# Colloque
# « Vers un réseau européen
# « du contrôle des concentrations »

*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*
*Amphithéâtre Liard (Sorbonne), 12 juin 2019*
Sous la direction de Catherine PRIETO

***Présentation générale***
Catherine PRIETO, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

***Rapport introductif***
***Vers un réseau européen en contrôle des concentrations- État du droit positif***
Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II-Panthéon Assas

***I. Table ronde sur les mécanismes de renvoi***
Modérateur :
Martine BEHAR-TOUCHAIS, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Intervenants :
Le point de vue de l'avocat : Didier THEOPHILE (Darrois Villey Maillot Brochier)
Le point de vue de l'Autorité française : Jérôme VIDAL
Le point de vue de la DG COMP : Simon VANDE WALLE
Le regard allemand : Prof. Florian BIEN, Université de Würzburg

***II. Table ronde sur l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union***
Modérateur :
David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université

Intervenants :
Le point de vue du praticien : Marta GINER ASINS (Norton Rose)
Le point de vue de l'Autorité française : Étienne CHANTREL
Le point de vue de la DG COMP : Josep Maria CARPI BADIA
Le regard allemand : Prof. Florian BIEN, Université de Würzburg

***Rapport de synthèse, Un réseau informel efficace***
Catherine PRIETO

***Summary*** : *Even if European Competition Network (ECN) deserves to be enhanced thanks to Directive (EU) 2019/1, this network is well-known as effective mechanism of cooperation. Through the ECN, the national competition authorities work closely on enforcing antitrust rules. They appreciate an useful division of work, coordination of investigations, exchange of evidence, pool of experience and best practices, discussions on topic of common interest. Unfortunately, this successful network is not extended to merger rules. Many historical reasons explain this difference between antitrust rules and mergers rules. The first one is that the EU mergers rules are not applied by national competition authorities. However, the need for cooperation in this area, especially after the experience within ECN, encourage the Commission and the national competition authorities to use the possibility of requesting referrals to or from the Commission before a concentration is notified. This way is seen as an alternative to the system of re-allocation of cases within ECN. Competition practitioners manage to deal with these referrals as well as possible. Moreover the Commission and the national competition authorities create the UE Merger Working Group. May we consider this Group as equivalent to ECN in the future ? Can it be a way to extend ECN to mergers rules ? Clearly, it appears that this Merger Working Group gives a lot of satisfaction to the ECN enforcers. Then, we could consider that the present situation is quite acceptable. Nonetheless, we could expect a progressive harmonization of national and EU mergers rules so as an integrated network could naturally emerge in parallel to ECN for antitrust rules.*

***Keywords :*** *Merger rules – Comparison with antitrust rules – Non-extension to European Competition Network – Substitutes – Referrals – Merger Working Group – Harmonization of national and EU mergers rules.*

**Résumé :** Même si le Réseau européen de concurrence (REC) mérite d'être perfectionné grâce à la directive (UE) 2019/1, ce réseau est réputé pour avoir institué un système de coopération particulièrement efficace. Grâce à lui, les autorités nationales de concurrence travaillent en relation étroite dans la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles. Elles apprécient la division du travail, la coordination dans les enquêtes, les échanges de preuve, la mise en commun de l'expérience et des bonnes pratiques, les discussions sur des sujets d'intérêt commun. Malheureusement, ce réseau qui est un succès incontesté, n'est pas étendu à la mise en œuvre du contrôle des concentrations. Plusieurs raisons historiques expliquent des différences entre le contrôle des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles. La première d'entre elles tient au fait que le droit de l'Union des concentrations n'est pas appliqué par les autorités nationales de concurrence. Cependant, le besoin de coopération a été ressenti dans ce domaine, surtout après les habitudes prises dans le cadre du REC. Ceci a incité la Commission et les autorités nationales à exploiter les renvois ascendants et descendants ouverts dans le règlement n° 1239/2004. Cette exploitation des renvois a été perçue comme une alternative aux possibilités de réallocation des cas dans le cadre du REC. Il s'avère que les praticiens s'en accommodent assez bien. De plus, la Commission et les autorités nationales ont créé un *Merger Working Group*. Pourrait-on le considérer comme l'équivalent du REC dans le futur ? Peut-on y voir un moyen d'étendre le REC aux règles du contrôle des concentrations ? Il apparaît que Groupe est très apprécié par les acteurs des autorités de concurrence. Aussi, nous pourrions considérer que le *statu quo* perdure. Néanmoins, nous pourrions aussi espérer qu'une harmonisation progressive des droits nationaux avec le droit de l'Union des concentrations amène à faire émerger naturellement un réseau intégré en parallèle de l'ECN.

**Mots-clés :** Contrôle des concentrations – Comparaison avec droit des pratiques anticoncurrentielles – Non-extension du Réseau européen de concurrence (REC) – Substituts – Mécanismes de renvois – *Merger Working Group* – Harmonisation des droits nationaux et du droit de l'UE.

**Pour citer cet article** : Catherine PRIETO (dir.), « Actes du colloque "Vers un réseau européen de contrôle des concentrations" du 12 juin 2019 », *Revue juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, p. 52-143.

# Présentation générale

**Catherine PRIETO**
*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne*
*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

**1.–** Pourquoi le Réseau Européen de Concurrence (REC) n'est-il pas compétent pour le contrôle des concentrations ? Quelle est la différence entre le REC et le comité consultatif créé par le règlement 1989 et renouvelé par le Règlement 2004 ? Ce sont des questions sur lesquelles les étudiants de Master butent systématiquement. Il leur paraît naturel que le Réseau européen de concurrence, par la généralité même de son appellation, soit compétent pour toutes les règles de concurrence de l'Union et particulièrement pour le contrôle des concentrations. En effet, pourquoi faire un traitement distinct de l'analyse concurrentielle préventive du contrôle des concentrations et celui de l'analyse *ex post* des ententes et abus de position dominante alors qu'il s'agit toujours de traquer un pouvoir de marché ? Il est difficile de dissiper les confusions alors même que les étudiants sont attentifs et soucieux de réussir leurs examens, comme ceux ici présents. Mais, au fond, n'y a-t-il pas dans cette approche qu'ils considèrent « naturelle » une part de vérité ? C'est le questionnement ouvert par ce colloque. Son intérêt ne s'arrête pas à l'enseignement.

**2.–** Si des étudiants saisissent mal l'architecture générale des institutions mettant en œuvre les règles de concurrence, que dire alors de l'opinion publique ? Or il n'est pas anodin de s'intéresser à cette dernière. Les remous provoqués par la décision d'incompatibilité du projet de fusion entre Alstom et Siemens en sont le témoignage. Le ministre français de l'Économie n'a-t-il pas pris à partie l'opinion publique pour dénoncer une décision inepte, car contraire au développement économique européen[1] ? Dans le débat public, la décision de la commissaire en charge de la concurrence était remise en cause sans que soient pris en compte le

[1] Pour une présentation de la controverse, Chron. « Contrôle des concentrations », D. BOSCO et C. PRIETO, *Contrat-Concurrences-Consommation* 2019.

poids et les analyses convergentes des autres autorités nationales de la concurrence émises dans le cadre du comité consultatif. Le terme « réseau » serait plus évocateur pour neutraliser l'habituelle caricature de l'aveuglement bruxellois dans un prétendu isolement. Il n'est donc pas inutile de s'interroger sur l'état de lieux et sur les perspectives d'évolution pour renforcer l'adhésion à la politique de concurrence de l'Union.

**3.**– Du point de vue de la base juridique, la différence est parfaitement expliquée et justifiée. Il faut revenir au contexte historique dans lequel a été rédigé le traité de Rome en 1957. Ce traité portant sur l'institution d'un grand marché commun aurait dû s'inspirer des règles de concurrence figurant dans le traité relatif au marché spécial de charbon et de l'acier, établi en 1951 et dénommé traité CECA. Des règles très substantielles relatives au contrôle des concentrations y figuraient. Elles auraient dû être transposées dans le traité de Rome, à l'instar de celles relatives à la prohibition des ententes et des abus de position dominante. Or, tel n'a pas été le cas. Les explications apportées le plus souvent ne sont pas satisfaisantes. D'aucuns avancent qu'il fallait encourager les restructurations d'entreprises à l'échelle d'un grand marché européen et qu'un contrôle était dissuasif. En réalité, l'explication véritable tient à l'influence de la délégation allemande sur l'élaboration du traité. En 1957, les Ordolibéraux avaient enfin arraché un consensus en Allemagne permettant l'adoption de leur grande loi de la concurrence, après dix années de discussions ardues avec le patronat. Ce consensus reposait sur l'abandon d'un contrôle des concentrations. Au regard de la teneur du *Manifesto* de 1936 rédigé par Walter Eucken et Franz Böhm, les pères de l'ordolibéralisme, cela ne peut pas manquer de surprendre. L'instauration d'un contrôle des concentrations était au cœur du dispositif qu'ils recommandaient d'un État de droit protégeant « la libre concurrence » contre les dérives de la puissance économique. Nonobstant le prestige des ordolibéraux, tenant à leur opposition au nazisme, les mauvais penchants culturels datant du XIXe siècle ne pouvaient pas être rayés d'un trait de plume. Dès lors que la loi allemande faisait abstraction d'un contrôle des concentrations, la délégation allemande avait pour mandat de préserver la cohérence du droit allemand avec les futures règles d'un grand marché commun et donc d'œuvrer pour occulter un contrôle des concentrations[1]. Il faut ajouter que la délégation française, pétrie de tradition de dirigisme économique, n'a guère protesté sur cette occultation du contrôle des concentrations. De là vient la faiblesse « congénitale » du contrôle des concentrations par rapport au droit des pratiques anticoncurrentielles : il ne figure pas dans le traité fondateur d'un grand marché.

[1] Pour l'ensemble des références, cf D. BOSCO ET C. PRIETO, *Le droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruylant 2013, n°143, 144, 160, 165, 174.

**4.**– Cette occultation dans le traité de Rome n'a jamais pu être rattrapée par la suite. Très vite, pourtant, la Direction générale de concurrence a constaté l'impact négatif des restructurations opérées au profit des multinationales. Mais les États membres, ayant pris toute la mesure des transferts de souveraineté consentis, n'étaient plus désireux d'aller au-delà. S'est alors engagé un long bras de fer entre la Commission et les États membres. La Commission a « sollicité » l'article 86 CEE et son interprétation téléologique, dont est né l'abus de structure, a été confortée par la Cour de justice[1]. Puis, elle a « sollicité » l'article 85 CEE et a été à nouveau approuvée dans son analyse par la Cour de justice[2]. Après plus de 20 ans de négociation, la Commission a pu aboutir à un texte de compromis avec le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989. Articulés autour du principe du « guichet unique » selon le franchissement ou non de seuils, les textes de droit national et de droit communautaire s'excluent les uns les autres, à la différence des textes relatifs aux ententes et abus de position dominante susceptibles d'être appliqués concomitamment. L'application des textes nationaux n'est ainsi pas soumise à l'application conforme aux textes communautaires, ce qui laisse libre cours aux politiques industrielles de chaque État membre, préservées implicitement par les droits nationaux des concentrations. Les montants de seuils ont été l'élément crucial de ce compromis dans la mesure où ils déterminaient les champs d'application respectifs des droits nationaux et du droit communautaire. Comme le règlement (CEE) n° 4064/89 le prévoyait, ces seuils si âprement négociés ont fait ultérieurement l'objet d'une procédure de révision. La Commission tenait, en effet, à étendre le champ de son contrôle. Mais le compromis a été toujours aussi difficile : les seuils n'ont pas été modifiés et le seul changement introduit s'est limité à une seconde série de seuils mis en œuvre à titre subsidiaire. Ce compromis fragile sur le montant des seuils perdure dans le nouveau règlement (CE) n° 139/2004. Arc-boutés sur leur marge de politique industrielle, les États membres demeurent sur une position défensive. C'est dire combien était impensable l'introduction d'un principe général du contrôle des concentrations dans les traités successifs qui ont modifié le traité de Rome.

**5.**– Le contraste est saisissant avec les audaces prises dans la mise en œuvre des dispositions du traité de Rome relatives à la prohibition des ententes et des abus de position dominante. Dès 1962, l'ordolibéral Hans von der Groeben, premier Commissaire en charge de la concurrence, a pris appui sur les principes d'application uniforme et d'effet utile du traité pour poser dans le règlement n° 17/62 des règles hardies fondées sur la base juridique du traité. Cet ancêtre du règlement n° 1/2003 ouvrait une voie décisive aux approfondissements ultérieurs du règlement n° 1/2003, notamment dans la création du REC. Or, les succès du REC sont tels que la tendance naturelle est de lui attribuer une

[1] CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6/72, *Europemballage et Continental Can.*
[2] CJCE, 17 nov. 1987, aff. 142/84, *British American Tobacco et Reynolds.*

compétence générale. Certes, il faut les relativiser selon les États membres, ce qui explique la directive ECN+. Mais, dans l'ensemble, le succès est considérable[1]. Autant la notion de réseau pouvait surprendre en 2004, autant elle a fait la démonstration de sa puissance de frappe en termes d'efficacité et même de légitimité.

**6.**– Il est donc aisé de comprendre que, face à des difficultés d'application comme celles de l'affaire *Euro Tunnel/Ferry Link*, les propositions de solution s'inspirent du fonctionnement du REC pour « exploiter » le potentiel des renvois. C'est le sens du rapport de l'Autorité de la concurrence, sur lequel nous reviendrons[2]. C'était également le sens du Livre blanc présenté à la consultation publique par la Commission[3]. Or, celui-ci n'a pas reçu depuis sa publication un début de concrétisation sur le plan institutionnel. Faut-il cependant rester sur un constat de regret ?

**7.**– En réalité, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'expérience du REC a servi et sert toujours la mise en œuvre des règles des droits nationaux et européen du contrôle des concentrations. Avec la création du REC, les autorités nationales de concurrence (ANC) et la direction générale de la concurrence (DG COMP) ont pu mesurer tous les intérêts et le potentiel d'un réseau. Non seulement les ANC ont expérimenté et approfondi des relations de coopération et confiance avec la DG COMP, mais elles ont encore découvert ce que pouvait apporter la coopération sur un plan horizontal et même la dynamique circulaire entremêlant les deux plans horizontal et vertical qui donne l'estampille d'un véritable réseau[4].

**8.**– Mais la progression vers un réseau suppose l'application des mêmes règles par tous ses acteurs. Le diagnostic de Mario Monti était clair : il faudrait pour les concentrations transfrontalières que les ANC appliquent les règles de fond du droit des concentrations de l'Union[5]. Or, cette acceptation est encore perçue comme un abandon de souveraineté des États membres susceptible de contrarier leurs politiques industrielles. La seule issue envisageable reste dans une harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union. Celle-ci passe par un dialogue étroit entre les autorités de concurrence, lesquelles sont les mieux à même de convaincre

[1] Dans son communiqué de presse du 14 janvier 2019, à propos de l'adoption de la directive ECN+, l'Autorité de la concurrence souligne que plus de 2000 procédures ont été ouvertes dans le Réseau et qu'elle-même a été l'autorité la plus active en ouvrant 260 enquêtes.
[2] Aut. conc., Pour un contrôle des concentration plus simple, cohérent et stratégique en Europe, Rapport au ministre de l'économie et des finances, 2013.
[3] Comm. UE, Livre blanc, Vers un contrôle efficace des concentrations dans l'UE, COM (2014), 449 final.
[4] S. PERUZZETTO et L. IDOT, « Internormativité et réseaux d'autorités, Les nouvelles formes de relations juridiques entre l'ordre communautaire et les ordres nationaux », *Les Petites Affiches* n°199, octobre 2004.
[5] M. MONTI, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européenne*, Rapport sollicité par Jose Manuel Barroso, 9 mai 2010.

leurs législateurs respectifs. L'exemple du législateur danois est exemplaire. Celui-ci a été convaincu que le perfectionnement de son droit des concentrations résidait dans un rapprochement avec le droit de l'Union. Sans adopter des dispositions parfaitement similaires, les travaux préparatoires indiquent que l'objectif est d'harmoniser le droit national avec le règlement n° 139/2004 et que le droit danois doit être interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice. Ces éléments ont été relevés par cette dernière pour justifier sa compétence lorsqu'elle a été saisie d'une question préjudicielle par le juge danois[1]. Ainsi, par ce dialogue original entre le juge national et le juge de l'Union, souhaité par le législateur national, l'arrêt *Ernst & Young* éclaire non seulement le droit danois mais aussi le droit de l'Union dans la notion de concentration et, partant, dans l'obligation de suspension. La culture européenne de concurrence se tisse par le dialogue et la force de conviction entre les autorités nationales de concurrence, les législateurs nationaux, les juges nationaux, la Commission européenne et la Cour de justice.

**9.-** N'y aurait-il donc pas ainsi une politique des « petits pas » qui seraient à l'œuvre ? Il faut se résoudre à une marche modérée dès lors qu'elle est dans la bonne direction. L'intérêt de notre rencontre tient à cette présentation « en clair » de ce qui demeure encore dans l'ombre, mais qui peut être efficace dans une certaine mesure et pourrait le devenir encore davantage. Je remercie donc les participants d'avoir accepté de mener cette réflexion collective en confrontant les points de vue et surtout en apportant l'expérience des praticiens, avocats et acteurs des institutions. Notre réflexion sera d'abord servie par le cadre posé par Laurence Idot. Ensuite, Martine Behar-Touchais et David Bosco animeront chacun une table ronde. La première vise à explorer tout le potentiel des renvois au sens de l'allocation des cas établie par le règlement n°1/2003. La seconde table ronde porte sur l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union. Les deux thématiques sont en interaction pour avancer dans la voie menant à un réseau du contrôle des concentrations.

[1] CJUE, 31 mai 2018, C-633/16, Ernst & Young, pts 33 et 34.

# Rapport introductif
# Vers un réseau européen en contrôle des concentrations
# État du droit positif

**Laurence IDOT**
*Professeur émérite de l'Université Paris II-Panthéon Assas*

**1.** Le fonctionnement en réseau a été l'une des grandes nouveautés de l'entrée du droit de l'Union européenne dans le XXIe siècle[1]. Les réseaux ont fleuri dans de nombreux domaines, non seulement dans des champs proches du droit de la concurrence, comme le droit de la régulation[2], ou le droit de la consommation[3], mais également dans des branches plus traditionnelles. Des réseaux européens ont, en effet, également été institués dans des secteurs plus sensibles, comme la justice[4], ou plus récemment l'immigration[5], sans oublier plus récemment la protection des données personnelles. Dans les domaines très européanisés, de véritables organes ont parfois été mis en place, comme le BEREC, l'ACER[6], mais l'on trouve également des structures plus souples, comme le comité européen de protection des données, institué par le RGPD[7].

---

[1] V. Pour une première étude, « Internormativité et réseaux d'autorités, Les nouvelles formes de relations juridiques entre l'ordre communautaire et les ordres nationaux », S. PERUZZETTO et L. IDOT (dir.), *Les Petites Affiches* n°199-200, 5-6 octobre 2004.

[2] « Autorités de régulation et réseaux », in *La modernisation du droit des affaires*, G. JAZOTTES (dir.), Litec, 2007, p 119-133 ; « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP*, 3-2008, p. 787-821.

[3] Règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) no 2006/2004, JOUE, n°L 345, 27 déc. 2017, qui met en place un Réseau des autorités nationales de protection des consommateurs ; Réseau des centres européens des consommateurs, v. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/resolve-your-consumer-complaint/european-consumer-centres-network_en

[4] Réseau judiciaire européen en matière pénale, mis en place par la décision du Conseil 2008/976/JAI du 16 décembre 2008 ; v.
https://e-justice.europa.eu/content_ejn_in_criminal_matters-22-fr.do ;
Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale,
https://ejustice.europa.eu/content_european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters-21-fr.do ;
Réseau européen des médiateurs, créé en 1996, https://www.ombudsman.europa.eu/fr/european-network-of-ombudsmen/about/fr

[5] Réseau européen des migrations, https://ec.europa.eu/immigration/informations-générales/le-réseau-européen-des-migrations_fr

[6] Pour les communications électroniques, l'ORECE (ou BEREC), règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), JOUE, n° L 337, 19 déc. 2009 ; pour l'énergie, l'ACER, Règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, JOUE, n° L 211, 14 août 2009 ; pour les transports ferroviaires, l'IRG-Rail, ou Réseau européen des régulateurs ferroviaires, créé en juin 2011 par un *memorandum of understanding* entre les régulateurs (https://irg-rail.eu/irg), l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer (Règlement (UE) 2016/796 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer, JOUE, n° L 138, 26 mai 2016 ) qui établit un réseau des autorités nationales de sécurité.

[7] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE, n° L 119, 4 mai 2016, art. 68 et s.

**2.** Non seulement le droit de la concurrence n'a pas échappé à ce phénomène, mais il en est surtout l'un des exemples les plus emblématiques. Il y a seulement six semaines, nous aurions pu fêter le 15ème anniversaire du *Réseau européen de concurrence*, créé par le règlement n 1/2003 entré en vigueur le 1er mai 2004[1]. Tel n'a pas été le cas[2]. Pourtant, indépendamment du fait qu'une nouvelle phase devrait commencer à l'issue du processus de transposition de la directive 2019/1, plus connue sous le nom de directive ECN+[3], le succès du REC ne se dément pas. Il suffit de consulter les statistiques pour s'en convaincre[4]. Au 31 décembre 2018, 2525 nouvelles affaires avaient fait l'objet d'une « fiche dite 11, § 3 », 1202 d'une « fiche dite 11, § 4 ». Sur les 2525 nouvelles affaires, 377 seulement étaient des cas ouverts par la Commission. Pour l'antitrust, le travail en réseau a été une véritable révolution et pourtant il n'avait pas été prévu dans le Livre Blanc de 1999 qui n'envisageait que le remplacement du système d'autorisation préalable par le système dit d'exception légale pour l'application de l'article 101, § 3, TFUE[5]. Les nombreuses et fructueuses discussions avec les différentes parties prenantes ont conduit la Commission à aller plus loin et à mettre en place cet objet difficile à identifier qu'est le *Réseau européen de concurrence* ou REC[6]. En effet, il est difficile à identifier pour les observateurs extérieurs, car il n'y a pas de section consacrée au réseau en tant que tel dans le règlement n° 1/2003, comme l'on peut en trouver dans d'autres textes. Il faut se reporter à la communication sur la coopération entre la Commission et les Autorités nationales de concurrence (ci-après ANC), sans doute le texte le plus important sur le plan pratique du « paquet modernisation »[7].

**3.** Pour autant, dans cette branche peut être la plus européanisée qu'est le droit de la concurrence, le REC a un domaine restreint. Son champ d'action est limité au droit antitrust et ne s'étend pas aux deux autres composantes que sont le contrôle des concentrations et celui des aides d'État. Cela peut surprendre - les étudiants commettent souvent l'erreur -, mais il ne saurait en être autrement, puisque le règlement n° 1/2003, qui en est la base juridique, ne concerne que la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE. Chaque composante du droit de la concurrence de

---

[1] JOCE, n° L 1, 4 janv. 2003. Pour une présentation du système, v. not., L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence - Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

[2] En revanche, le dixième anniversaire a fait l'objet de différentes manifestations.

[3] Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JOUE, n° L 11, 4 janv. 2019.

[4] V. les dernières statistiques disponibles au 31 décembre 2018, http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html

[5] Comm. eur, *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE*, 28 avril 1999, JOCE, n° C 132, 12 mai 1999.

[6] V. en particulier les travaux menés à l'IUE de Florence, sous la direction de C-D. EHLERMAN, 5th *European Competition Law Annual 2000: the Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, Hart publishing, 2001 ; *7th European Competition Law Annual. Constructing the Network of EU Authorities,* Oxford, Hart Publishing, 2004.

[7] JOUE, n° C 101, 27 avril 2004.

l'Union dispose de son propre corps de règles et, en contrôle des concentrations, il faut se reporter au règlement n° 139/2004[1] et aux textes d'application.

Même si le considérant 14 du règlement de base comporte une allusion à un réseau des autorités de la concurrence, ce texte n'institue nullement le pendant du REC en contrôle des concentrations[2]. Il ne faut toutefois pas s'arrêter aux textes de droit dur, car il existe d'ores et déjà un réseau informel. Est-ce suffisant ? C'est à cette question qu'il vous appartiendra de répondre en fin de journée. À ce stade préliminaire de la réflexion, il suffit de dresser l'état des lieux en revenant successivement sur ces deux caractéristiques du droit positif : l'absence de réseau formel (**I**), l'existence d'un réseau informel (**II**).

## I. L'ABSENCE DE RESEAU FORMEL

**4.** Plus que le constat qui peut être rapidement dressé (**A**), il convient de revenir sur les raisons à l'origine de cette situation et d'en rappeler les conséquences (**B**).

### A. Constat

**5.** Les autorités des États membres ne sont pas absentes du règlement n° 139/2004. Comme dans le premier règlement de base, le règlement n° 4064/89, figure un article 19 qui est intitulé « Liaison avec les autorités des États membres ». Le dispositif actuel a été repris du règlement n° 4064/89[3], lequel était lui-même l'adaptation au contrôle des concentrations de l'article 10 du règlement n° 17 du 6 février 1962[4].

Quelques modifications étrangères à la problématique du réseau ont été apportées en 2004 à ce texte qui comporte sept alinéas. Elles sont uniquement d'ordre technique[5]. Le texte a surtout été explicité et complété en novembre 2016 par un *Working arrangement*[6] rédigé par la DG concurrence en liaison avec les ANC au sein du groupe de travail sur le contrôle des concentrations.

---

[1] JOUE, n° L 24, 29 janvier 2004.
[2] V. not., « La mise en réseau des autorités de régulation », sp. II[e] partie.
[3] JOCE, n° L 395, 30 décembre 1989.
[4] JOCE, n° 13, 21 février 1962.
[5] La transmission des pièces inclut également les engagements proposés par les parties (§1), le délai pour convoquer le comité a été abrégé de 14 à 10 jours (§ 5) et l'avis est désormais communiqué aux parties en plus d'être publié (§ 7). Les §§ 2 et 6 demeurent inchangés. Des modifications rédactionnelles ont été apportées aux §§ 3 et 4.
[6] Le texte, non publié au JOUE, est disponible sur le site de la DG concurrence : http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_adcom/work_arr_merger_advcom.pdf

**6.** L'article 19, § 2, pose tout d'abord le principe de liaison constante avec les autorités des États membres qui est explicité au paragraphe 1. En résumé, la Commission doit avertir les autorités des États membres de ses actions en ce domaine, ce qui se traduit en pratique par l'envoi d'une copie des documents principaux de la procédure, au premier rang desquels le dossier de notification de l'opération. Le délai d'envoi de la copie de la notification ainsi que la définition des documents principaux sont précisément explicités dans le *Working arrangement*. Cette transmission d'informations « pendant le cours de la procédure » concerne toutes les affaires. Pour celles qui s'achèvent en phase I, elle se termine par l'envoi d'une copie de la décision, mais si l'affaire passe en phase II, les « documents principaux » sont beaucoup plus importants, puisqu'ils incluent notamment la communication des griefs, ainsi que la réponse à la communication, le rapport du conseiller auditeur… Le *Working arrangement* organise parallèlement les modalités de l'accès au dossier de la Commission.

**7.** En cas d'ouverture d'une phase II, le comité consultatif, prévu au § 3, intervient nécessairement. Le texte n'ayant pas été modifié en 2004, à la différence de ce qui est prévu pour l'antitrust, ce sont en principe les États membres et non les ANC qui sont représentés au sein de ce dernier. Toutefois, en pratique, les solutions du règlement n° 1/2003 ont été transposées. Ainsi, depuis la réforme de 2008, la France est-elle représentée par des agents de l'Autorité de la concurrence et non plus par des agents de la DGCCRF. Compte tenu de l'accroissement du nombre de membres du fait de l'élargissement, pour faciliter le travail, le *working arrangement* a officialisé la fonction de rapporteur qui s'était antérieurement développée de manière informelle.

Le comité consultatif est obligatoirement consulté sur les décisions les plus importantes, ce qui signifie principalement les décisions adoptées à l'issue de la phase II, dites « décisions art. 8 », mais il intervient également sur les éventuelles décisions infligeant des amendes ou des injonctions sous astreinte, qui se sont récemment développées.

Sur le plan pratique, le *working arrangement* complète les dispositions de l'article 19, § 5 à § 7, du règlement sur les réunions du comité consultatif, les informations à transmettre préalablement aux réunions, les avis rendus et la publicité qui les entourent.

**8.** Il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails, car ces dispositions sont étrangères à la notion de réseau. Cette manière d'organiser les relations entre la Commission et les États membres (non les autorités de concurrence) a été conçue à une époque, 1962, où la notion de réseau était totalement inconnue. Elle ne fait

que traduire le principe de coopération loyale désormais affirmé à l'article 4, § 3, TUE.

Plus important à relever est le fait que ces règles ne concernent que les procédures menées par la Commission. L'on est ici dans une relation uniquement verticale et descendante. La Commission avertit les autorités des États membres de ses actes et les consulte avant l'adoption des seules décisions finales importantes. On est très loin du fonctionnement du Réseau européen de concurrence. Au demeurant, les deux modalités d'organisation des relations entre la Commission et les États membres sont indépendantes et complémentaires. Ainsi, en antitrust, pour les procédures menées par la Commission, le règlement n° 1/2003 a conservé à l'article 14 le principe de l'intervention d'un comité consultatif, désormais composé pour l'examen des cas individuels, non plus par des représentants des États membres, mais par des représentants des ANC.

Le constat étant ainsi opéré, il convient d'aller plus loin dans l'analyse.

### B. Analyse

**9.** Plus encore que les causes à l'origine de cette situation, les conséquences d'un tel système doivent être gardées à l'esprit.

**10.** a) Les raisons qui expliquent cette différence entre les deux règlements - le n° 1/2003, d'un côté, le n° 139/2004 de l'autre – pourtant conçus et débattus au même moment sont principalement de deux ordres. Elles sont d'abord d'ordre historique et politique, mais également d'ordre structurel.

**11.** Les raisons historiques et politiques, ou contextuelles, ne sont pas à négliger. En Europe, le contrôle des concentrations est, pour reprendre l'expression de Louis Vogel, un droit de seconde génération[1]. En 1989, lorsque le premier règlement de base a été enfin adopté, le grand sujet de discussion était le niveau des seuils qui déterminait l'intervention de la Commission et la compétence du contrôle européen. Il était d'autant moins question de réseau que n'existaient à l'époque que trois contrôles nationaux des concentrations, dont deux, le français et le britannique, étaient largement ineffectifs[2], car de nature mixte.

Lorsque les travaux sur la révision de ce texte ont débuté au début des années 2000, les préoccupations étaient encore différentes. À la suite des

[1] L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988.
[2] Pour le droit français, v. CH. BOLZE, « Le naufrage du droit antitrust français » in *Mélanges en l'honneur de R. Roblot*, Paris, Dalloz, 1984, p. 181.

divergences transatlantiques[1] et des premières annulations de décisions prononcées par le Tribunal[2], le débat était dominé par les questions de fond, en particulier par la généralisation de l'approche économique et la nécessité de faire évoluer le test de contrôle. Sur le plan pratique, les plurinotifications étaient encore limitées, puisque l'élargissement vers les pays de l'Est n'était pas effectif et les contrôles nationaux des concentrations ne s'étaient pas encore généralisés[3]. On était d'autant moins sensibilisé au fonctionnement en réseau que, dans le cadre des travaux parallèles menés en antitrust, l'idée venait tout juste d'émerger. Au contraire, c'était le système de *one stop shop* caractéristique du contrôle des concentrations qui servait de modèle et avait inspiré la Commission dans sa proposition de règlement de 2000[4].

**12.** Mais à ces raisons contextuelles, s'ajoutent bien sûr des raisons structurelles. Le contrôle des concentrations présente deux caractéristiques qui le distinguent fondamentalement du droit antitrust et rendent plus difficile le travail en réseau.

**13.** La première différence est générale et pourrait être constatée en dehors du droit de l'Union. Parce que le contrôle des concentrations ne relève pas de la matière répressive, le choix a été opéré en Europe de mettre en place un système de contrôle *ex ante*, fondé sur deux obligations fondamentales, que sont les obligations de notification et de suspension de l'opération. À l'exception du Royaume-Uni, ce choix a été suivi par l'ensemble des États membres qui ont, soit introduit un contrôle des concentrations, soit modifié leur contrôle antérieur comme la France[5]. Or, en fonction du niveau des seuils retenu, un tel système multiplie le nombre de dossiers à traiter par chaque autorité : en moyenne, 300 dossiers annuels pour la Commission, plus de 200 pour l'Autorité française, plus de 1 000 pour l'autorité allemande. La charge de travail est d'autant plus lourde que tous ces contrôles sont enfermés dans des délais stricts. Le respect des calendriers, calendriers qui, au demeurant, peuvent être variés, est une contrainte essentielle du système qui pèse autant sur les autorités que sur les entreprises.

---

[1] V. notamment, les suites des affaires *Boeing/Mac Donnell* (Comm. eur., déc. 30 juill. 1997, aff. M.887) et *GE Electric/Honeywell* (Comm. eur., déc. 5 févr. 2001, aff. M.2220). V. not., « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence : le contrôle des concentrations », in *Mondialisation et droit économique, Rev. Int. Dr. Eco.*, 2002, p. 175-205.

[2] V. en particulier, TPICE, 6 juin 2002, Airtours, T-342/99 ; TPICE, 25 octobre 2002, TetraLaval, T-5/02.

[3] « Un espace de concurrence, quelle politique de concurrence ? », colloque de la CEDECE, *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement,* Besançon, 17/18 octobre 2002, Paris, La documentation française, coll. CEDECE.

[4] V. la version initiale de l'article 3 de la proposition de règlement du Conseil, du 28 septembre 2000, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE, n° C 365 E, 19 déc. 2000 ; *adde,* « Le futur règlement d'application des articles 81 et 82 CE : chronique d'une révolution annoncée », *D.* 2001.1370.

[5] Le passage d'un contrôle mixte à un contrôle *ex ante* a été opéré par la loi, dite NRE, du 15 mai 2001 ; *adde,* « La réforme du droit français des concentrations », *J.C.P. éd. E, Cah. Dr. Ent.*, 2001/n°4.

D'un point de vue pratique, il est plus facile de travailler en réseau dans une branche du droit, comme l'antitrust, où les dossiers sont beaucoup moins nombreux et où de telles contraintes n'existent pas ..., à tel point qu'il est parfois nécessaire de rappeler l'obligation de statuer dans un délai raisonnable.

**14.** La deuxième différence est propre au système européen. Lors de l'introduction du contrôle des concentrations, le choix a été opéré de mettre en place un système dit de guichet unique. À la différence de l'antitrust, où les autorités nationales, non seulement peuvent, mais doivent, depuis le règlement n° 1/2003, appliquer les articles 101 et 102 TFUE aux pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, la Commission est seule habilitée à appliquer les dispositions du règlement de base. L'on n'est plus dans un système de compétences partagées, mais dans un système de compétence exclusive[1]. Il y a une coïncidence totale entre le droit applicable - soit droit de l'Union, soit un ou plusieurs droits nationaux - et l'autorité chargée d'appliquer la règle. De même que la Commission n'applique que le règlement de base, l'autorité nationale de concurrence n'applique que son droit national. Or, un réseau est plus difficile à concevoir si les membres de ce dernier n'appliquent pas les mêmes règles.

La situation est également différente de celles qui peuvent exister dans d'autres branches du droit de l'Union. Certes, en droit de la régulation, les autorités compétentes n'appliquent également que leur droit national, mais celui-ci a une forte origine européenne, puisqu'il s'agit des textes de transposition de directives européennes. Le droit des données personnelles est à ce jour la seule branche où toutes les autorités appliquent le droit de l'Union, en l'occurrence, le RGPD, mais il ne s'agit pas d'un système de compétences partagées, comme en antitrust. En ce domaine, la Commission n'exerce que son rôle traditionnel d'initiative et ne peut intervenir pour traiter des cas individuels.

**15.** b) Quoi qu'il en soit, les conséquences d'un tel système sont connues. Dans les concentrations transfrontalières qui sont les plus nombreuses, les situations de plurinotifications se sont multipliées, y compris dans le seul cadre de l'Union européenne. Le système de guichet unique a été conçu pour les limiter, mais les seuils qui donnent compétence à la Commission ont été placés à un tel niveau, même après la réforme de 1997, qu'ils n'ont pas permis d'endiguer le flot consécutif à l'élargissement et surtout à la prolifération des contrôles nationaux.

**16.** Cela entraîne deux séries d'inconvénients majeurs.

Dans la majorité des cas, ils sont essentiellement d'ordre pratique et pèsent surtout sur les entreprises confrontées à une multiplication des charges. Les

[1] Règlement n° 139/2004, art. 21, § 2.

difficultés liées aux situations de *multifilings* ont suffisamment été mises dans le contexte international pour qu'il ne soit pas utile de s'y appesantir[1].

Exceptionnellement, il arrive que la situation débouche sur un conflit de décisions. Tout le monde a encore en mémoire l'affaire *EuroTunnel/MyFerryLink*[2]. L'on se souvient également que le Commissaire aux affaires économiques, Pierre Moscovici, à l'époque, ministre de l'Économie avait commandé à l'Autorité de la concurrence une étude qui a abouti à la présentation en décembre 2013 d'un rapport rédigé par Fabien Zivy[3]. Ce dernier ne semble pas avoir été suivi d'effet, mais les analyses demeurent tout à fait d'actualité. Elles le sont d'autant plus dans la perspective de cette journée, que le rapport proposait précisément l'adaptation du REC au contrôle des concentrations.

## II. L'EXISTENCE D'UN RESEAU INFORMEL

**17.** La notion de réseau n'est pas totalement absente du contrôle des concentrations. Il existe un réseau informel, qui semble donner satisfaction, du moins aux autorités. Cela explique sans doute le peu de succès rencontré par le rapport français de 2013. De même, le livre blanc de la Commission de 2014[4], qui lançait les bases d'une réforme du contrôle et n'a toujours pas été suivi d'effet, n'a pas abordé de front la question, ce qui à l'époque avait été regretté par l'Autorité de la concurrence[5]. Avant de comparer ce réseau informel aux principes du REC, il est utile de revenir sur ses sources.

### A. Les sources

**18.** Une première référence à l'idée de réseau figure dans le considérant 14 du règlement de base qui vient à l'appui des dispositions sur les différents mécanismes de renvoi. Il est ainsi libellé : *14) La Commission et les autorités compétentes des*

[1] V. en particulier, les multiples travaux réalisés au sein de *l'International Competition Network*, par le Working group sur les concentrations, notamment, ICN Merger Working Group, *Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers,* disponible, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/merger-cooperation-guide/ ; v. égal., dans le contexte européen, le constat 4 du rapport de l'Autorité de concurrence, *Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe,* cité *infra*.

[2] Sur le point de départ de cette affaire à rebondissements, En France, Aut. conc., décis. n°12-DCC-154 Groupe Eurotunnel / SeaFrance, ; au Royaume-Uni, Competition Commission (CC), 6 juin 2013, Groupe Eurotunnel S.A. & SeaFrance S.A ; *adde,* Rapport dit Zivy (ci-dessous), p. 19 et s.

[3] Aut. conc., *Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe*, rapport au ministre de l'économie et des finances, 16 déc. 2013, disponible, https://www.economie.gouv.fr/files/rapport_concentrations-transfrontalieres.pdf

[4] Comm. eur., Livre blanc, *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE*, COM (2014) 449 final, 9 juillet 2014.

[5] V. la réponse de l'Autorité à la consultation publique sur le Livre blanc de 2014, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/autorite_de_la_concurrence_fr.pdf

*États membres devraient former ensemble un réseau d'autorités publiques utilisant leurs compétences respectives en étroite coopération.*

C'est donc tout naturellement que l'on retrouve mentionné le réseau dans la communication de 2005 sur le renvoi des affaires, avec un intitulé « Le réseau des autorités de la concurrence », suivi des paragraphes 53 à 58, qui utilisent à quatre reprises le mot réseau[1]. Point intéressant à relever, dans la version anglaise qui était la langue de travail), « *should* », soit le conditionnel est utilisé.

**19.** Toutefois, les principales sources se trouvent en dehors du règlement de base et des textes d'application.

Il faut tout d'abord tenir compte de l'*European Competition Authorities*, ou ECA. Ce réseau informel créé en 2001, qui a vocation à couvrir l'ensemble de l'EEE, regroupe outre les membres du REC, l'Autorité de surveillance AELE et les autorités nationales du pilier AELE, soit les autorités islandaise et norvégienne. Au sein de l'ECA, un groupe de travail sur les concentrations transfrontalières a été immédiatement mis en place.

Ce dernier a proposé à ses membres plusieurs textes de *soft law*. Le premier, qui aurait été adopté dès 2001, met en place un système de fiches d'information entre autorités sur les dossiers donnant lieu à plusieurs notifications[2](*The Exchange of Information between Members on Multijurisdictional Mergers).* Le second édicte des principes sur l'utilisation des mécanismes de renvoi. Une première version avait été adoptée en 2002 sur la base du règlement n° 4064/89 et portait uniquement sur le renvoi ascendant de l'article 22 du règlement. Les modifications apportées aux mécanismes de renvoi lors de la réforme de 2004 ont conduit les ANC à reprendre le texte. Une nouvelle version adoptée en 2004 est désormais intitulée « Principes de mise en œuvre des articles 4(5) et 22 du règlement CE sur les concentrations par les Autorités nationales de concurrence au sein de l'association des Autorités de concurrence européennes »[3].

**20.** Le relais a été pris par un groupe de travail sur les concentrations transfrontalières constitué en marge du REC en 2010, et auquel les autorités de l'AELE participent en tant qu'observateurs. En dehors de plusieurs études récentes[4], ce groupe de travail a élaboré en 2011 un guide de bonnes pratiques en

[1] Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, JOUE, n° C 56, 5 mars 2005.
[2] Disponible, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/echanges_infos_concen_eca.pdf
[3] Disponible, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/eca_ppes_concen.pdf
[4] *Report: Information requirements for merger notification; Public Interest Regimes in the European Union – differences and similarities in approach.*

matière de concentrations transfrontalières[1]. Ce groupe constitue à l'heure actuelle l'enceinte privilégiée de discussion des problèmes liés aux concentrations.

**21.** Même si cela n'a aucune valeur juridique, il est intéressant de relever que sur le site de l'Autorité de la concurrence, ces trois textes sont présents dans le volet consacré au contrôle des concentrations sous l'intitulé « Textes des réseaux des autorités européennes de concurrence ». Le mot « réseaux » est bien utilisé.

Cela étant il ne s'agit que de « textes de *soft law* de deuxième catégorie »[2]. Ils ne sont pas assimilables à des communications de la Commission, ou à des communiqués de procédure de l'Autorité et, à la différence des catégories précédentes, leur justiciabilité paraît en conséquence pour le moins aléatoire. Ils n'ont pas plus de valeur que les bonnes pratiques et autres recommandations émanant d'enceintes telles que *l'International Competition Network.* Ils ne sont pas pour autant à négliger sur le plan pratique, ce qui conduit à confronter leur contenu aux principes de fonctionnement d'un véritable réseau.

### B. Les principes

**22.** En l'état du droit positif, les différences structurelles déjà mentionnées sont telles qu'un réseau en contrôle des concentrations ne peut être une simple copie du REC. Il convient néanmoins de s'interroger sur le point de savoir si l'on retrouve dans les textes de droit positif des solutions qui s'apparentent aux grands principes de fonctionnement du REC. Ces principes sont au nombre de trois : l'attribution du cas à une, voire plusieurs autorités, bien placées, une pleine coopération entre tous les membres du réseau à la fois verticale et horizontale, le maintien de la cohérence.

Ils ne sont pas à mettre sur le même niveau. De nature fonctionnelle, les deux premiers principes peuvent être transposés sans trop de difficultés au contrôle des concentrations. L'adaptation du troisième principe est plus délicate, eu égard aux différences majeures du système institutionnel.

---

[1] Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review. Le texte, adopté le 8 novembre 2011, est disponible sur :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/nca_best_practices_merger_review_en.pdf

[2] En droit de la concurrence, l'utilisation de la *soft law* s'est tellement répandue et diversifiée que l'on peut introduire une hiérarchie entre les différentes catégories. Les communications de la Commission ou les communiqués de l'Autorité peuvent être opposés par les entreprises à leur auteur. Des textes adoptés par des groupes de travail, dont la diffusion est plus limitée, ne peuvent avoir la même portée juridique. Sur ce phénomène, CH. LEMAIRE, « *Soft Law* et droit de la concurrence : retour sur l'expérience de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences* n° 1-2014, L. IDOT, « À propos de l'internationalisation du droit. L'exemple de la *soft law* en droit de la concurrence », *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008.

*a) L'adaptation possible des principes fonctionnels*

**23.** En l'état, le premier principe – soit l'attribution du cas à une autorité bien placée - peut être considéré comme partiellement assuré par la règle du guichet unique tempérée par les mécanismes de renvoi. C'est en ce sens que la Commission s'est prononcée implicitement dans le Livre blanc de 2014[1] puis dans les consultations qui ont suivi[2], en mentionnant le fait que ces renvois permettaient à une « autorité bien placée » de traiter l'affaire. Ces mécanismes faisant l'objet de la première table ronde, il est possible de se limiter à de brèves remarques. En premier lieu, les statistiques sur l'utilisation des différents mécanismes et plus encore sur la proportion d'affaires renvoyées par rapport au nombre de notifications incitent à la prudence. En deuxième lieu, le mécanisme des renvois devrait sans doute être assoupli, en particulier celui des renvois ascendants, comme l'avaient proposé d'abord le rapport *Zivy*[3], puis surtout le Livre blanc de la Commission[4].

**24.** Quoi qu'il en soit, que les renvois soient ascendants ou descendants, l'on reste toujours dans une relation verticale. Aucun mécanisme de réattribution horizontale n'a à ce jour été proposé. Pour les situations de plurinotifications intraeuropéennes, un mécanisme complémentaire de réallocation des cas fait à l'heure actuelle défaut. À cet égard, celui mis en place dans le cadre du RGPD avec la désignation d'une autorité chef de file[5] mériterait certainement d'être examiné avec soin.

**25.** C'est sans doute sur le deuxième principe que les règles actuelles sont le plus développées, à la fois dans la notice ECA et dans les bonnes pratiques de 2011. La première évoque la fiche « *new case* » mise en place par l'article 11, § 3, du règlement n° 1/2003. Cela étant, les données de départ sont différentes de celles du REC, puisque *via* le dossier de notification, chaque autorité dispose déjà d'un certain nombre d'informations.

**26.** Sur le plan pratique, deux points méritent plus particulièrement de retenir l'attention. Le premier concerne le traitement des données confidentielles, particulièrement cruciales en contrôle des concentrations, et qui peut être un frein très sérieux à l'échange d'informations. Pour le moment, la solution utilisée[6] est identique à celle retenue dans les relations avec les États tiers, à savoir les

[1] Préc., sp. n° 59 et s.
[2] *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*, consultation lancée le 7 octobre 2016.
[3] Préc., p. 30 et s.
[4] Préc., pts 64 et s.
[5] Règlement préc., art. 56 et 60.
[6] *Best Practices*, préc., pt 6.1.

renonciations au traitement confidentiel (*waiver of confidentiality*)[1]. Le bon fonctionnement du système repose par conséquent sur l'accord des parties notifiantes. Le deuxième point illustre les limites du système. Il n'existe pas de mécanismes équivalents à celui de l'article 22 du règlement n° 1/2003 qui permet à une ANC de faire des enquêtes pour le compte d'une autre autorité, mais il est vrai qu'en contrôle des concentrations, l'on n'est pas en matière répressive et que les entreprises ont tout intérêt à coopérer avec les autorités pour obtenir le plus rapidement possible les différents « feux verts » qui sont requis.

**27.** En définitive, même si cela n'est pas organisé de manière aussi structurée qu'en antitrust, l'on retrouve les mêmes principes de fonctionnement. La différence principale concerne le respect de la garantie de la cohérence.

*b) L'absence de garantie de la cohérence*

**28.** En effet, le troisième principe – le respect de la cohérence - n'est à ce jour pas du tout assuré, ce qui est d'autant plus gênant que l'on est en présence de vingt-huit droits nationaux.

Sur la base de ce constat, l'idée de soumettre toutes les concentrations transfrontalières au droit de l'Union a été évoquée à diverses reprises[2]. Cette solution appelle deux remarques. Elle est tout d'abord à elle seule insuffisante. Dans les réseaux où toutes les autorités appliquent le droit de l'Union, indépendamment du rôle habituel de la Cour de Justice, des mécanismes destinés à assurer la cohérence sont prévus. En antitrust, ce rôle est assuré par la Commission, notamment *via* les articles 11, § 4, et § 6, du règlement n° 1/2003, qui lui permettent d'être informée de la décision à venir et de reprendre l'affaire si nécessaire. En matière de données personnelles, le RGPD a mis en place un mécanisme original en confiant au comité européen de protection des données personnelles la possibilité de trancher des oppositions entre deux autorités nationales[3], une voie qui pourrait être explorée si l'on ne voulait pas donner à la Commission le rôle essentiel. La solution d'avoir une législation commune est surtout irréaliste à court terme et il faut continuer à raisonner dans le système fragmenté qui existe actuellement.

---

[1] V. pour un exemple, le modèle proposé par l'*ICN merger working group*, Waivers of confidentiality In merger investigations.
https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/model-confidentiality-waiver-for-mergers/

[2] V. not., M. MONTI, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes*, rapport présenté à Jose Manuel Barroso, président de la Commission européenne, 9 mai 2010 ; Livre blanc de la Commission, sp. n° 22 ; sur la position française, rapport *Zivy*, préc., sp. p. 34 ; réponse de l'Autorité au Livre blanc de la Commission européenne, p. 3.

[3] Une section, art. 63 et s., est consacrée à la cohérence.

**29.** Dans cette matière où les droits risquent de rester encore longtemps nationaux, la solution classique consiste à rapprocher les législations. Un rapprochement imposé par le biais d'une directive semblant là encore pour le moins difficile à envisager, c'est sans doute la voie d'un rapprochement souple, grâce au *benchmarking* permanent en ce domaine, qui semble la solution la plus immédiatement réalisable.

Le processus est déjà très avancé et le *Brexit* pourrait le faciliter, puisqu'en dehors du système britannique, il y a déjà une grande convergence entre les droits continentaux largement inspirés du règlement européen[1]. Cela étant, s'agissant de la contrôlabilité, les divergences perdurent sur la notion de concentration, sur les niveaux et le type de seuils. Elles auraient même tendance à s'accentuer à l'heure actuelle avec des prises de position différentes sur la manière d'appréhender les concentrations de nouvelles entreprises dans le secteur du numérique. Quant à l'appréciation au fond, au-delà des textes, c'est surtout la pratique et l'appréciation individuelle qui compte, comme l'ont bien montré, indépendamment de l'affaire *Eurotunnel/Myferrylink*, les divergences transatlantiques.

Le processus est par nature très lent, mais il pourrait être encouragé par les juges. La récente affaire *Ernst & Young*[2] a montré que toute intervention de la Cour de Justice n'était pas exclue, même si elle ne peut être qu'exceptionnelle. Il faut, en effet, que la Cour accepte d'interpréter une règle de droit national, au motif qu'elle est calquée sur la solution du droit de l'Union et, plus encore, que la cour de contrôle de l'autorité nationale décide de poser la question préjudicielle. Les membres de la deuxième table ronde ne manqueront pas de nous éclairer sur ce processus de convergence, ce qui permettra de ne pas approfondir le sujet.

**30.** À ce stade des travaux, deux constats peuvent être en définitive opérés. Même s'il présente des différences fondamentales avec le REC, ce réseau informel des autorités en contrôle des concentrations est une réalité indéniable. Il faut alors déterminer si le système est véritablement satisfaisant ou s'il est indispensable d'aller plus loin. Il appartient désormais aux membres des panels de prendre position.

[1] Pour un constat, F. JENNY, « Substantive convergence in merger control : An assessment », *Concurrences*, n°1-2015, pp. 21-41.
[2] CJUE, 31 mai 2018, Ernst & Young, C-633/16.

## I. Table ronde sur les mécanismes de renvoi

Modérateur :
Martine BEHAR-TOUCHAIS, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Intervenants :
Le point de vue de l'avocat : Didier THEOPHILE (*Darrois Villey Maillot Brochier*)
Le point de vue de l'Autorité française : Jérôme VIDAL
Le point de vue de la DG COMP : Simon VANDE WALLE
Le regard allemand : Prof. Florian BIEN, Université de Würzburg

**Martine Behar-Touchais :** Tout d'abord, je voudrais remercier Catherine d'avoir organisé cette manifestation et de nous avoir conviés à traiter des renvois dans cette table ronde pour laquelle, traditionnellement, je vais commencer par vous présenter les différents participants à notre table ronde. Je vais le faire par ordre alphabétique pour ne froisser personne. Je commence donc par le Professeur Florian Bien, professeur à l'Université de Würzburg en Allemagne, qui nous parlera bien sûr du point de vue allemand. Comme nous parlons d'un réseau éventuel d'Autorités en droit des concentrations, il était essentiel d'avoir l'opinion de juristes de plusieurs États membres. C'est ensuite Maître Didier Théophile du cabinet *Darrois Villey Maillot Brochier*, qui pourra nous parler notamment du point de vue des entreprises puisqu'il est très souvent en charge de présenter les dossiers des entreprises devant les autorités de concurrence. Interviendra également dans cette table ronde, Monsieur Simon Vande Walle qui est à la DG COMP au service concentrations, et qui traite des cas parmi les plus sensibles que nous retrouvons par la suite dans nos commentaires. Et enfin, Monsieur Jérôme Vidal qui est adjoint au chef de service des concentrations de l'Autorité française de la concurrence nous donnera le point de vue de l'Autorité française.

En Europe, nous n'avons pas de réseau pour le droit des concentrations, mais nous avons le renvoi ! Ce pourrait être le titre de notre table ronde. Il convient de commencer par un rappel très rapide des différents renvois.

Nous commençons en premier lieu par les renvois de la Commission européenne aux États membres, ceux que nous avons appelés « les renvois descendants » depuis le début de ce colloque. C'est un renvoi qui peut être demandé soit par les États membres (article 9 du Règlement), soit par les entreprises en pré-notification (article 4 §4 du Règlement) si elles obtiennent l'accord de l'État membre. La condition principale de ces renvois, est l'existence d'un risque pour la concurrence sur un marché distinct de l'État membre, plus exactement un risque d'atteinte de manière significative à la concurrence effective sur un marché distinct. Si le renvoi est accepté par la Commission, il en résultera,

comme nous l'a rappelé Laurence Idot, une application du droit national de l'État membre et non du droit européen.

En second lieu, dans l'autre sens, on trouve « les renvois ascendants », c'est-à-dire ceux qui partent des États membres vers la Commission européenne. Ces derniers peuvent être demandés à la demande d'un ou plusieurs États membres (Article 22 du Règlement). À l'origine, comme Laurence Idot l'a rappelé, ce type de renvoi était destiné aux États membres qui n'avaient pas de contrôle des concentrations. Lors de l'adoption du premier Règlement, seuls 3 États avaient un contrôle des concentrations. Il convient de noter que ce renvoi de l'article 22 n'exclura pas l'application de leur droit national des concentrations par des États non-demandeurs. L'autre renvoi ascendant se fait à la demande des entreprises en pré-notification (article 4 §5 du Règlement). C'est la solution qui a été choisie pour remédier aux pluri-notifications. Il est donc exigé que la concentration soit susceptible d'être examinée par au moins 3 États membres, car cela correspond à une situation de pluri-notifications en l'absence de renvoi. Il ne faut également qu'aucun de ces États membres n'exprime son désaccord. Dans ce cas, l'effet de ce renvoi est plus important que celui du renvoi précédent. En effet, si le renvoi est admis, la Commission appliquera, cette fois, le droit de l'Union européenne et donc aucun État membre, même non-demandeur, n'appliquera son droit national de la concurrence.

Les échanges lors de cette table ronde tendent à pouvoir répondre à la question sur le point de savoir si toutes ces techniques de renvoi vont suppléer l'absence de réseau des autorités de concurrence en matière de concentration. Nous avons donc besoin de présenter d'abord la réalité et les enjeux du renvoi, les difficultés en droit positif et peut-être des difficultés particulières dans certains domaines comme dans le numérique, avant de nous interroger, à la fin de la table ronde, sur l'avenir du renvoi. Nous serons ainsi plus à même de savoir si le renvoi supplée défaut de réseau ou bien s'il est suffisant.

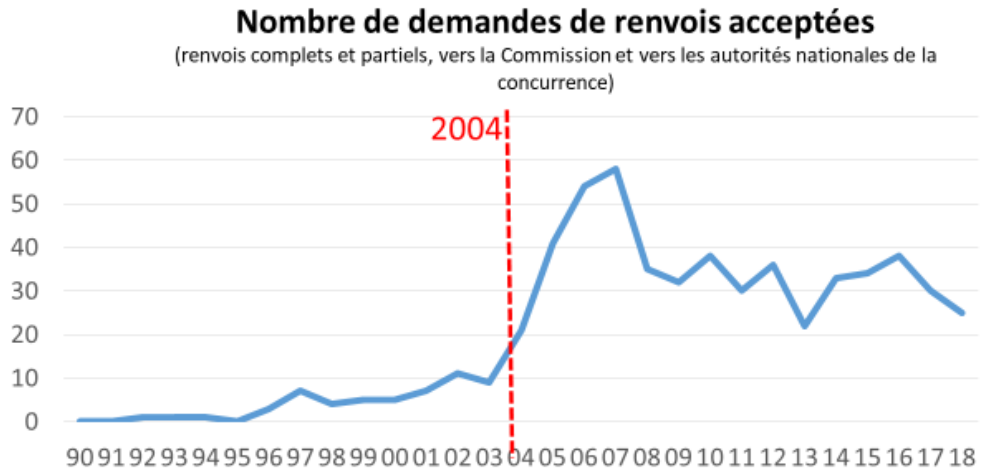
Je donne tout de suite la parole à Monsieur Vande Walle qui va nous présenter les aspects un peu quantitatifs du renvoi.

**Simon Vande Walle :** Merci beaucoup. Je voudrais d'abord remercier le professeur Prieto et l'Université Paris 1 pour m'avoir invité à cette table ronde. La salle est très impressionnante et les intervenants le sont également. C'est vraiment un honneur d'être ici. Je travaille à la Commission et je traite des dossiers de concentrations mais je parle à titre personnel.

Les différents types de renvois vous ont été exposés, mais je voudrais d'abord prendre un peu de recul et rappeler les principes de base. La ligne de démarcation

entre la compétence de la Commission et celles des États Membres est en principe très claire. Les concentrations ayant une dimension communautaire relèvent de la compétence exclusive de la Commission. Celles qui n'ont pas une telle dimension relèvent de la compétence des États membres. Et comment détermine-t-on si une concentration a une dimension communautaire ? On regarde si les seuils dans le règlement sur les concentrations sont franchis. Ces seuils, c'est très important, sont fondés sur le chiffre d'affaires des entreprises concernées, ce qui a le mérite d'être un critère très clair. La plupart des entreprises, je l'espère, connaissent leur chiffre d'affaires. Il est donc très aisé de déterminer si une concentration spécifique relève de la compétence de la Commission ou des États membres.

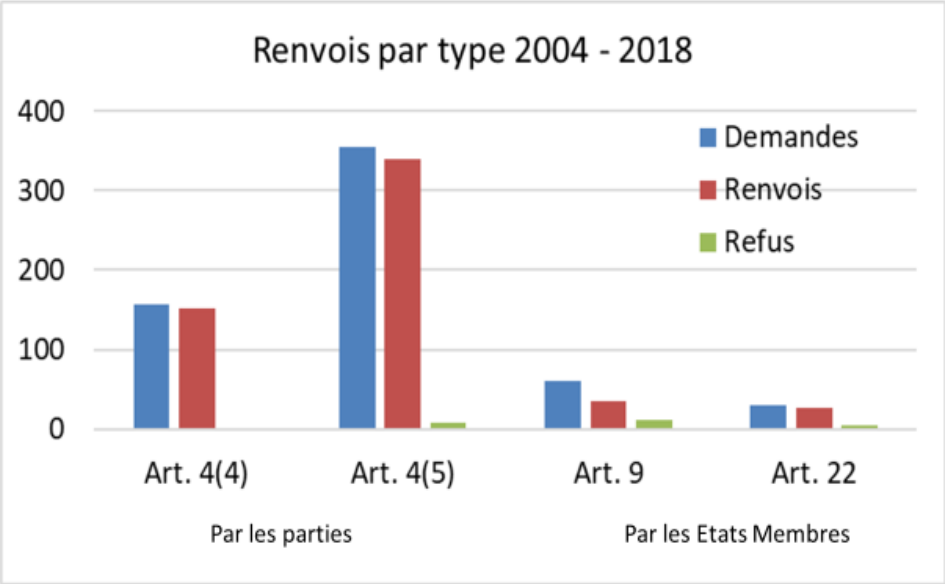
Cette démarcation certes claire est pourtant parfois un peu rigide. C'est là que le système des renvois joue son rôle comme mécanisme correctif. Il permet de réattribuer des opérations de concentrations de la Commission vers les États membres et inversement, pour que l'autorité la plus appropriée puisse traiter l'affaire.




Ce premier graphique montre l'évolution du nombre de renvois depuis l'entrée en vigueur du premier règlement sur les concentrations jusqu'à aujourd'hui. Il est clair que le nombre de renvois a énormément augmenté depuis 2004, soit après l'entrée en vigueur du nouveau Règlement 139/2004, qui a introduit la possibilité pour les parties de demander un renvoi avant la notification. Avant 2004, seuls les États membres pouvaient demander un renvoi mais depuis 2004 les parties le peuvent aussi, et c'est un mécanisme utilisé très fréquemment.

Un deuxième constat sur la base de ce graphique : nous sommes tout de même passé d'un système très rigide avec très peu de renvois à un système beaucoup plus fluide. A présent, il y a environ 30 renvois par an. Cela peut paraître beaucoup mais il faut néanmoins mettre ce chiffre en perspective. N'oubliez pas que la Commission traite environ 400 concentrations chaque année. Les renvois sont donc certes un correctif mais ils restent l'exception.

Cette fluidité observée depuis 2004 est-elle bénéfique ? Selon moi, les entreprises doivent certainement l'apprécier car une large majorité des renvois interviennent sur demande des parties. Le graphique suivant nous montre les différents types de renvoi et leur fréquence.




À gauche, on retrouve les renvois sur le fondement des articles 4(4) et 4(5). Ce sont les renvois demandés par les parties, les entreprises. A droite nous avons les renvois sur demande des États membres. On constate que les renvois fondés sur l'article 4(5) forment la grande majorité, suivis par les renvois fondés sur l'article 4(4) qui sont aussi très fréquents. La très grande majorité des renvois interviennent donc à la demande des parties. Je n'irai pas jusqu'à dire que c'est un service rendu aux entreprises mais c'est en tout cas un mécanisme qui semble bien les satisfaire dès lors qu'elles prennent l'initiative.

Je suis sûr qu'aujourd'hui on parlera beaucoup de cas spécifiques, de cas problématiques, de cas controversés. Il faut néanmoins être conscient qu'en général le système de renvoi fonctionne plutôt bien. Je crois qu'il y a peut-être

quelques modifications, plutôt techniques, que l'on pourrait faire et on aura peut-être l'occasion d'en parler.

**Martine Behar-Touchais :** Je vous redonnerai la parole très vite. Ce graphique est très intéressant en ce qu'il montre que les refus sont quasiment insignifiants. Dès lors qu'elles le demandent, les entreprises obtiennent le renvoi. Nous allons demander à Jérôme Vidal de présenter le point de vue français.

**Jérôme Vidal :** Je m'associe à Simon pour remercier le professeur Catherine Prieto pour l'invitation à intervenir aujourd'hui. Les propos que je tiendrai à l'occasion de cette conférence n'engagent que moi.

J'ai fait un peu d'archéologie pour vous donner une vision exhaustive des renvois traités par l'Autorité française. Ces chiffres sont publics, mais je les ai compilés à partir des rapports annuels de l'Autorité depuis 2009. Les chiffres tirés des rapports annuels ne traitent toutefois que des renvois descendants dans la mesure où ils donnent lieu à des décisions comptabilisées comme telles dans nos rapports. Je vais passer en revue les différents types de renvoi.

Le renvoi 4(5) est le renvoi ascendant le plus fréquent, comme vous pouvez le voir avec le graphique de Simon. Très régulièrement, des opérations qui sont notifiables dans au moins trois États membres, dont la France, font l'objet de ce type de renvoi. Dans la plupart des cas, ce renvoi ne présente pas de difficulté puisqu'il est automatique. Comme vous pouvez le constater sur le graphique de Simon, on compte 7 refus depuis 2009 sur 350 demandes de renvoi sur le fondement de l'article 4(5). La France, pour sa part, ne s'est jamais opposée à ce jour à la demande d'une entreprise pour renvoyer le cas à la Commission européenne. On part du principe que le guichet unique doit quand même primer. Cela n'empêche pas les entreprises et leurs conseils de s'assurer que l'Autorité ne s'opposera pas à leur projet de renvoyer leur concentration à la Commission européenne.

S'agissant de l'article 22, il est sûrement, avec l'article 9, le type de renvoi le plus rare. La France a fait très peu de renvois sur le fondement de l'article 22. Le plus souvent, elle s'est associée à un État qui a sollicité le renvoi. Le dernier renvoi initié par la France est très récent : il a été demandé en fin d'année 2018 et a été accepté par la Commission en 2019. Il concerne le rachat des chantiers navals de l'Atlantique par le groupe italien Fincantieri. Dans cette affaire, l'Allemagne, qui était également compétente, s'est jointe à ce renvoi.

Concernant les renvois descendants, depuis le 2 mars 2009, 24 renvois sur le fondement de l'article 4(4) ont été examinés par l'Autorité dont quatre en 2018. Ces

renvois ont donné lieu à 3 décisions, l'une des opérations renvoyées ayant été abandonnée entre-temps. Comme vous l'a indiqué le Professeur Behar-Touchais, ces opérations, dès lors qu'elles sont renvoyées sur le fondement de l'article 4(4) ou de l'article 9, sont des opérations pour lesquelles il existe *a priori* un risque d'atteinte à la concurrence sur un marché distinct du marché européen. Elles peuvent par conséquent donner lieu à des engagements, même si ce n'est pas systématique. Sur les 24 décisions de renvoi examinées par l'Autorité, il y a eu quatre abandons, mais ils ne résultent pas nécessairement de l'identification de problèmes de concurrence. Il peut arriver en effet que les entreprises décident d'abandonner l'opération afin d'éviter une décision d'interdiction. Ce n'est pas nécessairement le cas s'agissant de ce type de renvoi. En effet, les renvois sur le fondement de l'article 4(4) peuvent concerner des opérations de rachat simultanées d'une même entreprise. Par exemple, en 2016, le renvoi *Steinhoff/Darty* a été examiné concomitamment par l'Autorité avec le rachat de Darty par la Fnac, opération qui était de dimension nationale. Le rachat de Darty par la Fnac a donné lieu à la décision que vous connaissez sûrement. L'opération simultanée, qui a pourtant donné lieu à un renvoi, a finalement été abandonnée au terme de surenchères qui se sont poursuivies très tard dans les procédures engagées au titre du contrôle des concentrations.

Ainsi, 20 renvois sur le fondement de l'article 4(4) ont donné lieu à une décision de l'Autorité. Sur ces 20 décisions, dix décisions ont été prises sous réserve d'un engagement et dix n'ont autorisé sans aucune condition particulière. Cela représente 50 % d'opérations susceptibles de porter atteinte à la concurrence dans ce type de renvoi, sachant que le taux d'intervention de l'Autorité française est de 4 %, quel que soit le type de décision. Dans tous ces cas, l'Autorité a réussi, parfois après un examen approfondi, à écarter les risques de problèmes de concurrence.

S'agissant de l'article 9, seulement quatre renvois ont été faits sur le fondement de cet article en dix ans, avec la particularité que trois décisions ont été prises par l'Autorité pour la seule année 2010. La dernière utilisation de l'article 9 est intervenue en 2018. Ce type de renvoi est très rarement utilisé. Il est par ailleurs assez préjudiciable pour les entreprises qui se voient finalement contraintes de notifier une opération qu'elles avaient préalablement notifiée à la Commission européenne.

Le dernier cas en date ayant justifié la demande de renvoi sur le fondement de l'article 9 concerne la prise de contrôle conjoint de la société Berenard Participations par les sociétés Groupe Emil Frey et la société Fiber. Il s'agissait d'une situation assez délicate, justifiée par la forte concentration observée sur les marchés de la distribution automobile en France.

Une dernière statistique, qui n'est pas dans les rapports annuels, porte sur les opérations transfrontalières multi-notifiées, qui concernent au moins deux autorités de concurrence, mais qui n'ont pas fait l'objet d'un renvoi 4(5). Il arrive en effet qu'une opération soit notifiable dans quatre ou cinq États membres et que les parties, pour une raison qui leur appartient, décident de procéder à quatre ou cinq notifications dans les différents États membres concernés. L'article 4(5) n'est en effet pas obligatoire. Ces opérations, que l'Autorité regarde en même temps qu'une autre Autorité de concurrence, concernent treize décisions rendues en 2018. Ce chiffre varie, selon les années, entre 8 et 22 opérations qui concernent donc au moins deux États membres et qui sont examinées par l'Autorité indépendamment de tout mécanisme de renvoi.

**Martine Behar-Touchais :** Ainsi, pour les entreprises, une stratégie est ouverte face à une possibilité de demander le renvoi ou de ne pas le demander. L'entreprise doit se positionner parce qu'il y a des enjeux au renvoi. Je vais me tourner tout naturellement vers Maître Théophile pour qu'il nous présente ces enjeux.

**Didier Théophile :** Merci d'abord à Catherine Prieto pour l'invitation. Je suis également très impressionné. C'est la première fois que je viens à la Sorbonne et c'est la première fois que je vois cette salle absolument superbe.

Il m'appartient de vous livrer la manière dont un praticien perçoit les renvois et ses enjeux. Il est vrai que l'introduction des renvois à la demande des parties a été un grand progrès dans le règlement de 2004. C'était une demande des entreprises qui voyaient là un moyen d'harmonisation de ce qu'on appelle les *multi-filing*. Il était opportun d'éviter de devoir notifier une opération devant plusieurs autorités, essayer de regrouper, autant que faire se peut, une notification devant la Commission européenne. C'est un objectif légitime des entreprises. Pour certaines entreprises, la notification est non seulement une obligation, mais plus précisément un fardeau. Toute notification peut impliquer un retard dans la réalisation d'une transaction. Lorsque les entreprises ont négocié des accords, elles attendent de pouvoir acquérir effectivement les actions de la cible. Le contrôle des concentrations est un passage obligé contraignant. Il y en a d'autres, notamment sur des éléments fiscaux et sociaux. Mais le contrôle des concentrations, dans ce qu'on appelle « les calendriers », est toujours quelque chose de central. C'est d'autant plus central lorsque l'on va devoir notifier dans de nombreuses juridictions ou lorsque l'on va rencontrer des difficultés de concurrence dans certaines zones ou dans certains pays.

Pour vous donner un exemple concret, dans une affaire qui a fait les titres des journaux il y a très peu de temps et qui a capoté, on envisageait 45 notifications

dans le monde. C'est évidemment colossal. Même dans une affaire franco-française qui pourrait atterrir sur le bureau de l'Autorité, on va devoir notifier dans de nombreux pays étrangers, dès lors que les acteurs ont quelques actifs à l'étranger et un chiffre d'affaires dans ces pays. Tout cela doit être fait alors qu'il n'y a aucun problème de concurrence. On comprend que les entreprises essayent de trouver des solutions pragmatiques. La possibilité de regrouper les notifications nationales et de les renvoyer à la Commission européenne en est une. Mais il faut que les conditions soient réunies. Et la possibilité d'obtenir un renvoi au niveau national peut l'être également.

Quand pense-t-on que l'Autorité nationale est la mieux placée pour traiter le cas ? Cette hypothèse est celle dans laquelle il existe une pratique intense des autorités nationales comme dans la grande distribution ou encore les stations-service. Ainsi, dans une vieille affaire *Carrefour-Promodès*, il y avait une partie de la notification qui avait été analysée au niveau communautaire, puis un renvoi en France à l'initiative des autorités pour les marchés locaux. Cela s'est reproduit par la suite. Une telle demande requiert de la part des entreprises d'engager préalablement une discussion avec les services de l'autorité concernée, mais aussi avec ceux de la Commission pour éviter un échec.

Les délais sont un autre point à examiner. Quand vous les mettez bout à bout, en comptant les jours ouvrés, deux mois ou un peu plus peuvent être atteints. Il est important que le renvoi soit accepté pour ne pas perdre un temps très précieux.

Une autre question mérite d'être posée. Le fait dans certains cas, surtout dans les renvois que l'on appelle « Commission vers État membre », qu'une partie du dossier soit traitée par l'autorité nationale et une autre partie soit traitée par la Commission pose-t-il un problème ? À titre personnel, je ne le pense pas. Si le dossier pose des questions de concurrence qui nécessitent un examen approfondi et si le dossier à une dimension locale, autant que la Commission conserve la partie plus globale et laisse à l'autorité nationale qui en a l'expérience, le traitement local. Il n'y a pas de raison que l'analyse diverge énormément. La seule chose qui compte est que le dossier atterrisse à l'endroit où l'on pense qu'il sera le mieux traité. C'est la raison pour laquelle, d'un point de vue pratique, il convient toujours de s'assurer que l'autorité nationale a une pratique dans le domaine. Si elle a peu de pratique en la matière, le renvoi descendant présentera peu d'intérêt.

**Martine Behar-Touchais :** Merci. Donc ce sont des décisions stratégiques, mais qui sont assez délicates à prendre également dans ce domaine. Et est-ce qu'en Allemagne nous avons un peu le même point de vue sur les enjeux ? Je me tourne vers le Professeur Florian Bien.

**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 minimes 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. »[1] 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[2]. 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

[1] Commission, M.8660 -FORTUM / UNIPER, n° 18.
[2] *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.

souvent d'un simple courriel, d'un appel téléphonique ou, au maximum, d'une lettre informelle informant les parties à la concentration que le *Bundeskartellamt* n'entend pas entrer en phase 2, signifiant ainsi que les parties peuvent commencer à procéder à l'opération. Juridiquement, il ne s'agit pas d'une décision pouvant être la cible d'un recours formel, les tiers n'ont donc aucune possibilité d'attaquer une telle information communiquée aux parties notifiantes. Cette souplesse procédurale, en plus d'éviter le risque d'une procédure judiciaire entamée par des concurrents ou des partenaires commerciaux, peut inciter les entreprises parties à l'opération à demander un renvoi descendant pour arriver non pas devant la Commission, mais devant le *Bundeskartellamt*.

Sur un autre aspect procédural, le droit allemand et le droit français sont plus proches et se démarquent sur ce point du droit européen. Ainsi, nous avons en Allemagne et en France ce que l'on pourrait appeler une phase 3, c'est-à-dire la possibilité pour le ministre de l'Économie d'autoriser une opération qui a été rejetée par le *Bundeskartellamt* ou l'Autorité de la concurrence. Permettez-moi de vous rappeler l'affaire du projet de fusion partielle entre Siemens et Alstom en matière de trains à grande vitesse, lequel n'a pas été approuvé par la Commission européenne. Si l'on considère les déclarations des ministres d'économie allemand et français, qui, en réaction à la décision de la Commission, ont appelé à une réforme afin d'assouplir le droit européen de la concurrence, on pourrait penser que si l'affaire avait été renvoyée devant l'autorité allemande ou française, le ministre compétent aurait peut-être, dans un second temps, donné son feu vert à cette opération, qui semble être un sujet sensible au niveau politique.

De plus, j'aimerais bien mentionner deux affaires du *Bundeskartellamt* assez intéressantes concernant l'intérêt éventuel d'un renvoi entre les niveaux national et européen. La première date de 1992 et fait écho à la transformation de l'économie de l'ex-RDA après la chute du mur et la réunification de l'Allemagne. Il y avait à cette époque en Allemagne deux entreprises productrices de potasse, à savoir la très grande usine Kali, une filiale de BASF, et une toute petite entreprise du même style implantée dans l'ex-RDA. À l'origine, cette dernière appartenait comme toutes les autres entreprises de l'ex-RDA au peuple. L'on parlait de « *volkseigener Betrieb* ». Elle aussi avait été confiée à une entreprise publique, la « *Treuhand* », qui était chargée de gérer toutes ces entreprises « publiques » et de les convertir pour atteindre des conditions économiques normales. Une fusion avait été prévue entre ces deux entités, c'est-à-dire la grande entreprise de l'ouest Kali et la petite de l'ex-RDA. Or, la difficulté venait du fait qu'une telle fusion aurait mis les deux entreprises dans une position super-dominante sur le marché allemand avec 98% de parts de marché. Par conséquent, il était pratiquement impensable qu'une telle opération soit autorisée par le *Bundeskartellamt*. Néanmoins, une importante pression a été exercée sur le *Bundeskartellamt* par des élus de la région concernée

dans l'est de l'Allemagne, des médias, etc. Ceux-ci ont essayé de convaincre l'autorité allemande en charge de la protection de la concurrence de la nécessité d'autoriser cette reprise d'une petite usine est-allemande et cela avec l'objectif de garantir le maintien des emplois dans une partie de l'Allemagne structurellement très faible. Comme par miracle, cette affaire a pu être renvoyée à Bruxelles permettant ainsi au *Bundeskartellamt* de rester en quelque sorte hors-jeu et d'être à l'abri des tentatives d'influence politique. Malgré un avis défavorable du *Bundeskartellamt* et de la Direction générale de la concurrence, le collège des commissaires a finalement autorisé cette opération. Le fait que le commissaire de la concurrence émette un avis défavorable et que la Commission dans son ensemble et à la majorité des voix autorise un tel projet de fusion est un évènement assez unique.

Dans une affaire plus récente, nous pouvons observer une situation dans laquelle les intérêts étaient exactement opposés. En raison des chiffres d'affaires élevés des entreprises en cause, la Commission européenne était appelée à statuer sur le projet de rachat de l'opérateur mobile E-Plus par Telefónica Deutschland, lequel entraînerait une réduction de 4 à 3 du nombre d'opérateurs mobiles en Allemagne. Dans ce cas, l'on peut avoir l'impression que si la demande de « renvoi descendant » formulée par le *Bundeskartellamt* avait été acceptée par la Commission, l'autorité allemande, ayant de nouveau émis un avis défavorable, aurait interdit cette opération ou au moins imposé des obligations beaucoup plus sévères comparées aux engagements acceptés par la Commission européenne.

**Martine Behar-Touchais :** Les entreprises essayent donc de prévoir ce que telle autorité pourrait décider pour leur concentration afin d'éviter de demander le renvoi à une autorité qui pourrait refuser leur concentration. Nous voyons combien le travail des avocats des entreprises est difficile. Je me tourne à nouveau vers Maître Didier Théophile pour connaître d'autres difficultés en droit positif à propos du renvoi.

**Didier Théophile :** La première difficulté est la durée incompressible des renvois. En supposant que vous avez une affaire facile dans plus de 3 États membres de l'UE, un renvoi à Bruxelles est possible. Mais si vous mettez tous les délais nationaux en parallèle, généralement vous allez aboutir à une décision en 5 semaines maximum dans tous les États membres. Moins en Allemagne, souvent, car l'Allemagne peut aller très vite. Cela peut même aller plus vite. Prenons l'exemple d'un fonds d'investissement qui achète une société et ne détient pas d'actif dans ce domaine. Il va bénéficier dans les États membres de procédures simplifiées plus rapides. Dans ce cas, même si l'on doit notifier dans plusieurs États membres, un renvoi à Bruxelles pour avoir une décision unique ne s'impose pas nécessairement. En réalité, le renvoi à Bruxelles risque fort d'augmenter les délais.

D'un point de vue strictement pratique, il faut encore prendre en compte que les entreprises qui achètent une autre entreprise bénéficient souvent de financement, notamment les fonds d'investissement. Or, un financement est octroyé par les banques, dans des conditions de délais et des conditions de prix. C'est-à-dire que plus le délai est long et plus l'entreprise va payer cher le financement qui est mis à sa disposition. Le calcul est très vite fait : l'entreprise va préférer notifier dans plusieurs États membres plutôt que de passer par un renvoi. J'ai bien conscience que certains délais sont incompressibles. Toutefois, ramener tous les délais à des jours calendaires serait un grand progrès. On pourrait réduire toute une série d'autres délais, notamment ceux laissés aux États membres. Et à ce moment-là, les entreprises, peut-être, renverraient plus systématiquement à la Commission.

Ce renvoi est-il nécessairement opportun ? On peut se poser la question de savoir si, finalement, lorsque nous avons des opérations qui ne posent pas de problème, il est nécessaire d'aller encombrer la Commission de ces dossiers. Lorsque seuls 3 États membres sont concernés par une notification, il n'y a pas de difficulté pour supporter 3 notifications. Lorsque l'on commence à être au-delà, le renvoi commence à se justifier. En tout état de cause, en regardant les chiffres, au-delà de 4 ou 5 États membres, une opération atteint le plus souvent une dimension communautaire avec un guichet unique. Il faudrait donc faire un *check and balance* de ces aspects.

L'autre difficulté tient au test appliqué. Les autorités de concurrence appliquent peu ou prou le même test. Certaines s'attachent plus au problème du renforcement de la création de position dominante, d'autres sont plus proches du test communautaire, comme c'est le cas de l'autorité française. Se pose ensuite la question de savoir comment ce test est appliqué. Je ne vais pas revenir sur l'affaire *Eurotunnel*, mais il est quand même assez frappant de voir que les anglais ont bloqué une opération pour une question de surcapacités. Je m'explique : lorsque vous appliquez un test d'effets unilatéraux, la théorie veut que moins il y a de capacités sur un marché et plus l'opération risque de faire de dégâts puisqu'il y aura la possibilité pour l'entreprise en place d'augmenter ses prix. Dans le cas Eurotunnel, les autorités anglaises ont considéré l'inverse. C'est dire que, sur la base du même test que celui appliqué par l'autorité française, l'autorité anglaise a considéré que la surcapacité pouvait entraîner l'élimination d'un concurrent et donc aboutir à une augmentation des prix. Je n'ai pas épluché tous les cas de la Commission, mais ce n'est pas ce que les économistes nous expliquent, en général, lorsque nous notifions des opérations qui peuvent poser problème.

**Martine Behar-Touchais :** Et du côté de l'Autorité, avez-vous aussi la même perception de ces difficultés ou voyez-vous d'autres difficultés ?

**Jérôme Vidal :** Je ferai une distinction entre les demandes de renvoi qui sont formulées au stade de la pré-notification et celles qui le sont une fois que l'opération est notifiée.

Nous considérons, à l'aune de notre expérience, qu'en règle générale, les renvois sur le fondement des articles 4(5) et 4(4) ne posent pas de difficulté, si ce n'est celle, propre à tout contrôle *ex ante*, liée aux délais d'examen. Didier Théophile a mentionné les délais inhérents à la procédure de consultation des États membres, qui peuvent mettre un veto à une demande de renvoi ou qui doivent accepter une demande de renvoi. J'y ajouterai les délais qui sont également nécessaires aux procédures de pré-notification afin de s'assurer de disposer des informations pertinentes pour traiter le renvoi, en particulier s'agissant des renvois sur le fondement de l'article 4(4), comme Didier Théophile l'a également indiqué. Ce sont en effet des opérations de dimension européenne, susceptibles de concerner de nombreux marchés locaux.

En réalité, les véritables difficultés concernent plutôt les renvois fondés sur les articles 9 et 22. Ce sont des situations dans lesquelles les entreprises se sont trompées de guichet puisque le guichet auprès duquel elles ont notifié un dossier ne sera pas celui qui examinera, en définitive, leur projet de concentration.

Quelles conséquences ?

Premièrement, cela a pour effet d'allonger le délai d'examen de la concentration envisagée. Pour l'article 9 et l'article 22, ce sont des délais qui, dans le cadre de la procédure de renvoi, sont assez longs. En effet, pour l'article 9, le délai est de 15 jours pour qu'un État membre demande le renvoi et 20 jours pour que la Commission vérifie si les critères de renvoi sont remplis. Pour l'article 22, le délai est de 15 jours ouvrés à compter de la date de notification de l'opération ou de la date à laquelle une autorité en a connaissance, plus 15 jours pour qu'un État membre éventuellement se joigne à la demande, plus 10 jours pour que la Commission décide, ou non, de procéder au renvoi. Ces délais sont un peu plus longs que les délais qui concernent les renvois 4(4) et 4(5).

La deuxième difficulté réside dans le fait que les articles 9 et 22 peuvent donner lieu à des renvois partiels. Dans ce cas, le principe du guichet unique n'existe plus, puisque l'existence d'un droit de veto conféré aux États membres leur permet de garder une compétence pour examiner l'opération. Pour l'article 9, la demande de l'État membre peut être partielle. Une partie de l'opération est donc examinée par la Commission européenne, et l'autre par l'État membre qui en a fait la demande. Nous avons connu plusieurs cas qui concernent la France, avant 2009 : Carrefour-Promodès, comme Didier Théophile l'a indiqué, mais également dans le secteur

des casinos. Sur 118 demandes de renvoi fondées sur l'article 9, 44 ont donné lieu à un renvoi total et 45 ont donné lieu à un renvoi partiel. Ainsi, une fois sur deux, l'article 9 peut donner lieu à un double examen d'une opération, certes sur des marchés distincts. En outre, une opération qui aurait pu être notifiée à une seule autorité de concurrence, en l'occurrence la Commission européenne, pouvait donc donner lieu à deux notifications distinctes.

L'article 22 peut également donner lieu à des renvois partiels. Ainsi, une autorité nationale de concurrence peut, si elle est compétente pour examiner l'opération et si elle décide de ne pas se joindre à la demande de renvoi formulé par un autre État membre, continuer à appliquer sa législation nationale sur l'opération qui la concerne.

Une troisième difficulté a été identifiée puisqu'en l'absence d'un cadre commun de règles procédurales applicables à l'ensemble des opérations transfrontalières, les dossiers doivent être, le cas échéant, retravaillés. Plusieurs questions se posent alors, comme celle de la langue, des informations requises en fonction des différents dossiers, de la pratique décisionnelle pertinente, etc. Si une entreprise se trompe de guichet, il est possible que cela engendre un coût supplémentaire pour refaire un dossier conforme aux standards légaux de l'autorité qui examine l'opération.

Le dernier point sur lequel j'aimerais insister concerne les divergences d'interprétation ou de test entre les autorités de concurrence qui examinent une même opération de concentration. Je souhaiterais mettre fin aux fausses informations. Ces critiques concernent des cas exceptionnels. Le rapport confié par l'Autorité à Fabien Zivy, intitulé « Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe », cite trois cas dans lesquels nous avons pu avoir des décisions en apparence divergentes qui concernent des opérations examinées par deux autorités de concurrence : *Pan Fish/Marine Harvest* (2006), *Akzonobel/Metlac* (2012) et *Eurotunnel/MyFerryLink* (2012). Il convient de relativiser ces divergences d'interprétation apparentes. Premièrement, il ne s'agit que de trois décisions parmi plusieurs dizaines de milliers de décisions rendues par l'ensemble des autorités de concurrence européennes depuis 1990. Deuxièmement, il convient de s'interroger sur les causes et sur la réalité de ces divergences pour s'apercevoir que, pour au moins deux des trois cas cités, elles ne relèvent pas d'une véritable différence d'appréciation de l'opération.

Pour *Pan Fish/Marine Harvest*, l'autorité française et l'autorité britannique ont examiné la même opération dans le secteur du saumon : les marchés, de dimension européenne, étaient identiques. Dans cette affaire, l'autorité française a autorisé l'opération avec un remède qui consistait en une cession de fermes d'élevage en

Écosse. L'autorité britannique a autorisé sans condition l'opération. En réalité, quand on lit la décision anglaise, on comprend pourquoi elle n'a pas prévu d'engagement. En effet, la décision française est intervenue deux ou trois semaines avant la décision anglaise. Ainsi, l'autorité anglaise a tenu compte du fait qu'un engagement avait été pris devant l'autorité française et que, en tout état de cause, cet engagement permettait d'autoriser l'opération sans engagement.

Pour *Akzonobel/Metlac*, l'autorité britannique et l'autorité allemande ont examiné la même opération dans le secteur des revêtements d'emballage en rendant une décision avec engagement pour la première et une décision sans condition particulière pour la seconde. Si les deux décisions étaient différentes, c'est parce que le test utilisé n'était pas le même. À l'époque de l'examen de l'opération, le *Bundeskartellamt* a appliqué un test de la dominance, alors que l'autorité anglaise a appliqué un test de réduction significative de concurrence. L'explication ne repose donc pas sur une réelle divergence d'interprétation.

Il reste un seul cas qui, finalement, a fait couler beaucoup d'encre et qui a été assez préjudiciable pour les entreprises. Il s'agit de l'affaire *Eurotunnel/MyFerryLink* qui concernait un même marché et qui reposait sur un même test. Elle a donné lieu à deux décisions finalement différentes rendues par deux autorités, mais elle constitue, à ce jour, une exception.

**Martine Behar-Touchais :** Le renvoi pose tout de même des difficultés de délais, de divergences d'interprétation, de test, de procédure. Mais, à d'autres égards, il est tellement souple, qu'il a permis, finalement, d'être la solution à certaines difficultés nouvelles. Peut-être, a-t-il été aussi efficace qu'un réseau. Je pense, bien sûr, aux concentrations du numérique, pour lesquelles je me tourne vers Monsieur Vande Walle.

**Simon Vande Walle :** Oui effectivement ces dernières années, un débat a fait surface quant à la question de savoir si les seuils de notification prévus par le règlement sur les concentrations, qui sont basés sur le chiffre d'affaire, sont suffisamment effectifs, surtout dans le secteur du numérique. Les concentrations dans le secteur pharmaceutique sont aussi souvent mentionnés. En matière de numérique, il arrive qu'une grande entreprise, type Facebook ou Apple, acquiert une entreprise à faible chiffre d'affaires, par exemple WhatsApp ou Shazam. Dans ce cas, l'entreprise cible n'a peut-être pas un gros chiffre d'affaires mais elle peut quand même jouer un rôle dans la concurrence, avoir beaucoup d'abonnés, ou détenir des données importantes. Toutefois, en raison de leur faible chiffre d'affaire, ces concentrations ne seraient pas appréhendées par les seuils du règlement. Cela arrive surtout dans le secteur du numérique car le modèle des start-ups consiste, en un premier temps, en l'acquisition d'abonnés. La

monétisation n'est engendrée que par la suite. Il y a donc un débat sur la possibilité de faire évoluer les seuils européens par exemple en introduisant des seuils, non pas fondés sur le chiffre d'affaire, mais sur la valeur de l'opération.

Cependant, jusqu'à présent, le mécanisme de renvoi a également joué un rôle important précisément pour appréhender ce type d'opération. En effet, notamment l'acquisition de WhatsApp par Facebook, et l'acquisition de Shazam par Apple, n'ont pas atteint les seuils européens de notification mais ont tout de même été examinées par la Commission, et ce parce qu'ils ont été renvoyés à la Commission. Le cas *Facebook/WhatsApp* était un renvoi à la demande des parties sur la base de l'article 4(5). Le cas *Apple/Shazam* a quant à lui été renvoyé sur la base de l'article 22 ; il y avait donc plusieurs États membres qui avaient demandé le renvoi vers la Commission. Dans ces cas précis, plusieurs États membres – avec des seuils de notification différents - appréhendent l'opération et cela déclenche ensuite le renvoi vers la Commission.

Ainsi, on pourrait voir le mécanisme de renvoi comme une sorte de filet de sécurité. C'est un moyen d'assurer l'examen par la Commission d'opérations qui autrement lui échapperaient. Ces opérations peuvent être appréhendées par plusieurs États membres et ensuite renvoyées à la Commission si l'examen de ces cas par la Commission, est plus approprié. Il est intéressant de noter que l'Allemagne et l'Autriche ont récemment introduit dans leurs législations des seuils de notifications fondés sur la valeur de la transaction, dans le but d'appréhender d'avantage d'acquisitions dans le secteur du numérique. Personnellement, je trouve qu'il s'agit là d'une richesse du système Europe. Le débat sur les seuils de notifications dans le secteur du numérique se déroule dans beaucoup de pays partout dans le monde, par exemple au Japon et en Australie. Mais pour ces pays, l'enjeu est plus grand du fait qu'ils n'ont pas le bénéfice du système européen décentralisé de contrôle des concentrations avec 28 États membres, tous avec leurs propres seuils et avec une certaine variété. Cela réduit sans doute le risque que d'importantes opérations telle que l'acquisition de WhatsApp par Facebook ne soient pas examinées. C'est un aspect du système du renvoi auquel nous ne pensions peut-être pas il y a 10 ans ou 20 ans, mais qui est devenu plus important dans les dernières années.

**Martine Behar-Touchais :** C'est un élément qui montre que le renvoi est flexible, qu'il peut être utilisé pour finalement d'autres choses que ce à quoi nous avions pensé au départ. Or, cette flexibilité est aussi typique d'un réseau, comme le REC. Quand on voit en antitrust comment le REC a permis la désignation d'autorité-chef de file, par exemple dans les affaires *Booking*, alors que ce n'était pas vraiment prévu, on voit la souplesse du système. Si un réseau permet cette

souplesse, le renvoi permet aussi cette flexibilité. Maître Théophile, qu'en pensez-vous ?

**Didier Théophile :** Les questions numériques, l'introduction de seuils, le contrôle *ex post* sont autant de sujets qui se recoupent d'une manière ou d'une autre. L'Allemagne et l'Autriche ont décidé d'adopter des seuils en valeur de transaction. Cette solution existe déjà aux États-Unis. La France a fait un choix différent, pour l'instant elle n'a pas retenu ce test. Les praticiens y sont en général opposés. La grande majorité des praticiens sont à la fois opposés à l'imposition de nouveaux seuils parce que cela obligerait les entreprises à faire de nouvelles notifications et ils sont encore plus opposés à des contrôles ex-post confiés aux autorités de concurrence au titre du contrôle des concentrations. L'explication tient au fait que cela impose une nouvelle contrainte. Je conçois tout à fait que nous puissions considérer que certaines entreprises mettent en œuvre des acquisitions dénommées *killing acquisitions*, c'est-à-dire qui permettent de tuer des jeunes pousses qui vont se développer. Mais sur ce point-là, comme nous l'avons avec l'affaire *Facebook/WhatsApp*, le mécanisme des renvois a permis à la Commission de contrôler. Ainsi, un ou deux États membres ont été chefs de file pour demander le renvoi à la Commission sur le fondement de l'article 22 du règlement. Il est vrai que l'article 22, que l'on appelle la « clause hollandaise », devait permettre à l'origine de contrôler des opérations au niveau communautaire lorsqu'au niveau national il n'y avait pas de contrôle des concentrations. L'article 22 aujourd'hui permet d'élargir la base puisque des autorités considérant qu'il serait utile d'avoir une sorte de contrôle unifié renvoient à la Commission européenne plutôt que de conserver le cas. Elles y voient certainement un enjeu de politique de concurrence à l'échelle de l'Union. Il y a des secteurs qui sont plus sensibles et elles peuvent relever que la Commission les connaît bien dans la mesure où celle-ci mène des enquêtes antitrust en parallèle. Pour éviter tout décalage, certaines autorités vont préférer renvoyer le dossier à la Commission. Les États membres discutent au sein du réseau et voient certainement un intérêt à aussi unifier le contrôle des concentrations, une pratique commune qui après pourra être mise en œuvre de manière plus harmonisée par les autorités nationales. Il y a une logique à tout cela.

Est-ce que les renvois suffisent ou est-ce qu'il serait utile d'introduire des seuils en valeur ? J'ai le sentiment que les renvois suffisent, mais c'est un point de vue qui est personnel.

**Martine Behar-Touchais :** En tout état de cause, nous voyons que c'est une technique souple, flexible qui permet de régler différents cas. Mais là, nous venons de vous exposer un peu le renvoi en droit positif. Mais quelles sont en fait les perspectives d'avenir du renvoi ? C'est d'abord vers Monsieur Vande Walle que je

me tourne, afin qu'il nous dise quelques mots du Livre blanc « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE (COM (2014) 449 final) ».

**Simon Vande Walle :** Le livre blanc de 2014 a proposé quelques modifications, pas fondamentales mais des améliorations. La première concerne le point que Didier a mentionné sur les renvois fondés sur l'article 4(5), donc le type de renvoi le plus populaire et le plus courant. Il est vrai qu'il y a deux étapes. Les parties doivent d'abord notifier un mémoire motivé, le *form RS*. Puis, dans un deuxième temps, si aucun État membre n'émet d'objection contre le renvoi, ce qui est en général le cas, il y a le formulaire CO qui doit être déposé. C'est un peu lourd, et donc la première proposition dans le livre blanc c'était de permettre aux entreprises de déposer directement le formulaire CO. Les États membres pourraient alors réagir à partir de ce moment-là.

Une deuxième proposition d'amélioration concernait les renvois fondés sur l'article 22, soit les renvois initiés par les États membres vers la Commission. Dans le système en vigueur, le renvoi ne s'applique que pour les États membres qui demandent le renvoi. La Commission n'a donc pas compétence pour traiter des effets de la concentration partout en Europe. Elle traite seulement des effets dans les États membres qui ont demandé le renvoi. Cela mène parfois à des procédures parallèles et, par conséquent, à une certaine fragmentation. Le livre blanc proposait donc que s'il devait y avoir un renvoi vers la Commission conformément à l'article 22, l'affaire serait alors renvoyée pour toute l'UE.

Le troisième élément concernait les renvois sur la base de l'article 4(4). Pour ces renvois, les parties doivent démontrer que la concentration « risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché ». Cette condition est perçue par les entreprises comme un élément auto-incriminatoire. Jérôme vient de dire, statistiques à l'appui, qu'à l'issu d'environ 50% des renvois fondés sur l'article 4(4), l'autorité française finalement approuve la transaction sans conditions. Il est donc erroné qu'un renvoi fondé sur l'Article 4(4) mène toujours à une situation dans laquelle l'autorité nationale identifie des problèmes de concurrence. Toutefois, cela reste perçu comme un élément auto-incriminatoire. La Commission avait donc proposé que les parties puissent demander un renvoi 4(4) sans cet élément auto-incriminatoire.

Pour terminer, je répondrai à un propos tenu par Florian quant à l'affaire *Siemens/Alstom*. Que ce serait-il passé si ce n'était pas la Commission qui avait examiné la concentration mais les États membres ? Dans ce cas, la concentration aurait été notifiée, je suppose, à une dizaine ou même une vingtaine d'autorités nationales en Europe, parce que Siemens et Alstom ont un chiffre d'affaires partout en Europe. Il y aurait donc eu une multitude de notifications. Je suppose que

l'autorité belge aurait interdit la transaction puisqu'elle a publiquement déclaré que la transaction aurait des effets néfastes sur la concurrence en Belgique. Je suppose que les autorités anglaises et espagnoles l'auraient interdite aussi. Le même raisonnement peut être tenu quant au *Bundeskartellamt* dans la mesure ou l'autorité allemande a également reconnu que la concentration risquait d'entraver la concurrence. Toujours en Allemagne, y aurait-il eu un *Ministererlaubnis* ? Mais cela n'aurait des effets que pour la partie allemande de l'affaire. Au bout du compte, nous aurions abouti au même résultat, mais avec beaucoup plus de frais et beaucoup plus de temps. L'affaire *Siemens/Alstom* est donc une affaire qui montre que les renvois ne sont pas une solution à tout et que certaines affaires, d'envergure européenne, ont le mérite d'être traitées par la Commission.

**Martine Behar-Touchais :** Ceci nous amène à la dernière question, celle qui a justifié cette table ronde : avons-nous besoin d'un réseau des autorités des États membres en matière de concentration ou est-ce que les techniques de renvoi finalement remplissent peu ou prou le même office ? Je donne à nouveau la parole à Monsieur Vande Walle.

**Simon Vande Walle :** Laurence a fait une analyse très approfondie plus tôt ce matin et il est vrai que d'un point de vue juridique, il n'existe pas de réseau en matière de fusion. Cependant, sur la base de mon expérience personnelle, j'estime que, dans la réalité de tous les jours, nous en sommes pas loin. L'envie me vient presque de dire : « *what's in a name ?* ». Dans chaque affaire notifiée à la Commission, il y a effectivement un échange d'informations accru. Le formulaire CO, qui contient les informations sur toutes les marchés concernés est automatiquement envoyé, le jour même de la notification ou le lendemain, à tous les États membres. Ce ne sont donc pas seulement les États membres qui sont directement concernés qui le reçoivent mais tous les États membres. Avec 400 concentrations notifiées par an, 28 États membres et des formulaires CO qui comptent parfois des centaines de pages, c'est un miracle que cela fonctionne mais heureusement c'est notre greffe qui s'en occupe, avec l'aide d'un système informatique. Il en va de même avec les remèdes éventuels qui sont soumis par les parties et les décisions d'ouvrir une phase deux. Donc toutes ces décisions, tous ces documents, sont partagés d'office.

En outre, chaque projet de décision de la Commission en phase deux est soumis aux États membres dans le Comité consultatif. Et dans chaque affaire complexe, il y a une coopération intense avec les autorités nationales. Il est donc incontestable que les États membres sont étroitement liés à la procédure au niveau européen. En revanche, et c'est peut-être là la grande différence avec le REC, il est vrai que l'inverse est beaucoup moins fréquent. La commission est moins associée aux décisions des États membres, bien que là aussi il y ait des échanges. Cela

s'explique évidemment par le fait qu'ils n'appliquent pas les mêmes règles substantielles. Tout bien considéré, je trouve que le système est plutôt équilibré et je ne vois pas directement ce qu'apporterait un réseau plus formel, comme le REC.

**Martine Behar-Touchais :** Ce ne sont pourtant pas les mêmes règles de droit qui sont appliquées. Monsieur Vidal, qu'en pensez-vous ?

**Jérôme Vidal :** Effectivement, avant d'envisager l'existence d'un tel réseau que l'autorité a appelé de ses vœux et qu'elle continue à appeler de ses vœux, il conviendrait d'harmoniser les droits nationaux dans la mesure où chaque État membre applique son droit national qui peut parfois être très différent. Laurence Idot, ce matin, nous en a donné quelques exemples : les systèmes anglais et suédois reposent sur un système de contrôle *ex post*. L'Allemagne et l'Autriche ont introduit des seuils de contrôle en valeur de transaction. L'Espagne a, pour la contrôlabilité d'une opération, un seuil en termes de parts de marché.

La notion de concentration diffère également entre le droit allemand et le droit français. Il y a un exemple récent concernant une opération examinée conjointement par l'Autorité française et l'Autorité allemande de concurrence. Dans ce dossier, l'Autorité a conclu que l'opération n'était pas notifiable en France, car elle ne correspondait pas à la définition de l'article L. 430-1 du code de commerce, mais qu'elle était bien notifiable en Allemagne. Elle a ainsi été autorisée en Allemagne, tandis qu'en France, elle a fait l'objet d'une lettre de confort confirmant que le droit français ne s'appliquait pas. Nous avions bien une même opération de concentration examinée par deux autorités distinctes et finalement deux décisions différentes. Il y a enfin l'existence dans plusieurs États membres d'un pouvoir d'évocation ministériel qu'on ne retrouve pas partout.

Le rapport de 2013, dont nous avons beaucoup parlé ce matin, contient dix recommandations, parmi lesquelles figure le fait d'appliquer le Règlement n° 139/2004 et les communications, et notamment la communication consolidée en cas d'opérations transfrontalières par l'autorité la mieux placée sur le modèle de l'application des articles 101 et 102 du Traité. Il y a également la recommandation numéro 1 qui consiste à élargir le champ d'application du renvoi article 4(5) (aujourd'hui, notification dans au moins trois États membres) à une notification de l'opération à au moins deux États membres. Toutefois, compte tenu du fait que ces opérations ne sont généralement pas des opérations problématiques, ces renvois pourraient accroître considérablement la charge de la Commission européenne qui, au vu des dernières statistiques, est en train de battre des records d'examen d'opérations. Il y a donc un arbitrage important à faire entre les coûts et les avantages, à la fois pour les entreprises et pour les autorités de concurrence. Néanmoins, je rejoins ce qui avait déjà été dit à l'époque et ce que vient de dire

Simon ; de notre point de vue, moyennant une exception dont on a également beaucoup parlé aujourd'hui, c'est un système qui fonctionne globalement bien.

**Martine Behar-Touchais :** C'est très intéressant de voir que, même si vous ne représentez pas les institutions dont vous émanez, l'un et l'autre vous pensez que le système actuel suffit et qu'il n'y a pas besoin d'un réseau des autorités de concurrence.

**Jérôme Vidal :** Cela n'empêche pas l'Autorité d'appeler de ses vœux la création, à terme, d'un réseau européen de concurrence plus intégré en matière de contrôle des concentrations. Il faut regarder notamment la réponse de l'Autorité française en 2016 à la suite de la consultation de la Commission européenne : tout ce qui va dans le sens d'une harmonisation va dans le bon sens.

**Martine Behar-Touchais :** C'est pour cela que j'avais bien dit que vous ne représentiez pas l'Autorité. Et ici votre discours a été tout de même de dire que ça fonctionne bien actuellement et qu'il y aurait peut-être plus de coûts à changer de système, sans amélioration profonde. Mais alors, finalement, si nous nous sommes posé la question, c'est à cause de l'affaire *Eurotunnel/MyFerryLink*. Je vais me tourner vers Maître Théophile : s'il y avait eu un réseau, pensez-vous que cette affaire aurait été traitée différemment ?

**Didier Théophile :** Lorsque j'ai été invité à présenter une contribution à ce colloque, je dois avouer très candidement que je ne m'étais jamais posé la question de savoir s'il fallait un réseau en matière de contrôle des concentrations. Le système de renvoi fonctionne plutôt bien.

Généralement c'est lorsque les choses ne fonctionnent pas très bien que nous cherchons à les améliorer. Les autorités se parlent et il y a une volonté d'harmoniser au mieux les choses. Les autorités ont conscience du fardeau qui pèse sur les entreprises et elles cherchent à améliorer au mieux les processus. En concentration, nous ne sommes pas dans un contentieux, mais plus dans un travail d'équipe. Faut-il un réseau ? Je n'en suis pas convaincu, car le système fonctionne plutôt bien. Je ne suis pas enclin à dire qu'il faut forcément un réseau structuré comme l'est le REC en matière d'antitrust, dès lors que le dialogue informel fonctionne.

En revanche, il me semble utile, pour les cas présentant un risque de divergence d'interprétation entre autorités, de prévoir un mécanisme d'harmonisation. Un arbitrage pourrait être demandé à la Commission. S'il y avait une amélioration à proposer, ce pourrait être celle-là.

**Martine Behar-Touchais :** Une médiation alors ?

**Didier Théophile :** Nous pourrions améliorer le règlement en ouvrant la possibilité aux autorités de s'adresser à la Commission lorsqu'elles éprouvent une difficulté d'application. Cela permettrait d'éviter les rares cas dans lesquels, sur l'application d'un test identique, nous assistons à une conclusion différente, car ceci crée du désordre. La Commission pourrait être utile non pas nécessairement en ayant un pouvoir de décision, mais au moins en permettant un arbitrage.

Il me semble également qu'une harmonisation de certaines législations nationales devrait intervenir, comme l'a indiqué Jérôme. Il est tout de même perturbant que dans certains pays nous notifions lorsqu'une entreprise dépasse 25% du capital de la cible, comme en Allemagne et en Autriche. En Allemagne, il y a un test encore différent : si vous êtes un proche concurrent et que vous atteignez 7 ou 8% du capital de la cible, vous pouvez être amené à notifier. En Espagne, vous avez un test en parts de marché. Lorsque la définition de marché n'est pas établie ou est contestée devant différentes autorités, vous vous posez la question de savoir si vous devez notifier ou pas. Le test en part de marché est très délicat et est contestable à mes yeux. Pour ces raisons, je pense qu'il y a là un besoin d'harmonisation.

Il faudrait également qu'existent des mécanismes de déclenchement des notifications aussi harmonisés que possible. De même, il serait souhaitable que les durées des procédures de contrôle soient harmonisées. Quant aux procédures de contrôle elles-mêmes, elles sont à peu près harmonisées. Chaque pays a ses particularités. Mais, dans l'ensemble, cela est acceptable.

Faut-il un réseau pour arriver à une meilleure harmonisation ? Cela ne semble pas nécessaire.

**Martine Behar-Touchais :** Il faudrait donc des améliorations de l'existant, sans pour autant créer un réseau. Il reste tout de même une question qui ne sera pas réglée par ces améliorations : celle du renvoi horizontal. Comme Laurence l'a indiqué, nous ne l'avons pas dans les textes. Or, le Professeur Florian Bien a précisément un cas où un tel renvoi aurait été opportun.

**Florian Bien :** Merci beaucoup de me permettre de revenir sur ce cas assez particulier, concernant un fabricant français d'arômes, Orsan. Le produit problématique d'un point de vue concurrentiel était un condiment, plus exactement le « glutamate monosodique », utilisé notamment en cuisine asiatique. L'entreprise française en cause, la cible de la transaction, était le seul fabricant de ce condiment en Europe. Hormis le producteur français, seules des usines

asiatiques produisaient ce condiment. Parmi eux, l'acheteur, une entreprise japonaise nommée Ajinomoto, était le leader mondial dans le secteur. C'est à cause des seuils de notification et d'un certain nombre de clients implantés outre-Rhin qu'il fallait notifier cette transaction en Allemagne, et cela, malgré le fait que la cible était bien un producteur français établi en France. L'usine française concernée était implantée en Picardie, une partie de la France pouvant, malgré son grand intérêt touristique, être considérée comme structurellement faible. Le risque d'une perte importante d'emploi était alors considéré comme réel. C'est la raison pour laquelle le ministre de l'Économie français avait envoyé une lettre au président du *Bundeskartellamt* pour lui demander d'autoriser le projet de rachat. Une certaine pression politique pesant sur le *Bundeskartellamt* pouvait être constatée du côté français, alors qu'il se voyait confronté au souhait très clairement exprimé de donner son feu vert à cette opération qui risquait d'aboutir à une accumulation de 2/3 des parts de marché. Après avoir constaté dans sa décision finale un problème majeur d'ordre concurrentiel, le *Bundeskartellamt* a néanmoins autorisé cette affaire en imposant des conditions que l'on doit qualifier de placebos. En effet, il s'agissait d'un engagement contraire au droit de l'Union européenne, à savoir l'interdiction à Orsan de demander à la Commission européenne de prendre des mesures *antidumping* envers les pays asiatiques et leurs producteurs de condiments. À mon avis, c'est assez clair – et cela a même été confirmé par certains propos du président de l'office – que le *Bundeskartellamt* a opté pour une certaine retenue diplomatique envers la France. L'on n'a pas voulu empêcher une opération ayant bénéficié d'un soutien politique français et qui n'avait par ailleurs qu'une incidence marginale sur le marché allemand. À vrai dire, il s'agissait d'un marché d'une importance très modeste, à hauteur de 26 millions d'euros et donc juste au-dessus du seuil de bagatelle. Pour moi, il s'agit là d'une affaire que l'on aurait peut-être dû transférer ou renvoyer, si cela avait été possible, devant l'autorité de la concurrence française pour que les administrations françaises traitent de ce dossier politiquement sensible.

**Martine Behar-Touchais :** Donc il pourrait y avoir des cas tout de même ou un renvoi horizontal pourrait être intéressant pour ne pas avoir précisément à statuer sur des pressions diplomatiques.

Mais bien sûr la question s'est posée de l'existence d'un réseau.

**Florian Bien :** Permettez-moi de revenir sur les questions soulevées par Simon Vande Walle relatives au numérique et à l'importance du renvoi. Il convient de rappeler que le système de renvoi présente parfois des avantages très nets. Je pense à l'affaire du rachat de WhatsApp par Facebook pour 19 milliards d'euros sur laquelle nous allons revenir plus en détail cet après-midi. C'est une affaire qui, j'imagine que cela fait ici l'unanimité, doit être traitée au niveau européen et non

pas par un État membre tel que Malte ou autre. (Dans sa décision, la Commission ne nous a pas divulgué les trois juridictions auxquelles le projet de fusion avait dû être notifié avant la demande de renvoi.) Au premier regard, l'on pourrait penser qu'il faudrait éventuellement abaisser les seuils de notification au niveau européen pour faire face à de tels cas, à l'instar de la réforme introduite en Allemagne et en Autriche. Je serais plutôt sceptique concernant une telle solution au niveau européen, car cela aurait un impact sur une question assez sensible liée à la compétence, à savoir sur la question de l'allocation des cas entre Bruxelles et les États membres. Nous avons déjà en l'état actuel un problème à ce niveau-là, car les seuils n'ont pratiquement pas changé, et cela malgré une inflation constante. Ainsi, le nombre de dossiers devant être examinés au niveau européen augmente d'année en année. Il en résulte qu'un abaissement net des seuils de notification aussi au niveau européen conduirait la Commission à pêcher des dossiers qui nagent, si vous permettez cette image, encore plus profondément dans la mer. Par conséquent, les États membres ne pourraient se pencher que sur un nombre assez limité de dossiers. J'en conclus qu'il vaut peut-être mieux avoir quelques États membres tels que l'Espagne, la République de Malte et depuis peu l'Allemagne et l'Autriche, qui peuvent forcer une notification de ces cas au niveau national pour ensuite, le cas échéant, les renvoyer à Bruxelles, à l'image de l'affaire Facebook et WhatsApp.

**Martine Behar-Touchais :** Merci beaucoup. Je pense que maintenant c'est à la salle de poser des questions.

**Catherine Prieto :** Je voudrais faire une première observation. Il se dégage de l'ensemble du débat qu'un réseau n'est peut-être pas si utile. En réalité, il me semble que s'il ne l'est pas, c'est pour la simple raison que le contrôle des concentrations profite du règlement n° 1/2003 sur la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE. Ce n'est pas si paradoxal en ce sens que des habitudes d'échange d'informations et d'analyse se sont bien installées entre les agents des institutions. L'ampleur de cette coopération est telle qu'elle ne pouvait pas être envisagée avant 2003 et encore moins acceptée par les entreprises. Or, nous avons tous relevé le propos de Didier Théophile : « nous savons bien que les autorités nationales se parlent et qu'il y a une volonté d'harmoniser les analyses » dans l'application des droits nationaux du contrôle des concentrations et du droit de l'Union. Ce constat aurait suscité un tollé avant la création du REC par le règlement n° 1/2003. En tous les cas, il est clair que les autorités nationales ont pris le goût d'échanger, car elles s'en trouvent confortées dans leurs approches ou la manière de traiter de nouveaux défis.

Une deuxième réflexion me vient. Elle tient à la charge des entreprises due aux pluri-notifications. Lorsque l'on s'en tient aux seuls pays de l'Union, la charge peut

ne pas aller au-delà de trois notifications. Mais est-ce vraiment une charge d'une lourdeur qui contraint les entreprises à demander un renvoi ? Dans l'ensemble, si ce n'est l'exemple de l'Espagne avec ses seuils en parts de marché, les procédures sont déjà bien harmonisées.

**Didier Théophile :** Si le dossier ne pose pas de difficulté, c'est assez facile à gérer, car, aujourd'hui, les formulaires sont assez similaires. Le formulaire maximaliste, c'est le formulaire de la Commission.

**Catherine Prieto :** Sur l'impulsion des entreprises, il y eut tant de colloques, de travaux au sein de l'OCDE et de l'ICN sur les travers des pluri-notifications que l'harmonisation a largement avancé, tout particulièrement dans l'Union.

**Didier Théophile :** Il y a une vraie différence lorsque 3 ou 4 notifications sont nécessaires dans un dossier qui ne pose pas de difficulté. Avec les procédures simplifiées, la connaissance que nous pouvons avoir d'un marché, de l'entreprise, nous ne nous attendons pas à beaucoup de surprises. Nous ne gagnerons pas de temps en renvoyant à Bruxelles un dossier qui ne pose pas de difficulté devant 3 ou 4 juridictions. En revanche, s'il y a 3 ou 4 notifications dont je sais qu'elles vont poser des problèmes de concurrence, je vais certainement me poser plus sérieusement la question du renvoi à Bruxelles. Je sais que c'est un dossier de longue haleine si j'ai des difficultés avec une longue pré-notification. Dans ce cas, je peux avoir intérêt à essayer de renvoyer le dossier auprès de la Commission.

Les pluri-notifications devant 3 ou 4 autorités relèvent du quotidien. Les difficultés commencent lorsque sont concernées les autorités des États-Unis, de la Chine et puis du Brésil. L'obligation de notifier dans tous les pays d'Amérique du Sud, en Afrique, en Asie pose de vraies difficultés. La question des renvois ne se pose plus car, en tout état de cause, nous aurons un gros pavé de notifications. Un calendrier des notifications sera mis en place à partir de matrices que nous possédons pour 50 à 60 pays. L'on se rend compte que, en général, si nous avons un risque de phase 2 (en mettant le Brésil de côté, car c'est un système un peu particulier sur les phases 2), le calendrier devant la Commission européenne est souvent le plus long. À Bruxelles, pour une opération compliquée, il faut compter 12 mois entre l'annonce et la décision d'autorisation de phase 2. Les pré-notifications peuvent être engagées avant l'annonce, ou on engage la pré-notification après, mais en moyenne les calendriers qui existent dans les cabinets d'avocats pour des opérations complexes reposent sur 12 mois entre l'annonce et l'autorisation.

Un *second request* américain, sauf cas exceptionnel, ne prend en général pas plus de temps qu'une phase 2 en Europe. Les statistiques sont un peu plus

compliquées à établir aux USA, car le système américain n'est pas aussi transparent que la Commission. La Chine faisait figure d'épouvantail pendant des années. Tout le monde avait peur de notifier en Chine parce qu'on pensait que les délais exploseraient. Aujourd'hui, la Chine a un formulaire qui est quasiment identique au formulaire CO et elle a des *guidelines* qui ressemblent très fortement aux *guidelines* de la Commission. Il subsiste cependant une incertitude politique sur certaines opérations. Mais les délais de traitement des opérations *lambda* en Chine sont rapides.

Ensuite se pose le problème du contrôle *ex post* qui existe dans certains pays comme l'Argentine ou l'Angleterre. Hormis l'hypothèse où l'un de ces pays est un pays majeur pour l'opération, les entreprises vont malgré tout effectuer ce qu'on appelle un *closer*, c'est-à-dire qu'elles vont réaliser l'opération lorsqu'elles ont obtenu toutes leurs autorisations *ex ante*. Elles vont continuer le processus de notification, tout en sachant qu'il peut y avoir un petit risque. La plupart des législations nationales en matière de contrôle des concentrations imposent ce qu'on appelle un « *bar* », c'est-à-dire une interdiction mondiale au « *closing* » : même si vous notifiez dans un pays lambda, la France par exemple, vous ne pouvez pas réaliser votre opération globalement. Vous ne pouvez pas non plus la réaliser partout sauf dans ce pays lambda. Il n'y a que la Russie qui l'autorise dans des cas un peu particuliers. Ainsi, le *multi-filing,* comme on l'appelle, va poser des questions très différentes selon que les notifications sont à faire seulement en Europe ou ailleurs dans le monde. Enfin, les enjeux véritables sont posés dans l'hypothèse où l'opération soulève des difficultés de concurrence.

**Catherine Prieto :** Les stratégies des entreprises s'appuient-elles sur la réputation de certaines autorités nationales à être plus ou moins exigeantes par rapport à la Commission ?

**Didier Théophile :** Pour des marchés locaux, au niveau national, les autorités nationales vont être très exigeantes. L'analyse sera réalisée de manière très serrée.

Je peux cependant vous donner un contre-exemple. Il y a assez longtemps maintenant, nous avions notifié une opération qui concernait trois États membres et nous avions obtenu un renvoi à Bruxelles. Dans un pays, nous avions un vrai problème de parts de marché, c'est-à-dire que, sur un segment mineur, les parties détenaient 80% de parts de marché. Nous avions choisi d'être transparents et nous étions allés voir l'autorité nationale pour lui indiquer ce « petit sujet », en précisant qu'il n'y avait pas de difficulté ailleurs. L'autorité nationale en question nous a alors déclaré qu'elle ne s'opposerait pas au renvoi, alors qu'elle aurait pu vouloir le regarder de très près.

Dans une autre affaire, nous avions à notifier dans 20 pays à peu près, dont la Commission et les États-Unis. C'était un cas qui pouvait, selon les analyses, se retrouver en phase 2. Nous avons notifié rapidement aux États-Unis parce que le formulaire initial est très léger. Nous pensions de manière intuitive que cela nous donnerait « psychologiquement » un avantage, car les autorités américaines et européennes allaient se parler. L'analyse serait plus souple aux États-Unis et nous pensions avoir des chances d'obtenir une autorisation assez rapidement. Ayant obtenu une autorisation américaine, nous pensions que cela pourrait jouer positivement sur la Commission. Nous ne saurons pas si cela a joué, mais cela nous a mis en confiance d'avoir coché cette case américaine.

**Laurence Idot :** C'était davantage dans le prolongement de ce qui vient d'être dit. Quand on regarde les statistiques sur les demandes de renvoi, on constate qu'il a quand même une tendance à la baisse des renvois ascendants. Alors Didier a été « courtois », mais, il y a deux ou trois ans environ, j'entendais le même discours de la part des praticiens, notamment pour des affaires de moyenne importance. Je laisse de côté les gros cas que vous avez mentionnés. Le discours était que 3 ou 4 notifications étaient beaucoup plus faciles à gérer qu'une seule notification à la Commission européenne après renvoi, du fait notamment des contraintes beaucoup plus lourdes imposées par cette dernière. En dehors des questions de concurrence, il y avait des contraintes d'ordre pratique qui faisaient que finalement il était plus facile de gérer deux ou trois notifications plutôt qu'une grosse notification à Bruxelles.

**Didier Théophile :** Je suis assez d'accord, ça peut l'être. Il me semble que les procédures simplifiées fonctionnent un peu mieux à Bruxelles. Aujourd'hui, elles sont rapides. À une époque, on se demandait si nous étions vraiment en procédure simplifiée. Je peux prendre l'exemple d'un dossier relatif à la Française des jeux et Groupe Barrière pour des jeux *online*. À l'époque, le marché était en cours de dérégulation. Je vous assure que dans le formulaire dit « simplifié », j'ai dû définir environ 40 marchés et sous marchés potentiels.

Sur la question des renvois, j'ai noté aussi qu'il y avait une petite baisse. Il y a eu un certain engouement au début, puis le nombre a baissé et nous avons aujourd'hui une stabilisation. Quand une affaire est simple, cela reste quand même un peu plus facile à gérer au niveau local, notamment parce qu'existent aussi des procédures simplifiées au plan national, ce qui n'existait pas toujours avant.

**Laurence Idot :** Oui, c'est pour cela que j'ai précisé que c'étaient des propos entendus il y a deux ou trois ans.

**Didier Théophile :** Je suis assez d'accord et j'ai un peu regardé ce qui se faisait. Et typiquement, pour les fonds d'investissement qui sont des acteurs extrêmement importants des fusions-acquisitions aujourd'hui, un bon nombre d'entre eux bénéficient de procédures simplifiées. Et souvent, ces fonds qui ont une grande expérience des notifications vont privilégier 3 ou 4 notifications nationales en procédure simplifiée plutôt qu'un renvoi.

**Simon Vande Walle :** Afin de compléter ce qui précède, concernant la procédure simplifiée, je ne connais pas par cœur la durée moyenne mais elle se situe bien en dessous des 25 jours ouvrables. Il y a des cas où la procédure finit en 16 ou 17 jours. Mais il est vrai que, même si cela dure 16 jours, si c'est après un renvoi, alors 15 jours ouvrables sont déjà perdus avec le formulaire RS. Ainsi, je crois que c'est légitime que les entreprises préfèrent parfois de faire trois ou quatre notifications au niveau national.

**Didier Théophile :** Encore une fois, lorsqu'il y a un cas qui pose vraiment problème, pourquoi le renvoyer à la Commission si vous avez 3 notifications simples à faire dans des pays qui ne poseront pas de difficultés ? Mais il y a quelques pays dans lesquels nous allons être un peu plus prudents.

**Martine Behar-Touchais :** Sur cela, est-ce qu'un réseau ne serait pas moins favorable aux entreprises ? Parce que finalement ici ce sont elles, qui vont faire leurs choix stratégiques. Dans un réseau, est-ce que ça ne serait pas plus les autorités des États membres qui décideraient quelle autorité est bien placée pour traiter le cas ?

**Didier Théophile :** Cela dépend de ce que prévoit la loi.

**Martine Behar-Touchais :** Bien sûr, c'est pour cela que j'emploie le conditionnel. Mais si on réfléchit par rapport au REC, on se rend compte que ce sont tout de même les autorités qui décident quelle est la ou les autorités qui sont bien placées. Alors qu'ici on a donné le pouvoir aux entreprises de choisir leur stratégie, sans que ce soit péjoratif. Et donc finalement, si on changeait vers un réseau, il faudrait au moins garder cette souplesse qui a été donnée aux entreprises.

**Catherine Prieto :** Pour faire la comparaison avec le REC, j'aimerais interroger Simon Vande Walle et Jérôme Vidal sur le fonctionnement du *EU Merger Working group*. Avez-vous des échanges purement techniques, par exemple la présentation d'études de cas, ou bien abordez-vous aussi des questions de politique juridique ?

**Simon Vande Walle :** La politique juridique sur les fusions (*merger policy*) est effectivement discutée. Dans le *EU Merger Working Group*, nous avons eu ainsi une réflexion sur le rôle que l'intérêt public devrait jouer dans le contrôle des concentrations.

**Jérôme Vidal :** Au sein du *Merger Working Group*, il y a un important travail de présentation des pratiques des États membres sur des dossiers qui ont donné lieu à un point d'intérêt particulier. À titre d'exemple, il y a plusieurs années, l'Autorité avait fait une présentation sur la notion d'empreintes réelles, s'agissant de la définition des marchés géographiques pour la distribution. Nous avons eu récemment des échanges sur les engagements : « pourquoi telle autorité préfère tel type d'engagement ? » Ce groupe de travail permet donc d'échanger, de manière régulière, puisque nous nous réunissons 2 ou 3 fois par an. À chaque fois, des thèmes précis sont abordés. De plus en plus, l'Autorité s'intéresse et tient compte de la pratique d'autres États membres (mais également d'autres autorités, comme les autorités américaines). Ainsi, les décisions prises par l'Autorité en matière de contrôle des concentrations se réfèrent de plus en plus à la pratique d'autres autorités. Par exemple, dans la décision *Axel Springer/Logic-Immo*, l'Autorité a cité la pratique de l'autorité allemande s'agissant de la délimitation d'un marché de plateforme (marché biface). On a également fait référence à la pratique de l'autorité anglaise dans la décision *Fnac/Darty*.

**Catherine Prieto :** Il y a également des échanges importants entre l'autorité française et le *Bundeskartellamt*. Lors d'un colloque annuel, le public peut même assister à leurs échanges sur des études de cas. Il apparaît clairement que les expériences sont partagées et enrichissent la pratique décisionnelle respective des deux autorités.

**Martine Behar-Touchais :** Mais il n'y a peut-être pas une nécessité de les formaliser dans un réseau. C'est ce qui semble se dégager de cette table ronde.

**Didier Théophile :** C'est très français de vouloir toujours formaliser les choses.

**Martine Behar-Touchais :** Oui. Il n'y a peut-être pas cette nécessité parce que le système semble fonctionner, même si l'on peut y apporter des petites améliorations.

**Catherine Prieto :** Je me souviens cependant des réactions de Bruno Lasserre fort contrarié par l'affaire *Eurotunnel* sur deux points. Le premier portait sur le fait que l'autorité britannique avait rendu sa décision de manière très décalée par rapport à l'autorité française et avait pris beaucoup plus de temps pour

l'analyse. Le deuxième portait sur le choix du contre-factuel. Beaucoup de commentaires ont porté sur la perte de crédibilité des règles de concurrence, car, en appliquant le même test, la différence du contre-factuel avait conduit à des résultats trop disparates. Peut-on dire aujourd'hui qu'une telle discordance ne pourrait plus advenir ?

**Martine Behar-Touchais :** Le réseau aurait-il été plus efficace s'il avait attribué l'affaire à l'autorité britannique ?

**Catherine Prieto :** L'attribution à une seule autorité, quelle qu'elle soit, aurait été une solution plus sûre, car il convient d'éviter ces risques de contradiction entre les autorités qui affaiblissent la crédibilité des règles de concurrence. Cependant, le mécanisme de renvoi ne permet pas une réallocation horizontale des cas comme le permet un réseau tel que le REC. À défaut d'une volonté politique d'instaurer un REC pour le contrôle des concentrations, la solution préconisée dans le rapport *Zivy* consistait à perfectionner la seule chose qui semble pouvoir être exploitée pour éviter une discordance : le mécanisme vertical du renvoi. Dès lors que deux autorités perçoivent un risque de contradiction majeure, elles auraient la possibilité de renvoyer l'affaire à la Commission.

**Martine Behar-Touchais :** Cela voudrait dire imposer à deux autorités qui traitent du même dossier, de se parler avant de rendre la décision et si elles s'aperçoivent qu'elles vont rendre une décision contradictoire, de saisir soit un Comité, soit la Commission européenne, d'un « arbitrage », d'une médiation avant de rendre leur décision.

**Catherine Prieto :** Il convient de poser la question aux acteurs de la Commission et de l'autorité française. Quand les équipes se rencontrent, évoquent-elles des affaires en cours ?

**Simon Vande Walle :** Non, dans le *EU Merger Working Group* nous ne traitons pas des affaires en cours. Nous évoquons souvent des concentrations qui ont été examinés par les autorités nationales, puisque pour les autres autorités nationales et pour la Commission, ce sont souvent des affaires inconnues. Nous abordons aussi de l'approche vis-à-vis de problèmes systématiques ou des thèmes importantes comme les remèdes ou les outils d'enquête. Mais nous n'entrons pas en matière quant aux cas concrets ni quant aux moyens de les résoudre.

**Martine Behar-Touchais :** C'est alors une démarche presque universitaire.

**Simon Vande Walle :** Ce sont des réunions intéressantes. Mais le volet coopération existe aussi au sujet d'affaires concrètes. Cette coopération se fonde sur le règlement sur les concentrations, notamment avec ses provisions sur la confidentialité et sur l'échange du formulaire CO, etc. Donc il y a les deux volets. Toutefois, les réunions du *EU Merger working group* ne traitent pas des affaires pendantes.

**Catherine Prieto :** Mais parlez-vous d'affaires pendantes ?

**Simon Vande Walle :** Non, nous discutons d'affaires déjà tranchées.

**Catherine Prieto** : On voit bien que les limites du mécanisme de renvoi pour neutraliser les risques de contradiction entre deux autorités nationales. D'une part, il ne permet pas une réattribution des cas sur un plan horizontal. D'autre part, le renvoi vers la Commission suppose qu'une perception du risque de contradiction apparaisse suffisamment tôt. Il faut donc que les échanges informels aient lieu au sein du comité consultatif.

**Florian Bien :** Permettez-moi de revenir sur cette proposition évoquée par le professeur Behar-Touchais de confier à la Commission européenne une sorte de rôle d'arbitre dans le cas où plusieurs autorités nationales s'apprêtent à rendre des décisions contradictoires en matière de contrôle des fusions. Un tel modèle irait probablement plus loin que les mécanismes prévus dans le Règlement n° 1/2003, puisqu'ici, les autorités nationales restent libres d'adopter des décisions en matière d'ententes et d'abus de position dominante, bien que la Commission dispose, au moins en théorie, de la compétence de se saisir d'une affaire qui est déjà traitée par plusieurs autorités nationales. Or, ce n'est pas le cas en pratique comme nous l'avons vu récemment en matière de plateformes de réservation hôtelière. Le *Bundeskartellamt* les avait traitées beaucoup plus sévèrement qu'une grande partie des autres autorités nationales y compris l'Autorité de la concurrence. (À ce propos, vous avez peut-être entendu parler de la décision de la Cour d'appel de Düsseldorf qui a cassé la semaine dernière cette décision du *Bundeskartellamt* et a accepté des clauses de portée assez limitée, à savoir celles interdisant aux hôteliers d'afficher sur leur propre site des prix plus attractifs.)

Au lieu d'une éventuelle formalisation de la procédure, et je suis là tout à fait d'accord avec le professeur Prieto, nous devrions encore plus miser sur des formats de discussion souples et informels entre les diverses autorités nationales, et cela même à défaut d'un REC au sens technique en matière de contrôle des fusions. Cela est en grande partie déjà mis en place, notamment à l'égard des autorités allemande et française, mais cela vaut aussi pour d'autres autorités. Je pense d'ailleurs que même nous, les universitaires, contribuons à ces échanges aussi bien

importants qu'informels ainsi qu'à leur existence, en nous rassemblant à l'occasion de colloques comme celui-ci, offrant dès lors la chance de prendre note des expériences éprouvées par les autres.

Un dernier point concernant les échanges informels entre autorités : Cela fonctionne de manière assez satisfaisante au regard des dossiers traités par la Commission. Elle en informe les autorités nationales qui ont ensuite la possibilité de donner leur avis sur un dossier, comme cela a été le cas dans les exemples d'affaires allemandes que je viens de citer. Or, et c'est là que je vois un certain problème, l'information passe souvent assez tardivement. Cela est dû à la phase très importante de pré-notification. Entre-temps, cette phase est devenue centrale dans toute procédure de contrôle au niveau européen. C'est là que des décisions clés sont prises par les autorités et notamment par la Commission européenne. Mais comme il n'y a en principe, aucun moyen officiel de tenir informées les autorités nationales pendant la phase de pré-notification par mesure de confidentialité, celles-ci ne sont souvent pas vraiment à la hauteur de la procédure. Ainsi, il arrive souvent qu'elles ne commencent à se pencher sur le dossier et doivent essayer de comprendre le cas au plus vite seulement une fois la phase 1 entamée, ce qui est très difficile et les met dans une situation peu avantageuse vis-à-vis de la Commission. (Cela est d'ailleurs aussi vrai pour les tiers qui ne sont pas non plus impliqués dès le début informel de la procédure.) L'on a peut-être besoin de réfléchir davantage sur cette phase zéro, qui est presque devenue la phase la plus importante, mais dans laquelle un échange informel entre autorités a souvent beaucoup de mal à fonctionner à l'état actuel.

**Didier Théophile :** Sur la phase de pré-notification, on peut, dès lors que l'opération a été annoncée et n'est plus secrète, accepter qu'un test de marché soit réalisé. Aujourd'hui, les *waivers* entre la Commission et les États-Unis existent en phase de pré-notification dès lors que l'opération est annoncée. En revanche, nous ne pouvons rien échanger avec les tiers lorsque nous discutons avec une autorité de concurrence en pré-notification alors que l'opération est encore secrète, ce qui arrive assez souvent.

**Laurence Idot :** Alors cela étant, est-ce que dans le cadre de la notification de l'article 19, la Commission transmet des informations, dans les cas où c'est possible, sur des pré-notifications en cours ?

**Simon Vande Walle :** Non, les échanges sur base de l'article 19 commencent à partir de la notification. Mais je rejoins Didier, en réalité, si c'est un cas problématique, les parties ont intérêt à parler à l'autorité nationale. Ils donnent souvent un *waiver* en pré-notification tant à la Commission qu'à l'autorité nationale pour qu'ils puissent coopérer et échanger les projets de formulaires CO,

échanger des points de vue, ou les expertises sur le marché. Cela arrive très souvent.

**Laurence Idot :** Mais c'est plus dans les relations avec les États-Unis, mais dans la relation…

**Didier Théophile :** C'est formalisé avec les USA, ça, c'est certain. Au niveau national, cela existe aussi.

**Simon Vande Walle :** Ça arrive aussi avec les autorités pendant l'union oui.

**Martine Behar-Touchais :** Je pense qu'il est l'heure de mettre fin à cette table ronde et de remercier tous les participants. Merci à tous.

# II. Table ronde sur l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union

Modérateur :
Prof. David BOSCO, Aix-Marseille Université

Intervenants :
Le point de vue du praticien : Marta GINER ASINS (*Norton Rose*)
Le point de vue de l'Autorité française : Étienne CHANTREL
Le point de vue de la DG COMP : Josep Maria CARPI BADIA
Le regard allemand : Prof. Florian BIEN, Université de Würzburg

**David Bosco :** Nous ouvrons maintenant la deuxième table ronde prévue pour cette journée sur la question d'un réseau européen du contrôle des concentrations. Un grand merci à Catherine Prieto d'avoir organisé ces échanges, et pour cet accueil. La table ronde est intitulée de la manière suivante : l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union, dans le champ évidemment du contrôle des concentrations.

Le mot « harmonisation » a un sens : son étymologie nous apprend que l'harmonie, c'est une voix, un accord de voix, un accord de sons plus exactement. Et donc l'harmonie, c'est parler d'une seule voix. Or, ce qui peut marquer, dans une période récente, sur le plan des analyses substantielles des concentrations, c'est, non pas l'harmonie, mais une certaine cacophonie : cacophonie nationale, d'abord, puisque vous le savez, il y a peu de temps, le ministre de l'Économie a évoqué, pour la première fois, une décision rendue par l'Autorité de la concurrence et portait un autre regard sur une concentration nationale, dans l'affaire *Agripole*. Et puis aussi, d'une certaine manière, cacophonie européenne avec l'affaire *Alstom/Siemens*, où des regards, clairement différents, étaient portés sur une opération.

D'où ce manque d'harmonie vient-il ? À vrai dire, il vient d'une seule source : au fond, les concentrations touchent au tissu économique national, au tissu économique européen, avec pour résultat que le « politique » s'en mêle. La charge politique, le contenu politique des concentrations, peut menacer l'harmonisation en Europe - sauf à trouver, évidemment, une harmonisation politique, ce qui est au fond le sens de la proposition allemande et de la proposition française exprimées à la suite de l'affaire *Alstom/Siemens*.

Pour parler de l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union, il faut aller au-delà de ces affaires à contenu politique. C'est précisément le programme qui est devant nous puisque nous allons parler des phénomènes

d'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union européenne en se dégageant de ce contenu politique. Ici une harmonisation est possible parmi les analyses substantielles qui sont portées sur les opérations de concentration.

L'objet de notre table ronde est d'observer comment peut se faire une harmonie, un accord sur l'analyse qu'il convient de porter sur des opérations de concentration. Un certain nombre d'éléments montrent que cette harmonisation est parfois difficile, et même quand elle existe, des divergences de vues sont possibles. Un des intervenants de ce matin disait qu'il y a les textes, mais il y a aussi la pratique et la lecture que l'on peut faire de ces textes. Nous avons parlé de l'affaire *Eurotunnel*, nous avions aussi évoqué des divergences transatlantiques où en utilisant le même test, des autorités de concurrence aboutissaient à des résultats différents. J'ai aussi en mémoire d'autres affaires, par exemple l'affaire de l'alliance P3 où l'autorité chinoise, avec des standards d'analyse à peu près comparables, avait porté un regard totalement différent de celui des autorités américaine et européenne.

Les affaires à contenu politique mises à part, et cette réserve faite autour de la pratique que l'on fait des analyses concurrentielles, le champ est encore vaste pour chercher des points d'harmonie des analyses substantielles. Et il me semble que les travaux de ce matin ont montré que c'était un objectif possible, celui de cette harmonisation, de cette convergence de vues.

Ainsi contextualisé, comment peut-on concevoir ces convergences d'analyse sur les opérations de concentration ? Avec les intervenants de ce panel, nous allons les voir sous deux rapports. D'abord nous allons évoquer quelles sont les convergences actuelles : comment *de lege lata,* peuvent se faire ces accords de voix, comment peut être trouvée l'harmonie ? Et puis dans un deuxième temps, nous essayerons de nous projeter plus loin, et voir qu'elles pourraient être les convergences futures.

Pour évoquer ces deux points, nous avons la chance d'avoir avec nous, Monsieur Carpi-Badia, chef de l'unité de coordination des fusions, à la Commission européenne. M. Étienne Chantrel, chef du service concentration de l'Autorité de la concurrence ; M. le professeur Florian Bien, Professeur à l'Université de Würzburg en Allemagne ; Me Marta Giner Asins, du cabinet Norton Rose.

Nous commençons immédiatement par ouvrir ce premier thème : comment aujourd'hui trouver des convergences entre les autorités de concurrence, autorités nationales, autorités européennes ? Comment parlent-elles entre elles ? Le sujet a été déjà un peu évoqué ce matin, mais nous allons approfondir la discussion.

Les convergences actuelles se font de plusieurs manières. Il y a d'abord un dialogue qui s'opère, nous en avons eu un premier témoignage, un dialogue qui s'opère entre les autorités nationales et l'autorité européenne de concurrence. Donnons la parole aux acteurs de ce dialogue en nous tournant vers M. Carpi-Badia : aujourd'hui, en pratique, comment ce dialogue s'instaure-t-il ?

**Josep Maria Carpi Badia :** Merci David. Bonjour à tous.

Tout d'abord, je voudrais bien évidemment remercier les organisateurs de cette conférence, et donc notamment Catherine Prieto et l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (l'« IRJS »), pour leur invitation à participer à ce colloque.

Vous serez d'accord avec moi que le débat de ce matin a été particulièrement intéressant et que les sujets de la table ronde de cet après-midi le sont sans doute aussi. Le professeur Laurence Idot a déjà avancé, dans la conférence qui a ouvert le colloque, quelques-unes des idées que je vais développer dans mon intervention, ce qui facilite sans doute ma tâche (en fait, elle les a expliquées beaucoup mieux que ce dont je vais être capable).

Avant de répondre à la question que David m'a posée, vous allez me permettre deux remarques préliminaires.

La première est que je parle ici à titre personnel et donc que même si dans le programme je suis censé présenter le point de vue de la DG COMP, mes opinions ne lient nécessairement pas la Commission européenne. Je vais partager avec vous plutôt mon regard sur les sujets en cause.

La deuxième remarque liminaire c'est que je me présente devant vous aujourd'hui, en ce qui concerne plusieurs des sujets que nous allons évoquer, sans vraiment de réponses définitives. En effet, pour certains des sujets dont on parlera aujourd'hui, nous sommes (au mieux) au stade de la réflexion et de l'analyse. Ce sont des questions, par exemple, que l'on a évoquées dans le passé (comme le possible Espace Européen en matière de concentrations, la « *European Merger Area* », que l'on a mentionnée dans le Livre Blanc en 2014) ou la possibilité d'introduire des seuils juridictionnels liés à la valeur de la transaction (laquelle, avec d'autres matières, fait l'objet actuellement d'une Évaluation), mais pour lesquelles on n'a pas nécessairement, à ce stade, des propositions très concrètes ou des conclusions très fermes. Parfois j'aurai donc plus de questions que de réponses…

Maintenant, en ce qui concerne la question de David : je pense qu'il est important de constater, nous l'avons déjà évoqué ce matin, que dans les dix, quinze

dernières années il y a eu un double processus concernant les différents régimes de contrôle de concentrations : un processus de convergence, d'une part, et un processus de coopération et coordination, d'autre part. Cela est vrai à l'intérieur de l'UE et de l'Espace économique européen. C'est vrai aussi globalement, avec des initiatives comme l'ICN (l'*International Competition Network*, le réseau international de la concurrence). Aussi avec les travaux au sein de l'OCDE ou d'autres organisations internationales.

Je vais me concentrer d'abord sur l'aspect coordination et coopération. Par la suite, je traiterai aussi de la convergence, c'est-à-dire de la partie moins procédurale et portant plus sur le fond.

Ce matin, on vous a rappelé les points principaux du régime communautaire des concentrations. Le règlement de l'UE (actuellement, le Règlement 139/2004) ne crée pas un système de compétences parallèles entre les autorités nationales et la Commission européenne. C'est un système, au contraire, de compétence exclusive de la Commission (de « guichet unique ») pour des opérations de concentration (telles que définies à l'article 3 du Règlement) de dimension communautaire ou européenne (« de dimension de l'Union » au sens de l'article 1 du Règlement, sur la base des seuils de chiffre d'affaires y contenus). Pour ces opérations-là, il y a un guichet unique, ce sont des opérations qui doivent être notifiées à la Commission européenne et sont examinées par celle-ci. Pour d'autres opérations, les autorités de concurrence des États membres sont compétentes, selon leurs normes nationales respectives.

Le système du règlement prévoit toutefois une certaine flexibilité, à travers des mécanismes de renvoi (articles 4(4) et 4(5), 9 et 22), nous n'en avons parlé aussi ce matin. Ces mécanismes permettent une certaine réattribution de l'examen de certaines opérations à l'autorité la mieux placée. Je vais simplement noter que le règlement UE prévoit des mécanismes de coopération spécifiques à cet égard, par exemple dans le cas d'une (possible) demande de renvoi en vertu de l'article 9 (ces mécanismes incluent la possibilité d'échanges à tous les stades de la procédure et l'accès de l'autorité nationale au dossier de l'affaire).

De manière plus générale, le règlement associe de manière très étroite et constante les autorités nationales à l'enquête et la prise de décision dans toutes les affaires qui relèvent de la compétence de la Commission européenne. Il y a une liaison très étroite entre la Commission et les autorités nationales à cet égard. Cette liaison s'articule notamment sur la base de la transmission aux autorités nationales des documents les plus importants dans chaque affaire, en commençant par la notification, mais aussi les propositions de remèdes, ou en phase 2, la

communication des griefs. Cela, dans les meilleurs délais (cf. article 19 du règlement).

En tout état de cause, il n'y a pas simplement un échange de documents, mais un dialogue constant et fluide entre la Commission et les autorités nationales. Dans certains cas (par exemple dans le cadre des enquêtes de phase 2 ou des infractions procédurales), il y a une procédure de consultation formelle préalable. La Commission doit consulter le comité consultatif en matière de concentrations, qui est composé par les représentants des États membres et qui émet son avis sur le projet de décision de la Commission (article 19 alinéas 3 à 7 du règlement). À ces fins, aux termes de l'article 17 du règlement, l'obligation de secret professionnel s'impose tant aux fonctionnaires et agents de la Commission qu'aux agents des États membres.

Finalement, le règlement prévoit aussi des mesures conjointes d'enquête : sur demande de la Commission, les autorités des États membres peuvent procéder à des inspections (cf. articles 12 et 13 du règlement).

Ce dialogue entre la Commission et les autorités nationales (et entre ces dernières) ne concerne pas, cependant, seulement les opérations de dimension communautaire, c'est-à-dire les affaires relevant de la compétence de la Commission, ou celles qui font ou sont susceptibles de faire l'objet d'un renvoi (ascendant ou descendant). Ce dialogue est très important aussi en ce qui concerne les opérations qui sont examinées, non pas par la Commission européenne, mais par une ou plusieurs autorités nationales.

En effet, les opérations notifiées à la Commission, bien qu'elles soient généralement les transactions de plus grande envergure, ne représentent qu'une petite partie de toutes celles qui font l'objet d'un contrôle des concentrations au sein de l'UE/EEE (autour de 10%, en moyenne).

Or, parmi ces cas qui échappent la compétence de la Commission, il y a souvent des transactions transfrontalières et/ou relevant de plusieurs ressorts. Des affaires, par exemple, qui sont examinées par deux ou plus autorités nationales. Des affaires qui analysent des marchés supranationaux, ou les mêmes marchés de produit à l'intérieur de plusieurs États membres. Ou qui peuvent nécessiter des remèdes applicables dans plus d'un État membre.

Dans ces affaires aussi, il est très important qu'il y ait une coordination, une coopération entre la Commission et les autorités nationales et entre les autorités nationales elles-mêmes. Au cours des années, il y a eu plusieurs initiatives à cet

égard. Laurence Idot s'en est déjà occupée ce matin, je vais tout simplement les rappeler brièvement.

En 2001 déjà, l'ECA (*European Competition Authorites*) a établi un guide procédural qui a instauré un système d'échange d'informations entre les autorités nationales sur la base de « fiches d'information » quand une opération qui était susceptible d'être notifiée dans plusieurs États membres était notifiée auprès d'une autorité nationale (des dossiers pouvant donner lieu à une « multi-notification » en Europe, donc). Quelques années plus tard, en 2004, l'ECA a aussi adopté des « principes » (des bonnes pratiques) en ce qui concerne l'application des mécanismes de renvoi du règlement des concentrations.

C'est dans ce cadre que, en 2010, a été créé un groupe de travail *ad hoc* sur les concentrations, que l'on appelle, dans un exercice d'imagination, simplement le « EU *Merger Working Group* » (« MWG »). On a beaucoup parlé ce matin de ce groupe de travail des concentrations. Il est composé de représentants de la Commission et des autorités nationales des États membres de l'UE responsables du contrôle des concentrations, avec la participation aussi des autorités des autres États de l'EEE et de l'ESA (l'« *EFTA Surveillance Authority* »). Ce groupe se réunit périodiquement (plusieurs fois par an), sous la présidence de la Commission et avec deux autorités nationales comme « *co-chairs* » (vice-présidents).

L'objectif de ce groupe est de contribuer à l'amélioration de la cohérence, la convergence et à la coopération en matière de contrôle des concentrations entre les autorités européennes. Son mandat inclut, en particulier, l'identification de possibles améliorations dans le traitement de concentrations ayant un impact transfrontalier, dans le cadre notamment des régimes existants et sur la base de la pratique et des expériences des autorités participantes.

La création du MWG a porté des fruits concrets très vite. En novembre 2011, la Commission et les autorités nationales de concurrence se sont mises d'accord pour adopter, au sein du MWG, des Bonnes pratiques de traitement des fusions transfrontalières ne bénéficiant pas de l'examen selon le guichet unique du règlement de l'UE.

Ces Bonnes pratiques ont pour objectif de promouvoir la coopération et l'échange d'informations dans des cas de notifications multiples, et donc de renforcer la coopération qui avait été déjà instaurée en 2001. Elles recensent les étapes clés auxquelles la coopération est particulièrement utile et les informations qui peuvent être échangées (calendrier, remèdes, etc.). Et de cette façon, elles visent à accroitre l'efficacité du système et réduire le risque de décisions divergentes. Les Bonnes pratiques mettent aussi l'accent sur le rôle, très important,

que les parties à la concentration peuvent jouer pour qu'une telle coopération soit vraiment réussie.

Au-delà de ces Bonnes pratiques, au cours des années, le MWG a traité des questions très différentes, dans des domaines très divers. Certaines de ces discussions ont donné lieu à la publication de rapports ou de notes de synthèse. Par exemple, en 2016, le MWG a publié un aperçu des informations demandées dans les divers formulaires de notification dans chaque État membre (avec toute une série de tableaux récapitulatifs très utiles).

Toujours en 2016, le MWG a adopté un rapport sur la prise en compte d'intérêts publics dans les divers régimes nationaux de contrôle des concentrations. Le rapport examine les différentes approches en la matière dans les droits nationaux des États membres.

Le MWG a aussi joué un rôle majeur dans la modification des *Working Arrangements* concernant le fonctionnement du comité consultatif en matière de concentrations. Le nouveau texte a été publié en novembre 2016.

Je crois que je vais m'arrêter là. Peut-être par la suite pourra-t-on discuter de manière plus pratique et détaillée des travaux du groupe.

**David Bosco :** Merci. Le *European Merger Network* est aussi un lieu d'analyse substantiel, par exemple l'analyse du marché pertinent dans les secteurs du numérique. Est-ce que vous avez des sujets de fond sur lesquels vous échangez des analyses ?

**Josep Maria Carpi Badia :** On discute régulièrement, effectivement, de sujets divers concernant l'analyse des opérations de concentrations (compétence, examen au fond, remèdes, etc.), qui sont dans l'intérêt général des autorités qui y participent. On partage les expériences respectives de la Commission et des autorités nationales, ainsi que de l'ESA.

Pour ne donner qu'un exemple, nous avons discuté dans les dernières années de la définition du marché géographique dans le contrôle de concentrations. La Commission avait demandé aux professeurs Lyons et Fletcher, de l'université d'East Anglia, de préparer un rapport économique indépendant examinant la pratique de la Commission en matière de définition du marché géographique. Les conclusions de ce groupe ont été discutées au sein du *Merger Working Group*.

**David Bosco :** M. Chantrel, quel est votre « retour d'expérience » sur ce dialogue que vous nouez avec la Commission, mais également avec les autres autorités nationales ?

**Étienne Chantrel** : Je vais, moi aussi, commencer par remercier les organisateurs de cette conférence de leur invitation. Bien évidemment, je ne m'exprime pas officiellement au nom de l'Autorité, mais en mon nom propre, même si ma présentation s'appuie sur notre expérience à l'Autorité.

Beaucoup de choses ont déjà été présentées ce matin, et Jose vient d'apporter des compléments intéressants. Nous avons aujourd'hui beaucoup de formes de dialogue et de manières de dialoguer. Comme nous venons de le dire, il y a un dialogue qu'on pourrait appeler « vertical » entre la Commission et certaines autorités nationales. Mais il existe aussi un dialogue « horizontal » au niveau des autorités nationales, notamment dans le cadre d'institutions, où la Commission peut être présente bien sûr, comme le *Merger working group*. Je voudrais signaler également un autre groupe de travail informel qui a été créé il y a deux ans, consacré au numérique. Ce groupe numérique ne s'intéresse pas seulement aux concentrations, mais les concentrations numériques sont dans son champ. Comme nous le savons bien, c'est un sujet de débat important depuis fort longtemps, mais particulièrement vivant depuis 3 ans.

Par ailleurs, au-delà de ces liens plus ou moins formalisés, que ce soient les renvois, l'accès au dossier dans certains types de procédures ou les forums où nous nous rencontrons régulièrement, on trouve aussi tous les liens de nature plus informelle. Jose a déjà signalé que, dans le cadre de l'ECA (*European Competition Authorities*), nous échangeons des fiches succinctes qui présentent les opérations concernant potentiellement plusieurs pays. Dans ce cadre, nous nous échangeons également des informations quand nous faisons un test de marché pour des entreprises présentent dans un autre pays, même s'il est rare que l'autorité nationale concernée s'en inquiète.

Tout cela nous donne un certain nombre d'informations et nous donne l'occasion d'échanges de nature beaucoup plus informels sur cette base. Ils peuvent avoir lieu à l'occasion d'une opération, par exemple quand une opération est notifiable dans plusieurs pays et qu'on s'intéresser à la manière dont elle a été traitée par nos collègues. Cela ne signifie pas que nous devions forcément retenir la solution des autres autorités, mais il est intéressant de discuter en tout cas des options qu'ils ont retenues. Au-delà de ces échanges à l'occasion d'une opération, il peut y avoir des échanges de nature plus générale. J'ai le souvenir de plusieurs cas par exemple où la CMA avait interrogé quelques autorités nationales, informellement, par un simple email, pour poser des questions sur la manière de

traiter certains types d'affaires. En l'occurrence il s'agissait de commerce de détail, afin de préparer l'instruction du dossier *Sainsbury/Asda* qui avait une ampleur majeure. Ils se sont ainsi rapprochés de quelques autorités pour poser quelques questions directement utiles pour leur analyse, par exemple : « comment traitez-vous les zones locales ? » Cet échange avait donc lieu hors du cadre d'une opération communément notifiée dans les différents pays.

Ce type d'échanges informels au niveau des autorités nationales a une dimension plus directement opérationnelle, car nous avons des opérations beaucoup plus similaires entre autorités nationales pour des raisons de taille évidente. Quand nous interrogeons les Britanniques ou les Allemands, nous avons une pratique très proche en termes de taille et d'impact des opérations. Les grandes opérations de dimension européenne sont un petit peu différentes des opérations que nous avons à analyser typiquement, ne serait-ce que pour les marchés géographiques ou pour la taille des entreprises concernées. Ces échanges informels au niveau des autorités nationales concernent vraiment des dossiers assez similaires.

Ces contacts informels sont bien sûr favorisés par le fait que nous nous rencontrons régulièrement. C'est parce que nous nous connaissons et nous rencontrons régulièrement dans les cadres dont parlait à l'instant Jose, où les échanges informels hors réunion sont nombreux, qu'il est facile ensuite de décrocher simplement son téléphone en se disant, « tiens, je vais appeler Colin et lui demander s'ils ont fait ça ».

**David Bosco :** Un grand merci. Vous avez évoqué à l'instant ce fameux groupe de travail sur le numérique. Pourriez-vous préciser qui fait partie de ce groupe, toutes les autorités nationales ?

**Étienne Chantrel :** Oui absolument, les autorités nationales et la Commission. Il s'agit d'un groupe de travail organisé au sein du REC, même s'il n'en fait pas formellement partie et n'est pas dans la liste des groupes de travail formels du REC. Je laisse Jose me corriger le cas échéant. Ce groupe a, au début, cherché un tout petit peu son champ. Il y a eu des hésitations, par exemple, sur la question de savoir si les concentrations dans le numérique sont à traiter dans le *Merger working group* ou dans le groupe numérique. Après ces premiers tâtonnements, ce groupe s'est réuni une dizaine de fois en deux ans. La première rencontre a eu lieu à Bruxelles il y a un an et demi et a été suivie par des rencontres dans différents pays, notamment une en France il y a quelques mois. Nous sommes maintenant d'accord sur le fait que nous pouvons traiter des affaires de concentration numérique dans le groupe numérique et pas seulement dans le *Merger Working group*. Pour le reste, ce groupe de travail, est concrètement très

proche des autres groupes de travail du REC, et du *Merger working group*, dans sa manière de fonctionner. Les participants font des présentations aussi bien sur un secteur précis que sur une question générale. On y trouvera donc aussi bien la présentation d'un cas qu'une présentation d'actualité, par exemple « où on est sur le seuil de valeur de transaction ? » quand nous avons la chance d'avoir la présence de collègues allemands ou autrichiens. Au final, cela donne un panel assez large de sujets qui peuvent être abordés.

**David Bosco :** Par ailleurs, vous avez indiqué que vous avez parfois des sujets plus larges que les concentrations, mais qui touchent à un secteur. Les Français et les Allemands ont en mémoire ce travail sur les données personnelles. Si un réseau pouvait se structurer d'une manière ou d'une autre, cela ne vous donnerait-il pas l'occasion de trouver un cadre plus structuré à vos discussions informelles ? Quelle publicité donneriez-vous à vos échanges ?

**Josep Maria Carpi Badia :** Dans le cadre actuel, le *Merger Working Group* constitue un instrument souple qui nous permet, à la Commission et aux autorités nationales, d'avoir des échanges intéressants et utiles. Je crois qu'il a contribué positivement (et continue à le faire) à l'amélioration de la cohérence, à la convergence et à la coopération en matière de contrôle des concentrations entre les autorités européennes.

Comme je l'ai évoqué auparavant, nous avons publié, à plusieurs reprises, des bonnes pratiques, mais aussi des rapports et des notes de synthèse élaborés au sein du groupe.

Finalement, l'existence ou pas d'un réseau (plus) formalisé est probablement liée, de façon générale, aux caractéristiques précises du cadre normatif et institutionnel en cause. Un tel réseau est davantage nécessaire, à mon avis, quand les différentes autorités appliquent les mêmes règles matérielles. Quand les règles ont été harmonisées, en somme.

**David Bosco :** Vous trouvez donc des vertus à ce cadre informel pour avancer à votre rythme et à celui que vous choisissez.

**Josep Maria Carpi Badia :** En principe, c'est un instrument qui fonctionne bien, effectivement, dans le cadre actuel. Le formaliser davantage, cela pourrait être lié à des réformes plus ambitieuses du régime communautaire.

**David Bosco :** M. Chantrel, voulez-vous réagir sur ce sujet ?

**Étienne Chantrel :** Je ne vois pas ce qu'une formalisation plus poussée apporterait, sinon la satisfaction intellectuelle d'avoir une construction supplémentaire. Qu'y gagnerions-nous en pratique ? Vous mentionnez la publicité des débats. Comme le dit Jose, certains travaux sont publics de manière volontaire. Faut-il aller plus loin ? Cela aurait des inconvénients : si on savait par avance que tout ce qu'on va écrire et dire sera public, nous n'aurions pas tout à fait le même genre de conversation. Même si ce ne sont pas des secrets d'État qui s'échangent, on a une certaine liberté de ton, y compris parfois pour apporter un bémol ou critiquer un petit peu ce qu'on fait les collègues, que nous n'aurions peut-être pas si nous savions que tous nos échanges vont être ensuite portés sur la place publique tels quels.

**David Bosco :** Maître Giner Asins, que pensez-vous de ces convergences qui naissent entre les autorités ?

**Marta Giner Asins :** Merci. Je me joins tout d'abord aux propos qui ont été exprimés précédemment pour remercier les organisateurs et également, comme l'a fait Monsieur Carpi Badia, pour m'excuser pour l'accent espagnol que vous pourrez entendre lors de mes interventions.

De mon point de vue, le contrôle des concentrations est un domaine dans lequel, de manière générale, les entreprises appellent de leurs vœux la convergence. Ce n'est pas le cas dans tous les domaines, c'est beaucoup moins le cas par exemple dans le domaine des investigations. Mais dans le cadre du contrôle des concentrations, les entreprises ont tout intérêt à ce que les autorités coopèrent et également, je pense, à ce qu'il y ait une convergence sur le fond.

Pour comprendre cela, il suffit de regarder, d'un point de vue très pratique, la situation dans laquelle se trouvent les entreprises lorsqu'elles sont face à ce qu'on appelle dans le jargon une « multi-J » c'est-à-dire une analyse multi juridictionnelle d'une concentration qui est éventuellement notifiable devant plusieurs autorités. Il faut avoir conscience que, lorsque vous êtes juriste ou avocat concurrence, il y a dans votre fonction un petit côté « cinquième roue du carrosse », et il me semble qu'il est utile pour vous de le savoir si vous décidez d'en faire votre profession. En effet, il est fréquent d'être face à un avocat, un associé *corporate* ou un client interne qui vous informe que le *closing* est dans un mois et vous demande de regarder les potentiels risques de concurrence tout en prenant le soin de préciser par exemple que selon lui il n'y a pas de problème de concurrence ou que l'opération n'est pas notifiable, car la part de marché est très petite. Il m'a même récemment été dit « *tu sais c'est un marché tout nouveau donc il n'y a même pas de concurrence donc il ne peut pas y avoir de problème de concurrence* ». Nous sommes

donc très souvent pris par le temps. L'idéal est d'être saisi en amont pour plus de fluidité, mais malheureusement c'est très souvent dans l'urgence.

Concernant la différence de régime entre les autorités nationales de concurrence, il est vrai qu'en pratique cela pose un réel problème. La différence de seuils impose une charge importante pour les entreprises notamment en raison des difficultés de collecte des informations. Il faut avoir à l'esprit que les opérationnels sont occupés à négocier ou à rédiger des rapports de *pre merger integration*. Donc lorsque vous leur demandez de vous renvoyer un chiffre d'affaires parce que, pour ce pays, il est calculé en fonction de la localisation du client et non en fonction des filiales et qu'à défaut il y a un risque d'amende c'est assez compliqué. Par ailleurs, la gestion des différents calculs de seuils peut se révéler complexe. La majorité des États membres ont des seuils exprimés en parts de marché, mais d'autres, comme la CMA, les expriment en *share of supply*, un concept assez difficile à manier en pratique.

Sur le concept même de contrôle des concentrations, il existe des divergences qui ont un impact pratique très important. J'ai eu récemment un cas dans lequel je conseillais une entreprise française dans le cadre d'une « *joint-venture* » (JV) avec une entreprise américaine pour un projet exclusivement localisé en Côte d'Ivoire. Il n'y avait pas de contrôle conjoint et la JV n'était pas « *full function* ». Pourtant, nous nous sommes interrogés pendant près de deux semaines pour savoir si nous devions notifier en Pologne compte tenu du fait que dans ce pays le concept de JV ne tient compte ni du critère de « *full functionality* » ni du contrôle conjoint. C'est donc bien à ce type de « casse-tête » auxquels vous devez faire face.

Et je n'évoquerai même pas les difficultés liées à la récente prise considération par certains États membres du concept de prise de participation minoritaire afin de qualifier une opération de concentration qui pose également beaucoup de questions en pratique.

Il est possible d'illustrer les divergences de procédure, sans entrer dans le détail, en prenant l'exemple des reprises dans le cadre de procédures collectives. Dans ce cas, les facteurs de pression et de calendrier incompressible sont encore plus fort que dans une concentration « classique » puisque bien évidemment le Tribunal de commerce ne va pas changer la date d'audience en fonction du calendrier du contrôle des concentrations. À ce sujet, j'ai récemment travaillé sur une opération impliquant des procédures collectives dans trois États membres et dans ce cas précis il est très difficile de se coordonner. Pour les associés de procédure collective et de *restructuring* l'opération n'impliquait pas de notification en France, l'autorité étant très pragmatique dans ces cas-là. Cependant, quoique l'ensemble des actifs étaient localisés au Havre, l'opération était notifiable en

Allemagne en raison d'une exportation vers l'Allemagne. Je vous laisse imaginer les difficultés de coordination du calendrier de l'autorité allemande et du Tribunal de commerce du Havre.

De même, chaque autorité a ses habitudes, ses préférences, sa manière de gérer les dossiers. Il y a, par exemple, des autorités nationales dans lesquelles il est impossible de notifier sans avoir pré-notifié préalablement parce qu'elles n'aiment pas être enfermées dans des délais, ce que je comprends tout à fait. Et donc elles tiennent absolument à ce qu'il y ait une pré-notification. S'il est vrai que ces dialogues informels sont très positifs, lorsque vous êtes face à quatre notifications, le fait de devoir gérer ces différents calendriers peut poser un problème pratique très important.

Il y a également parfois un manque de communication entre les autorités sur un même dossier. Récemment, je représentais un tiers acquéreur dans le cadre d'un *divestment* qui avait été demandé par la Commission européenne. Une autorité très tatillonne demandait beaucoup d'informations complémentaires et tardait à délivrer l'autorisation alors que la Commission avait déjà regardé cela de très près. J'ai alors demandé à la Commission si elle communiquait avec les autres autorités. Et une fois la Commission intervenue auprès de cette autorité, j'ai senti une réelle différence et j'ai eu l'autorisation très rapidement. Je pense que c'est dans des cas comme celui-ci que les dialogues sont essentiels pour pouvoir mettre un peu d'huile dans les rouages.

Je terminerai par les divergences dans le contenu de la décision en présentant le cas fondamental des restrictions accessoires. S'il est vrai que la plupart des opérations ne posent absolument aucun problème de concurrence, sur le fond il peut quand même y avoir une clause de non-concurrence ou bien une clause de non-démarchage d'une durée de six ans. Cette durée quoiqu'allant un peu au-delà de la pratique habituelle peut être justifiée par des circonstances particulières.

Face à de telles clauses, certaines autorités vont analyser les restrictions accessoires, d'autres non. Certaines vont avoir une approche très stricte et d'autres moins. L'appréciation de ces restrictions accessoires par les autorités va avoir des implications importantes dans la vie de l'entreprise pendant les années et va marquer la manière dont les affaires seront gérées. De ce point de vue, les analyses à géométrie variable représentent un obstacle très important.

Je pense effectivement que je ne m'avance pas si je dis au nom des entreprises « oui convergence s'il vous plaît ».

**David Bosco :** Il faut aussi rappeler le rôle que les lignes directrices de la Commission peuvent jouer dans la diffusion des analyses. Par exemple en France, l'analyse sur les restrictions accessoires est le décalque de la doctrine de la Commission.

Nous avons vu jusque-là toutes ces occasions d'un dialogue informel. Mais il existe aussi un dialogue beaucoup plus formel avec un « invité surprise », c'est la Cour de Justice, qui peut jouer un rôle dans le cadre des questions préjudicielles qui pourraient lui être posées pour interpréter le contrôle des concentrations.

M. Carpi-Badia, quelle est votre analyse ?

**Josep Maria Carpi Badia :** Comme on l'a évoqué, il n'existe pas, en tant que tel, de corpus unifié de règles sur le contrôle des concentrations au niveau européen. Le règlement UE sur les concentrations instaure un système de guichet unique pour les concentrations de dimension communautaire. Pour d'autres opérations, les autorités des États membres sont compétentes, selon leurs normes nationales respectives.

Les autorités nationales jouent un rôle très important, bien évidemment, dans la mise en œuvre des règles sur le contrôle des concentrations dans l'UE. Ces autorités n'appliquent pas les dispositions du règlement UE (matérielles ou procédurales) aux affaires qu'elles examinent. Le contrôle des concentrations à l'échelon national relève exclusivement du droit interne.

Je comprends parfaitement l'appel que Marta a fait en faveur de davantage de convergence en Europe. Il existe des divergences dans les différentes approches nationales, qu'il ne faut pas minimiser.

Il est indéniable, cependant, que, au cours des années il y a eu une certaine convergence, progressive, qui porte sur plusieurs aspects. Je crois que l'on peut affirmer que le règlement de l'UE sur les concentrations a servi de modèle à bon nombre de régimes nationaux, donnant lieu à une convergence législative sur l'essentiel entre les différents régimes juridiques.

Cela est généralement illustré avec l'exemple de l'évolution du critère matériel applicable (du « test sur le fond »). Le droit de l'union est passé, en 2004, d'un critère basé sur la notion de dominance (la « création ou renforcement d'une position dominante ») à un critère fondé sur l'entrave significative à la concurrence. Plusieurs régimes nationaux ont adopté par la suite le même critère (cela a été par exemple le cas de l'Allemagne en 2013). De nos jours, ce critère prédomine très clairement dans les droits nationaux européens.

Donc il y a une certaine convergence matérielle, non contraignante, comme David l'évoquait à l'instant. Je crois qu'il faut bien le signaler.

**Marta Giner Asins :** Mes propos n'avaient pas pour objectif de minimiser ce qui a été fait. Un long chemin a été parcouru, mais il est vrai que je pense que nous avons tout intérêt à avancer dans le même sens.

**Josep Maria Carpi Badia :** Je reviens donc à cette question de la convergence progressive, pas à pas. À cet égard, il y a effectivement lieu de noter un développement récent, qui me paraît intéressant : celui des arrêts rendus par la Cour en matière de contrôle des concentrations par la voie des questions préjudicielles.

Traditionnellement, il n'y avait pas eu de renvois préjudiciels concernant le contrôle des concentrations. La jurisprudence communautaire en la matière, très importante par ailleurs, s'est développée sur la base des arrêts rendus dans le cadre du contentieux d'annulation des décisions de concentration de la Commission : soit des interdictions, soit des autorisations (conditionnelles ou non), voire quelques décisions imposant des amendes pour des violations des règles de procédure. Et dans une très moindre mesure, dans des recours en responsabilité extracontractuelle.

Ces deux dernières années, toutefois, la Cour a rendu deux jugements sur des renvois préjudiciels, l'un provenant de l'Autriche, l'autre du Danemark. Le premier a été l'arrêt de la Cour du 7 septembre 2017 dans l'affaire C 248/16 Austria Asphalt contre le *Bundeskartellanwalt*. Le second, l'arrêt du 31 mai 2018 dans l'affaire C 633/16, Ernst & Young contre le *Konkurrencerådet*.

L'arrêt *Austria Asphalt* concernait une question de délimitation de la compétence de la Commission (et par conséquent celle de l'autorité nationale, en l'espèce l'autrichienne). La question posée à la Cour était l'identification précise du test en matière de compétence applicable à certaines opérations sur des entreprises communes (*joint-ventures*) (notamment, des opérations où il y a un changement de la nature du contrôle d'une entreprise existante, qui d'exclusif devient conjoint). Cette question requérait notamment une interprétation de la relation et l'articulation entre les dispositions des articles 3(1)(b) et 3(4) du règlement. L'arrêt a apporté une clarification très bienvenue sur les critères de compétence applicables dans des scénarios concernant des *joint-ventures* (qu'elles soient nouvellement créées ou préexistantes).

Dans ce type de questions de compétence, la délimitation de la compétence ou non des autorités nationales dépend, en premier lieu, de celle de la Commission

européenne elle-même. Il n'est donc pas surprenant que des questions d'interprétation des règles communautaires soient portées, le cas échéant, devant la Cour par la voie du renvoi préjudiciel.

La situation dans Ernst & Young (ou KPMG, comme il est aussi connu), le deuxième arrêt que je voulais mentionner, est encore plus intéressante du point de vue de l'harmonisation par la voie des renvois préjudiciels. Cela dans la mesure où, comme le disait Catherine ce matin, le contentieux devant le juge national ne concernait pas, en l'espèce, l'interprétation des dispositions du règlement de l'UE, mais celles du droit danois. Il s'agissait notamment de savoir si un certain comportement dans le cadre d'une fusion (la résiliation d'un accord de coopération avec un tiers par l'une des entreprises parties à la concentration) violait l'interdiction de mettre en œuvre une opération de concentration avant son autorisation par le Conseil de la concurrence (l'« obligation de suspension »).

La Cour s'est considérée compétente pour trancher cette question, même si le droit de l'Union n'était pas applicable dans le litige au principal. En fait, la loi danoise sur la concurrence n'opérait pas un renvoi direct aux dispositions de droit de l'Union. La Cour a pris en compte toutefois que je cite : (paragraphe 33 de l'arrêt) « *les travaux préparatoires de la loi danoise sur la concurrence montrent que l'intention du législateur danois était d'harmoniser le droit national de la concurrence en matière de contrôle des concentrations avec celui de l'Union, étant donné que les dispositions nationales reposent, en substance, sur le règlement n° 139/2004* ». La Cour a considéré qu'il existe un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer (cf. para 30).

Il reste donc à voir si d'autres renvois préjudiciels, concernant des aspects divers d'application des règles de concentration dans le cadre des procédures nationales, se présenteront à nouveau à la Cour.

Un dernier mot sur l'arrêt *Ernst & Young*. Sur le fond, la Cour, comme vous le savez probablement, a conclu « *qu'une concentration n'est réalisée que par une opération qui, en tout ou en partie, en fait ou en droit, contribue au changement de contrôle de l'entreprise cible* ». C'est donc un arrêt très important dans la délimitation de la notion de « *gun jumping* » en droit de l'UE (et en droit des États membres, bien entendu).

**David Bosco :** Souhaitez-vous réagir, M. le Professeur Bien, sur ce problème des questions préjudicielles ?

**Florian Bien :** Oui, en effet, lorsque le législateur allemand a changé le critère d'interdiction en contrôle des fusions pour l'adapter au nouveau critère européen, il a également évoqué cette possibilité et l'on est majoritairement d'accord qu'en Allemagne aussi un juge national pourrait poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne pour demander un éclaircissement sur le test SIEC.

**David Bosco :** Évoquons à présent les « convergences de demain ». Le secteur du numérique a bien aidé au renouvellement des questions qui peuvent se poser et nous allons nous concentrer sur deux problèmes qui se posent à toutes les autorités de concurrence, une convergence peut se trouver sur ces sujets-là. La première question est de savoir si on peut dépasser la méthode des seuils. Est-il raisonnable de penser que la méthode qui consiste à définir le champ du contrôle des concentrations en raisonnant à partir des chiffres d'affaires, comme c'est le cas dans beaucoup d'États membres, peut être dépassée par une autre méthode qui consisterait à prendre en considération la valeur de la transaction ? C'est une proposition qui est sur la table et ce n'est pas qu'une proposition dans plusieurs pays puisque le législateur est intervenu. C'est le cas de l'Allemagne : M. le Professeur, quelle est votre analyse ?

**Florian Bien :** Merci, cher collègue, de donner la possibilité de parler de ce nouvel alinéa, le paragraphe 35 alinéa 1 bis (en allemand c'est l'alinéa « 1a »), qui a rajouté de manière subsidiaire un deuxième seuil de notification, lequel se rapporte à la valeur de la transaction. C'est évidemment l'affaire *Facebook/WhatsApp* qui a été à l'origine de cette initiative du législateur. Cette innovation législative poursuit l'idée qu'il peut parfois y avoir des concurrents potentiels importants qui ne sont pas forcément reflétés par le chiffre d'affaires de l'entreprise cible, mais qui peuvent se manifester au niveau de la valeur de la transaction. En l'espèce, Facebook avait payé 22 milliards de dollars (environ 19 milliards d'euros) pour racheter une petite entreprise ayant seulement quelques employés et qui ne générait pratiquement aucun chiffre d'affaires, car tous les services proposés par WhatsApp étaient (et le sont toujours) à titre gratuit. J'imagine que tout le monde dans la salle utilise WhatsApp au quotidien, et ce sans jamais avoir payé un centime. WhatsApp n'a même pas encore eu de gains provenant de la publicité en ligne. Bien sûr, cela est différent avec Facebook qui génère des revenus importants grâce à la vente d'emplacements de publicité. Je pense que, en général, on est d'accord sur le fait que la fusion entre Facebook et WhatsApp fait partie de celles qu'il faut sûrement contrôler en raison de l'importance du projet sur le plan concurrentiel. Il peut y avoir d'autres cas dans lesquels des entreprises déjà très dominantes sur le marché (il est permis de penser, là encore, aux entreprises GAFA, à l'instar de Facebook) guettent autour d'elles les petites start-ups pouvant un jour leur faire concurrence et mettre en péril leur *business model* et se décident à les racheter avec pour

objectif d'éliminer ou de s'approprier ainsi la concurrence future. Ainsi, certaines grandes entreprises très dominantes sur un marché peuvent voir leurs positions se conforter par cette stratégie d'acquisition et bénéficier d'un avantage concurrentiel intouchable par les concurrents. Ce problème se pose non seulement dans le domaine du numérique, mais aussi dans les secteurs pharmaceutique et technologique. C'est face à de telles situations que le législateur allemand, qui n'était, je l'ai déjà dit ce matin, pas très favorable à l'introduction d'un tel seuil au niveau européen, a voulu en avoir en Allemagne pour pouvoir examiner ces dossiers et ces projets qui pourraient un jour poser problème. C'est pourquoi on a introduit en juin 2017 dans la Loi allemande contre les restrictions à la concurrence, le GWB, à l'occasion de son 9ème amendement, un nouvel alinéa dans son paragraphe 35, le 1bis (« 1a » en allemand). On trouve dans cette nouvelle disposition, 4 conditions, qui, remplies de manière cumulative, déclenchent l'obligation de notification du projet au *Bundeskartellamt*. Je pense que deux critères sont les plus controversés. Il s'agit d'abord du critère concernant la valeur de la contrepartie, laquelle doit dépasser 400 millions d'euros. Bien sûr, ce montant peut sembler arbitraire, mais on a prévu sa réévaluation au bout de 3 ans d'expérience. La mise en pratique du deuxième critère semble difficile. Ainsi, il faut que l'entreprise cible soit active dans une large mesure en Allemagne. Ce sont ces deux éléments qui peuvent poser problème dans la pratique et on ne s'étonne guère que le *Bundeskartellamt*, soucieux de gérer les affaires, a rapidement entamé une consultation avec les cabinets d'avocats, les entreprises et même avec d'autres autorités. Cela rentre dans le vif du sujet de notre colloque, car le *Bundeskartellamt* a collaboré pour la première fois avec la *Bundeswettbewerbsbehörde*, l'Autorité autrichienne, pour publier des lignes directrices communes de 35 pages. Cette approche commune des autorités germanophones a été grandement facilitée par le fait que le législateur autrichien a entièrement calqué sa disposition sur la loi allemande et a même renvoyé à la loi allemande et à sa justification officielle dans la motivation de la loi. Il va sans dire que seuls les seuils sont différents du fait de la taille de l'Autriche et de son économie ce qui fait que le législateur autrichien s'est vu obligé d'abaisser les seuils à 200 millions d'euros seulement.

On trouve dans ces 35 pages de lignes directrices germano-autrichiennes des explications qui devraient permettre aux praticiens notamment de comprendre comment il faut calculer cette mystérieuse valeur de la contrepartie. Je ne peux pas ici vous présenter tous les détails du document, mais j'aimerais bien vous signaler que les praticiens ont pensé à un très grand nombre de contreparties possibles. Le terme ne se borne pas seulement aux simples transferts d'argent, mais englobe des transferts d'actions, la reprise de dettes, des apports en nature tels que des machines ou des terrains, etc. à une entreprise commune, par exemple. Il peut aussi y avoir des biens immatériels comme des brevets, qui peuvent être cédés à une autre entité et ainsi constituer une contrepartie. Les lignes directrices

mentionnent également l'éventuelle cession de droits de vote, qui peuvent eux aussi avoir une certaine valeur commerciale. Les accords sur l'ajustement éventuel du prix d'achat lié à l'activité de l'entreprise – les clauses de *earn-out* – pouvant faire jouer un mécanisme de paiement supplémentaire après le *closing* doivent aussi être pris en compte. Il peut de même y avoir l'éventuel problème que l'entreprise achète la cible en acquérant des parts d'actions de deux vendeurs différents. Si cette démarche constitue une stratégie globale, il semble opportun de prendre en compte l'ensemble du prix payé pour le calcul de la valeur de la transaction. Si l'ensemble de toutes ces formes de contreparties se cumule pour atteindre une valeur dépassant les 400 millions d'euros, le projet risque de tomber sous le coup du contrôle des fusions. Il faut constater que cela pose de nombreuses questions pratiques relatives à la détermination de la valeur de la contrepartie.

Permettez-moi de m'attarder encore sur la deuxième question qui peut se poser, c'est-à-dire de savoir quand la condition d'une activité commerciale de l'entreprise cible « dans une large mesure sur le territoire national », à savoir en Allemagne ou en Autriche, est remplie. Les deux législateurs ainsi que le *Bundeskartellamt* et la *Bundeswettbewerbsbehörde* autrichienne pensent, bien sûr, notamment à l'endroit où se trouvent les clients et où les produits et les services en cause sont achetés. Pour prendre l'exemple de WhatsApp, ce serait nous, les utilisateurs allemands (ou autrichiens), qui serions considérés comme clients du service, et ce même à défaut d'un paiement en euros. Aussi, l'endroit où l'entité cible va mener des activités de recherche et de développement peut être pris en considération et justifier une activité dans une large mesure en Allemagne. Même si l'entreprise a commencé à préparer une mise sur le marché du produit en Allemagne, cela peut déjà suffire pour que l'hypothèse d'une activité intérieure substantielle puisse être considérée comme réalisée. Il faut penser à des cas d'espèce tels que la demande faite en vue d'une autorisation de vente d'un médicament en Allemagne ou en Autriche ou alors de la mise en place d'un réseau de distribution sur le territoire national. Toutes ces activités seraient considérées comme satisfaisant la condition d'une activité « dans une large mesure sur le territoire national ».

Bien sûr, j'ai téléphoné au *Bundeskartellamt* pour connaître les chiffres (le rapport bisannuel officiel du *Bundeskartellamt* est attendu pour le 19 juin 2019 seulement). Au téléphone, l'agent m'a déjà rassuré en me disant que les chiffres ne sont pas choquants. Sur les 1.200 notifications annuelles, il y a eu en 2018 dix notifications supplémentaires en raison du nouveau seuil, en 2017, qui ne peut compter que pour une demi-année, il y en avait 8, ce qui fait un total de 18 pour 2017 et 2018 sur 18 mois à peu près. Parmi ces 18 notifications, 7 ont été faites de manière préventive, car les entreprises et leurs conseils ne savaient pas trop si ces cas rentraient dans ce nouveau régime. Ces 7 notifications avaient été retirées après

une information informelle par le *Bundeskartellamt* leur disant qu'une notification n'était pas exigée par la loi. Pour les 11 autres dossiers, l'autorité allemande a donné l'autorisation lors de la première phase. Ainsi, il n'y a pas eu d'examen approfondi. Ces chiffres, le *Bundeskartellamt* l'espère du moins, peuvent en quelque sorte rassurer le monde économique. Bien que la mise en œuvre de ce nouveau seuil puisse poser problème en pratique et certainement avoir un effet dissuasif, il n'a pas joué, jusqu'ici, un rôle majeur et n'a surtout pas encore pu empêcher des transactions.

**David Bosco :** M. Chantrel, que pensez-vous de ce système ?

**Étienne Chantrel :** C'est un débat assez général en Europe. Fin 2016, la Commission a mené une consultation publique, centrée sur la question de savoir s'il a des évolutions nécessaires pour le contrôle des concentrations en particulier numériques, même si elle était plus large. Un volet de cette consultation portait sur l'introduction d'un seuil en valeur de transaction. Cette consultation a eu lieu avant que l'Allemagne et l'Autriche n'introduisent un tel seuil dans leurs législations respectives. Il y a eu aussi d'autres évolutions dans d'autres pays : je pourrais citer la Hongrie qui a introduit un contrôle dit « *ex post* » en décembre 2017, on en reparlera.

En France le débat a eu lieu et nous avons mené plusieurs consultations publiques. La première en 2017, se voulait volontairement très générale. Nous avions proposé sans prendre parti pris une bonne partie des possibilités qui peuvent exister.

Parmi ces options, le *statu quo*, consistant à considérer que les seuils actuels fondés sur des niveaux de CA sont suffisants. Dans cette optique, l'idée est qu'il y a assez de mécanismes en dehors du contrôle des concentrations *ex ante* pour gérer les quelques cas problématiques. Ces mécanismes peuvent être simplement des procédures fondées sur le droit des pratiques anticoncurrentielles, même si ces procédures posent évidemment un problème de temps. Ce type de procédure peut se conclure des années après que les faits se soient produits. Dans certains secteurs qui évoluent rapidement, cela peut poser problème. Un autre outil consiste en l'usage des mécanismes de renvoi. Un autre est de faire un usage plus poussé de procédures fondées sur la jurisprudence *Continental Can*. Au final, l'idée est donc de ne pas changer les seuils de notification et de considérer que des mécanismes existent permettant de régler les éventuels « trous dans la raquette ».

Si quelque chose doit changer, nous avions envisagé une série d'options. Ainsi, la consultation mentionnait l'idée de réintroduire des seuils en part de marché, comme cela a existé en France jusqu'en 2001 et existe encore en Espagne, à Chypre

et au Portugal. Une autre possibilité était la possibilité de mettre en place un seuil en valeur de la transaction, le grand sujet de débat au niveau européen en 2017 et 2018. Enfin cette consultation de 2017 introduisait une dernière possibilité que nous allons aborder plus loin : le contrôle « *ex post* ».

À l'issue de cette consultation publique, l'Autorité a tiré quelques enseignements des contributions reçues et de cette réflexion. L'Autorité a notamment décidé à ce stade de ne pas proposer au législateur français de mettre en place un seuil en valeur de transaction. Nous avons en effet considéré que cet outil était adapté à des cas très spécifiques : des opérations où il y a un faible chiffre d'affaires et une très grosse valeur de transaction. Cet outil a une rationalité sur le plan économique : si on considère que les marchés ou tout du moins les personnes qui décident d'acheter une entreprise sont rationnels, s'ils attribuent une forte valeur à une entreprise, c'est qu'il y a une raison pour cela. Or une des raisons qui peuvent justifier une telle valorisation est une meilleure position concurrentielle : l'achat leur donne, pour une raison ou pour une autre, un atout. On peut vouloir examiner si un tel atout concurrentiel ne pose pas de préjudice au fonctionnement du marché. On voit bien que l'idée d'un seuil en valeur de transaction a un fondement sur le plan du raisonnement économique. Néanmoins, l'Autorité a considéré que cet outil ne permettait pas d'analyser tous les types de cas qui posent problème. Nous avons donc envisagé quelque chose d'un peu plus large, d'un peu plus souple, que nous présenterons dans la suite de notre débat.

**David Bosco :** Je vous remercie. Beaucoup de prudence, mais je vois que la réforme allemande n'est pas à l'ordre du jour en France, du moins pour l'autorité de la concurrence.

**Étienne Chantrel :** Elle n'est pas proposée en tout cas.

**David Bosco :** Est-ce que du côté de la Commission européenne on s'interroge sur ce critère de la valeur de transaction pour attraper certaines transactions ?

**Josep Maria Carpi Badia :** En fait, l'on s'y interroge depuis 2016.

En effet, on a lancé une évaluation, avec une consultation publique en 2016. En 2018 on a organisé une consultation publique sur le numérique, sur l'impact de la digitalisation et le rôle de la politique de la concurrence.

Avant de proposer, le cas échéant, une réforme concrète, on doit toutefois considérer trois types de questions. Premièrement, est-ce qu'il y a un « *enforcement gap* » ? Si oui, quelles sont son importance et son envergure ? On

évoque toujours *Facebook/WhatsApp* quand on discute de ce type de question une opération qui par ailleurs a finalement été examinée par la Commission européenne ; ou d'autres opérations telles que *Facebook/Instagram* et *Google/Waze*, tout comme des transactions dans le secteur pharmaceutique. Mais la première étape est de savoir quelles transactions on ne capture pas à l'heure actuelle. Le deuxième élément de réflexion est, on en a aussi discuté ce matin, de savoir si les mécanismes existants, notamment les mécanismes de renvoi, nous permettent dans une certaine mesure de capturer ces opérations qui ne tombent pas initialement dans le champ d'application du règlement. On a des exemples comme *Facebook/WhatsApp* (2014), *Apple/Shazam* (2018) et *Microsoft/GitHub* (2018), des affaires pour lesquelles la Commission n'était pas compétente, mais qui nous ont été renvoyées. Troisièmement, si « *gap* » il y a, est-ce qu'on peut mettre en place un mécanisme qui opère un équilibre adéquat, qui permette de capturer ce type de transactions nous intéressant sans en capturer en même temps beaucoup d'autres qui ne méritent pas un examen au niveau de la Commission européenne ?

La décision dépend, finalement, de la réponse à ces trois questions.

**David Bosco :** Maître Giner, quelle est votre analyse de cette méthode à base de valeur de transaction ?

**Marta Giner Asins :** Sans surprise, je vais avoir un point de vue différent même si je pense effectivement que les interrogations sont celles que vous avez énoncées. Bien évidemment si je représentais WhatsApp j'aurais eu une position différente, mais globalement je pense que le fait d'introduire un nouveau seuil va effectivement augmenter la complexité. D'ailleurs, lors de votre introduction vous avez indiqué qu'en matière de concentration il y a toujours un élément politique. Mais en dehors de cet élément politique, il y a une convergence technique et je pense que c'est justement à travers cette convergence technique qu'il est possible de dépasser le politique. Cela va donc au-delà de la simple volonté de ne pas rendre la chose trop compliquée, je pense qu'en matière de concurrence, il est vraiment nécessaire de revenir au droit, il s'agit là d'un élément fondamental de la consolidation de la construction européenne. Les entreprises ont d'ailleurs un rôle fondamental à jouer dans cette convergence en pratiquant ce droit et en le rendant solide.

Le droit de la concurrence offre aujourd'hui des outils pouvant être utilisés pour pallier l'usage abusif d'une position dominante. Par exemple, s'il y a urgence, il est possible de prononcer des mesures conservatoires. L'Autorité de la concurrence dispose également d'un pouvoir d'injonction. Enfin, l'article L. 430-9

du Code de commerce offre également des solutions. Même si cet article n'a pas été utilisé jusqu'à maintenant c'est peut-être la réponse.

Il existe donc des solutions avant de tout changer. Je me méfie d'ailleurs beaucoup des changements législatifs causés par une circonstance particulière ou une évolution particulière du marché.

**David Bosco :** La transition est trouvée puisque l'article L. 430-9 pourrait permettre de corriger certaines situations. C'est la question d'un contrôle *ex post*. Il n'est pas nouveau ni isolé : dans certains pays, on pratique le contrôle *ex post* depuis fort longtemps, pas seulement en Europe. Aux États-Unis par exemple, on pratique un contrôle *ex post* et un contrôle *ex ante*. Ils cohabitent. En France, nous avons noté avec une certaine curiosité, surprise et beaucoup d'intérêt les propos de l'Autorité de la concurrence, qui ont ouvert la voie sur la possibilité d'un contrôle *ex post*. Nous avons bien noté les propos rassurants de l'Autorité de la concurrence : ce contrôle n'existerait que dans certains cas bien définis. Qu'en est-il, M. Chantrel ?

**Étienne Chantrel :** J'ai mentionné les deux consultations publiques menées par l'Autorité. La deuxième, en 2018, réduit un peu le champ des possibles. Elle repose sur la décision que si l'Autorité propose quelque chose, ce sera d'introduire un contrôle ex post. Je souhaite néanmoins préciser un peu les termes utilisés.

Le terme *ex post* est peut-être un peu trompeur, même si c'est celui qui s'est imposé dans la pratique. Quand on entend « contrôle *ex post* », on se dit qu'il s'agit de contrôler une opération qui a déjà eu lieu, et donc de défaire une opération, éventuellement longtemps après sa réalisation. Parmi les pays où cette possibilité existe, on compte des pays très développés puisque, comme vous le mentionnez, c'est aux États-Unis que le cœur historique du contrôle des concentrations repose sur un contrôle *ex post*. Il y avait un contrôle des concentrations *ex post* depuis la fin du XIXe siècle et le *Clayton Act*, bien avant que ne soit introduit un contrôle ex ante avec le *HSR Act* des années 1970. De fait, aux États-Unis, on trouve des exemples d'opérations qui ont été défaites longtemps après leur réalisation. Je crois que leur record est 29 ans après, ce qui est très long ! De tels cas peuvent proprement être appelés *ex post*.

Le système que nous discutons à l'Autorité est plus proprement une sorte de pouvoir d'évocation en dessous des seuils. L'idée est qu'une concentration peut poser problème même si elle est en dessous des seuils actuels du contrôle, fondés sur des critères en niveau de CA. L'idée fondamentale n'est donc pas de défaire une opération après sa réalisation. Il y a tout de même un petit élément proprement *ex post*, car il faut bien déterminer, en l'absence de notification obligatoire et

d'interdiction de réaliser l'opération tant qu'elle n'a pas été autorisée, jusqu'à quand on a le droit de l'évoquer. On pourrait dire « jusqu'à sa réalisation », mais cela donnerait une possibilité d'échapper à ce nouveau contrôle assez aisé : il suffit d'accélérer un peu la réalisation et le pouvoir d'évocation disparaît. C'est pourquoi, dans ce système, nous proposerions de donner un petit peu de marge au contrôle en disant qu'on peut évoquer l'opération jusqu'à un petit peu après qu'elle a été réalisée.

Ce système, où il y a une possibilité d'évoquer une opération jusqu'à un petit peu après sa réalisation en plus d'une notification obligatoire *ex ante*, existe sous dans un certain nombre de pays européens : Irlande, Lituanie, Lettonie, Hongrie, Norvège, Suède. Je mets de côté le Royaume-Uni, car tout leur système est basé sur un principe d'évocation, sans notification obligatoire *ex ante*. Nos réflexions se sont beaucoup inspirées de la Suède, d'abord parce que le système hongrois n'existait pas encore lorsqu'on a commencé à y réfléchir.

Un tel système a un avantage majeur, dans le cadre du débat posé par Jose : il assure que l'on ne contrôle pas un grand nombre d'opérations sans enjeux pour seulement quelques opérations problématiques. Sur ce plan c'est le système idéal, car par construction seules les opérations posant des problèmes sont examinées. Mais évidemment, atteindre l'idéal sur ce plan se fait au détriment d'autres dimensions. En l'occurrence, l'inconvénient est qu'on perd un peu sur le plan de la sécurité juridique des entreprises. Si un tel système est mis en place en effet, il n'y a plus de garantie qu'une opération sous les seuils en CA ne sera pas examinée par l'Autorité, et ce jusqu'à un peu après la réalisation. Il y a donc un débat entre les bénéfices et coûts d'une telle réforme : est-ce que ce risque de contrôle, cette épée de Damoclès, impose un coût trop grand pour les entreprises par rapport au problème qu'on tente de résoudre ou pas ?

Il nous a semblé tout bien considéré qu'en tout cas la question était intéressante. Rappelons que dans certains pays, comme les États-Unis ou le Japon, le contrôle peut s'exercer des années après la réalisation de l'opération. Cela ne semble pas avoir trop nui à l'économie américaine en termes de sécurité juridique : il est manifestement possible de s'accommoder de ce type de contrôle tout en restant une économie dynamique ! Par ailleurs, cela fonctionne en Suède. L'autorité suédoise évoque en moyenne quelques opérations par an, ce qui est l'étiage que nous avons en tête si l'on doit aller dans cette direction en France.

Suite à ces deux consultations, l'Autorité a annoncé fin 2018 qu'elle trouvait cet outil suffisamment intéressant pour le proposer au gouvernement français, qui réfléchit à l'idée. Le Premier ministre a mentionné cette réforme comme une possibilité digne d'intérêt lors de son discours en mars 2019 à l'occasion des dix ans

de l'Autorité de la concurrence. Par ailleurs, plusieurs rapports publics ont repris cette proposition. Pour l'instant le gouvernement a repris la proposition pour le niveau européen. Cela a été mentionné par le ministre de l'économie Bruno Lemaire lors de la réunion du G7 Concurrence, pas pour la France, mais pour le niveau européen. Pour la France, le gouvernement français ne s'est pas encore prononcé.

**David Bosco :** Donc pour résumer, nous sommes en dessous des seuils, il ne s'agit pas de faire un contrôle *ex post* au-delà des seuils et on attrape le poisson qu'on a envie d'attraper est-ce qu'il y aurait un critère ?

**Étienne Chantrel :** Si on prend le cas suédois, le critère est « des préoccupations substantielles de concurrence », qui sont ensuite précisées par des lignes directrices. Ce critère est assez large, et la pratique est venue le préciser puisque le système existe depuis 2002.

**David Bosco :** Qu'en penseraient, selon vous, les entreprises, Me Giner Assins ?

**Marta Giner Assins :** Ma position est contraire à cette proposition. Premièrement, je pense qu'il y a un réel problème d'égalité de traitement devant la loi. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la position dominante n'est pas interdite en tant que telle et de ce point de vue le régime du contrôle des concentrations est un régime dérogatoire. C'est un régime exceptionnel et en tant que tel il doit être interprété de manière stricte. Lorsque l'on donne le pouvoir de contrôler la position dominante il faut que ce soit fait de manière extrêmement précise et avec une sécurité juridique parfaite parce que cela va au-delà de ce que les règles de concurrence avaient prévu à l'origine.

De même, vous imaginez la quantité de mécanismes qu'il faudrait mettre en place pour monitorer tout cela au quotidien ? Le contrôle des concentrations est un système déjà assez lourd pour les entreprises, la mise en place d'un contrôle *ex post* remettrait en cause tous les mécanismes du M&A basés sur les deux phases de *signing* et de *closing*. Puisqu'en effet, la condition de concurrence serait systématiquement remplie après le *closing*. Par définition, cela altérerait le mécanisme en application duquel un contrat est formé lorsque les conditions suspensives sont remplies.

Cette proposition amène donc des interrogations tant dans sa gestion que d'un point de vue purement juridique. J'espère qu'il y aura des recours devant le Conseil d'État, mais quoi qu'il en soit je pense que cela va à l'encontre de la clarté de la loi et des principes constitutionnels.

**David Bosco :** Parle-t-on de cela à la Commission européenne ?

**Josep Maria Carpi Badia :** Marta et Etienne ont exposé les deux positions opposées. Ils ont très bien expliqué les deux visions et leurs avantages et inconvénients. Je comprends bien sûr l'intérêt de l'Autorité de s'assurer qu'il n'y a pas d'opérations qui échappent à sa compétence, mais qui peuvent avoir des conséquences négatives sur la concurrence. Marta a néanmoins soulevé des questions importantes à prendre en considération.

**David Bosco :** M. Bien, a-t-on une règle similaire en Allemagne ?

**Florian Bien :** Permettez-moi de vous exposer mon appréciation des propositions de l'Autorité de la concurrence dans le miroir de l'évolution historique du contrôle des concentrations en Allemagne. En effet et comme cela a été justement rappelé par Catherine, au moment de l'entrée en vigueur de la Loi allemande contre les restrictions à la concurrence, le GWB, le 1er janvier 1958, la pression du syndicat industriel BDI (*Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.*) était si forte qu'on n'a pas pu instaurer un contrôle des fusions. L'on se limitait alors à demander aux entreprises d'informer le *Bundeskartellamt* des projets de concentrations. Il s'agissait là d'un mécanisme qui était censé permettre au *Bundeskartellamt* de mieux connaître le marché. Ce n'est qu'en 1973 que le législateur allemand a trouvé le courage d'introduire le contrôle des fusions, qui a, contrairement à la situation en France, dès le début été confié au *Bundeskartellamt*. À ce moment-là, on était confronté à un système mixte, à savoir une distinction entre des concentrations qui étaient à notifier et à être examinées avant leur réalisation et d'autres où il y n'avait qu'un contrôle *ex post*. On a finalement abandonné ce système mixte en 1998 en faveur d'un contrôle systématique *ex ante* suite aux grandes difficultés liées à la dissociation des entités une fois fusionnées. C'est dans ce contexte que je pense que les critiques exprimées par le monde des affaires français trouveraient un écho en Allemagne. Je suis assez certain qu'on aurait peu de sympathie pour une approche qui permettrait au *Bundeskartellamt* de se pencher rétroactivement sur des dossiers concernant des concentrations déjà réalisées. Cela dit, l'on pourrait peut-être remédier à de telles craintes bien compréhensibles des entreprises et dessiner des mécanismes souples permettant aux entreprises de se mettre à l'abri. Je pense notamment à l'introduction de la possibilité ouverte aux entreprises de notifier de manière volontaire un projet de concentration. L'autorité en charge de la concurrence serait ainsi obligée de donner une réponse définitive. Un tel mécanisme semble bien marcher au Royaume-Uni, où il concerne même la totalité des opérations. D'ailleurs, le *Bundeskartellamt* traite plus de 1200 affaires par an et l'on peut bien se demander s'il ne serait pas possible d'alléger la charge des entreprises et aussi de l'autorité en faisant un tri un peu plus raisonnable. La possibilité d'un contrôle *ex post* (avec la

possibilité d'une notification volontaire) permettrait peut-être de réduire un peu le nombre des notifications obligatoires.

**David Bosco :** Quoi qu'il en soit, la convergence ne peut que succéder au dialogue et le dialogue, vous le voyez, est tout à fait vif sur ce sujet-là. Je vous propose même de l'étendre maintenant à la salle pour, peut-être, avoir des questions.

**Catherine Prieto :** J'aimerais connaître la raison qui a amené la France à s'intéresser à la question du contrôle *ex post* en suivant le modèle de la Suède.

**Étienne Chantrel :** Dans le cas suédois, cet outil est utilisé de manière exceptionnelle : peut-être 5 cas en dix ans, même si le rythme est un plutôt aujourd'hui d'un cas par an en moyenne.

Les « préoccupations substantielles » auxquelles on pourrait penser pourraient être soit des positions extrêmement importantes sur des marchés de niche, ce qui est arrivé dans certains cas, soit des opérations structurantes en dessous des seuils en CA telles que le rachat de jeunes pousses.

Le critère de la position sur des marchés très locaux peut se rapprocher du seuil spécifique pour le commerce de détail qui existe en France. Une des manières de justifier ce seuil est en effet la suivante : les concentrations de commerce de détail, parce qu'elles concernent des marchés par essence locaux, peuvent entraîner des positions extrêmement importantes au niveau local même avec des niveaux de CA relativement faibles. C'est un peu la même justification que pour le système que nous proposons.

Nous entendons bien sûr les questions que cela peut poser sur la sécurité juridique et sur les procédures actuelles du M&A. Pour autant, je ne crois pas que la scène du M&A soit moins dynamique aux États-Unis qu'en Europe alors qu'ils ont un pouvoir d'évocation ex post depuis 120 ans. Ils ont su s'y adapter tout en ayant un dynamisme du M&A. Ce n'est pas insurmontable.

**Florian Bien :** Après avoir exprimé ma compréhension de l'attitude critique des entreprises et avoir formulé mes propres réserves concernant un contrôle *ex post* et cela au nom de la sécurité juridique, je me sens également amené à conforter un peu la position de l'Autorité de la concurrence. On constate un certain décalage entre, d'un côté, un très grand nombre de projets notifiés par an, et de l'autre, un très faible taux d'interdictions. Pour vous donner les chiffres de l'année 2018 : sur un total de 1.400 notifications environ, le *Bundeskartellamt* n'est entré en deuxième phase que dans 12 cas. Les entreprises ont abandonné de manière

spontanée leurs projets dans 4 cas. Le *Bundeskartellamt* n'a accordé l'autorisation que sous certaines conditions dans un seul cas. Néanmoins, le Président du *Bundeskartellamt* Andreas Mundt exprime parfois son regret qu'un certain nombre de concentrations passent en dessous des seuils et ne puissent être contrôlées. Ainsi, l'opérateur de bus Flixbus a peu à peu racheté tous ses concurrents et a ainsi acquis un monopole sur le marché des bus de longue distance. D'un point de vue concurrentiel, cela peut sembler regrettable. Or, les seuils de notification n'ont pas été atteints impliquant que toutes ces opérations ont échappé au contrôle exercé par le *Bundeskartellamt*. L'on pourrait alors avoir un intérêt à une certaine souplesse comme elle existe apparemment en Suède. En l'état actuel, on n'a pas encore trouvé le bon équilibre.

**Étienne Chantrel :** Pour donner un exemple : il y a deux mois, une concentration dans un marché du transport a fait passer le nombre d'acteurs sur ce marché de 3 à 2 acteurs nationaux, avec quelques acteurs locaux. Cette opération n'a pas été analysée par l'Autorité puisque les seuils de CA n'étaient pas atteints, mais on peut se demander si elle est anodine pour autant. L'étape suivante serait de passer à un seul acteur comme c'est le cas en Allemagne, et ce sera toujours sous les seuils.

**Marta Giner Assins :** Peut-être que la question serait de baisser les seuils. Néanmoins, je le répète encore une fois, la position dominante n'est pas interdite en tant que telle. Encore faut-il qu'elle soit utilisée à mauvais escient et même dans ce cas, il existe toute une batterie de mesures qui permettent de résoudre cela.

**Florian Bien :** Juste une remarque, c'est sûr que les abus sont interdits, mais nous sommes tous conscients que lorsqu'on a 3 acteurs les prix ne sont pas les mêmes que quand on a 1 seul acteur. En Allemagne, les prix de transport en autocar ont considérablement augmenté après cette réduction du nombre d'acteurs. Il ne faut pas un abus exploitatif pour qu'on puisse interdire ou ne pas souhaiter une concentration.

**Étienne Chantrel :** Pour caricaturer un peu, je dirais qu'un raisonnement d'économiste serait, que peu importe qu'il y ait un abus ou pas. On s'intéresse au surplus dans l'économie et au fonctionnement de l'économie, notamment à son dynamisme. On s'intéresse au fait de savoir si le marché fonctionne correctement.

**David Bosco :** Est-ce qu'on peut imaginer qu'en dessous des seuils on pourrait permettre aux entreprises de notifier : ce ne serait pas une notification au sens du contrôle des concentrations, mais une occasion d'obtenir garantie de sécurité juridique ?

**Étienne Chantrel :** Nous n'avons pas forcément envie de proposer une notification volontaire, pour éviter une multiplication des demandes. On peut néanmoins noter que les demandes de renseignements spontanées existent pour d'autres aspects du contrôle des concentrations, avec notamment les demandes de contrôlabilité, qui existent tant devant les autorités nationales de concurrence que devant la Commission. Ces demandes de contrôlabilité consistent à interroger une autorité sur le point de savoir si une opération est contrôlable ou pas. En pratique, en France la réponse est rapide.

**David Bosco :** Si la France organise ce contrôle *ex post*, ne sera-t-elle pas isolée ? Peut-on essayer d'élargir la discussion et savoir comment de manière harmonisée on peut attraper ces opérations qui posent problème ?

**Étienne Chantrel :** L'Allemagne et l'Autriche ont choisi de mettre en place un seuil en valeur de transaction. Par ailleurs, l'Allemagne réfléchit à une nouvelle réforme à l'occasion du « dixième amendement » à leur loi sur la concurrence, nécessaire de toute façon pour transposer la directive ECN+. La réflexion est très préliminaire et on ne sait pas quelle solution sera retenue. La Hongrie a choisi de mettre en place un contrôle *ex post*.

La France n'en est pas là. L'Autorité a juste proposé au gouvernement cette réforme, et le gouvernement n'a pas donné sa réponse.

C'est vrai qu'on peut aussi demander si on peut le mettre ne place au niveau européen. Si on en croit le discours du ministre, ce sera une proposition faite par la France pour le mandat de la future Commission.

**David Bosco :** Je vais le dire de manière un peu plus directe : est-ce que la Commission européenne ne devrait pas avoir un rôle d'initiative pour que, dans tous les pays européens, on adopte la même approche ? Que faire des opérations qui sont en dessous des seuils et qui posent problème ?

**Josep Maria Carpi Badia :** Vous permettrez que je ne me prononce pas.

Je note, en tous cas, que, il y a quelques années, plusieurs initiatives ont soulevé la question de savoir si, à terme, il serait convenable d'aller au-delà d'une convergence « non contraignante » en matière de contrôle des concentrations en Europe, et donc de mettre en œuvre un système où tant la Commission que les autorités nationales appliquent le droit matériel de contrôle des concentrations de l'UE, au moins pour des opérations transfrontalières (un système, donc, similaire au cadre en vigueur pour la mise en œuvre des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles des articles 101 et 102 du traité). C'est une question qui a été

posée, en effet, à plusieurs reprises, par exemple en 2010 dans le rapport *Monti*, ou en 2013 dans un rapport de l'Autorité de la concurrence en France (le « rapport *Zivy* »), ou encore en 2014 dans le Livre Blanc de la Commission européenne. Ces idées, pour l'instant, n'ont pas eu de suite.

Un dernier commentaire, peut-être. On examine quelquefois différentes réformes possibles de façon individuelle. Mais il y a toujours la possibilité d'opérer un certain « *trade-off* » entre différentes réformes, Florian l'a bien expliqué. Par exemple, la possibilité d'élargir la compétence de l'autorité en cause pourrait être accompagnée d'une simplification du régime pour les opérations moins susceptibles de poser des problèmes de concurrence : il y aurait là un *trade-off* entre les intérêts et objectifs des entreprises et l'intérêt de l'autorité.

En fin de compte, toutes les autorités essaient de faire trois choses en même temps: nous assurer que notre compétence capture suffisamment les opérations qui pourraient poser des problèmes de concurrence ; essayer de simplifier autant que possible le traitement des types d'opérations qui ne posent pas de problèmes ; et, inversement, pour les opérations problématiques, faire en sorte qu'on ait les moyens de les traiter de façon approfondie et de remédier efficacement les problèmes de concurrence identifiés.

**Florian Bien :** C'est peut-être le régime du contrôle des investissements étrangers qui pourrait éventuellement servir de source d'inspiration. Là aussi, la loi allemande permet aux entreprises de procéder à une notification volontaire auprès du ministère de l'économie compétent en la matière. Les entreprises peuvent ainsi s'assurer d'avance qu'elles n'ont rien à craindre une fois l'investissement réalisé.

**Marta Giner Assins :** Ce sujet doit être traité avec une réforme qui concilie différents intérêts. Quel est le rôle d'une autorité de la concurrence ? Est-ce que c'est de réguler l'économie à l'extrême ? Il ne faut pas oublier qu'il y a quand même la liberté d'entreprendre dans la constitution. Cela me heurte fondamentalement de laisser entre les mains d'une autorité la décision des effets anticoncurrentiels.

Il est toujours fait référence à *Continental Can,* mais le sujet a été dépassé depuis 1973, les choses ont beaucoup évolué. La question posée dans *Continental Can* était de savoir dans quelle mesure une concentration peut constituer un abus. Mais la Cour de justice elle-même s'était rendu compte que pour qualifier l'abus il fallait étirer les concepts de manière non naturelle, c'est d'ailleurs qui a amené à l'adoption d'un règlement de contrôle des concentrations. Il faut donc se limiter au strict cadre posé par le Règlement et ne pas retomber dans cette zone grise. Il est nécessaire d'établir des règles précises pour les entreprises.

**Étienne Chantrel :** Pour le délai, nous n'avons pas encore de position. Notons néanmoins que ce délai est de deux ans en Suède, et qu'il n'y a aucun délai aux États-Unis, où le contrôle peut toujours s'exercer, même des décennies après la réalisation. Je pense personnellement qu'un an serait un délai raisonnable.

**Florian Bien :** Bien entendu, il serait concevable d'atténuer les effets d'un système de contrôle *ex post* en prévoyant la possibilité d'une sorte de notification volontaire comme c'est le cas au Royaume-Uni ou pour le contrôle des investissements étrangers. Cela dit, je pense que sur ce point, les entreprises ne font pas suffisamment confiance à la Commission. Elles n'ont pas toutes apprécié la transition vers un système d'auto-évaluation et de contrôle *ex post* mis en place par le Règlement n° 1/2003 en matière antitrust. Le législateur européen a beau prévoir à l'article 10 du même règlement la possibilité pour la Commission de donner un avis favorable à un comportement dont l'évaluation de sa légalité n'est pas facile, et cela dans la forme d'une décision formelle. Hélas, jusqu'à aujourd'hui, cet article n'a jamais été mis en œuvre. C'est pourquoi je comprendrais une certaine réserve des acteurs économiques vis-à-vis d'une solution qui serait basée sur la bonne volonté des autorités en charge du contrôle des concentrations de donner une évaluation définitive des projets que leur soumettraient les entreprises. Ainsi, je plaiderais plutôt pour un système dans lequel les entreprises notifiantes disposeraient d'un droit d'exiger une telle évaluation définitive et cela dans un délai semblable à ceux déjà en vigueur.

**Question dans la salle :** Et si un contrôle *ex post* permettait une efficacité économique ?

**Étienne Chantrel :** C'est le système britannique. Il n'y a pas de contrôle obligatoire *ex ante*. Cela a une certaine beauté intellectuelle : là où les Allemands font 1 200 contrôles par an et nous 235 décisions d'autorisation l'an dernier, les Britanniques ne regardent que quelques dizaines d'opérations, par construction essentiellement des opérations à enjeu.

**Marta Giner Assins :** La charge pour les entreprises est très importante même lorsqu'il n'y a pas de remèdes. J'ai eu le cas très récemment avec un client qui n'a pas notifié au UK et qui était autour des 25 % de « *share of supply* » et nous avons donc reçu des questionnaires. Je trouve cela extrêmement choquant de devoir investir autant d'énergie pour répondre à un questionnaire pour au final être informé que l'opération ne pose pas de problème.

Par conséquent, s'il y a un contrôle *ex post* cela doit forcément se résoudre par une notification volontaire. Mais, cela pose la question des ressources tant pour

l'autorité que pour les entreprises puisqu'au-delà de la réflexion intellectuelle les notifications volontaires ont un coût.

**David Bosco :** « Il y a la réflexion intellectuelle, mais il y a aussi le coût pour les entreprises. » Ce sera le mot de la fin, merci à tous.

# Rapport de synthèse
# Un réseau informel efficace

**Catherine PRIETO**
*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne*
*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

A l'issue de ce colloque, il semble que son intitulé « *Vers un réseau européen des concentrations* » est dépassé. L'absence de point d'interrogation laissait déjà penser que le chemin était bien balisé. Or, il apparaît qu'il ne s'agit plus d'aller « vers » un réseau européen des concentrations », car nous y sommes parvenus. Certes, il faut nuancer le propos. C'est la raison pour laquelle Laurence Idot a pris soin, dès le rapport introductif, de présenter le contraste entre l'absence d'un réseau formel et l'existence d'un réseau informel. Cependant, la surprise vient du fait que ce réseau formel apporte une telle satisfaction que l'enjeu de le rendre formel semble avoir disparu.

Dans l'approche formelle, il est possible de relever le terme « réseau » dans deux textes. Tout d'abord, le considérant 14 du règlement 139/2004 l'utilise pour formuler ce qui ressemble à un vœu. Il déclare : « *les autorités compétentes des États membres <u>devraient</u> former ensemble un réseau d'autorités publiques utilisant leurs compétences respectives en étroite coopération à l'aide de mécanismes efficaces d'échange d'informations et de consultation, en vue de garantir qu'une affaire est traitée par l'autorité la plus appropriée, à la lumière du principe de subsidiarité et de manière à garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée sont évitées dans toute la mesure du possible* ». Les renvois sont ensuite mentionnés dans ce même considérant comme un outil devant être exploité de manière efficace. En second lieu, la communication de 2005 sur le renvoi des affaires comprend des développements sous l'intitulé « le réseau des autorités de concurrence », ce qui semble dépasser le stade du simple vœu, mais limite la notion de réseau au fonctionnement des renvois. Il est vrai aussi qu'une perception de réseau est nourrie non seulement par le principe de liaison verticale entre la Commission et les autorités nationales pour la fourniture d'informations, mais aussi et surtout par l'existence du comité consultatif des autorités nationales obligatoirement consulté en phase 2 et donc nécessairement informé dès la notification.

C'est avec l'*European Competition Authorities* (ECA) que nous entrons de plain-pied dans un réseau informel. En lien avec l'Espace Économique Européen qui unit l'Union européenne avec trois États de l'Association Européenne de Libre Échange (AELE), ce réseau a été créé en 2001 de manière « spontanée » entre, d'une part, la Commission et les autorités nationales de concurrence des 28 États

membres, et, d'autre part, la Norvège et l'Islande. Dès sa création, il a établi un guide de procédure pour organiser les échanges d'informations sur la base de fiches d'informations quand une opération notifiée dans un pays est susceptible de l'être également dans d'autres. En 2004, l'ECA a adopté des principes de bonnes pratiques pour les mécanismes de renvoi. Puis, en 2010, un groupe de travail ad hoc, nommé « « *EU Merger Working Group* » (MGW), a été constitué avec les membres de l'AELE et l'Autorité de surveillance EFTA.

Ce groupe MGW joue un rôle crucial. Josep-Maria Carpi-Badia insiste sur l'ampleur de sa vocation : contribuer à une plus grande coopération, une convergence et même une cohérence dans le traitement des concentrations par toutes les autorités européennes de concurrence. Le groupe est activement en quête d'améliorations et repose sur un échange d'expertise. Josep-Maria Carpi-Badia indique qu'il se réunit plusieurs fois par an sous la présidence de la Commission et de deux autorités nationales en co-présidence. Jérôme Vidal décrit ses réunions, très appréciées par les participants, comme l'occasion pour chaque autorité de concurrence présenter sous forme d'études de cas son expérience récente. Il ne cache pas qu'elle y trouve une source d'inspiration. Il fait référence à l'affaire *AxelPringer/LogicImmo*, qui a bénéficié de la pratique décisionnelle du *Bundeskartellamt* en matière de marché biface, et à l'affaire *Fnac/Darty* qui a trouvé un appui dans la pratique britannique. Simon Vande Walle précise que la politique de concurrence en matière de concentrations est même discutée comme ce fut le cas à propos de la prise en compte des intérêts publics dans la pratique décisionnelle. Josep-Maria Carpi-Badia souligne tous les fruits produits par ce groupe : des Bonnes pratiques de traitement des fusions transfrontalières adoptées en 2011, des rapports, des notes de synthèse. Selon ce dernier, l'objectif est clairement de réduire le risque de décisions divergentes. Le groupe a aussi joué un rôle majeur dans une modification en 2016 des *Working arrangements* sur le fonctionnement du comité consultatif en matière de concentrations.

Ainsi, de manière singulière, l'association avec les pays de l'AELE a servi, par la constitution de l'ECA, à mettre en œuvre de manière intense la recommandation d'une coopération étroite dans le considérant 14 du règlement n° 139/2004. Le *working arrangement* a non seulement étoffé les informations, les étapes des échanges, mais a officialisé la fonction de conseiller rapporteur qui exerce un rôle important dans le bon fonctionnement du comité consultatif. Laurence Idot relève que ce texte n'a pas été publié au journal officiel de l'Union, mais seulement sur le site de la DG Comp, ce qui le fait entrer dans la catégorie de *soft law* de second rang, de plus faible portée juridique vis-à-vis des tiers. Mais, en interne, il renforce l'existence du réseau informel.

Deux axes d'étude lors de cette journée de débats ont permis d'approfondir des pistes de perfectionnement : le fonctionnement des renvois et la marge de progression en matière d'harmonisation.

L'efficacité du système des renvois est apparu clairement lors de la première table ronde présidée par Martine Béhar-Touchais. Il était intéressant de percevoir leur mise en œuvre concrète à travers les statistiques présentées par Simon Vande Walle et Jérôme Vidal. Dès l'origine, la règle de délimitation des compétences selon le franchissement des seuils en chiffres d'affaires a été édulcorée avec des renvois. Le graphique du nombre de demandes acceptées de renvois met en lumière une forte augmentation à partir de 200. Ceci coïncide avec l'introduction dans le règlement n°139/2004 de la possibilité offerte aux entreprises de demander un renvoi. Le second graphique confirme que le renvoi est plus sollicité par les entreprises que par les États membres et que celles-ci sollicitent davantage le renvoi ascendant selon l'article 4 paragraphe 5 que le renvoi descendant selon l'article 4 paragraphe 4. Simon Vande Walle en conclut que le mécanisme de renvois est avant tout un service rendu aux entreprises. Dans cette veine, Jérôme Vidal fait savoir que l'Autorité française ne s'oppose jamais à une demande de renvoi ascendant, tant le principe du guichet unique lui paraît important pour simplifier la vie des entreprises. Il indique que les rapports annuels de l'Autorité française ne mentionnent que les rapports descendants puisque seuls ceux-ci font l'objet d'une décision. On peut en dénombrer 20 sur le fondement de l'article 4 paragraphe 4 depuis 2009. Les renvois descendants à la demande de l'Autorité sur le fondement de l'article 9 sont très rares : quatre en dix ans. Quant aux renvois ascendants sur le fondement de l'article 22, Jérôme Vidal ne mentionne qu'une seule illustration d'une demande initiée par l'Autorité française : l'affaire très sensible du rachat des chantiers navals de l'Atlantique par le groupe italien Fincantieri. Le plus souvent, l'Autorité française intervient en soutien d'une demande sollicitée par une autre autorité nationale.

L'attachement des entreprises au guichet unique cède parfois le pas devant une certaine stratégie de la part des entreprises. Elle les fait se retourner vers plusieurs autorités nationales plutôt que vers la Commission. Jérôme Vidal révèle que de nombreuses opérations transfrontalières sont multinotifiées sans que les entreprises aient demandé un renvoi. Il est vrai que l'article 4 paragraphe 5 n'est pas obligatoire. Ainsi, l'Autorité française a rendu treize décisions en 2018 concomitamment à d'autres autorités nationales. Didier Théophile éclaire ce point de stratégie. De manière générale, les entreprises cherchent plutôt à diminuer le nombre de notifications, ce qui explique le plus grand nombre de demandes de renvois ascendants. Cependant, elles peuvent aussi avoir intérêt à ne pas avoir à notifier à la Commission. En termes de durée de procédure, il apparaît que trois notifications devant des autorités nationales peuvent entraîner un examen moins

long que devant la Commission. On comprend que les cabinets d'avocat ont su développer un savoir-faire dans la gestion des notifications multiples avec des logiciels adaptés à la plurinotification à l'échelle internationale. Le traitement à l'échelle européenne n'apparaît donc pas si compliqué. En outre, il peut être plus opportun pour des entreprises de s'attacher à un examen national plutôt qu'à un examen par la Commission dans la mesure où l'expertise nationale sur un marché donné peut-être plus grande que celle de la Commission. Tel a été le cas pour des affaires de grande distribution bien maîtrisées par l'Autorité française. Outre la plurinotification, cela explique les demandes de renvois descendants sur le fondement de l'article 4 paragraphe 4. Florian Bien conforte également l'intérêt que peuvent avoir des entreprises à un examen par le *Bundeskartellamt* en termes de délimitation de marché pertinent, d'absence de décision en phase 1 neutralisant tout recours émanant de tiers et, enfin, l'existence d'une phase 3 par une décision ultime du ministre de l'économie.

A l'inverse, une stratégie peut exploiter les renvois au profit de la Commission. Dans les hypothèses de non-franchissement de seuils, les renvois ascendants sont exploités pour faire valoir l'expertise de la Commission. Cette stratégie concerne autant les entreprises que les autorités nationales. Ainsi, Facebook et WhatsApp ont demandé un renvoi sur la base de l'article 4 paragraphe 5. Quant aux autorités nationales, elles ont habilement exploité leurs différences de contrôlabilité des concentrations pour « attraper » une opération comme celle de l'acquisition de Shazam par Apple et la confier à la Commission. On ne peut que se féliciter de la malléabilité offerte par les renvois utilisés, en définitive, à une autre fin que celle pour laquelle ils ont été créés.

Il n'en demeure pas moins qu'un rêve français continue laisse son empreinte dans les esprits. C'est la raison pour laquelle Martine Béhar-Touchais a tenu revenir sur les perspectives d'avenir du Livre blanc de 2014 « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE ». Jérôme Vidal a insisté sur les pistes intéressantes qu'avait soulevé, en préalable, le rapport français « Pour un contrôle plus simple, cohérent et stratégique en Europe ». On y relevait notamment la proposition de désigner dans les opérations transfrontalières l'autorité la mieux placée pour qu'elle applique non pas son droit national, mais le règlement n° 139/2004. L'inspiration du REC est flagrante. De même était très intéressante la proposition d'opérer un renvoi ascendant possible dès la notification à deux États membres seulement, et non plus à partir de trois États membres. On comprend que c'était là un moyen de résoudre des vues divergentes et de neutraliser un risque de décisions contradictoires. Dans la consultation publique du Livre blanc, la proposition avait été mise en avant à cet effet.

En tout état de cause, Jérôme Vidal et Simon Vande Walle soulignent qu'un réseau formel ne prendrait tout son sens que s'il s'appuyait sur un droit substantiel unique pour les fusions transfrontières. Ceci permet d'opérer la transition avec l'harmonisation, second axe de réflexions.

Lors de la deuxième table-ronde présidée par David Bosco, un bilan encourageant a pu être dégagé sur le plan de l'harmonisation, mais avec des marges de progression encore importantes. Josep-Maria Carpi-Badia a rappelé avec insistance l'enjeu d'une harmonisation ambitieuse. La perspective d'un réseau formel est liée à l'existence de mêmes règles matérielles appliquées par toutes les autorités nationales. David Bosco saisit que le réseau informel est le moyen d'avancer à un bon rythme sur le chemin d'une harmonisation complète.

La convergence est une demande pressante des entreprises, de même que la coopération entre les autorités. Marta Giner Asins donne une longue énumération de sujets dans lesquels ce besoin a été vivement ressenti dans sa pratique d'avocat : la notion même de concentration, comme par exemple les joint-ventures ou encore les prises de participation minoritaire ; les différences de seuils dans leur nature et dans leurs niveaux ; les différences d'usage dans l'opportunité d'une pré-notification ; le traitement des restrictions accessoires pour ce qui concerne les clauses de non-concurrence et les clauses de non-démarchage. L'analyse bien connue sous l'expression « multi J » ou « multi-juridictionnelle » en est l'expression et représente une charge lourde et risquée pour les conseils et les entreprises.

Josep-Maria Carpi-Badia plaide en faveur d'une convergence progressive qui fait ses preuves. Il rappelle combien la Commission a pu et peut encore jouer un rôle significatif à cet égard. Il suffit d'évoquer l'influence exercée par le règlement n° 139/2004 dans son nouveau critère d'application matérielle élargi au-delà de la notion de dominance. Alors que l'hostilité à ce changement était marquée, il a inspiré finalement des modifications dans de nombreux systèmes nationaux. Josep-Maria Carpi-Badia se félicite aussi du rôle nouvellement joué par la Cour de justice au service de cette harmonisation. Les arrêts Austria-Asphalt et Ernst & Young sont tout autant exemplaires que prometteurs. Enfin, il revient sur le rôle majeur du MGW au profit de la cohérence et de la convergence des systèmes nationaux.

L'harmonisation dépend essentiellement de la nature et de l'intensité du dialogue. Il était certes vertical à l'origine, mais il tend à être de plus en plus horizontal selon Etienne Chantrel. Plusieurs groupes travaillent en parallèle. Le MGW de l'ECA est évidemment une figure de proue. Mais il cite également un groupe informel sur le numérique. Or, celui était une émanation du REC, même

s'il n'apparaît pas dans la liste des groupes de travail formels. La question s'est alors posée de savoir si les questionnements relatifs à l'application du contrôle des concentrations dans le secteur du numérique devait être traité dans le cadre du REC ou dans celui du MWG. Finalement, il est apparu nécessaire de maintenir la réflexion dans les deux à la fois ! L'illustration est très révélatrice de l'artifice à maintenir des réseaux parallèles et cloisonnés alors que la politique de concurrence est dans un « tout » fait d'instruments distincts mais articulés. Il est clair aussi que la multiplication des rencontres informelles encourage les contacts informels entre les Autorités. Etienne Chantrel mentionne les demandes spontanées entre elles, comme l'a fait par exemple la CMA sur le traitement des zones locales. Il mentionne aussi les contacts très informels entre les agents eux-mêmes, mis en confiance par des relations interpersonnelles.

S'agissant des relations horizontales entre les autorités nationales, Florian Bien met en avant la coopération ayant existé entre l'autorité allemande et l'autorité autrichienne. Il est vrai que les deux pays ont partagé la même préoccupation face au GAFA, notamment à propos de l'acquisition de WhatsApp par Facebook. Lors de la 9ème réforme du GWB, sa grande loi de la concurrence, le législateur allemand a introduit de manière subsidiaire un deuxième seuil de notification en termes de valeur de la transaction. Le législateur autrichien s'en est directement inspiré. Ceci a incité les autorités nationales de ces deux pays à élaborer ensemble des lignes directrices destinées à éclairer les conditions cumulatives pour la prise en compte de seuil subsidiaire.

Les questions de David Bosco ont ensuite mis à jour la voie divergente dans laquelle s'engage la France sur le type de réponse adéquate face au défi du numérique. Etienne Chantrel a rappelé les nombreuses consultations publiques qui ont montré les résistances des praticiens à l'introduction d'un seuil en valeur de transaction et à l'introduction d'un contrôle ex post. A cet égard Marta Giner Asins confirme pleinement ces résistances et suggère de mieux exploiter les mesures conservatoires, voire l'article L. 430-9 du Code de commerce. Néanmoins, le contrôle *ex post* semble retenir la plus grande attention de l'Autorité de la concurrence. Etienne Chantrel explicite les préoccupations de concurrence qui le justifieraient : des positions très importantes sur des marchés de niche ; l'acquisition de jeunes pousses. Quant à la sécurité juridique des fusions-acquisitions, il en appelle à l'expérience des États-Unis du contrôle *ex post* où le dynamisme des M&A n'a jamais faibli. De plus, le contrôle *ex post* n'est pas le terme idoine selon lui, car il ne s'agirait pas de remettre en cause des opérations réalisées depuis un certain temps. Il s'agirait plus exactement d'un pouvoir d'évocation en-dessous des seuils avant que l'opération ne soit pleinement réalisée. David Bosco suggère un système de notifications volontaires, mais il lui est rétorqué le risque de saturation tant est grand le besoin de sécurité juridique des entreprises.

En ce sens, Florian Bien apporte un éclairage plutôt favorable à l'orientation de l'Autorité de la concurrence. Certes, il rappelle l'attachement traditionnel en Allemagne en faveur de la sécurité juridique des entreprises. Il souligne également l'état de surcharge sur *Bundeskartellamt* : plus de 1 400 notifications en 2018 et 12 cas portés en phase 2. Malgré ce risque d'asphyxie de ses services, le Président Andreas Mundt regrette qu'un certain nombre d'opérations en-dessous des seuils passent à travers les mailles du filet. Les effets d'une concentration dans le domaine des transports ont beaucoup agité les esprits au regard d'une hausse des prix spectaculaire.

Josep-Maria Carpi-Badia constate que toutes les autorités tentent d'agir sur trois plans à la fois : s'assurer d'appréhender les opérations qui posent véritablement des problèmes concurrentiels ; simplifier le traitement des opérations qui, à l'évidence, ne posent pas de problèmes ; traiter de manière approfondie les opérations les plus problématiques en choisissant les bons remèdes. A cet effet, il faut trouver des compromis entre les intérêts des entreprises et les intérêts des autorités publiques. L'harmonisation ne se fera que sur la base de cette méthode des compromis.

* * *

En conclusion de cette journée de débats, il est permis de souligner combien est étonnante la démonstration fournie par la politique européenne de concurrence. Encore mal comprise par l'opinion publique et même par une certaine partie de la classe politique en France comme dans les autres États membres, elle suscite une forte adhésion par les autorités nationales de concurrence, conscientes de son potentiel de régulation économique. Le Réseau Européen de Concurrence (REC), institué a par le règlement n° 1/2003 pour la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE, a considérablement changé les états d'esprit et a cassé les cloisonnements administratifs. Les bienfaits des échanges de vue, de la coopération ont été expérimentés. Ce n'est plus une attitude de repli national, mais au contrainte un élan permanent pour approfondir la coopération, gage d'efficacité pour chacun des acteurs. Le REC a assurément diffusé un besoin de parallélisme dans le domaine des concentrations. C'est la raison pour laquelle il n'est pas opportun de stigmatiser les confusions terminologiques qui apparaissent, ici ou là, dans les rapports annuels ou sur les sites internet des institutions. Ces confusions sur l'emploi de l'expression « Réseau Européen de Concurrence » sont en définitive un signe prometteur. Le réseau est vécu en tant que tel. Dans l'avenir, il adviendra de manière naturelle si ce n'est une « fusion-absorption » du réseau informel des concentrations dans le réseau formel du REC, du moins un parallélisme plus complet dans deux réseaux *ad hoc*, avec des moyens similaires et surtout des mêmes textes substantiels à appliquer.