































































**Florian Bien :** Je souhaite tout d'abord me joindre aux remerciements faits aux organisateurs et notamment à l'organisatrice de ce beau colloque auquel je me réjouis d'avoir été invité. Je vais tout de suite essayer de répondre à la question de Madame le professeur Behar-Touchais et rebondir sur les propos de Didier Théophile.

Bien que je sois universitaire, j'aimerais d'abord essayer d'adopter le point de vue d'un avocat d'entreprise. Pour lui, la « décision » en faveur du régime national ou européen de contrôle des fusions comporte évidemment des enjeux stratégiques. En fin de compte, il importe pour les entreprises notifiantes d'obtenir l'autorisation de leur projet à la fin du processus. À cet égard, toutes les divergences aussi bien minimales que majeures entre les régimes en question, à savoir le régime européen d'un côté et les régimes nationaux de l'autre, peuvent avoir un impact décisif pour les entreprises parties à la concentration. Des disparités se trouvent déjà au niveau de l'importante question de la délimitation du marché, laquelle peut parfois diverger de manière étonnante. Ainsi, en ce qui concerne la délimitation des marchés de production d'énergie, la Commission européenne semble avoir toujours défini un seul marché englobant à la fois la production et la fourniture en gros d'électricité, « quelles que soient les sources de production et les circuits commerciaux. »<sup>1</sup> Le *Bundeskartellamt* (BKartA) estime, pour sa part, qu'une distinction doit être faite entre le marché de la vente d'électricité produite de manière conventionnelle de celle produite à partir de sources d'énergies renouvelables subventionnées<sup>2</sup>. Il n'est pas exclu que ces approches divergentes puissent avoir un effet décisif sur l'issue du projet de fusion (complexe) entre les deux géants allemands de la production d'énergie RWE et E.On.

J'aimerais bien souligner deux autres différences pouvant avoir un certain impact sur la question, et qui marquent une divergence assez nette entre le droit allemand d'un côté et les droits français et européen de l'autre. La première concerne la question des droits des tiers à la concentration. En Allemagne, nous avons un nombre très important de dossiers de projets de concentration à traiter. Le *Bundeskartellamt* se penche chaque année sur beaucoup plus que 1000 cas. Par conséquent, la distinction entre la phase 1 et la phase 2 est d'une importance majeure pour l'Office fédéral des cartels. Cela ne vous surprendra pas que seul un très faible nombre de dossiers entre en phase 2. Or, le problème pour les tiers résulte du fait que le *Bundeskartellamt* ne va, en général, pratiquement jamais adopter une décision formelle en phase 1, contre laquelle ceux-ci peuvent former un recours en justice. Dans la pratique, l'agent du *Bundeskartellamt* se contente

<sup>1</sup> Commission, M.8660 -FORTUM / UNIPER, n° 18.

<sup>2</sup> *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, Konsultationsentwurf - Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel* (Mars 2019), [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden\\_Missbrauchsaufsicht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden_Missbrauchsaufsicht.pdf?__blob=publicationFile&v=4).













































































































































