a priori, les autorités de concurrence n'hésitent pas à mettre sous tutelle des entreprises en conditionnant l'autorisation de leur projet de concentration au respect d'un certain nombre d'engagements comportementaux et en les obligeant à rendre régulièrement compte de leur activité et de leur développement. Pour ces entreprises, la frontière entre contrôle a priori et contrôle a posteriori tend à s'estomper. Cet aspect du contrôle a posteriori des concentrations confère un pouvoir important aux autorités de concurrence, qui doit être utilisé avec précaution.

L'objet de cet exposé est d'étudier le parcours procédural que doit suivre auprès des autorités françaises de concurrence une entreprise envisageant de réaliser une opération de concentration sous les seuils de contrôlabilité nationaux. Le plus souvent, ce parcours se limitera à une phase unique devant le Ministre de l'économie, c'est-à-dire en pratique devant les services de la DGCCRF. Toutefois, la DGCCRF, si elle estime que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence et que les engagements proposés ne suffisent pas à y remédier, pourra déclencher un passage en phase 2. Cette phase de la procédure contient en réalité deux sous phases distinctes : une première, devant le Conseil de la concurrence et une seconde à nouveau devant la DGCCRF. Enfin, et même après avoir obtenu une décision d'autorisation, la DGCCRF pourra exercer un contrôle ex-post de la concentration, via le suivi des engagements souscrits, véritable phase 3 de la procédure.

Ce schéma se trouvera transposé prochainement devant la nouvelle Autorité de la concurrence créée par la LME.

I. Le contrôle ex-ante des concentrations (phases 1, 2 et 2 bis)

A l'instar des autres systèmes européens de contrôle ex-ante des concentrations, le contrôle français se décline en deux phases, l'une dite « simple », l'autre dite « approfondie ». Sauf que la phase « simple » constitue, dans la quasi-totalité des cas, la seule phase de contrôle de la concentration et que la phase « approfondie » se décompose en deux sous-phases

devant deux autorités de concurrence, et dont la dualité de compétences est insatisfaisante pour les entreprises.

1. La phase 1 : en principe, unique étape du contrôle ex-ante

L'entreprise notifiante doit tout d'abord élaborer le formulaire de notification de son opération, conformément au modèle fixé par le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002. En pratique, cet exercice peut soulever des difficultés pour les entreprises, qui peuvent avoir du mal à recueillir toutes les informations demandées par les services de la DGCCRF. Il n'est ainsi pas rare, lorsque les marchés en cause sont nouveaux ou ont été peu analysés par les autorités de concurrence, de recevoir des demandes d'informations, portant sur des marchés extrêmement segmentés. A cet égard, il est donc très important pour les entreprises que l'équipe de la DGCCRF, et prochainement de l'Autorité de la concurrence affectée à l'analyse de la concentration ait une expérience poussée des marchés en cause, afin d'éviter les demandes d'informations éloignées de la réalité du marché. Plus généralement, les autorités de concurrence cherchent à appréhender l'effet anticoncurrentiel que pourrait poser le projet de concentration « dans le pire des scénarios » sur des marchés définis de plus en plus étroitement. Les entreprises reprochent certaines fois le manque de pragmatisme de cette démarche, notamment lorsqu'elles doivent délimiter de manière très segmentée des marchés, y déterminer leurs positions et celles de leurs concurrents, alors que leurs positions y sont insignifiantes ! Bien souvent, sur ces marchés pertinents nouvellement définis, les entreprises notifiantes ne possèdent pas a priori d'informations disponibles, notamment s'agissant de leurs propres parts de marché. L'estimation de l'importance en valeur et en volume du marché pertinent ainsi défini peut aussi se révéler particulièrement délicate, notamment lorsque le secteur n'a pas fait l'objet de rapports d'analyse sectorielle récents. De même, les entreprises notifiantes ont souvent le plus grand mal à évaluer les parts de marché de leurs principaux concurrents, informations relevant en principe du secret des affaires...

A cet égard, on ne peut que se féliciter de la pratique développée par la DGCCRF tendant à favoriser les contacts avec les entreprises et leurs conseils au stade de la pré-notification. Des entretiens informels peuvent ainsi se tenir en amont du projet, afin de déterminer avec précision la quantité d'informations à fournir dans la notification.

De même, la pratique décisionnelle de la DGCCRF prend en considération la situation particulière des opérations réalisées par des fonds d'investissements en capital, en allégeant substantiellement le contenu du dossier de notification pour ces opérations (Annexe 1 des Lignes Directrices). Ainsi que la DGCCRF le précise elle-même, « lorsque l'opération

en cause ne soulève aucun enjeu concurrentiel, il apparaît souhaitable de pouvoir rendre une décision sans retarder inutilement l'opération » (§ 573 des Lignes Directrices). Notamment, lorsque la société de gestion, par le biais des participations détenues par son ou ses fonds, n'est pas présente sur le même marché que la cible, ni sur un marché amont, aval ou connexe, elle peut se contenter, au lieu de faire une présentation détaillée des marchés pertinents au sens du droit de la concurrence, de donner une liste des secteurs d'activité précis lesquels elle et la cible sont présents (§ 562 des Lignes Directrices). Ce point est indéniablement perçu par les entreprises comme un progrès par rapport à la pratique communautaire, qui impose systématiquement une délimitation très précise des marchés pertinents, y compris lorsqu'à l'évidence les entreprises ne sont pas présentes sur les mêmes secteurs.

En principe, une fois le dossier de notification déposé et la lettre de complétude obtenue, la décision d'autorisation intervient dans le délai de 5 semaines. Pour les opérations soulevant des problèmes de concurrence, la partie notifiante doit proposer des engagements si elle veut éviter le passage en phase 2. La procédure est ici informelle, sans véritable respect du contradictoire, les services de la DGCCRF entamant des négociations directes avec les entreprises notifiantes afin de déterminer à l'amiable les engagements nécessaires. A cet égard, le risque de passage en phase 2, avec la saisine du Conseil de la concurrence et l'allongement des délais induits, peut peser lourd dans les décisions d'engagements des entreprises dès la phase 1 et les inciter à consentir des engagements substantiels plutôt que de courir le risque d'un passage en phase 2. Ainsi, bien que la saisine du Conseil de la concurrence ne soit que rarement utilisée, en pratique le risque de sa saisine pèse lourd dans les décisions des entreprises.

2. Les « phases 2 » : un système procédural insatisfaisant pour les entreprises

Le passage en phase 2 est très rare, ne concernant en moyenne que 2 à 3 projets de concentrations par an. L'explication de cette situation est simple : la phase 2 fait intervenir le Conseil de la concurrence dans le contrôle de la concentration. Le Ministre, avare de son pouvoir, réduit donc au strict minimum les renvois d'opérations en phase 2. On peut regretter à cet égard que, pour une raison purement institutionnelle, de nombreuses concentrations ne fassent pas l'objet d'une analyse approfondie en phase 2, alors que l'enjeu concurrentiel le recommanderait. Cette dualité de compétences constitue une spécificité française (seul le Luxembourg dispose en Europe d'un tel système), que la loi de modernisation de l'économie a supprimé, sous la réserve du droit exceptionnel d'appel du Ministre. On peut parler des phases 2, tant la procédure implique deux phases bien distinctes, l'une faisant d'abord intervenir une autorité de

concurrence indépendante dans le cadre d'une procédure transparente et organisée, puis l'autre faisant de nouveau intervenir les services de la DGCCRF dans le cadre d'une procédure nettement plus informelle.

Les entreprises dont l'examen du projet de concentration est renvoyé en phase 2 doivent d'abord refaire une nouvelle analyse concurrentielle devant le Conseil de la concurrence. Elles devront prendre en compte le fait que le Conseil examine cette fois la concentration avec un œil de régulateur transversal, différent de celui des services de la DGCCRF, ce qui n'est pas sans fragiliser l'homogénéité de l'examen de la concentration. Ainsi, lors du rachat de TPS et de CANALSATELLITE par GROUPE CANAL+, le Conseil de la concurrence a considéré qu'afin de résoudre les problèmes de concurrence sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes, il convenait de favoriser l'émergence « d'un marché de gros pérenne », « suffisamment riche, qui comprenne toutes les chaînes disponibles à l'exception de celles éditées en propre par GCP avant l'opération et dont les intérêts patrimoniaux doivent être préservés ». Afin de créer ex nihilo un marché de gros dont l'entité issue de la concentration serait le pourvoyeur, le Conseil proposait un dégroupage quasi-total de TPS. Cette vision n'a pas été partagée par les services de la DGCCRF qui ont opté pour une approche plus pragmatique et une mise à disposition aux tiers d'un nombre beaucoup plus restreint de chaînes de la nouvelle entité (Cons. conc., avis n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 et Lettre Ministérielle C2006-02 du 30 août 2006).

Ce passage devant le Conseil de la concurrence, en sus de l'examen devant le Ministre, est souvent incompris, dès lors qu'il implique un surcoût et un allongement des délais, perçu comme inutile puisque le Conseil de la concurrence ne rend qu'un avis purement consultatif. On relèvera toutefois que la publication de l'avis du Conseil conduit la DGCCRF à ne pas trop s'en écarter. Néanmoins, il existe des précédents pour lesquels le Conseil a rendu un avis favorable alors que le Ministre a refusé l'opération ou ne l'a accepté qu'en raison de nouveaux engagements pris par les parties devant lui (Affaire Spontex/3M France, Cons. conc., avis n° 89-A-05, 21 février 1989 et Arrêté ministériel du 20 mars 1989 ; Affaire Atos Investissement 4/ Experian, Cons. conc., avis n° 03-A-15 du 25 juillet 2003) et inversement (Cons. conc., avis n° 95-A-08 du 9 mai 1995 ; n° 95-A-14 du 29 août 1995 ; n° 96-A-09 du 9 juillet 1996 ; n° 97-A-01 du 7 janvier 1997). Certaines fois, l'avis du Conseil de la concurrence n'est que partiellement suivi par les services du Ministre (Cons. conc., avis n° 93-A-01 du 12 janvier 1993 ; n° 94-A-22 ; 95-A-1 du 7 février 1995 ; 97-A-14 du 1er juillet 1997 ; n° 2000-A-06 et lettre ministérielle du 5 juillet 2000 sur la fusion Carrefour-Promodès ; affaire précitée TPS/CANALSATELLITE).

Il ne faudrait pas déduire de ces développements que les entreprises sont hostiles au principe de l'examen de leur opération par le Conseil ; ce qu'elles mettent en cause est seulement la dualité de compétences et les lourdeurs qu'elle entraîne. Un examen par le Conseil présente en effet plusieurs avantages. Il faut ainsi relever que, devant le Conseil de la concurrence, la procédure suivie est organisée et transparente. Une séance a ainsi lieu, au cours de laquelle les rapporteurs présentent le dossier ; le rapporteur général intervient ; le Commissaire du Gouvernement (en pratique, le directeur de la DGCCRF) présente ses observations ; les différentes entreprises tierces sont auditionnées et donnent leur point de vue sur le projet de concentration ; puis les entreprises notifiantes interviennent afin de défendre leur projet, et le cas échéant présentent de nouveaux engagements. Cette procédure tranche avec la procédure informelle et opaque suivie devant le Ministre, et on ne peut que se féliciter que la loi de modernisation de l'économie et l'avant projet d'ordonnance récemment mis en ligne, en retirant le contrôle des concentrations des mains du Ministre, étende du même coup cette procédure à tout le domaine du contrôle des concentrations. Mais revenons au droit positif. Une fois l'avis du Conseil rendu, le projet est de nouveau examiné par les services du Ministre. Ainsi qu'il a été exposé, le Ministre effectue alors sa propre analyse concurrentielle, sans reprendre mot à mot celle du Conseil de la concurrence. En pratique, la phase de la procédure devant le Ministre se résume à une phase de négociation des engagements, en fonction du bilan concurrentiel du Conseil et surtout celui du Ministre. Enfin, il faut souligner que, dans ce schéma institutionnel, qui ne devrait guère durer, se pose toujours pour l'entreprise la délicate question du moment auquel il est opportun de proposer les engagements de phase 2 : devant le Conseil de la concurrence afin d'obtenir un avis favorable ou devant le Ministre, lequel a in fine le dernier mot ?

Une fois la décision d'autorisation obtenue, que ce soit en 1ère ou en 2nde phase, le contrôle des services de la DGCCRF sur la concentration notifiée peut ne pas se terminer là. Dans certains secteurs, l'autorité de contrôle n'hésite en effet pas à placer sous surveillance l'entité issue de la concentration, dans le cadre d'un véritable contrôle ex-post.

II. Le contrôle ex-post des concentrations : le suivi des engagements (phase 3)

Les services de la DGCCRF conditionnent, dans certains secteurs particuliers, l'autorisation du projet de concentration au respect d'engagements principalement comportementaux. On assiste ainsi à une véritable mise sous tutelle par les autorités de concurrence de certains secteurs ou de certaines entreprises, qui seront contrôlées pendant plusieurs

années après la réalisation de la concentration sur le respect des engagements souscrits.

1. La mise sous tutelle de certains secteurs économiques

Traditionnellement, les autorités de concurrence avaient un a priori négatif sur l'efficacité des engagements comportementaux. Ainsi, le Ministre de l'économie avait pu déclarer en 1994 que « conformément à la doctrine traditionnelle du contrôle des concentrations, une telle mesure (comportementale), qui nécessiterait en outre un contrôle permanent du comportement des entreprises, ne répondrait pas aux objectifs du contrôle des concentrations qui concerne les structures » (Lettre du 19 décembre 1994, BOCCRF du 28 décembre).

Cette position a toutefois bien évolué, sous l'effet notamment de la jurisprudence communautaire (§ 319, TPICE. 25 mars 1999, aff. T-102/96, Gencor Ltd ; confirmé par CJCE, 15 février 2005, aff. C-12/03, Tetra Laval BV, §86). Les services de la DGCCRF reconnaissent aujourd'hui que, s'ils privilégient les engagements structurels, les engagements comportementaux ne sauraient être a priori exclus (DGCCRF, Lignes Directrices, §508). Ainsi, dans certains secteurs, ils considèrent que le rétablissement de la concurrence passe par l'adoption de mesures comportementales. Il s'agit principalement de secteurs tels que celui de la télévision payante, de l'énergie, des télécoms et des réseaux similaires sur lesquels se posent des problèmes de verrouillage du marché, liés à l'existence d'accords exclusifs, de brevets importants, de technologies essentielles ou à la détention d'infrastructures historiques.

Dans de telles situations, le rétablissement d'une concurrence effective passe bien souvent par l'adoption d'engagements permettant l'accès des concurrents à la technologie (brevets, savoir-faire, données essentielles etc.), l'infrastructure, les réseaux ou plus généralement le marché en question (par exemple, par la limitation des relations contractuelles futures de la nouvelle entité sur ce marché). Les services de la DGCCRF considèrent ainsi que « Des remèdes comportementaux peuvent (...) être adoptés lorsque (...) les problèmes de concurrence sont issus de facteurs non structurels (accords exclusifs, combinaison de réseaux ou de brevets importants...) » (DGCCRF, Lignes Directrices, §526). A cet égard, on citera en particulier les 59 engagements comportementaux pris par GROUPE CANAL+ lors du rachat de TPS et de CANALSATELLITE ainsi que les engagements récemment pris par la société SFR lors du rachat de NEUF CEGETEL (Lettre C2007-181 du Ministre de l'économie du 15 avril 2008).

En outre, les autorités de concurrence exigent de la nouvelle entité la transmission régulière d'informations détaillées et continues de suivi de ces engagements. Un mandataire chargé du suivi des engagements peut également être désigné. Il adresse généralement sur une base périodique au Ministre un

rapport lui rendant compte de l'exécution des engagements. Les services de la DGCCRF mettent ainsi sous tutelle ces entreprises dans la mesure où celles-ci doivent rendre régulièrement compte de leur activité et du respect des engagements. Une telle mise sous tutelle, si elle peut répondre au mieux aux atteintes à la concurrence posées par certaines concentrations, ne doit cependant pas dégénérer en un dirigisme trop prononcé.

2. Les dangers de cette mise sous tutelle

On peut relever quatre dangers attachés à cette mise sous tutelle.

Premier danger : cette mise sous tutelle de certains secteurs a pour effet de rapprocher le contrôle des concentrations du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, entraînant ce faisant une certaine confusion entre ces deux types de contrôles et donc du domaine de compétence des différentes autorités de régulation et de concurrence. Jusqu'à présent, la ligne de partage semblait clairement établie, le premier contrôle relevait d'un contrôle ex-ante du Ministre de l'économie et le second d'un contrôle ex-post du Conseil de la concurrence, les deux ne pouvant se croiser.

Or, il faut rappeler que, depuis une ordonnance du 4 novembre 2004, le Conseil de la concurrence peut « accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles » (art. L. 464-2 I du Code de commerce). Cette procédure connaît un vif succès, le Conseil de la concurrence ayant adopté pas moins de 22 décisions d'acceptation d'engagements depuis 2005, concernant essentiellement certaines pratiques unilatérales ou verticales ayant pour effet de restreindre l'accès à un marché, c'est-à-dire des restrictions de concurrences très proches sinon identiques aux atteintes posées par les concentrations et auxquelles doivent répondre les engagements pris devant le Ministre par l'entreprise notifiante. Selon le Conseil, le profil type des pratiques pouvant bénéficier de la procédure d'engagements est « principalement de(s) pratiques unilatérales commises par un opérateur en position dominante, n'ayant pas cessé au jour de la prise des engagements et pour lesquelles les sanctions pécuniaires n'apparaissent pas être la voie la plus appropriée. Ces affaires ont notamment soulevé la question de l'accès à des ressources rares détenues par un opérateur en position dominante et actif sur un marché aval » (Cons. conc., rapport pour 2005, étude sur les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions, p. 150 et §12 du communiqué de procédure du 3 avril 2008).

Deuxième danger : le recours aux engagements comportementaux, s'il est adapté à certains types de restriction de concurrence, ne doit pas conduire à une mise sous tutelle trop marquée des entreprises, qui conduirait à une économie administrée de certains secteurs. Les autorités de concurrence n'ont pas à participer à la gestion de telle ou telle entreprise et à la restructuration de tel ou tel secteur. Or, il faut

souligner que, si les engagements sont en principe proposés par l'entreprise notifiante, ils sont en pratique bien souvent « soufflés » par l'autorité de concurrence. Dans les faits, la marge de manœuvre est donc étroite pour les entreprises, pour lesquelles la seule alternative consiste à se voir opposer une décision d'incompatibilité ou à accepter un projet modifié par les autorités de concurrence. Surtout qu'en la matière, l'effectivité des recours contre la décision Ministérielle devant le Conseil d'Etat est bien illusoire.

Troisième danger : les autorités de concurrence profitent opportunément d'une concentration pour réguler et remodeler un secteur dans un sens voulu. L'adoption d'engagements ne doit pas servir à améliorer la situation de concurrence dans un secteur donné par rapport à ce qu'elle était avant cette opération. Ceux-ci ne doivent pas devenir un instrument aux mains des autorités de concurrence lui permettant d'améliorer la situation de la concurrence par rapport à celle qui prévalait avant la concentration sur le marché en cause. Rappelons que les engagements visent uniquement à résoudre des restrictions de concurrence posées par une opération de concentration et à rétablir les conditions d'une concurrence suffisante.

Quatrième danger : les engagements deviennent un carcan injustifié pour les entreprises qui les ont souscrits. Ils doivent en effet être utilisés avec souplesse, dès lors que les marchés sont soumis à de fortes évolutions, imprévisibles au moment de l'adoption des engagements. Ainsi, les conditions de concurrence telles qu'analysées au moment d'une concentration peuvent avoir évolué considérablement quelques années plus tard. Il convient donc de prévoir systématiquement des instruments de suivi des marchés et de modification rapide des engagements. Il est ainsi en principe prévu, avec les engagements souscrits, des clauses de rendez-vous avec les services du Ministre en vue de modifier ou supprimer une ou plusieurs des obligations prévues par les engagements, en cas de circonstances nouvelles ou exceptionnelles de nature à modifier substantiellement la situation concurrentielle du marché.

Conclusion : La réforme du contrôle des concentrations qui émanera de la loi de modernisation de l'économie et de l'ordonnance actuellement en projet, devrait mettre un terme à un anachronisme en Europe, en confiant le contrôle français des concentrations à une autorité indépendante de concurrence. On peut en espérer de nombreux progrès pour les entreprises : une plus grande transparence de la procédure, moins de suspicion à l'égard de l'autorité de contrôle, une meilleure homogénéité du contrôle, une économie de coûts et une réduction des délais pour les opérations contrôlées en phase 2, une augmentation des contrôles en phase 2 pour les opérations nécessitant un examen approfondi et a priori une ligne de partage mieux établie entre le contrôle de l'autorité indépendante de concurrence et

celui du Ministre de l'économie. A priori seulement car l'avant projet d'ordonnance reconnaît au Ministre de l'économie un pouvoir de contrôle des « micro pratiques anticoncurrentielles », en dehors de toute procédure organisée et transparente. Autrement dit, le Ministre reprend d'une main ce qu'il a bien voulu donner de l'autre... et ce au détriment des entreprises et plus globalement de la cohérence de notre politique de concurrence.

*
* *

Jacques VISTEL, Conseiller d'Etat honoraire

Le terme de mandataire indépendant m'a frappé d'emblée. Dans la première version du mandat qui m'avait été proposée, il était question de médiateur. Un médiateur, cependant, ça tranche des litiges. Un mandataire, c'est bien autre chose : il ne peut se contenter d'attendre que des tiers, plus ou moins puissants, ayant plus ou moins peur du groupe qui a fusionné lui soumettent spontanément leur litige. Il est vrai que les tiers ne saisissent pas toujours la mission du mandataire qui n'est pas, d'emblée, de trancher des litiges mais d'exercer une surveillance comportementale.

En tant que mandataire du groupe Canal+ , je suis désigné par le groupe Canal+, après accord de la DGCCRF.

J'examinerai dans cet exposé, très brièvement, les obligations, les objectifs, les moyens et quelques questions à débattre.

1. Les obligations :

- l'indépendance.

C'est une affaire de choix du mandataire. On va souvent chercher les gens du Conseil d'Etat pour ce genre de mission, et quand ils sont honoraires, leur indépendance paraît encore mieux assurée.

- L'accessibilité pour les tiers.

C'est une chose que j'avais mal appréhendé au début de ma mission et dont j'ai vite compris l'utilité. Il faut absolument que les tiers n'aient aucun obstacle, aucune réticence à venir exposer au mandataire les problèmes qu'ils rencontrent dans la négociation de contrats avec le groupe ou dans la vie quotidienne de ces contrats. Surtout lorsqu'ils ne sont pas les acteurs très puissants du secteur et qu'ils sont en négociation contractuelle avec le groupe, ils n'ont pas envie naturellement que l'intervention du mandataire soit connue, indispose le groupe à leur égard et pollue la discussion contractuelle qu'ils ont avec lui.

- Rendre compte régulièrement au ministère de l'économie et des finances.

Cela se fait par le biais de rapports trimestriels, avec une version confidentielle pour les ministres et une version non confidentielle approuvée par le ministre transmise au groupe Canal+ qui a évidemment le droit de savoir ce que le mandataire a à dire sur son action et sur son respect des engagements.

Il y a également des réunions périodiques sur le rapport qui permettent un éclaircissement sur les informations ou les appréciations que le mandataire est amené à formuler. Ce contact avec la DGCCRF est d'autant plus nécessaire que certains acteurs s'adressent directement à la DGCCRF qui peut les renvoyer vers le mandataire. Il y a donc une interpénétration de l'action.

2. Les objectifs :

- Le respect des engagements souscrits par le groupe Canal+ comme contrepartie de l'autorisation de fusion.

Cinquante-neuf engagements ont été pris.

Il y en a un qui portait sur le mandataire : il est rempli.

Il y a trois groupes d'engagements qui répondent à la problématique de la fusion TPS Canal :

o les engagements relatifs à l'accès aux droits. Canal+ ne doit pas faire obstacle à ce que les diffuseurs tiers puissent avoir accès aux droits sportifs, aux droits cinématographiques, aux séries américaines à succès, etc...

o les engagements de mettre un certain nombre de chaînes ex-TPS à la disposition des opérateurs qui les souhaitent, et également de mettre des chaînes de Canal à la disposition des opérateurs du câble, de la TNT, de l'ADSL, etc.

o les engagements relatifs à la reprise des chaînes indépendantes dans des conditions de non discrimination et de prix objectifs.

Ces engagements ont été pesés par les partenaires en présence, et le ministère. La réflexion de l'un et l'autre en amont a été alimentée par l'avis rendu par le Conseil de la concurrence. Le Conseil de la concurrence a sollicité le CSA qui a aussi donné un avis avant l'autorisation.

Il n'en demeure pas moins que l'une des tâches du mandataire consiste à interpréter le texte des engagements. Ce que les tiers ne comprennent pas toujours mais l'expérience du Conseil d'Etat rend cet exercice familier.

Par exemple, lorsqu'il est dit que les chaînes indépendantes doivent être reprises par Canal+ avec une rémunération établie selon des « modalités comparables » à celles qui existaient avant l'opération, il est clair que ça ne signifie pas maintien de la rémunération antérieure. Les autorités de concurrence ont bien accepté que l'objectif du groupe Canal+ considéré par elles comme légitime, était de faire des économies : il y a forcément une conséquence sur l'évolution des rémunérations. On a pesé les mots utilisés et, au lieu de « même rémunération », on a parlé de « modalités

comparables». La tâche du mandataire sera d'apprécier ces « modalités comparables ».

Un autre exemple concerne les exclusivités. C'est un des grands problèmes dans le secteur. Tout le groupe Canal, dans sa démarche commerciale, souhaite évidemment, en obtenant des exclusivités, bloquer l'accès de concurrents à des produits qui attirent le maximum de téléspectateurs. Cependant, les engagements lui interdisent d'avoir l'exclusivité sur tel type de produit destiné à tel type de vecteur, comme en matière de VOD. Dans d'autres engagements, il est dit que Canal+ n'a pas le droit d'exiger d'exclusivité. Ce qui signifie quand même qu'il a le droit d'en obtenir. Où est la frontière entre « obtenir » et « exiger » ?

Le contrôle du mandataire est donc de nature variable selon les types d'engagement. Certains sont ponctuels : ils ont été vérifiés, c'est terminé (Cf la séparation comptable ; l'engagement de la mise en concurrence pour le choix de la plate forme satellitaire unique qui regroupera peu à peu les ex-chaînes TPS et les ex-chaînes Canal).

Le nombre des engagements qui demeurent en vigueur a donc tendance à diminuer.

Le mandataire a également la possibilité d'intervenir lors des phases de négociation, de prendre connaissance des échanges de correspondance avant la signature d'un contrat. Il s'agit toutefois de rester prudent lors de ces phases de négociation afin de ne pas être instrumentalisé par l'une des parties.

- Le rôle de dissuasion du mandataire.

Peu à peu, il s'agit de faire entrer la culture des engagements au sein de l'entreprise Canal+. Il faut que les différents acteurs, les différents services de l'entreprise, comprennent que le respect des engagements est un enjeu qui, au sommet de l'entreprise, est considéré comme important. L'entreprise sait qu'elle aura peut-être d'autres affaires de concurrence à défendre, à plaider, et qu'elle a par conséquent intérêt à se montrer le plus irréprochable possible, dans le respect des engagements déjà souscrits. Mais naturellement, au sein des services, la personne qui achète des droits ou négocie la reprise d'une chaîne indépendante, travaille avec un objectif de profit maximal, à l'échelle de son centre de profit quitte à tourner ou même violer tel ou tel engagement. Il faut donc, via la présidence du groupe et via l'interlocuteur qui a été désigné par la direction de concurrence du groupe, faire entrer dans les services cette culture de respect des engagements.

3. Les moyens :

Il est nécessaire que, pour le respect des engagements, le mandataire, si le choix est fait d'en désigner un, entre en fonction le plus rapidement

possible, dès que l'opération est autorisée et dès qu'elle est appliquée.

En ce qui me concerne, l'opération a été autorisée à l'été 2006 et est devenue effective le 1er janvier 2007. Je ne suis entré en fonction en raison de différents problèmes de procédures et de discussion des termes du mandat qu'au mois d'avril. Il y a des engagements pour lesquels je considère que je suis entré en fonctions trop tard alors que certains faits étaient accomplis. Ce retard n'a pas donné un bon éclairage au démarrage. Je crois qu'il est bon, à ce sujet, que les choses s'améliorent et que les mandataires qui se mettent en place puissent commencer leur surveillance dès le début du processus de fusion.

- Il y a d'abord tout le corps du mandat, qui est très lourd, et qui donne des droits à l'égard de l'entité contrôlée soumise notamment à l'obligation d'information ;

- Il y a un correspondant désigné qui est la porte d'entrée en quelque sorte du mandataire sur l'ensemble du groupe Canal+ ; le mandataire n'étant donc pas en relation directe avec les services du groupe

- Le mandataire a également la possibilité d'être assisté par des experts extérieurs.

Le problème se pose du choix d'un expert à la fois compétent et indépendant. C'est souvent difficile. J'ai eu recours à des experts dans deux secteurs : la comptabilité et les techniques de télécommunication.

En ce qui concerne la comptabilité, mon premier réflexe était de m'adresser aux professionnels les plus connus (KPMG, Price Water House.) Mais tous travaillent avec Canal ou ont envie de travailler avec Canal. Or les perspectives de chiffres d'affaire de travailler avec Canal d'une part et avec le mandataire d'autre part ne sont pas à la même échelle.

En ce qui concerne les télécommunications, se posent des questions touchant particulièrement aux engagements qui visent à empêcher Canal d'ériger des barrières techniques à l'entrée de certains opérateurs. En ce qui concerne le contrôle de la reprise de chaînes indépendantes sur des bases objectives, se pose le problème du coût de transport. C'est un problème d'autant plus important que la chaîne indépendante est petite parce que, dans l'ensemble de son chiffre d'affaire et de ses dépenses, le transport devient très important. Il faut donc bien s'assurer que les coûts sont clairement identifiés et ensuite, avec l'expert comptable qu'ils sont clairement répartis et s'assurent que Canal+ ne fait pas supporter des charges indues à telle ou telle chaîne indépendante, au bénéfice de ses propres chaînes.

4. Les questions :

- La place du mandataire par rapport aux autres instances et aux autres autorités concernées.

Il est excellent que les tiers aient des voies multiples, ouvertes, pour tenter de faire valoir leurs droits. Mais, il faut aussi que le mandataire n'hésite pas à prendre partie sur le respect d'un engagement tout en courant le risque d'être ensuite désavoué par des autorités investies de pouvoirs propres (le juge, le ministre). Les autres autorités concernées sont essentiellement constituées des instances de régulation anticoncurrentielle (la DGCCRF, le Conseil de la concurrence), des instances sectorielles (notamment le CSA avec sa capacité de règlement des différends). Le mandataire doit également être attentif à l'interprétation donnée aux différents textes ou à l'appréciation de nouveaux modes de diffusion ou de nouveaux produits audiovisuels (ex : la « catchup TV ») par les auteurs de normes (la direction des médias ou le centre national de la cinématographie).

- En ce qui concerne la durée d'application des engagements, elle est, pour la plupart, de six ans et pour certains de cinq ans.

Ces engagements ont été souscrits en 2006 dans un secteur qui est en évolution très rapide. Il y a une évolution considérable quant aux produits offerts aux téléspectateurs sur lesquels les engagements se sont prononcés (PPV, VOD), quant aux acteurs qui sont

présents, qui souhaitent entrer sur le marché et qui souhaitent obtenir du groupe le respect de tel ou tel engagement (fournisseur d'accès internet).

Après l'absorption de TPS, Canal+ devenait un monopole dans le secteur de la télévision par satellite. Mais aujourd'hui, l'arrivée du groupe Orange dans l'audiovisuel est un événement tout à fait marquant. Je rappelle l'affaire des droits du football. Lorsque Canal a fusionné avec TPS, il pouvait espérer négocier le contrat avec la ligue française du football dans des conditions financières plus favorables que lors du contrat précédent. Finalement, l'arrivée d'Orange et d'autres acteurs a fait que Canal a dû acheter moins de droits de football pour un prix plus élevé que celui qu'il avait pu espérer après la fusion. Ce sont des constantes et rapides évolutions qui font l'intérêt du secteur et l'intérêt de la mission du mandataire.

Je signale également que, malgré tout, dans les engagements, une clause de rendez-vous est prévue : au bout de dix-huit mois, le groupe Canal+ peut revenir vers le ministre pour ouvrir une discussion tenant compte des évolutions du secteur.

4 / QUEL RÔLE POUR LE JUGE DES CONCENTRATIONS ?

Emmanuel PIWNICA, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Il faut rappeler qu'en matière de concentration, deux juges sont compétents : le juge communautaire pour les concentrations les plus importantes et le juge national pour les concentrations de plus faible importance. En France, la compétence revient au Conseil d'Etat.

Comment ce contrôle juridictionnel des concentrations s'exerce-t-il ? Son temps est-il adapté à la vie des affaires ?

*
* *

Hubert LEGAL, Ancien juge au TPICE

Quel rôle pour le juge communautaire ?

J'ai ici le double avantage d'avoir été juge communautaire de la concurrence et de ne plus l'être - et donc d'avoir quelque expérience vécue à vous transmettre en matière de contrôle des concentrations sans que mon propos soit reçu comme un phénomène associé à l'acte de juger, intéressant plus comme manifestation sociologique que comme contribution intellectuelle.

Le contrôle des concentrations est la question la plus difficile de positionnement de l'activité juridictionnelle par rapport à l'objet de son contrôle que j'ai rencontrée pendant mon mandat à Luxembourg - difficulté d'ordre à la fois technique et psychologique. Le sujet mérite investissement personnel et détachement critique de la part des magistrats en charge, qualités qui, lorsqu'elles sont présentes, ont tendance à ne pas l'être simultanément.

Deux entités économiques fusionnent. Le régulateur communautaire déclare cette opération compatible ou incompatible avec le marché commun compte tenu d'éventuels engagements. Le juge communautaire statue sur la légalité de cette qualification au regard des règles de forme et de substance qui s'appliquent à elle. Ce schéma d'une simplicité biblique laisse tant de marge d'appréciation

aux deux niveaux du contrôle, tant de possibilités d'affirmer une chose et son contraire de manière plausible - sinon également plausible - que cela donne une impression de vertige. Le passage au critère de la "diminution substantielle de la concurrence" n'a en rien diminué cette impression, fort au contraire, malgré les communications qui encadrent la mise en œuvre du régime.

On sait que le droit primaire européen de la concurrence ignore le contrôle des concentrations, pourtant historiquement au cœur de l'anti-trust américain qui l'a précédé de beaucoup, et que l'exercice de ce contrôle par le régulateur communautaire a été dans le temps soumis à des variations statistiques considérables. Celles-ci, en elles mêmes préoccupantes, peuvent légitimement faire craindre au juge d'exercer, par l'effet d'encouragement ou d'inhibition de ses arrêts, une influence déraisonnable, excessive, sur la conduite de politiques qu'il ne maîtrise pas et qui ne sont pas - organiquement - de son ressort. Il n'y a presque pas eu d'interdictions de fusions avant M. Monti - et il n'y en a presque plus eu, ou en tout cas beaucoup moins, après les arrêts du Tribunal de 2002. Les deux constats, même simplificateurs, voire caricaturaux, sont assez frappants, voire assez choquants. Le Tribunal a-t-il tué ou mutilé l'anti-trust européen, encore dans son enfance communautaire ? Suis-je criminel pour y avoir participé ? Sont-ce les méchants qui acclament tandis que le bien public est piétiné ? Il y a des louanges qui ne sont pas sympathiques, c'est vrai, mais elles ne signifient pas que l'on a nécessairement erré en droit. En outre, le peu d'interdictions de fusions décidées ne signifie pas que il n'y a pas d'autres formes, moins radicales, de contrôle - passant essentiellement par le biais des engagements et conditions. Le juge n'y a pas la même part.

Face à une problématique nouvelle, à une matière nouvelle, et à des interlocuteurs eux-mêmes peu assurés, malgré une certaine arrogance, le juge est renvoyé à ses déterminants fondamentaux.

Selon une école, celle qui a aboli la justice des parlements, le règlement juridictionnel, y compris judiciaire, des litiges est la mission d'une classe de fonctionnaires, enrobés ou dérobés, mais préposés à dire le droit - c'est-à-dire à lire la loi et à en prononcer les effets. Cette tradition cherche l'objectivisation du débat et la détermination juridique de la portée des catégories prévues par la législation applicable : en l'espèce, s'agissant du droit antérieur au règlement de

2004, position dominante, concurrence effective, entrave significative, partie substantielle du marché commun. C'est elle qui, pour la mise en œuvre aisée de ces concepts, a imaginé le contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation sur les qualifications supposant une appréciation économique complexe. On peut lui attribuer la paternité d'un contrôle essentiellement fondé, hormis l'erreur de droit toujours possible, sur le respect des garanties procédurales, y compris celles tenant à la motivation. Celle-ci, compte tenu de la confusion classique entre motivation et motifs, permet de prononcer des annulations à mi-chemin de la forme et du fond et de censurer les énoncés du régulateur sans se prononcer sur la validité économique de ses analyses.

Autre école, autre style : le prétoire comme mode de régulation sociale, mi-spectaculaire, mi-ludique, où l'acte de juger est un phénomène social spécifique mystérieusement producteur de droit. Si je suis ici derrière mon pupitre, armé de mes préjugés et de mon ignorance, mais protégé par un rituel filtrant, ce n'est sûrement pas sans raison - et c'est en tout cas une donnée incontournable : c'est moi qu'il faut convaincre. J'ai deux outils, la charge de la preuve (à laquelle des parties revient-il de me convaincre ?) et le degré de contrôle (à quel point est-il nécessaire d'emporter ma conviction ?) - "burden of proof and standard of review". Si je ne penche pas dans le sens désiré par le requérant, ou pas au degré requis, il succombe en ses prétentions.

Il y a une part des deux en chaque juge du Tribunal ou j'ai siégé : mais les deux approches ont un point commun : celui de justifier une non-prise de responsabilité directe quant à la validité technique d'énoncés de nature économique et plus précisément concurrentielle. C'est pourquoi le Tribunal a dû, pour exercer effectivement son rôle de juge des concentrations, s'écarter, à son corps défendant, des modèles comportementaux les plus prégnants. Logique de professeurs concentrés sur l'alimentation de leur thématique et logique de catalyseurs obnubilés par l'espèce et rétifs à tout système. On retombe vite dans ses travers et juger effectivement légales ou illégales des décisions en matière de concentrations requiert un effort incessant pour ne pas tomber dans des ornières partout présentes : l'ornière de la lenteur, l'ornière de la facilité, l'ornière de l'immodestie.

Lenteur : on a beaucoup souligné que les affaires Schneider/Legrand et Tetra Laval ont été jugées en dix mois - ce qui est exceptionnel compte tenu des contraintes de la procédure communautaire. Mais la langue de la procédure y a aidé et il n'y a pratiquement pas eu d'autres affaires du même ordre jugées dans ce délai. Airtours : 3ans ; GE Honeywell : 4 ans.

Donner à une affaire un traitement prioritaire produit un effet de désorganisation qui allonge la durée moyenne des procédures. Or celle-ci est actuellement excessive au Tribunal. Pourtant, l'annulation d'une décision d'interdiction qui intervient alors que l'opération de concentration ne peut plus être réalisée laisse un goût amer de "cavalerie arrivant après la bataille". La chronologie de l'affaire Schneider est à cet égard édifiante. Schneider avait renoncé à son référé contre un report de la date d'effet de la décision de séparation accordé par la Commission et un engagement du Tribunal de traiter l'affaire en procédure accélérée qu'elle n'a obtenu en outre qu'en renonçant à une partie de ses moyens et à son droit à un deuxième tour de mémoires. Après l'annulation, la Commission a repris la procédure en phase 1, de telle sorte que Schneider n'avait plus aucune chance que la procédure soit clôturée avant la date limite d'effet de la transaction qu'elle avait conclue avec le repreneur des actifs de Legrand. Donc, même rapide, le procès n'a pas permis que les irrégularités relevées dans la procédure puissent être corrigées dans un temps utile du point de vue de la gestion des entreprises.

Reste pour celles-ci la voie de la réparation du dommage éventuellement causé par une décision illégale. L'affaire Schneider en responsabilité est actuellement soumise à la Cour par la voie du pourvoi. Elle pose des questions de gravité de la faute, de détermination du préjudice et d'analyse du lien de causalité qui sont extrêmement complexes - trop sans doute pour pouvoir donner aux entreprises concernées une garantie que l'écart entre le temps du procès et le temps de l'économie fera toujours l'objet d'une compensation financière.

Après l'ornière du temps, celle de la facilité. L'une des branches de ce travers consiste à s'appuyer sur la prétendue "présomption de légalité" qui s'attache aux actes des institutions communautaires pour écarter un par un comme insuffisants à renverser cette présomption les arguments du requérant éparpillés, tels que les Curiaces, en ordre dispersé. On se dispense ainsi d'évaluer si, prise globalement, l'argumentation adverse fait peser un doute réel sur la fiabilité de l'analyse du régulateur.

L'autre branche consiste au contraire à partir du prétendu droit fondamental qu'auraient les entreprises à fusionner par l'effet de la liberté du commerce et des mouvements de capitaux, toute mesure restrictive de cette liberté devant, par conséquent, être accompagnée par son auteur d'une justification de sa nécessité. Il n'est pas difficile, partant de là, de conclure, sans se donner beaucoup de mal, que la Commission n'a pas rapporté la preuve de la nécessité de la mesure ou - forme atténuée encore moins compromettante pour l'autorité juridictionnelle - qu'elle n'a pas suffisamment motivé sa décision sur ce point. La technique de rédaction des arrêts offre bien des moyens de contourner

l'exigence fondamentale de vérification réelle du sérieux, de l'objectivité, de la cohérence et de la rigueur que l'on est en droit d'attendre des analyses concurrentielles du régulateur, surtout quand celles-ci ont un contenu prospectif comme en l'espèce.

Le juge qui se contenterait de prendre une posture de vérificateur sans affronter la vérité économique du problème dont il est saisi serait un imposteur. Il le serait aussi, à mon avis, s'il acceptait de ne pas faire porter son contrôle sur la nécessité des engagements pris "volontairement" par les entreprises, lorsque ceux-ci sont la condition au bénéfice de laquelle une opération est déclarée compatible. La systématique des voies de recours donne à la société un droit à ce qu'un juge se prononce sur la validité des appréciations économiques qui, sous-tendent la décision des organes publics ayant des effets obligatoires pour les opérateurs. Le juge doit donc se prononcer sur les faits et il ne s'en acquitte pas lorsque des considérations de procédure ou de forme brouillent son regard sur la situation.

La troisième ornière est celle de l'immodestie. Le réalisme impose de reconnaître que le juge dispose de moyens qui ne sont pas illimités et donc qu'il doit en faire un usage sélectif au risque de faire couler le navire sous le flot des retards à juger. Il ne sert à rien de sanctionner toute erreur vénielle qui ne remet pas en cause la solidité de l'appréciation d'ensemble contenue dans la décision attaquée, mais il convient, essentiellement, de vérifier si l'analyse économique sous-jacente à la décision "tient la route", tant du côté de l'impartialité que de celui du caractère suffisant des faits rassemblés, qu'enfin pour ce qui a trait aux conséquences qui en sont tirées : cohérence de la méthode et pertinence des outils d'analyse - sans qu'il y ait lieu d'entrer dans des discussions d'ordre doctrinal. La Cour a confirmé dans l'arrêt Tetra Laval sur pourvoi qu'il incombait au Tribunal d'exercer un tel contrôle. Je ne plaide pas ici pour un contrôle restreint, mais contre la tendance à "faire la leçon" et pour un contrôle concentré sur ce que le juge est fait pour pouvoir, normalement - c'est-à-dire sans être un spécialiste -, identifier : des dysfonctionnements significatifs. Ce faisant, il est en même temps beaucoup plus efficace que s'il ne hiérarchise pas dans les reproches auquel la décision qu'il contrôle peut être exposée, s'il s'en prend à la paille pour ne pas avoir à s'attaquer à la poutre. Les annulations pour défaut de motivation me paraissent souvent avoir ce caractère.

Être modeste, c'est aussi se mettre à la place de l'autorité qui a pris la décision attaquée et l'apprécier au regard des éléments de fait dont elle pouvait disposer quand elle s'est prononcée : la tentation existe en effet de se fonder sur des faits apparus postérieurement pour dire savamment quelle était l'analyse techniquement correcte avant. Le

contrôle du futur antérieur ne se fait pas sans un peu de restriction mentale...

Mon tableau des difficultés du contrôle ne vise pas à minimiser l'effet positif qu'ont eu les décisions prises par le Tribunal de première instance et la Cour à partir de 2002. Elles ont permis d'éviter une dérive des pratiques de la Commission vers un style dogmatique, arbitraire et brutal. La barre a été redressée, très rapidement d'ailleurs.

Le recours en annulation est à cet égard une méthode efficace, mais elle est aussi très radicale dans ses effets, et donc pratiquement redoutable non seulement pour le régulateur, dont seul l'amour propre souffre, mais aussi et surtout pour les entreprises et pour le marché. C'est pourquoi les opérateurs, légitimement plus soucieux de leurs intérêts économiques que de la beauté du droit, préfèrent des solutions plus protégées de l'aléa contentieux.

Il n'est jamais mauvais pour le juge de constater que la matière des procès se raréfie. Mais la marginalisation des solutions contentieuses présente des risques car ce sont elles seules qui en définitive garantissent des procédures équitables, un droit prévisible et uniforme et une égalité de tous devant la règle de droit. Une piqûre de rappel de temps en temps est à tout le moins un mal nécessaire.

*
* *

Emmanuel GLASER, Conseiller d'Etat

Les méthodes de contrôle du juge administratif en matière de concentrations

- Un contentieux qui est loin d'être négligeable : au total le Conseil d'Etat, seul compétent en la matière, en application de l'article R. 311-1, 9° du CJA, a rendu 19 décisions depuis 2003 (3 en 2003, 1 en 2004, 7 en 2005, 5 en 2006, 2 en 2007 et 1, pour l'instant, en 2008), mais 7 de ces décisions ont été rendues en référé.

- Un contrôle très approfondi, s'appuyant sur un usage développé des pouvoirs d'instruction du juge administratif.

- Un souci de pédagogie qui conduit le Conseil d'Etat à effacer quelque peu la frontière entre le contentieux de l'excès de pouvoir, auquel appartient le contentieux des concentrations, et le plein contentieux.

1. Une utilisation extensive des procédures de référé.

Sur les 19 décisions mentionnées, 7, soit plus d'un tiers, sont des ordonnances de référé, ce qui prouve l'importance et la bonne connaissance qu'ont les milieux professionnels concernés des nouvelles procédures d'urgence du juge administratif, et ce d'autant plus que les différents pouvoirs du juge des référés ont été sollicités. Il est clair que dans tous ces cas, la procédure orale a joué un rôle essentiel, même si l'examen des ordonnances montre que les productions écrites des parties n'ont pas été négligeables, malgré les délais très courts qui leur ont été donnés, puisque toutes ces ordonnances ont été rendues en moins de trois semaines (sauf la première, 1 mois).

Ainsi, 4 ordonnances ont été rendues sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA :

- par ordonnance du 19 mai 2005, le juge des référés du Conseil d'Etat (JRCE) a suspendu la décision du 19 octobre 2004 du ministre de l'économie autorisant le rachat de la société CCMX par la société CEGID (JRCE, 19 mai 2005, Société Fiducial informatique et société Fiducial expertise, n° 279 697, T. p. 1027, RJEP 2005.366 note Mme M. Picard) ;

- par ordonnance du 15 novembre 2005, le JRCE a rejeté une demande de suspension dirigée contre la décision du 19 novembre 2004 autorisant le rachat de Salustro par KPMG (JRCE, 15 novembre 2005, Sociétés Fiducial audit et Fiducial expertise, n° 286 665, T. p. 1028) ;

- par ordonnance du 1er juin 2006, le JRCE a rejeté la demande de la société Fromage et Vins tendant à la suspension de la décision du ministre de l'économie agréant la cession à la société Angoulême boissons des activités de distribution de la société Elidis boissons services Poitiers (JRCE, 1er juin 2006, Société Fromage et Vins et société centrale européenne de distribution Groupe C 10, n° 293 198, inédite au Rec. Lebon) ;

- enfin, par ordonnance du 25 juillet 2006, le JRCE a refusé de suspendre l'exécution de la décision du ministre de l'économie autorisant l'acquisition par le Groupe l'Est Républicain de la société Delaroche (JRCE, 25 juillet 2006, Société France Antilles, n° 294 897, inédite au Rec. Lebon).

Une ordonnance a été rendue sur le fondement de l'article L. 521-4 du CJA, qui permet de modifier les mesures qui ont précédemment été ordonnées : par ordonnance du 30 juin 2005, le JRCE a, ainsi, refusé de mettre fin à la mesure de suspension décidée par l'ordonnance précitée du 19 mai 2005 (JRCE, 30 juin 2005, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, n° 281 869, inédite au Rec. Lebon).

Enfin, deux ordonnances ont été rendues sur le fondement de l'article L. 521-3 du CJA, qui permet au juge d'ordonner toutes mesures utiles :

- une ordonnance du 12 décembre 2005 a renvoyé au Tribunal des conflits la question de savoir qui, de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, était compétent pour connaître des demandes des sociétés Fiducial informatique et Fiducial expertise tendant à prendre diverses mesures pour faire obstacle à la poursuite du rapprochement entre Cégid et CCMX malgré la décision de suspension (JRCE, 12 décembre 2005, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable SA et Société Fiducial informatique SA, n° 287 444, T. p. 1039) ;

- et une ordonnance du 18 février 2008 a rejeté la requête de la Fédération nationale des transports routiers demandant au Conseil d'Etat, d'une part, d'enjoindre au ministre de l'économie d'enjoindre aux entreprises SNCF et Norbert Dentressangle de lui notifier l'opération de concentration réalisée par la prise de contrôle conjoint de la société Novatrans et, d'autre part, de suspendre la réalisation ou l'achèvement de cette opération jusqu'à ce que le ministre ait donné son accord (JRCE, 18 février 2008, Fédération nationale des transports routiers, n° 312 534, à mentionner aux tables).

Que faut-il retenir de cette abondance ?

Avant tout, qu'il est possible mais pas facile d'obtenir la suspension d'une décision de concentration.

Possible, la première ordonnance citée le prouve. Mais, elle est la seule, ce qui donne un taux de succès de 25 %, sur un échantillon, certes, faible.

Pour réussir, d'abord, il est clair qu'il ne faut pas perdre de temps et introduire la demande de suspension dès que possible. Ainsi, l'ordonnance du 15 novembre 2005 rejette la demande de suspension en raison de l'absence de diligence des requérants à saisir le juge des référés, absence de diligence qui établit l'absence d'urgence. En l'espèce, les requérants avaient eu vent de la décision, qui avait été prise le 19 octobre 2004, mais selon la pratique de l'époque du ministère de l'économie, n'avait pas été publiée, et en avaient demandé communication au ministre le 26 mai 2005. Celui-ci la leur avait communiquée le 7 juin 2005 et l'avait mise en ligne sur le site de la DGCCRF le 8 juin. Les requérants avaient demandé l'annulation de cette décision le 5 août, mais n'avaient présenté une demande de suspension que le 4 novembre 2005, soit trois mois plus tard. Le JRCE a, donc, fait application de la jurisprudence selon laquelle trop de retard à demander la suspension prouve qu'il n'y a pas urgence. Il faut noter qu'il fait, dans l'ensemble, assez rarement utilisation de cette jurisprudence.

Il est d'autant plus important d'être diligent qu'un autre risque guette le requérant, celui que la requête ait perdu son objet, la décision ayant été entièrement exécutée.

Ce fut le cas pour les deux ordonnances du 1er juin 2006, relative au secteur de la bière, et du 25 juillet 2006, relative au rachat du pôle Rhône-Alpes de la Socpresse. Dans ces deux cas, l'intégralité du capital avait été cédée et payée au vendeur, les différents actifs avaient été entièrement transférés et les conditions suspensives avaient été levées avant même l'introduction de la demande de suspension.

Il faut, toutefois, remarquer que dans ces deux cas, les requérants n'avaient pas vraiment tardé, puisque, dans le premier, la décision était du 17 mars 2006, la demande de suspension du 9 mai et l'ordonnance du 1er juin et, dans le second, la décision du 17 mai, la demande de suspension du 5 juillet et l'ordonnance du 25 juillet.

Il est vrai que la décision du 17 mai n'avait été publiée au BO de la DGCCRF que le 22 juin soit plus d'un mois plus tard, ce qui a, évidemment, donné le temps aux entreprises concernées de procéder aux actes nécessaires pour priver la demande de suspension d'objet. Ainsi, c'est le 8 juin, soit entre la prise de la décision et sa publication, que le conseil d'administration de la société Delaroche a autorisé le transfert de propriété des actions et enregistré la démission des dirigeants en place et leur remplacement par des représentants du groupe l'Est Républicain et c'est ce même jour que le prix des actions cédées a été payé, qui sont précisément les éléments sur lesquels le JRCE s'est fondé pour estimer la décision entièrement exécutée.

Dans le seul cas où une suspension ait été prononcée (l'affaire CCMX-CEGID), le JRCE a considéré que, si l'approbation par l'AG des actionnaires de CEGID avait été donnée avant la demande de suspension, « la mise en œuvre de ce rapprochement qui a été engagé dès le mois de novembre 2004, est encore en cours de réalisation ». Cette solution est d'autant plus notable qu'en l'espèce la décision était du 19 octobre 2004, mais n'avait été mise en ligne intégralement que début février 2005 et publiée au BOCCRF que le 26 avril 2005, de sorte que les requérants n'avaient introduit leur demande de suspension que le 18 avril 2005, soit 6 mois après la décision.

Cette ordonnance est la première des quatre rendues sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA. Il est difficile de savoir si elle correspondait à des circonstances différentes des deux ordonnances de rejet ou si elle témoignait d'une approche plus souple (ou plus stricte, selon les points de vue), en tout cas d'une approche plus favorable à l'usage de la procédure de référé. A titre personnel, je suis favorable à une telle approche. Il me semble préférable qu'une concentration sur laquelle il y a des

doutes soit suspendue compte tenu de l'extrême difficulté, pour ne pas dire de l'impossibilité qu'il y a à défaire une concentration déjà faite.

De ce point de vue, on ne peut que regretter que le Tribunal des conflits n'ait pas eu, finalement, à se prononcer sur la question qui lui avait été soumise par le JRCE par l'ordonnance du 12 décembre 2005, ce qui me conduit à aborder les deux ordonnances rendues sur le fondement de l'article L. 521-3 du CJA, qui donne de très larges pouvoirs au juge des référés.

S'agissant de celle du 12 décembre 2005, les sociétés Fiducial, qui avaient, par ailleurs demandé et obtenu la suspension de la décision de concentration CCMX-CEGID, demandaient au Conseil d'Etat de prendre les mesures nécessaires pour suspendre l'exécution du rapprochement qui, selon elles, continuait malgré la décision de suspension. Elles demandaient, ainsi, au JRCE, notamment de suspendre les décisions prises par l'AG de la société CEGID, de désigner un mandataire ad hoc pour gérer la participation de CEGID dans CCMX et exercer les droits de vote afférents, de désigner un administrateur provisoire... Le JRCE a considéré qu'il n'avait pas de tels pouvoirs, même dans le cadre de l'exécution d'une décision de suspension, jugeant que si les dispositions de l'article L. 521-3 « permettent à l'administration de s'adresser au juge administratif des référés pour obtenir, lorsqu'elle n'a pas elle-même le pouvoir de les prendre, des mesures à caractère coercitif à l'encontre de personnes privées afin de lui permettre de remplir normalement les missions de service public dont elle est investie, elles ne donnent pas compétence à ce juge pour statuer dans un litige qui oppose deux personnes de droit privé et qui, s'il intervient dans le cadre de la suspension d'une autorisation administrative ordonnée par le juge administratif, ne met en cause aucune activité de service public ou prérogative de puissance publique ». Or, la cour d'appel de Lyon avait elle-même décliné la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître de telles demandes.

On ne saura, donc, pas qui de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif est compétent pour prendre, à l'égard des entreprises qui mettent en œuvre une concentration, les mesures nécessaires pour assurer le respect d'une décision suspendant cette concentration.

Mais, cette ordonnance, me paraît illustrer la seconde leçon qu'il convient de tirer de cette jurisprudence, qu'on pourrait résumer par la formule « l'imagination au pouvoir ».

Qui aurait pu imaginer, non pas il y a quarante ans, mais il y a vingt ans, que des entreprises demanderaient au juge administratif de suspendre des décisions prises par l'assemblée générale d'autres

entreprises ou de désigner un mandataire ou un administrateur provisoire ?

L'ordonnance la plus récente, celle du 18 février 2008, est une autre illustration de la créativité qui s'exerce maintenant dans cette matière, puisque le requérant (la fédération nationale des transports routiers) demandait au juge du référé mesures utiles d'enjoindre au ministre de l'économie d'enjoindre à deux entreprises de notifier une concentration et d'enjoindre à ce même ministre de suspendre ladite concentration. On voit bien la démarche : estimant qu'une concentration avait de facto été réalisée par la prise de contrôle conjoint de la société Novatrans par la SNCF et Norbert Dentressangle et que cette concentration n'avait fait l'objet d'aucune notification, la fédération des transports routiers, qui ne pouvait, donc, attaquer une décision qui n'existait pas, a cherché à la fois à provoquer cette décision et à arrêter le processus de concentration. En l'espèce, cette tentative a buté sur une difficulté liée à la répartition exacte du chiffre d'affaires de la société Norbert Dentressangle au sein de la Communauté européenne, compte tenu de l'acquisition qu'elle avait faite de la société britannique Christian Salvesen, de sorte qu'il était possible que la concentration en cause relevât des autorités communautaires, ce qui faisait obstacle à la fois à l'intervention des autorités françaises de concurrence et, par voie de conséquence, à celle du juge administratif français.

Mais, là n'est pas le plus intéressant. Comme souvent dans les décisions du Conseil d'Etat, le rejet de la requête s'accompagne, en fait, de l'affirmation d'un principe, d'une règle ou d'un pouvoir, qui pourra ensuite être utilisé par d'autres. Car, l'ordonnance affirme nettement que l'article L. 521-3 du CJA peut être utilisé pour contraindre le ministre à faire usage du pouvoir que lui donne l'article L. 430-8 du code de commerce d'enjoindre, sous astreinte, à des entreprises qui n'auraient pas notifié une opération de concentration de procéder à une telle notification.

On notera, enfin, qu'il a également été fait usage de la possibilité ouverte par l'article L. 521-4 du CJA de demander au juge de modifier ou de mettre fin aux mesures décidées par une ordonnance antérieure : le ministre de l'économie a, ainsi, demandé qu'il soit mis fin à la suspension de la décision de concentration CCMX-CEGID, ce qui lui a été refusé, compte tenu de la proximité du jugement au fond.

2. Un contrôle approfondi s'appuyant sur un usage développé des pouvoirs d'instruction.

Le juge administratif exerce un contrôle entier sur tous les aspects d'une opération de concentration :

- appréciation de l'existence d'une concentration (Section, 31 mai 2000, Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon, p. 194 avec

conclusions F. Lamy, CJEG 2000.492 conclusions F. Lamy) ;

- analyse du marché pertinent ;
- appréciation des effets anti-concurrentiels (sur ces deux points : Section, 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company, p. 119, CJEG, 1999.223 conclusions J.-H. Stahl, RFDA 1999.777 conclusions J.-H. Stahl, AJDA 1999.611 note M. Bazex et B. Thiry ; Section, 6 octobre 2000, Société Pernod-Ricard, p. 397, RFDA 2001. 409 conclusions L. Touvet) ;
- appréciation du caractère suffisant des engagements pris par l'entreprise pour prévenir les atteintes à la concurrence (Section, 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company, précitée ; 27 juin 2007, Société Métropole télévision (M6), p. 280) ;
- appréciation de la contribution au progrès économique et social (Section, 6 octobre 2000, Société Pernod-Ricard, précitée) ;
- mise en œuvre des différents critères de l'exception de l'entreprise défaillante (Section, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic et autres, p. 28 avec nos conclusions, RFDA 2004.286 conclusions E. Glaser, DA 2004.18 note M. Bazex et S. Blazy) ;
- création ou aggravation d'une position dominante collective (30 juin 2006, Société Fiducial Audit et société Fiducial expertise, p. 307, RJEP 2007.98 conclusions F. Séners) ;
- existence d'une « influence déterminante » au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce (11 juillet 2001, Syndicat CGT de la société Clemessy, p. 359, Dr. Adm. avril 2002, p. 15 note P. Delelis ; Section, 31 janvier 2007, Société France Antilles, p. 28 avec nos conclusions, RJEP 2007.197 conclusions E. Glaser, RFDA 2007.328 conclusions E. Glaser).

Il est clair que ce contrôle n'est pas toujours facile à mettre en œuvre compte tenu de la technicité de la matière, mais il me semble qu'il ne faut pas surestimer cette difficulté. Les aspects économiques du droit des concentrations ne sont pas plus compliqués ou plus techniques que ceux qui sont rencontrés dans bien d'autres domaines contentieux : fiscalité, responsabilité médicale, réglementation des produits dangereux...

Mais, le juge dispose pour le soutenir et l'éclairer de soutiens précieux.

Le premier de ces appuis, sur lequel il peut, presque toujours, compter, est évidemment les parties au recours. Il faut, en effet, insister sur ce point : c'est aux parties qu'il appartient de démontrer leurs prétentions.

Le second est le recours à l'expertise.

Sur ce point, le Conseil d'Etat a fait preuve, lui aussi, d'une certaine imagination, puisqu'il s'est donné le pouvoir de saisir le Conseil de la concurrence, alors

même qu'aucun texte ne prévoyait une telle saisine (20 juillet 2005, Société Fiducial informatique et société Fiducial expertise, n° 279 180, p. 334, RJEP 2005.374 conclusions E. Glaser, note Mme M. Picard ; RFDA 2006.693 conclusions E. Glaser, AJDA 2005.2167 chronique Mme C. Landais et F. Lénica, DA octobre 2005 n° 133 note M. Bazex).

Dans le régime issu de la loi NRE, la saisine pour avis du Conseil de la concurrence est obligatoire, dès lors qu'un projet de concentration pose un problème de concurrence que les engagements consentis par les parties ne suffisent pas à résoudre. Mais, ce pouvoir de saisine du conseil de la concurrence n'appartient qu'au ministre et il est étroitement encadré dans le temps. Le ministre doit le saisir dans un délai de cinq semaines à compter de la réception de la notification complète, sauf à faire naître une décision tacite d'autorisation. Le conseil de la concurrence a lui-même trois mois pour rendre son avis au ministre, puis le ministre un mois pour prendre sa décision.

Le texte ne prévoit pas une saisine par le Conseil d'Etat, même s'il ne l'interdit pas non plus explicitement. S'il est vrai que les juridictions peuvent également saisir le conseil de la concurrence pour avis, aux termes de l'article L. 462-3 du code de commerce, ce n'est que sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code, c'est-à-dire sur les ententes, les abus de position dominante et la pratique de prix anormalement bas. Le Conseil d'Etat a, d'ailleurs, lui-même fait usage à plusieurs reprises de cette possibilité.

En l'absence de texte, c'est donc sur le seul fondement de ses pouvoirs d'instruction, qu'il a toujours définis de manière très prétorienne, que le Conseil d'Etat s'est donné la possibilité de saisir le conseil de la concurrence.

En l'espèce, la décision du ministre autorisant la concentration était entachée d'une contradiction difficilement surmontable, puisqu'elle commençait par démontrer à la fois que la nouvelle entité, issue de la concentration, détiendrait plus de la moitié du marché et que l'existence de barrières à l'entrée rendait peu vraisemblable le développement dans un futur proche de concurrents solides, pour aboutir à une conclusion inverse de celle attendue, puisqu'elle autorisait la concentration avec le motif suivant : « Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, et notamment de la faiblesse des barrières à l'entrée, il convient de conclure que l'opération envisagée n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence ».

Or, les éléments fournis par le ministre et les parties ne permettaient pas d'apprécier pleinement la situation concurrentielle sur le marché, des doutes existant notamment sur le marché pertinent, sur les parts de marché des différents opérateurs et de la future entité et sur l'existence ou non de barrières à

l'entrée, liées notamment à la nécessité de disposer d'un réseau commercial dense et spécialisé.

D'où la saisine du conseil de la concurrence. Son avis a été communiqué aux parties, qui ont eu le temps nécessaire pour répliquer et le Conseil d'Etat a pu rendre une décision parfaitement éclairée (CE, 13 février 2006, Société Fiducial informatique et société Fiducial Expertise, p. 66, RFDA 2006.702 conclusions E. Glaser).

On remarquera que, dans cette décision, le Conseil d'Etat a écarté la demande du requérant que l'avis du conseil de la concurrence soit écarté du débat au motif qu'il n'avait pas été lui-même adopté selon une procédure contradictoire. Le conseil de la concurrence avait, en effet, suivi, comme l'y avait invité le Conseil d'Etat dans son arrêt avant dire droit, la procédure normale d'examen des concentrations lorsqu'il est saisi par le ministre. Or, dans cette procédure, les tiers à la concentration, et notamment les concurrents n'ont pas, pour des raisons évidentes de secret des affaires, le même statut que les parties à la concentration. Ils n'ont pas accès au rapport et ne peuvent assister aux séances du conseil de la concurrence, mais peuvent seulement être entendues en l'absence des parties.

3. Un juge de l'excès de pouvoir qui se rapproche du juge de plein contentieux.

Il est clair que les recours contre les décisions administratives en matière de concentration restent des recours pour excès de pouvoir : ils visent à l'annulation d'un acte et le juge ne peut que rejeter ou annuler, mais non réformer.

Mais, les années récentes montrent qu'au-delà de cette dichotomie bien connue, les frontières peuvent s'effacer quelque peu.

J'en prendrai quelques exemples.

- Le premier est celui de la décision Fédération des employés et cadres CGT-FO (CE, Assemblée, 16 mai 2003, Fédération des employés et cadres (CGT-FO) et autres, p. 211 avec conclusions G. Goulard, RFDA 2004.109 conclusions G. Goulard), par laquelle le Conseil d'Etat a jugé que le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) n'était pas compétent, lorsqu'il prenait une décision d'agrément d'un établissement bancaire, pour assortir « sa décision d'agrément de conditions particulières tenant au respect de la concurrence » et que les opérations de concentration dans le secteur bancaire n'étaient pas non plus soumises au contrôle normal des concentrations, exercé par le ministre après avis du conseil de la concurrence.

L'un des principaux intérêts de cette décision réside dans la portée de l'annulation prononcée par le juge.

Le Conseil d'Etat n'a en effet annulé que les conditions particulières tenant au respect de la concurrence dont le CECEI avait assorti sa décision du 14 mars 2003, à savoir l'obligation pour le Crédit agricole de céder 85 agences dans divers départements et communes et de ne pas augmenter le nombre de ses agences pendant une durée de deux ans dans ces communes et départements ainsi que dans 170 autres communes et 14 départements. Il n'a, en revanche, ni annulé la décision elle-même autorisant l'acquisition de 50,01 % des droits de vote du Crédit lyonnais par le Crédit agricole, ni l'obligation faite au nouveau groupe de limiter l'exercice de ses droits de vote en deçà de la minorité de blocage dans le groupement d'intérêt économique « Cartes bancaires » et divers autres organismes interbancaires.

Le Conseil a, donc, estimé cette décision divisible. Or, une autorisation sous conditions est, en principe, indivisible. Le juge estime, en général, que l'autorisation n'aurait pas été accordée sans les conditions dont l'administration l'a assortie. Il en va ainsi par exemple en matière d'urbanisme. Mais, en l'espèce, le Conseil d'Etat ayant considéré que le CECEI n'était pas compétent pour examiner les effets de l'agrément sur la situation de concurrence dans le secteur bancaire, celui-ci n'aurait pas pu prendre une autre décision que celle qu'il a prise. Il y a ici divisibilité parce que l'autorité qui prend la décision applique deux corps de règles différents sans influence l'un sur l'autre. Le fait qu'il soit éventuellement porté atteinte à la concurrence est certainement néfaste, mais ne relève pas du CECEI, qui ne pouvait subordonner son agrément à de telles considérations.

- Le deuxième exemple est tiré de la décision Société Royal Philips Electronics (CE, Section 6 février 2004, Sté Royal Philips Electronics et autres, p. 28 avec nos conclusions, RFDA 2004.286 conclusions E. Glaser). Par cette décision, le Conseil d'Etat a annulé la décision du ministre de l'économie autorisant la reprise de la société Moulinex par la société Seb. Or, alors que le Conseil d'Etat n'était saisi d'aucune demande d'injonction, il a choisi de fournir au ministre un mode d'emploi précis et détaillé des conséquences à tirer de ladite annulation. Il a, ainsi, indiqué dans sa décision que le ministre restait saisi du renvoi de la Commission européenne et dispose du délai de droit commun pour se prononcer, que le ministre devait se prononcer en fonction des éléments de fait tels qu'ils existeraient à la date de sa nouvelle décision, mais qu'il devait prendre en compte les règles de fond et de procédure de l'ordonnance de 1986. C'est l'ensemble de ces règles dont le ministre a fait application dans sa nouvelle décision, que le Conseil d'Etat a validé par son arrêt du 13 février 2006 (CE, 13 février 2006, Société De Longhi SPA et société De Longhi France, p. 70, RFDA 2006. conclusions E. Glaser).

- Le troisième exemple est tiré des décisions du 20 juillet 2005, par laquelle le Conseil d'Etat a saisi avant dire droit le conseil de la concurrence et du 13 février 2006, par laquelle il a statué au fond sur la concentration.

Par ces deux décisions, le Conseil d'Etat a fait application de sa récente jurisprudence Hallal.

Par cette décision (Section, 6 février 2004, Mme Hallal, p. 48 avec les conclusions de Mme I. de Silva, RFDA 2004.740 conclusions Mme I. de Silva, AJDA 2004.436 chronique F. Donnat et D. Casas), le Conseil d'Etat a admis qu'il lui était possible de procéder à une substitution de motifs, dans les conditions suivantes : la substitution doit être demandée par l'autorité qui a pris la décision, le nouveau motif proposé par cette autorité ne doit priver le défendeur d'aucune garantie et le défendeur doit être mis à même de s'expliquer sur ce nouveau motif. Si ces conditions sont remplies, le juge peut remplacer comme fondement légal de la décision un motif erroné en droit par un motif qui la justifie légalement.

Lorsqu'il a examiné pour la première fois dans le cadre du recours en annulation, la décision Cégid/CCMX, le Conseil d'Etat n'a pu que constater la même contradiction de motifs qui avait conduit à la suspension. En l'état de la jurisprudence antérieure à la décision Hallal, l'annulation était inévitable. Toutefois, le ministre demandait une substitution de motifs en présentant une nouvelle analyse concurrentielle, notamment en ce qui concernait les barrières à l'entrée sur ce marché.

Au vu des éléments figurant au dossier, le Conseil d'Etat n'était pas en état de se prononcer sur ces nouveaux motifs, contradictoires avec les précédents et reposant sur des éléments de fait substantiellement différents. D'où la saisine du conseil de la concurrence, que j'ai déjà évoquée. Et, par la décision de fond précitée, le Conseil d'Etat a fait droit à la demande de substitution de motifs faite par le ministre.

*
* *

**Robert SAINT-ESTEBEN, Avocat
à la Cour (Bredin-Prat)**

**Utilité et efficacité des recours juridictionnels
(point de vue de l'avocat)**

Les entreprises (parties à l'opération, ou tierces) posent trois questions à l'avocat lorsque la décision de l'administration tombe :

« - Maître, que peut-on faire ?

- La décision est-elle suspensive ? Tout de suite ?

Sinon, est-ce qu'on peut l'arrêter demain ?

- A-t-on des chances de succès au fond ? Quand aura-t-on une réponse ? »

C'est ainsi que se pose concrètement le problème de l'utilité et de l'efficacité des recours. Je m'attacherai à quelques réflexions en complément ou éventuellement en réaction aux excellents propos que nous venons d'entendre.

1. Tout d'abord, on évoque souvent les centaines ou les milliers de décisions en matière de concentration, alors que les recours sont très peu nombreux.

En réalité, la plupart de ces décisions ne posent pas de problème, parce que la concentration en cause ne soulevait pas de difficultés. On ne peut guère en tirer de conclusion sur l'efficacité des recours.

La statistique doit donc être interprétée prudemment.

Ce qui est certain, c'est qu'il y a aussi, sans doute, des recours non formés à cause de la durée de la procédure, qui est un élément déterminant. Effectivement, on renonce à recourir parce que, même en cas de chance de succès au fond, le risque de ne pas arriver à suspendre la décision en attendant est trop important. En tant que conseil d'entreprise, je dois en particulier attirer l'attention sur des effets immédiats d'une décision d'interdiction, non pris en compte par la jurisprudence, et qu'on a pu vérifier par exemple dans une affaire comme Schneider / Legrand. Les équipes des acquéreurs et des vendeurs précédemment parfaitement soudées dans la perspective du projet commun, éclatent lorsqu'une décision brutale d'interdiction survient (surtout si elle est suivie immédiatement d'une injonction de déconcentration comme c'était le cas dans cette affaire). Les intérêts des deux entreprises, des deux managements, vont alors être perturbés sinon exacerbés. Des opérations, même si apparemment elles sont traitées rapidement, posent alors des problèmes.

2. A priori, au plan de la statistique, l'efficacité des recours paraît très grande, s'agissant de la satisfaction du demandeur.

Depuis 2001, il y a eu dix décisions favorables sur vingt-deux recours. Combien d'avocats peuvent dire que, dans leur domaine d'activité, ils connaissent un tel taux de succès possible ? Je précise qu'avant 2001, en revanche, sur onze recours, il n'y avait eu qu'une seule annulation. Il y a donc eu un bouleversement au tournant du millénaire. Ainsi, aujourd'hui, dans les cas où l'on exerce un recours, il y a une chance de succès proche de 50%, si l'on se fie à ces statistiques.

3. Ensuite, pour l'entreprise, l'exigence de célérité qui gouverne toute la procédure de contrôle des concentrations ex ante, se trouve encore exacerbée, pour les parties à l'opération, ex post. Mais, les points de vue stratégiques sont très différents, selon que l'on est tiers ou partie à l'opération. Pour la partie, sauf si

l'opération est interdite et a déjà été réalisée et qu'il y a eu une injonction de déconcentrer, elle cherchera moins à obtenir la suspension de la décision d'interdiction que d'obtenir le plus rapidement possible la décision juridictionnelle sur le fond. Dans Schneider / Legrand, je ne crois pas, sous le contrôle de M. le juge Legal, qu'il y ait eu une demande de suspension portant sur la décision elle-même d'interdiction ; en revanche, la demande de suspension portait sur la décision de déconcentration. Inversement, le tiers, qui agit en cas de décision d'interdiction, a, lui, un grand intérêt à la suspension immédiate de la décision. On voit donc qu'il existe une dissymétrie dans les stratégies des entreprises face aux recours juridictionnels.

4. Je voudrais donner un avis personnel sur la question de la recevabilité du recours en référé suspensif avant ou après l'exécution de la décision. Je suis tout à fait partisan du système avancé précédemment par M. le Commissaire du gouvernement Glaser, parce que l'on se trouve ici en matière économique. L'« exécution » de la décision doit s'apprécier plus au regard de l'« opération économique » que manifeste la concentration, qu'au regard de l'opération strictement juridique d'« acquisition » du contrôle. Mais on peut admettre que ceci ne correspond pas bien à la jurisprudence classique en cette matière...

5. Je voudrais aussi insister sur la particularité de la voie rapide (« Fast Track ») du TPI car qui dit « voie rapide » dit risque d'accidents ! Et là, on touche au fond. Car cette fois, pour les parties à l'opération, c'est moins le référé qui importe que d'obtenir rapidement la décision au fond ; c'était d'ailleurs le « marché » qui avait été conclu par Schneider lors de son recours initial : il s'est désisté d'un référé suspensif, pour obtenir la décision au fond le plus rapidement possible selon la procédure de Fast Track.

6. Il faut à cet égard observer un certain paradoxe en comparant les procédures communautaires et françaises, et plus précisément les techniques pour traiter au fond un recours le plus rapidement possible. Au plan communautaire, le Tribunal a instauré toute une machinerie, qui d'ailleurs fonctionne bien : la procédure de « Fast Track », dans laquelle il faut impérativement entre autres un seul mémoire, lui-même précisément limité en nombre de pages, ce qui entraîne une limitation stricte des moyens, etc... Ainsi, Schneider, pour obtenir le Fast Track, avait diminué de moitié le nombre de ses moyens ! Heureusement qu'il avait bien choisi ces derniers car sur neuf moyens examinés, sept ont été jugés fondés. L'avocat doit avertir son client que, s'il désire une réponse au fond rapide selon cette procédure particulière, les moyens au soutien du recours seront limités et qu'il faudra donc les sélectionner soigneusement. Cela peut poser problème sur le plan

des droits de la défense... et même peut-être déontologique...

J'insiste toutefois sur le fait que cette procédure a montré son utilité.

Le paradoxe, c'est que le Conseil d'Etat, et je l'en félicite, arrive à peu près au même résultat quant à la rapidité, sans aucune réglementation particulière. Ainsi, quand on compare le temps nécessaire pour obtenir un arrêt sur le fond, on s'aperçoit que par exemple dans l'affaire Philips Seb / Moulinex, le TPI a procédé, dans le cadre du système « Fast Track » très organisé, en douze mois, contre douze mois également pour le Conseil d'Etat dans la même affaire, sans utiliser de procédure particulière, mais en traitant l'affaire en priorité par des méthodes internes empiriques.

Il est vrai que le Tribunal doit traduire sa décision en de multiples langues ...

7. Deux réflexions finales :

- Sur le fond : est-ce qu'on obtient au niveau du contrôle juridictionnel « ex post » une vraie célérité, dans des conditions satisfaisantes, et comparables à la célérité de l'ex ante ? La réponse est malheureusement négative.

Mais c'est un échec qui n'est pas forcément imputable à la juridiction. Ainsi, après un arrêt d'annulation d'une décision administrative d'interdiction, comme on l'a vu dans Schneider / Legrand, Tetra Laval / Sidel, Sony / BMG pour ne prendre que ces exemples, l'on repart devant l'autorité administrative. Les entreprises ont du mal à l'admettre parce que lorsqu'elles intentent leur recours contre la décision administrative, elles pensent naturellement que, si elles en obtiennent l'annulation par le juge, l'affaire sera terminée et gagnée. Il faut leur expliquer que non seulement ce n'est pas le cas, mais en plus qu'il va falloir repartir de zéro pour, éventuellement, se trouver face à une nouvelle décision administrative défavorable ! Si dès le départ elles en avaient réellement conscience, il y aurait sans doute encore moins de recours !

- Sur l'application de la jurisprudence Hallal : l'avocat est désemparé devant une telle jurisprudence qui rend encore plus difficile le conseil et donc la décision en matière de recours. L'on ne peut apprécier l'opportunité d'un recours qu'en fonction d'une décision qui est prise avec une motivation déterminée. C'est au vu de celle-ci que l'entreprise appréciera les chances d'un éventuel recours. Mais, cette jurisprudence admet qu'il peut y avoir des modifications dans la motivation de la décision, pendant la procédure judiciaire.

Si l'Administration peut changer en cours de route la base de son raisonnement, par exemple en passant d'une discussion sur la restriction de concurrence à celle des « gains d'efficacité », pour les entreprises il s'agira d'une surprise totale, ignorée lorsqu'elles étudiaient l'opportunité du recours. L'incertitude à

cet instant est aggravée par une autre inconnue : à supposer que le recours soit accueilli et l'annulation de la décision prononcée, l'opération retournera, comme on l'a vu, devant l'Administration qui l'appréciera en fonction des faits du moment où elle statue à nouveau. Si l'opération était déjà réalisée (ex. affaire Moulinex), il s'agira même paradoxalement d'une sorte de contrôle « ex post », l'Administration pouvant vérifier les effets réels de l'opération ; et surtout elle va tenir compte, si il y a des évolutions dans les circonstances de fait, de ces nouvelles circonstances.

8. Ceci dit, et malgré toutes ces difficultés je ne peux pas dire en tant qu'avocat, que les recours juridictionnels sont inutiles et inefficaces, même si les difficultés pratiques ne manquent pas. Bien au contraire... En revanche, il faudrait veiller, par exemple, à ce que l'Administration ne se précipite pas, comme la Commission l'avait fait dans l'affaire Schneider / Legrand, à ordonner de défaire une opération qui avait été réalisée régulièrement avant la décision d'interdiction. Il s'agissait en effet d'une OPA qui était conforme au Règlement de l'époque. Sans doute la réalisation anticipée présentait-elle un risque, mais l'Administration a aggravé le risque en adoptant immédiatement une décision de dissociation alors qu'elle savait qu'un recours allait être intenté ou l'était déjà.

*
* *

Jean-Patrice de LA LAURENCIE, Avocat à la Cour (White and Case LLP)

Au fil des interventions précédentes, un aperçu précis du rôle du juge des concentrations a déjà été donné. C'est simple : au niveau national, la compétence revient au Conseil d'Etat, au niveau communautaire au tribunal de première instance européen installé à Luxembourg. A la question du risque de conflit entre juges, M. Glaser a répondu qu'il n'y avait pas de problème. Cependant, s'il est vrai que les conflits de juges sur le contrôle des concentrations sont rares, je vais quand même donner quelques exemples limités de problèmes de frontières, voire de divergences. Je précise également que ce type de situation ne s'est rencontré qu'en France et je n'aurai pas à parler du droit communautaire. Je mentionnerai seulement l'interférence entre le juge français et le juge communautaire dans l'affaire Schneider / Legrand, où les démêlés entre les entreprises et la Commission étaient pimentées par l'intervention du juge judiciaire français sur intervention de Legrand.

Je ne vais pas être exhaustif : je vais prendre cinq exemples en France. Parmi eux, on trouve des cas qui

ont été réglés, d'autres pour lesquels il reste une incertitude, et d'autres enfin (exceptionnels !) qui sont restés sans solution (provisoirement, espérons-le).

1. Un cas rapidement et correctement réglé : l'affaire SOKA.

Il s'agit d'une décision en référé du Tribunal de commerce de Paris du 17 février 1999, qui a rejeté une demande visant à bloquer une opération de concentration en cours de notification auprès du ministre de l'économie. La société DAM voulait acheter la société Kaolin de Beauvoir et, à sa stupéfaction, elle s'est fait traîner en référé devant le tribunal de commerce par une entreprise concurrente, la société SOKA. Celui-ci s'est déclaré incompétent. Il a considéré en effet que l'urgence nécessaire n'était pas requise : le degré suffisant de certitude et d'imminence n'était pas atteint. En l'occurrence, la demande consistait en une demande de mesure d'instruction in futurum : il s'agissait de nommer un administrateur provisoire à la tête de la société-cible pour empêcher l'opération de reprise. Or, en référé la mesure d'instruction in futurum n'existe pas. C'est pourquoi le juge des référés du tribunal de commerce de Paris a renvoyé à la compétence du ministre. La concentration a été autorisée ensuite par le ministre. La SOKA a quand même persévéré et a demandé au Conseil de la concurrence de défaire l'opération au titre de l'article L. 430-9 du Code de commerce relatif à la création de position dominante. Pour le Conseil de la concurrence, il n'y avait pas d'abus de position dominante invocable. Par ailleurs, le ministre venant de prendre sa décision, il n'y avait pas d'autre base juridique pour faire jouer l'article L.430-9 du Code de commerce.

La question a donc été réglée entre le tribunal de commerce et le Conseil de la concurrence. Il est à peu près acquis maintenant qu'on ne peut pas essayer de contourner la procédure spécifique prévue pour le contrôle des concentrations par d'autres procédures "classiques" devant les tribunaux. Cependant, il n'est pas dit qu'il n'y ait encore de telles possibilités en dehors des seuils...

2. Un cas plus complexe, réglé mais après trop de temps : l'affaire Seb Moulinex.

Je l'évoque sous l'angle de la confrontation entre la décision du tribunal de commerce de Paris qui décide dans le cadre d'un contentieux de procédure collective d'attribuer à un cessionnaire une entreprise en liquidation, la décision du ministre et l'intervention du Conseil d'Etat.

Le juge prend sa décision (autorisation de cession de Moulinex à Seb) le 22 octobre 2001. Il aura fallu cependant, pour que l'opération soit réellement autorisée, deux décisions du ministre ainsi que deux arrêts du Conseil d'Etat. L'affaire s'est terminée avec l'arrêt du Conseil d'Etat De Longhi du 13 février 2006.

Cela aurait été le moyen de réconcilier sur le fond l'action du tribunal de commerce dans le cadre d'une procédure collective et le contrôle des concentrations appliqué sur la base de la théorie de l'exception d'une entreprise défaillante (« failing company defence »). Il s'agissait d'un cas qui paraissait effectivement assez bien répondre aux critères permettant d'invoquer cette théorie. Le ministre va utiliser le premier cet argument pour autoriser l'opération de concentration. Mais le Conseil d'Etat a fait une analyse très fine des critères de la « failing company defence » et a considéré que le troisième critère manquait. Le ministre a alors dû recommencer la procédure. Il y a eu un nouveau recours de la part d'un concurrent. Et il a fallu quelques mois de plus avant que le Conseil d'Etat mette finalement tout le monde d'accord : le ministre avait eu raison d'autoriser l'opération, mais cette fois-ci pour des raisons de fond.

La morale de cette affaire, ce n'est pas tant qu'il y ait une divergence d'analyse entre le ministre et le Conseil d'Etat, car c'est le résultat de l'exercice – souhaitable – d'un contrôle complet par le Conseil d'Etat. C'est surtout qu'il a manqué un « fast track » pour éviter que les procédures contentieuses ne durent si longtemps, s'agissant de plus de la reprise d'une entreprise en difficulté.

3. Un cas resté en suspens faute de combattants : l'affaire Fiducial.

Devant le Conseil de la concurrence et le Conseil d'Etat, il s'agissait de l'affaire CEGID / CCMX dont on a parlé. Mais jusqu'ici n'a pas été mentionnée l'intervention du juge judiciaire.

Il y a eu en effet un recours de la société Fiducial devant le juge judiciaire contre la décision autorisant CCMX par CEGID. FIDUCIAL a profité de la suspension par le Conseil d'Etat de la décision du ministre autorisant l'opération pour demander au Tribunal de commerce de débloquer l'opération. La Cour d'appel de Lyon, s'étant déclarée incompétente, a saisi le Tribunal des conflits. Le Conseil d'Etat a finalement déclaré par ordonnance du 12 décembre 2005 qu'il n'était pas compétent, pour régler un litige de droit privé entre les deux entreprises. Dans une nouvelle ordonnance du 13 février 2006, il a rejeté la requête de la société Fiducial. Le Tribunal des conflits a finalement rendu un arrêt, mais ce fut un non-lieu. Faute de combattants, il n'y avait plus de motifs à régler le conflit. Un conflit négatif, c'est quand même très rare en matière de contentieux du contrôle des concentrations.

4. Un cas où l'absence de cohérence est patente : l'affaire Nestlé.

Ici, l'incohérence n'est pas due à la responsabilité des autorités en matière de concentration ou de leur juge naturel. Mais, malheureusement, par le biais du droit social, la Cour de cassation a pris une décision qui est contraire à l'application du contrôle des

concentrations tel qu'il a toujours été appliqué par les autorités tant françaises que communautaires. La Chambre sociale, après les différentes étapes de la procédure, s'est trouvée saisie sur la base de l'article L.432-1-10 du Code du travail, qui est censé faire le pont entre l'obligation d'information des salariés et le contrôle des concentrations, de la contrôlabilité de la vente par Nestlé de ses établissements à Chef du Pont au groupe Activa Capital.

Pour les entreprises concernées, l'opération n'était pas contrôlable et n'avait pas été notifiée. Mais, pour les syndicats, il y a eu erreur : il fallait, pour analyser si l'opération était contrôlable, additionner le chiffre d'affaires de la cible, celle de l'acheteur, mais aussi celle de la partie qui vendait. Dans une opération de concentration, il y a bien trois parties en cause : l'acquéreur, la cible et le vendeur. Or, aussi bien en droit communautaire qu'en droit français, on tient compte de la partie qui achète, de la cible, mais on ne tient pas compte, sauf dans le cas des « joint-ventures », de la partie qui vend. En l'occurrence, l'opération n'était pas notifiable, sauf si l'on incluait le vendeur, qui dépendait d'un groupe très important – hypothèse que soutenait les syndicats. Le texte français est très clair, mais il procède par renvois successifs aux dispositions communautaires. En effet, le mode de calcul des seuils est renvoyé par la loi à l'article R 430-1 du Code de commerce, lequel prévoit que le seuil est calculé comme ce qui est prévu par le règlement communautaire (règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004, article 5). Il faut aller lire ce règlement, mais celui-ci dit très clairement qu'on tient compte de l'acquéreur et de la cible uniquement. La Cour de cassation n'a pas été dans ce sens, malgré les arguments des avocats.

C'est un précédent dangereux. Il suffit désormais de faire le circuit "social" pour inverser les règles concernant les notifications et alourdir les contraintes procédurales même pour de petites opérations. Peut-être la Cour de cassation admettra-t-elle plus tard qu'elle s'est trompée. Comment rectifier ce genre d'erreur ? Est-ce qu'il faut une instruction à l'avocat général auprès de la Cour de cassation pour qu'il vérifie si on est bien face à une opération contrôlable au titre du contrôle des concentrations ? Est-ce qu'il faut une passerelle avec le Conseil d'Etat ? Est-ce qu'il faut modifier l'article R.430-1 du Code de commerce pour introduire directement les dispositions communautaires dans le texte français ? C'est cette dernière solution qui a notre préférence .

5. Un cas délicat : l'affaire Lyonnaise des Eaux / Compagnie Générale des Eaux / Saur.

C'est un conflit juridiquement réglé mais les problèmes potentiels restent posés. Les deux cours suprêmes sont intervenues pour dire qu'il n'y avait pas de problème. Il s'agit du contentieux de l'article L.430-9 du Code de commerce qui permet au Conseil de la concurrence et à la future Autorité, puisque le projet d'ordonnance en dispose, de défaire

éventuellement une concentration alors qu'elle aurait été autorisée.

C'est l'affaire Lyonnaise des Eaux / Compagnie générale des Eaux / Saur. Le Conseil de la concurrence a adopté une décision le 11 juillet 2002 demandant au ministre la modification ou la résiliation des accords qui ont conduit à la création d'un certain nombre de filiales communes entre ces sociétés de distribution d'eau. Le problème était de savoir devant qui devait être porté le contentieux de l'article L.430-9, quand il conduit à une déconcentration après constat d'une pratique anticoncurrentielle. La déconcentration n'a toujours pas eu lieu... La Lyonnaise des Eaux, la Générale des Eaux et la Saur ont été successivement devant les tribunaux de l'ordre judiciaire puis devant le Conseil d'Etat. La Cour de cassation a répondu qu'elle n'était pas compétente (12 juillet 2004). Ce n'est pas la Cour de Paris, juge normal du Conseil de la concurrence, qui serait compétente, mais, au cas particulier, le juge administratif . Le Conseil d'Etat s'est prononcé, à son tour, par une décision du 7 novembre 2005, pour dire que la décision du Conseil de la concurrence ne faisait pas grief puisqu'elle était préparatoire; c'était le ministre qui était prié d'agir, or il n'avait pas agi. Mais, reste ouvert un problème qui participe de la dispersion du contentieux entre le juge administratif et le juge judiciaire: le risque d'un jugement contradictoire. Si la future Autorité prend une décision de ce genre, elle va sanctionner un abus de position dominante par une amende, et va demander de défaire l'opération précédente. Si je suis ce qui a été convenu entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, si je regarde le texte du projet d'ordonnance, à priori c'est le Conseil d'Etat qui sera compétent en ce qui concerne la décision de déconcentration et, pour l'amende, cela restera la Cour d'appel. Il y aurait donc deux voies parallèles de recours et un risque de contradiction. Ces quelques problèmes rencontrés dans la pratique montrent qu'il peut y avoir pluralité de juges et qu'il faudra trouver des solutions adéquates, si c'est nécessaire.

Questions-Réponses

M. Piwnica : Je voudrais préciser que si le risque de contradiction semble induit par l'existence d'une pluralité d'ordres de juridictions, il est toutefois des cas où un seul intervenant se contredit, de même que plusieurs intervenants sollicités peuvent ne pas se contredire. Il en va ainsi dans l'affaire Fiducial. D'un côté, le Conseil d'Etat était compétent pour statuer sur la légalité de la décision d'autorisation. La question de la compétence du juge judiciaire ne se pose alors pas. En revanche, une fois que le Conseil d'Etat a pris en référé une décision de suspension, un certain nombre d'opérations se passaient au sein de la société et qui concernaient directement cette société. Pour les personnes concernées, les opérations de droit privé qui se réalisaient au sein de cette société

n'étaient pas une question relevant de l'autorité administrative et n'étaient pas non plus une décision d'exécution relevant du juge administratif mais relevaient naturellement de la compétence du juge judiciaire chargé d'examiner les modalités de fonctionnement de l'assemblée générale. Il n'y avait pas de risque de contradiction. En revanche, il est possible d'avoir un risque de contradiction au sein même d'un ordre de juridiction.

M. Lasserre : S'agissant de l'application de l'article L.430-9 du code de commerce relatif aux mesures de « déconcentration », nous nous trouvons dans une situation particulière dans l'affaire de la distribution de l'eau. La Générale des eaux et la Lyonnaise des eaux avaient créé des filiales communes avec des participations croisées et chaque fois que des communes mettaient en concurrence des compagnies pour le choix de la distribution d'eau, les maisons-mères s'abstenaient de candidater, si bien que la reconduction de ces délégations de service public était automatique. Pour le Conseil de la concurrence, ce comportement commun révélait un abus de la position dominante collective de ces deux entreprises. Mais, chose particulière, après l'avoir constaté, il ne l'avait pas sanctionné par une amende car il estimait que les communes avaient favorisé cet état de fait. Il avait seulement demandé au ministre de l'économie, sur le fondement du texte actuel, d'imposer aux deux entreprises de mettre fin à leurs participations croisées dans ces filiales communes. Cette situation particulière a conduit la Cour de cassation à juger qu'elle était incompétente pour le tout. Or, de mon point de vue, il y avait bien deux décisions distinctes : celle qualifiant un comportement d'abus de position dominante (Cour d'appel compétente sous le contrôle de la Cour de cassation) et celle demandant au ministre qu'il exerce son pouvoir de déconcentration structurelle (Conseil d'Etat compétent). La Cour de cassation n'a pas fait de distinction et c'est l'origine du problème, il me semble. Elle a regardé la constatation de l'abus comme le soutien de la motivation de la demande faite au ministre.

M. Glaser : J'étais commissaire du Gouvernement dans cette affaire du 5 novembre 2005. Je ne suis pas tout à fait d'accord avec le président Lasserre. A mon sens, il y a deux questions différentes effectivement mais ces deux questions sont, d'une part, la sanction éventuellement prise par le Conseil de la concurrence en matière d'abus de position dominante et, d'autre part, la constatation d'un abus de position dominante nécessaire pour mettre en œuvre l'article L 430-9 du code de commerce. Que le Conseil d'Etat ne soit pas compétent en cas de sanction prise par le Conseil de la concurrence pour abus de position dominante, cela ne fait aucun doute. Mais, lorsque l'exercice d'une compétence qui appartient au Conseil de la concurrence en matière de contrôle des concentrations, même si c'est ici un contrôle a posteriori – compétence qui est nécessairement placée sous le contrôle du juge administratif – repose sur un motif constitué par l'existence d'un abus de position dominante, je ne vois pas très bien comment le juge

administratif pourrait contrôler l'acte pris par le Conseil de la concurrence sans contrôler ce motif. Ou alors, il faudrait qu'il s'en remette à la Cour de cassation sur le contrôle des motifs et considère ensuite que l'arrêt de la Cour de cassation a autorité de chose jugée pour lui. Mais, la notion d'abus de position dominante ne relève pas exclusivement du droit privé. Le juge administratif est tout autant apte que le juge judiciaire à apprécier un abus de position dominante. Il le fait d'ailleurs lorsqu'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs susceptibles de placer une personne publique ou privée en situation d'abus de position dominante. Je suis, donc, personnellement tout à fait d'accord avec les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.

Public : Lorsque les affaires sont complexes, les avocats et les parties remettent de nombreuses études économiques aux autorités. Lors d'un recours exercé devant le Conseil d'Etat, est-il fréquent pour le Conseil d'Etat d'examiner ce genre d'études économiques ? Quelle est la position du Conseil d'Etat à l'égard de ces études économiques ? Les considère-t-il utiles, ou alors, comme il s'agit d'un contentieux fait à un acte, sont-elles finalement inopportunes ?

M. Glaser : Le Conseil d'Etat est évidemment très attentif à tout ce qui lui est soumis par les parties. Toutefois, je constate que celles-ci ne soumettent pas aussi souvent que l'on pourrait le souhaiter des études économiques. Dans l'affaire Cégid, par exemple, il aurait été intéressant de bénéficier d'une étude économique sur le marché pertinent. Or, les parties, d'un côté comme de l'autre, n'avaient pas produit d'études véritablement solides sur ce point.

M. Piwnica : Il y a des marchés sur lesquels il n'y a pas d'études économiques. On peut les faire réaliser mais c'est très compliqué de faire réaliser rapidement une étude économique sur un marché qui serait le marché pertinent. Ensuite, le débat qui a eu lieu pour Cégid était de savoir quel serait le marché pertinent qui serait utilisé. Or, ça dépend d'un certain nombre d'éléments qui sont soumis au juge et sur lesquels le juge doit se prononcer. Faute d'éléments, le Conseil d'Etat a renvoyé au Conseil de la concurrence.

M. Glaser : Il y avait dans l'affaire Cégid un débat sur l'existence de barrières à l'entrée ou pas sur ce marché. C'est donc un sujet qui peut faire l'objet d'études économiques. Or, il n'y en avait pas dans le dossier. Il a fallu attendre l'avis du Conseil de la concurrence pour que nous ayons une étude sérieuse sur l'existence de barrières à l'entrée. Pour le ministre, il y avait des barrières à l'entrée gigantesques et pourtant, quelques jours plus tard, elles étaient minimisées dans un autre mémoire. Le Conseil d'Etat n'a pas les moyens de faire ce type d'études : ce n'est pas son rôle, c'est celui des parties. Comme en l'espèce, personne ne voulait les faire, le Conseil d'Etat a saisi le Conseil de la concurrence.

SYNTHESE DE CLÔTURE

Laurence IDOT, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II) - Collège européen de Paris

1. Permettez moi tout d'abord de remercier le Conseil d'Etat et plus particulièrement le président Sauvé et les organisateurs de m'avoir invitée à conclure cette journée. C'est un grand honneur qui m'a indéniablement rajeunie, car le comité de pilotage l'ignorait certainement, mais j'ai obtenu mon premier diplôme de droit communautaire en 1973, quelques semaines après l'arrêt Continental Can (CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72, Rec., p. 215) qui a ensuite accompagné mes années d'assistantat. Pour les étudiants de ma génération, le contrôle des concentrations faisait partie des serpents de mer du droit communautaire, qui alimentaient surtout les sujets d'examen, au même titre que la société européenne et le brevet communautaire. Initialement, je devais partager cette tâche avec mon président d'université, mais surtout ami, Louis Vogel. Ce dernier empêché par ses fonctions n'a pu répondre à cette invitation et le regrette vivement. Il aurait certainement été plus qualifié que moi, car nous avons tous en mémoire sa thèse « Droit de la concurrence et concentration économique » (Paris, Economica, 1988) dans laquelle il essayait déjà de répondre à nos interrogations d'aujourd'hui. Le règlement communautaire n'avait pas encore été adopté ; quant à la loi française de 1977, elle était à l'époque inappliquée, à tel point que notre collègue Christian Bolze, prématurément disparu, avait pu parler dans un article demeuré célèbre du « naufrage du droit antitrust français » (Mélanges Roblot, Paris, Dalloz).

2. Si je me suis permise, et vous m'en excuserez je l'espère, ce retour en arrière, c'est parce que nous avons tous conscience de l'évolution considérable qu'a connue cette branche du droit de la concurrence en vingt ans. La commissaire, Mme N. Kroes, puis M. Capobianco, le rappelaient ce matin : à peine une dizaine de législations prévoyaient un contrôle des concentrations au début des années 90, plus de 80 aujourd'hui... Il est possible de tirer de ce premier constat deux conséquences. En premier lieu, l'opération de concentration est devenue une catégorie juridique à part entière, catégorie juridique dont les contours sont désormais à peu près identifiés. J'en veux pour preuve que le comité de pilotage n'a pas estimé nécessaire de consacrer une table ronde à la notion même de concentration. En deuxième lieu,

une telle généralisation des réglementations peut à tout le moins faire naître une présomption d'utilité du contrôle. Nous avons été rassurés ce matin puisque les intervenants de la première table ronde n'ont pas remis en cause la nécessité des contrôles, leur principe même... Les données fournies par M. J. Padilla sont à cet égard éloquentes. De même, un consensus s'est dégagé sur la nécessité d'avoir des contrôles efficaces. C'est leur organisation, ce sont leurs modalités, qui peuvent donner lieu à débat.

3. L'objectif de la journée était ambitieux. Le Président Sauvé en a fixé le cadre. Le traitement que nous réservons en 2008 aux concentrations est-il adapté aux nouvelles données de la scène économique internationale ou doit-il évoluer, et dans l'affirmative, comment ? La règle de droit a-t-elle accompagné la mutation ? Tel était l'objet de votre réflexion d'aujourd'hui. La question est d'autant plus cruciale que cette journée intervient au moment où les instances parlementaires débattent d'une réforme d'ampleur du contrôle français des concentrations. Cela étant, avant de tenter d'y répondre, il faut au préalable identifier les enjeux : dès lors que ces derniers évoluent (I), cela doit sembler-t-il naturellement se répercuter sur le traitement (II).

I. L'évolution des enjeux.

4. Le constat paraît difficilement contestable. Les enjeux des contrôles des concentrations ne sont plus les mêmes aujourd'hui qu'au début des années 90. Il y a à la fois élargissement de la dimension spatiale (A) et complexification de la dimension matérielle (B).

A. Elargissement de la dimension spatiale

5. Des contrôles nationaux, ou régionaux dans le cadre de l'Union européenne, sont-ils adaptés, alors que les marchés dépassent souvent ce cadre ?

6.a) Le débat n'est pas vraiment nouveau. Il nous a occupés pendant seize ans au sein de ce qui était à l'époque la Communauté économique européenne et sans la relance du marché intérieur et l'Acte Unique européen, le règlement n° 4064/89 (JOCE, n° L. 395, 30 décembre 1989) n'aurait certainement pas été adopté. L'exemple communautaire est intéressant car il illustre le double niveau de tensions :

- le premier niveau est politique. Les Etats sont réticents à abandonner leurs compétences au profit d'une autorité supra nationale dans un domaine considéré par nature comme sensible, et cela indépendamment des secteurs d'activité touchés. On

l'a bien vu en Europe au moment de l'adoption du premier règlement avec les innombrables discussions sur le niveau des seuils qui déterminent la dimension communautaire de la concentration. Bornons nous à relever que l'on semble être parvenu à un compromis satisfaisant pour tous : la première panoplie de seuils n'a pas été modifiée depuis 1989, et plus encore, la généralisation des procédures de renvoi opérée dans le nouveau règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 (JOUE, n° L. 24, 29 janvier 2004) semble donner satisfaction. Mme N. Kroes le confirmait ce matin.

- le deuxième niveau est plus technique. C'est une remarque qui est souvent faite par les entreprises dans les dossiers à problème. Il suffit de revenir à la « vieille » affaire Alenia/de Haviland (Décision de la Commission du 2 octobre 1991, JOCE, n° L. 334, 5 décembre 1991). Ces dernières ont du mal à comprendre que la Commission apprécie l'impact de l'opération uniquement à l'intérieur du marché commun en raisonnant le plus souvent d'ailleurs sur des marchés nationaux, sans tenir compte de l'impact de l'opération à un niveau mondial.

7.b) Cette distorsion entre le caractère national, ou régional, du contrôle et la mondialisation de l'économie est encore plus difficile à gérer dès lors que les contrôles des concentrations se multiplient. Il n'est pas nécessaire de revenir sur ce point et je me bornerai à deux brèves remarques :

- tous les contrôles des concentrations ne sont pas à mettre au même niveau. L'importance du contrôle dépend naturellement de la puissance économique de l'Etat qui l'exerce. En schématisant, l'on peut dire qu'il y a les grands contrôles (Etats-Unis, Communauté européenne bien sûr), les moyens et les petits. Il est possible de s'interroger également sur la pureté des intentions poursuivies. Si ces contrôles se sont généralisés sans difficulté, c'est parce qu'ils se sont substitués ou surajoutés sans difficultés aux contrôles des investissements qui existaient traditionnellement, comme Me D. Théophile l'a rappelé à juste titre.

- d'un point de vue juridique, la situation est très simple. Nous sommes en présence de lois de droit public qui déterminent unilatéralement leur champ d'application dans l'espace, d'où des situations de cumuls, pouvant aller dans les cas extrêmes à des situations de vrais conflits. Certes, d'un point de vue économique, cela génère des coûts et peut être source d'inefficacité, d'où la nécessité de travailler à la fois sur le rapprochement des règles – ce qu'ont très bien fait ces dernières années l'OCDE et l'ICN – et sur les mécanismes de coopération bilatérale. Ces derniers fonctionnent plutôt bien entre autorités représentant des puissances comparables ; l'on pense bien sûr à la coopération EU/CE et dans une moindre mesure à la coopération Japon/CE. Il ne fait pas de doute que la question des relations avec les autorités chinoises et indiennes sera l'un des prochains enjeux.

8. Quoiqu'il en soit, à cet élargissement de la dimension spatiale, s'ajoute une complexification de la dimension matérielle.

B. Complexification de la dimension matérielle

9. Les données sont plus complexes que dans les années 90. Certes, les analyses en matière de contrôle des concentrations ont toujours été plus difficiles qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles. C'est inévitable car consubstantiel au caractère prospectif du contrôle, comme le rappelait Mme A. Perrot. Cela étant, il faut intégrer deux nouvelles dimensions.

10.a) Première donnée, il faut tenir compte désormais de la diversification des secteurs couverts. Alors que le contrôle des concentrations s'est d'abord développé, au demeurant comme l'antitrust, pour le secteur industriel, il couvre désormais tous les champs d'activité. De plus, l'ouverture à la concurrence de certains secteurs a entraîné d'indéniables phénomènes de recomposition des acteurs. Il suffit de prendre le seul exemple de l'énergie.

11. Cela entraîne deux facteurs complémentaires de complexification. En premier lieu, certains secteurs sont en pleine mutation technologique, ce qui rend l'analyse prospective encore plus délicate. Me P. Wilhem le rappelait à propos de l'audiovisuel en prenant l'exemple de la fusion Canal+/TPS... En deuxième lieu, d'autres secteurs font l'objet d'une régulation, d'où le problème de l'articulation entre l'autorité de concurrence et les régulateurs sectoriels, que nous avons rencontré notamment en France il y a quelques années. Les difficultés institutionnelles soulevées par les concentrations dans le secteur bancaire ou encore dans le domaine audiovisuel sont encore dans les mémoires...

12.b) Deuxième donnée, on constate une plus grande sensibilisation aux questions autres que de pure concurrence. En effet, au-delà des problèmes de concurrence, les concentrations ont de plus en plus d'implications. On pense bien évidemment à la dimension sociale et aux problèmes de délocalisations, mais en fonction des secteurs, l'on peut être confronté également à des problèmes de sécurité, sécurité des approvisionnements par exemple dans le domaine énergétique. La difficulté dans les affaires délicates est moins de savoir quel est le test pertinent que de déterminer si, au-delà du bilan concurrentiel, il faut introduire dans la décision d'autres considérations d'intérêt général : pluralisme des médias, sécurité des approvisionnements énergétiques, voire maintien de l'emploi... Certes, ces difficultés ne sont pas nouvelles ; ce qui est nouveau là encore est la dimension souvent internationale du débat.

13. Une remarque préalable paraît nécessaire : le débat dépasse l'opposition franco-allemande en 1989 que

l'on a connue au moment de l'adoption du règlement communautaire entre un test fondé uniquement sur un bilan concurrentiel et un test en deux temps bilan concurrentiel d'abord/puis si ce dernier est négatif, un éventuel bilan économique. Cela pose deux difficultés largement abordées dans la deuxième table ronde présidée par Mme la présidente Hagelsteen :

- d'abord, quelles sont les autres considérations dites d'intérêt général qui sont admissibles... sachant que la notion ne peut se définir qu'en creux ?
- et plus encore, qui doit prendre position sur ces autres considérations d'intérêt général ?

14. Le débat est particulièrement actuel

- Il est d'actualité au niveau communautaire... L'on pense aux concentrations dans le secteur énergétique et à la redécouverte par les Etats de la clause sur la protection des intérêts légitimes de l'article 21, 4, du règlement, rappelée par Me A. Winckler. Cette dernière illustre bien la tension qui peut exister à ce niveau entre la Commission et les Etats membres, mais la position ferme de la Commission nous a été rappelée par Mme Kroes.

- Il est bien sûr et plus encore d'actualité au niveau français avec l'avant-projet d'ordonnance qui transfère certes à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de décision en matière de concentrations, mais tout en laissant un droit d'évocation au ministre de l'économie, dans des conditions qui, à titre personnel, me semblent tout à fait choquantes, en particulier en phase I. Nous avons entendu avec grand intérêt les présentations des systèmes allemand et espagnol respectivement opérées par mon collègue et ami, J. Drexler, et Mme Nadia Calvino. Il faut espérer que ces exemples inspireront le législateur, que l'on ne maintiendra pas le dispositif envisagé dans ses modalités actuelles et qu'il n'y aura pas de nouvelle exception française.

15. Quoiqu'il en soit, ce dernier débat présente le mérite de poser la question : face à ces nouveaux enjeux, le traitement des concentrations en France et en Europe est-il adéquat ?

II. L'adéquation du traitement ?

16. Pour tenter de répondre à cette question, il faut bien évidemment, comme vous l'avez fait cet après-midi distinguer entre le stade du contrôle administratif (A) et celui du contrôle juridictionnel (B). Plus que les acteurs, ce sont les outils dont ils disposent qui ont retenu notre attention.

A. Adéquation du contrôle administratif ?

17. Certes, un accord s'est progressivement dégagé sur la supériorité de contrôles préventifs, qui présentent d'indéniables avantages sur les contrôles ex post, tant pour les Pouvoirs publics que pour les entreprises, encore que les contrôles dits mixtes ne soient pas totalement condamnés comme le montre l'exemple britannique. Ce préalable réglé, il faut

encore prendre parti sur le critère d'appréciation de la concentration (a) et sur les instruments procéduraux à la disposition de l'autorité (b).

a) le critère d'appréciation

18. On assiste tout d'abord à une convergence de fait des tests retenus dans les principaux contrôles.

Dans l'Union européenne, la convergence existe entre les tests retenus par les contrôles nationaux et celui du contrôle communautaire, du moins en ce qui concerne le bilan concurrentiel. Permettez-moi sur ce point cependant de ne pas partager l'opinion de M. F. Amand lorsqu'il indique que l'on a introduit dans le règlement communautaire n° 139/2004 le test français. La remarque n'est vraie que pour le bilan concurrentiel et oublie une différence fondamentale entre le contrôle communautaire et le contrôle français, même dans la version en cours de discussion. Le premier est uniquement fondé sur un bilan concurrentiel, alors que le second prévoit en plus un bilan économique. Précisément, je trouverai souhaitable que l'on profite de la réforme française pour lever les ambiguïtés qui subsistent dans le texte français... et que l'on ait enfin un test d'appréciation qui soit affiché clairement comme dans toutes les autres législations au lieu d'être noyé dans les dispositions procédurales. Malheureusement, la proposition actuelle va dans le sens opposé en brouillant encore davantage la distinction indispensable à opérer entre bilan concurrentiel et bilan économique.

La convergence est également désormais transatlantique. Nous avons encore tous en mémoire le débat qui a précédé la réforme communautaire de janvier 2004 et l'adoption n° 139/2004. Les spécialistes parlaient à l'époque de l'opposition SLC/PDC, entre d'autres termes de l'opposition entre le test américain dit d'atteinte sensible à la concurrence (substantial lessening of competition) et le test communautaire fondé sur la position dominante (injustement dénommé position dominante collective). Quatre ans après, ces oppositions paraissent pour le moins académiques.

19. S'agissant de l'appréciation concurrentielle de l'opération, cette convergence est certainement due au fait que les économistes ont pris le leadership en la matière et qu'au-delà des subtilités juridiques, ils utilisent les mêmes méthodes d'analyse et les mêmes outils. Certes, des oppositions peuvent subsister, mais elles résident essentiellement dans des divergences quant à la prise en considération du facteur temps, à l'appréciation à court terme ou à moyen terme de l'impact de l'opération sur les consommateurs.

20. On assiste ensuite à une atténuation de l'opposition entre contrôle des concentrations et contrôle des comportements, comme l'a montré au sein de la première table ronde de l'après-midi

présidée par le président Lasserre, l'exposé particulièrement nourri du professeur C. Prieto. Intellectuellement, cela n'est pas surprenant dès lors que les deux branches du droit de la concurrence poursuivent, heureusement, des finalités communes. Ce rapprochement entre les deux composantes du droit de la concurrence se manifeste plus particulièrement sur le terrain des remèdes, ce qui conduit à passer du test aux instruments procéduraux.

b) les instruments procéduraux

21. Deux instruments ont plus particulièrement retenu l'attention.

22. Le premier est, en effet, spécifique aux concentrations. C'est un instrument propre aux contrôles ex ante. Les intervenants de la troisième ronde ont insisté à juste titre sur l'importance et le développement des prénotifications. Il me semble qu'une conclusion claire s'est dégagée en faveur du caractère nécessairement informel de cette procédure. Me A. Winckler en a dénoncé à juste titre les tendances à une formalisation excessive.

23. Le deuxième instrument est commun aux deux contrôles ex ante et ex post. Il s'agit bien évidemment de la technique des engagements. Deux points ont été plus particulièrement débattus.

La première difficulté est d'identifier la mesure correctrice appropriée. La matière a connu une évolution considérable. Il y a dix ans, lors du premier atelier de la concurrence organisé par la DGCCRF sur ce thème, l'on s'interrogeait encore sur la possibilité d'adopter des mesures comportementales (Les engagements en droit de la concurrence, Ateliers de droit de la concurrence, 3 juin 1998, Revue concurrence, consommation, 1998, n°106). La réponse affirmative n'est aujourd'hui plus mise en doute. Il existe d'ailleurs des secteurs où le choix n'existe pas et où seuls des engagements comportementaux peuvent être envisagés. Cela étant, la distinction engagements structurels/engagements comportementaux connaît des limites. Les paquets sont souvent de règle, même si l'exemple de l'affaire Canal +/TPS évoqué par Me Wilhem demeurera sans doute exceptionnel. Nous avons écouté avec intérêt cette expérience comme celle de M. Durance et noter l'apparition d'un nouveau type d'engagements, les engagements d'investissement...

Mais plus encore, la principale difficulté réside dans le contrôle de l'exécution des engagements. Sur ce thème central, je me bornerai à deux remarques. L'affaire Microsoft (TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04) et l'annulation de la partie du dispositif de la décision concernant le mandataire a été évoquée à diverses reprises, notamment par mon amie, C. Prieto. Comme certains, je me suis interrogée sur la portée de cette annulation en matière de concentrations. Il me semble qu'il ne faut pas oublier

une différence fondamentale. Dans l'affaire Microsoft, était en cause une injonction, donc une décision obligatoire émanant de l'autorité de contrôle, alors qu'en principe l'engagement est volontaire et émane de l'entreprise. Cela modifie la conclusion, même si la question méritait d'être posée. En tout cas, cela pose la place du tiers dans le contrôle des engagements. Là encore, l'expérience de M. le conseiller Vistel nous a beaucoup apporté. Même si dans son cas, cela s'est bien passé, le système français actuel n'est pas satisfaisant pour des raisons d'éclatement des autorités et d'opacité du système. Il faut espérer que la nouvelle autorité pourra améliorer le système de contrôle. Mais quand on parle de contrôle, on pense avant tout au contrôle juridictionnel.

B. Adéquation du contrôle juridictionnel ?

24. Diverses annulations prononcées tant par le Tribunal de première instance que par le Conseil d'Etat empêchent de douter de la réalité de ce contrôle juridictionnel. Le conseiller Glaser nous a d'ailleurs donné des chiffres impressionnants pour le Conseil d'Etat... Les difficultés ne se situent pas à ce niveau. Vos interrogations ont bien montré qu'il y avait deux débats.

25.a) Un premier débat classique porte sur l'étendue du contrôle et par voie de conséquence sur la charge de la preuve qui pèse sur l'autorité de contrôle. Par nature, il est difficile s'agissant d'un contrôle prospectif où il s'agit de prédire l'avenir. Ce débat a particulièrement retenu l'attention en droit communautaire. Après les propos particulièrement éclairants de MM. Legal et Glaser, je me garderai bien de faire le moindre commentaire sur ces interventions du juge. Nous avons retenu qu'elles étaient concentrées sur les dysfonctionnements significatifs.

26.b) Pour les entreprises, un deuxième débat éminemment pratique porte bien évidemment sur la rapidité du contrôle. Malgré l'introduction de procédures accélérées en droit, comme dans le règlement de procédure communautaire, ou de fait, comme dans la pratique française, il y aura toujours un décalage entre le temps du juge et le temps des entreprises, malheureusement illustrée par l'affaire Schneider-Legrand (TPICE, 22 octobre 2002 (2 arrêts), aff. T-310/01, Rec., p. II-4071, aff. T-77/02, Rec., p. II-4201 ; sur le recours en responsabilité, TPICE, 11 juillet 2007, aff. T-351/03). Les praticiens, Me Saint-Esteben et de La Laurencie, ont montré les difficultés qui subsistaient dans l'aménagement de ces contrôles. Mais plus encore que le contrôle du juge de la concurrence, d'autres juges peuvent intervenir, comme le juge social, ce qui pose de sérieux problèmes d'articulation des procédures et des risques de divergence de jurisprudences...

27. En conclusion de ces conclusions, je relèverai certains mots qui sont revenus tout au long de cette journée. Mutation, convergence, cohérence, ont été au cœur des débats. Il y en a un qui n'a pas été prononcé – transparence -. Le Gouvernement nous a invités à présenter des observations sur l'avant projet d'ordonnance et sur le nouveau système de contrôle français. Je ne doute pas que cette journée aura

apporté un certain nombre d'éclaircissements et nous aidera à faire des remarques pertinentes.

Un grand merci aux organisateurs pour ce thème judicieusement choisi, à tous les intervenants qui se sont succédé et à l'assistance qui est restée patiemment jusqu'à cette heure tardive.

Document disponible à la consultation uniquement. Les actes sont également disponibles dans la revue « Lamy de la concurrence » (numéro 18 – janvier/avril 2009). Plus d'information sur <http://www.wkf.fr/>.

Ce document a été établi à partir des propos échangés lors du colloque qui s'est tenu le 20 juin 2008 à l'Ecole nationale d'administration, à Paris. Compte tenu de la brièveté du temps de parole alloué dans un colloque, certains orateurs ont jugé indispensable de préciser ou d'enrichir leur intervention pour poursuivre la réflexion. Les opinions exprimées sont personnelles aux auteurs et n'engagent pas l'institution à laquelle ils appartiennent ni le Conseil d'Etat.