

Damien LORCY, avocat

DROIT COMMUNAUTAIRE

Objectifs : sensibiliser les étudiants au droit de la concurrence issu du droit communautaire, tant en ce qui concerne ses principes que sa mise en œuvre.

A l'issue de la formation, l'étudiant devra être en mesure de maîtriser les principes d'évaluation des situations d'atteintes irrégulières à la concurrence par une ou plusieurs entreprises.

Introduction

Les objectifs recherchés ; définitions ; sources. Approche économique plus que juridique.

I. LES ATTEINTES IRREGULIERES A LA CONCURRENCE

A. Les ententes (art. 101 TUE)

Un principe général d'interdiction des ententes atténué par des cas d'exemption
Exemples d'ententes prohibées.

B. L'abus de position dominante (art. 102 TUE)

Définition & critères. Pas d'exemption possible.

C. Les risques attachés aux concentrations

Fusion et prise de contrôle. Seuils d'application du droit communautaire. Contrôle a priori.

D. Le cas des aides étatiques

II. PROCEDURES ET SANCTIONS

A. Mise en œuvre dans le cadre des ententes et abus de position dominante

Niveau national ; niveau communautaire

B. Mise en œuvre dans le cadre du contrôle des concentrations

Bibliographie sommaire

Droit matériel de l'Union européenne, Louis DUBOIS et Claude BLUMANN, Montchrestien, 6^e éd.

Droit de la concurrence : Droit interne et droit de l'union européenne, André et Georges DECOCQ, LGDJ, 2012

Droit européen de la concurrence, Nicolas PETIT, Montchrestien, 2013

Ressources numériques

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr> (site de l'autorité de la concurrence, où se retrouvent l'ensemble de la réglementation)

<http://europa.eu.int> (union européenne)

<http://ue.eu.int/jr/summ.htm> (Conseil de l'Union européenne)

<http://www.europarl.eu.int/sg/tree/fr/default.htm> (Parlement européen)

Introduction

La concurrence est inhérente à l'activité économique dont elle est un moteur, mais elle doit être régulée afin de prévenir les dérives qui reviendraient à la faire disparaître. C'est ainsi que le libéralisme tendra dans un premier temps à libérer le marché des contraintes telles que les corporations (ce qui mènera par exemple la Révolution française à interdire les syndicats¹), puis à limiter les effets des ententes (Sherman Act en 1890 sur les cartels, Clayton Act en 1914 sur les concentrations).

Le droit de la concurrence² constitue l'un des piliers de la construction européenne, à tel point qu'il a largement influencé les droits nationaux, et qu'il continue à le faire du fait de son caractère évolutif (et du fait de la primauté du droit communautaire). C'est un droit qui fait très fortement appel aux notions économiques, notamment en ce qui concerne les critères qu'il retient, un droit qui atteint les personnes publiques et les entreprises privées mais également les individus.

La réglementation de la concurrence vise à préserver un marché sain, dont l'offre et la demande ne sont pas faussées par des agissements (ententes, position dominante) ou des réglementations et autres aides étatiques. Le but recherché est d'accroître le bien-être et la sécurité des consommateurs, tout en assurant une répartition efficace des moyens et des ressources favorable à l'innovation.

Il existe plusieurs types de concurrences : concurrence par les prix, par l'innovation, par la qualité, par les services ; concurrence actuelle ou effective, concurrence potentielle (en matière de concentration ou accord en R & D) ; concurrence interne (« intrabrand », entre les participants à une entente ou à une concentration) ou externe (« extrabrand ») ; concurrence verticale (entreprises exerçant à des niveaux différents de l'activité économique) ou horizontale (brevet ou licence de marque).

¹ Loi Le Chapelier, 1791.

² A. SMITH et la théorie de la concurrence pure et parfaite (homogénéité des produits, atomisticité du marché, transparence des offres et demandes, fluidité des produits, mobilité des facteurs de production), qui fait l'impasse sur l'innovation, la politique commerciale, les situations de monopole, etc. J. M. CLARK et sa « *workable competition* » cherchent à prendre en compte ces derniers facteurs. Les juridictions européennes se réfèrent essentiellement à cette dernière conception : CJCE, 30 juin 1966, LTM/MBU ; CJCE, 13 juill. 1966, aff. 56 et 58/64, Grundig c/ Consten ; CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26/76.

I. LES ATTEINTES IRREGULIERES A LA CONCURRENCE

A. Les ententes (art. 101 TUE)

Un principe général d'interdiction des ententes atténué par des cas d'exemption

1. Un principe général d'interdiction

a.) Définitions

Selon l'article 101, § 1 du TFUE, "*sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous **accords** entre entreprises, toutes **décisions d'associations** d'entreprises et toutes **pratiques concertées**, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun [...]*".

Accords, décisions d'associations et pratiques concertées

Il faut donc le concours de volonté, explicite ou simplement tacite, d'au moins deux entreprises, tendant à définir ensemble certains comportements sur un marché donné, y compris lorsque l'accord est obtenu sous pression commerciale³. La commune intention peut se déduire de simples échanges épistolaires⁴, des conditions générales de vente acceptées⁵, voire des entrevues régulières et approfondies⁶, quand même l'accord n'aurait pas de caractère contraignant pour les parties en l'absence de sanction par exemple⁷.

L'absence de tels éléments de preuve ne suffit pas à écarter l'application de l'article 101, dès lors que des « *pratiques concertées* » sont mises en évidence. La simple communication d'informations à un autre acteur du marché sur la politique que l'on entend mener peut conduire à la reconnaissance d'une pratique prohibée si elle conduit l'autre partie à adopter en conséquence un comportement aboutissant à terme à une restriction de concurrence⁸; il faudra cependant prouver que le comportement⁹ adopté ne pouvait avoir comme explication que la concertation. En effet, il n'est pas interdit bien au contraire de s'adapter au marché. Dans le même ordre d'idée, le seul fait d'adopter un comportement commun à un ou plusieurs autres opérateurs est répréhensible s'il a pour objet ou effet de menacer la libre concurrence.

³ Comm. CE, déc. n° 88/86, 18 déc. 1987, aff. IV/31.017, Fisher-Price c/ Quaker Oats Ltd-Toyco : Journal Officiel des communautés européennes 23 février 1988.

⁴ Comm. CE, déc. n° 72/480, 29 nov. 1974, entente franco-japonaise concernant les roulements à billes : Journal Officiel des communautés européennes 21 décembre 1974.

⁵ CJCE, GlaxoSmithKline, 6 oct. 2009, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06, sur pourvoi formé contre TPICE, 27 sept. 2006, aff. T-168/01 : Contrats, conc. consom. 2009, comm. 291.

⁶ Comm. CE, déc. n° 1999/271, 9 déc. 1998, aff. IV/34-466, transbordeurs grecs : Journal Officiel des communautés européennes 27 avril 1999.

⁷ TPICE, 20 mars 2002, aff. T-9/99, HFB et a. : Rec. CJCE 2002, II, p. 1487, pt 200 et 201 notamment.

⁸ CJCE, 16 déc. 1975, aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/75, Industrie européenne du sucre : Rec. CJCE 1975, p. 1663.

⁹ CJCE, 8 juin 1999, aff. C-49/92, ANIC Partizipazioni c/ Commission : Rec. CJCE 1999, I, p. 4125. - Comm. CE, déc. n° 2005/566, 9 déc. 2004, Chlorure de Choline, aff. 37.533 : Journal Officiel de l'union européenne 22 juillet 2005 ; Europe 2005, comm. 35, L. Idot.

Les associations d'entreprises (qu'elle qu'en soit la forme juridique, avec ou sans personnalité morale¹⁰) ne sont pas interdites ; ce sont les décisions (qu'elles qu'en soient la forme) qu'elles peuvent prendre ou les comportements qu'elles peuvent adopter qui encourent la censure éventuelle. Est tombée sous la coupe du texte la diffusion de tarifs conseillés, de nature à inciter les entreprises en cause à aligner leurs tarifs, abstraction faite de leurs prix de revient.

En pratique, il n'est pas toujours aisé de distinguer entre les différents types d'infractions. La Commission a contourné le problème en se référant à la théorie de l'infraction unique, qui permet de réprimer des comportements ne rentrant pas exactement dans l'une ou l'autre des infractions, mais tenant à la fois de l'une et de l'autre.

La preuve de l'adhésion d'une entreprise à une pratique concertée ne peut se déduire de la seule existence d'un courant d'affaires entre les parties visées : il faut toujours pouvoir caractériser l'accord de volontés (exprès ou tacite), ce qui exclut les comportements unilatéraux.

Le simple fait pour une entreprise d'avoir participé à des réunions ayant pour objet de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles a pu suffire à la CJUE pour retenir que l'infraction était constituée¹¹, sans qu'il ait été prouvé que la décision a été mise en pratique. Par la suite, la Cour est cependant venue préciser que la concertation devait avoir débouché sur la mise en pratique du comportement litigieux¹², sans qu'il soit cependant nécessaire que cette pratique ait eu un effet sur le marché (restreindre, empêcher ou fausser la concurrence). En d'autres termes, la tentative est réprimée¹³. Toutefois, dans la mesure où, pour la CJUE, la mise en pratique de la décision prise par les entreprises concernées est présumée, ce sera à l'entreprise qui cherchera à se défendre de l'accusation de rapporter la preuve – délicate – qu'elle est demeurée totalement étrangère à la mise en œuvre...

Par exemple, la CJUE a pu juger que « *le fait qu'une entreprise ne donne pas suite aux résultats des réunions n'est pas de nature à écarter sa responsabilité du fait de sa participation à l'entente, à moins qu'elle ne se soit distanciee publiquement de son contenu* »¹⁴. Cette distanciation doit donc être suffisamment explicite, en particulier à l'égard des autres membres de l'accord : dénonciation aux autorités compétentes, indication expresse que l'entreprise ne partage pas l'optique des autres entreprises se concertant.

Par la suite le TUE a pu définir de la manière suivante la pratique concertée prohibée : « *toute prise de contact directe ou indirecte entre opérateurs économiques de nature à dévoiler à un concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché, lorsqu'une telle prise de contact a pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché. Pour établir une pratique concertée, il n'est donc pas nécessaire de démontrer qu'un opérateur économique s'est formellement engagé, à l'égard d'un ou plusieurs autres, à*

¹⁰ Les ordres professionnels sont des associations d'entreprises, les coopératives ou les fédérations sportives également.

¹¹ CJCE, 17 déc. 1991, aff. T-6/89, Polypropylène : Rec. CJCE 1991, II, p. 1623

¹² CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-49/92 P, Anic Partizipazioni c/ Commission : Rec. CJCE 1999, I, p. 4125. - CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-199/22, H,ls : Rec. CJCE 1999, I, p. 4287.

¹³ Le terme complicité figure dans la décision TPICE, 5 déc. 2006, aff. T-303/02, Westfalen Gassen Nederland BV : Europe 2007, comm. 72, obs. L. Idot.

¹⁴ CJCE, 16 nov. 2000, aff. C-291/98 P, Sarrío SA c/ Commission : Rec. CJCE 2000, I, p. 9991. - CJCE, 7 janv. 2004, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Cimenteries CBR : Rec. CJCE 2004, I, p. 123, pt 162

adopter tel ou tel comportement ou que les concurrents ont fixé en commun leur comportement futur sur le marché. Il suffit que, à travers sa déclaration d'intention, l'opérateur économique ait éliminé ou, à tout le moins substantiellement réduit l'incertitude quant au comportement à attendre de sa part sur le marché. »¹⁵

Dans le cas des réseaux notamment, la jurisprudence est toutefois revenue dans des limites juridiques plus précises en ce qui concerne la preuve d'un accord, en retenant que des relations commerciales continues (convenues dans un accord de distribution) ne suffisaient pas à prouver l'acquiescement tacite ultérieur à des décisions unilatérales du fabricant qui constituent une modification unilatérale du contrat exigeant un accord exprès¹⁶.

L'atteinte à la concurrence

C'est une exigence de l'article 101 TFUE, dont les termes sont généraux et visent toute atteinte à la concurrence « à l'intérieur du marché commun ». Relèvent donc de l'article 101 toutes les entreprises intervenant sur ce marché, quelle que soit leur localisation géographique, sans que le caractère national de l'infraction fasse davantage obstacle à l'application du droit européen.

En revanche, les autorités communautaires n'ont pas vocation à réprimer les agissements commis en dehors du marché commun, quand même seraient en cause des entreprises demeurant au sein de l'UE... sauf si, par un effet de bande, les effets se feraient sentir sur le marché visé. Sont aussi bien réprimées les actes de concurrence interne aux parties en cause, que les actes externes (ayant une incidence sur les acteurs tiers).

Encore faut-il que les accords et pratiques affectent de manière significative le marché, de telle sorte qu'ils nuisent « à la réalisation des objectifs du marché unique entre Etats »¹⁷.

Pour apprécier cette capacité de nuisance, les autorités européennes adoptent une approche globale, en vérifiant les effets cumulatifs (dans le cadre des accords verticaux notamment) des clauses, accords ou pratiques en question : la clause ou l'accord peut être peu restrictif en lui-même, mais sa répétition à une grande échelle (par plusieurs réseaux par exemple) peut avoir un effet restrictif excessif¹⁸.

En principe, les PME sont difficilement en mesure de porter une atteinte significative à la concurrence, mais la présomption dont elle bénéficie n'est pas irréfragable, d'autant que l'affectation sensible du marché est définie par référence aux parts de marché détenues par les entreprises : si l'entreprise en est deçà du seuil, elle est réputée ne pas pouvoir affecter le

¹⁵ TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95, Cimenteries CBR : Rec. CJCE 2000, II, p. 491 s., pt 1852.

¹⁶ TPICE, 3 déc. 2003, aff. T-208/01, Volkswagen AG c/ Commission : Rec. CJCE 2003, II, p. 5141 ; Europe 2004, comm. 84 ; CJCE, 6 janv. 2004, aff. C-2/01 et C-3/01, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure c/ Bayer et Commission dit arrêt Bayer : Rec. CJCE 2004, I, p. 23 ; Europe 2004, comm. 84, obs. L. Idot ; TPICE, 27 sept. 2006, aff. jtes T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP et T-61/02 OP, Dresdner Bank AG.

¹⁷ CJCE, 9 juill. 1969, aff. 5/69, Völk-Vervaecke : Rec. CJCE 1969, p. 295 ; Cah. dr. eur. 1970, p. 63, note J. Vandamme.

¹⁸ CJCE, 12 déc. 1967, aff. 23/67, SA Brasseries de Haecht : Rec. CJCE 1967, p. 525, à propos des contrats de bière.

marché (*a contrario*, le dépassement du seuil n'est pas nécessairement la preuve que les accords des entreprises en question sont restrictifs).

En cas d'accords entre concurrents, les parties à l'accord ne doivent pas dépasser, en cumulé, 10% des parts de marché. Lorsque l'accord concerne des non-concurrents, le seuil est de 15% (le seuil de 10% s'appliquant en cas d'impossibilité de définir si l'accord relève de la première ou de la deuxième catégorie). Exceptionnellement, il est admis que même en deçà de ces seuils, une atteinte significative peut être caractérisée eu égard au poids des parties en cause en termes de chiffre d'affaires et par référence aux produits mis sur le marché par ces fournisseurs¹⁹. Un CA moyen annuel de 40 millions d'euros réalisé est fixé comme un autre seuil au-delà duquel la présomption de non incidence sur le marché tombe (40 millions de CA pour les parties visées dans le cadre d'accords horizontaux, 40 millions réalisés par le fournisseur dans le cadre des accords verticaux).

En toute hypothèse cependant, certaines pratiques encourent la censure sans idée de seuil, la présomption étant alors irréfragable. La Commission parle en ce cas de « *restrictions flagrantes* ». Il s'agit, dans le cadre des accords horizontaux, d'accords ayant pour objet de fixer les prix de vente aux tiers, limiter la production ou les ventes, ou répartissant les marchés ou les clients.

Dans le cadre des accords verticaux, sont visés les accords ayant pour objet d'imposer des restrictions territoriales, restreignant la capacité de l'acquéreur de fixer son prix de vente ou les ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les détaillants membre d'un système de distribution sélective, ou les livraisons croisées entre distributeurs dans un système de distribution sélective, ou la vente de composants à des utilisateurs finals, des réparateurs et autres prestataires de services non agréés dans les accords conclus entre un fournisseur de composant et un acheteur les incorporant. Lorsqu'il s'agit d'accords verticaux entre concurrents (actuels ou seulement potentiels), sont interdits les accords contenant l'une quelconque des restrictions précédentes.

b.) Exemples

Comme cela a été vu, la définition qui est donnée des atteintes à la concurrence est large et s'apprécie *in concreto*. L'article 101 a néanmoins illustré par quelques exemples les types d'accords prohibés ; ce n'est donc pas une liste exhaustive qui est donnée.

Sont d'abord expressément prohibés les accords tendant à « *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction* » (art. 101 §1 a). Si la pratique des prix imposés est directement visée, les prix conseillés (donc non obligatoires en principe) peuvent également relever de cette interdiction²⁰. Cela est surtout vrai dans les accords horizontaux, où les prix conseillés auront pour effet d'aligner les tarifs, créant ainsi un avantage artificiel au profit des entreprises les moins performantes puisque les plus performantes ne baisseront pas leurs prix.

Dans le cadre d'accords verticaux, il est plus facilement admis de recourir aux prix conseillés, conforme à une politique commerciale répondant à l'image de marque d'un réseau.

¹⁹ CJCE, 7 juin 1983, aff. jtes 100 à 103/80 : Rec. CJCE 1983, p. 1825.

²⁰ CJCE, 31 mars 1993, aff. 89/85, dite Pâte de bois, Ahlström Osakeyhtiö : Rec. CJCE 1993, I, p. 1307.

Cependant, les prix doivent être réellement indicatifs, et non revenir en fait à imposer un prix de vente fixe ou minimal.

Dans le même ordre d'idée, les accords sur les rabais encourent la censure si les conditions pour en bénéficier sont telles (en termes d'obligation d'approvisionnement, politique commerciale, etc.) qu'ils en viennent à verrouiller le marché. Au contraire, si la clause contractuelle est indispensable pour mettre en place un système de paiement international à grande échelle (commissions sur cartes bancaires) ou lorsqu'ils permettent un avantage soit en terme d'efficience, soit en terme d'entrée sur le marché d'un nouveau produit concurrentiel, soit dans le cadre d'une offre promotionnelle de courte durée profitant aux consommateurs.

A côté de la fixation du prix, le texte tend plus largement à prohiber les « *conditions de transaction* » telles que garanties, crédit (conditions, durée), modalités de livraison, facilités de transport... qui ne seraient pas justifiées par la situation spécifique à chaque revendeur.

L'article 101 interdit ensuite les accords permettant de « *limiter la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements* » (§1 b), tels que quotas de production ou de vente, accords fixant des normes telles qu'elles restreignent l'accès à des produits innovants, accords ou règles interdisant certaines ventes, ou ne permettant pas de réaliser des rapprochements fructueux entre professions.

Sont également proscrits les accords tendant à se répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement (art. 101 §1 c), qu'il s'agisse d'accords entre producteurs ou fabricants ou entre producteurs et distributeurs (contrats d'approvisionnement exclusif ; interdiction d'exporter directe²¹ ou indirecte par le biais d'avantages²² ; partage du marché²³ ; cloisonnement du marché²⁴).

Les accords tendant à « *appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* » sont prohibés (art. 101 §1 d). le TFUE vise notamment les discriminations liées à la nationalité mais pas seulement (prix différents selon la destination ; avantages liés à l'implantation géographique ; conditions d'adhésion).

Les associations d'entreprises doivent donc être vigilantes quant aux conditions qu'elle fixent pour l'accueil de ses membres (nationalité, taille, implantation...).

En dernier lieu, l'article 101 vise les accords qui conditionnent « *la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* » (§1 e).

²¹ Comm. CE, déc. n° 92/261, 18 mars 1992, Newitt-Dunlop Slazenger : Journal Officiel des communautés européennes 16 mai 1992, p. 32.

²² Comm. CE, déc. n° 98/273, 28 janv. 1998, Volkswagen : Journal Officiel des communautés européennes 25 Avril 1998, confirmée TPICE, 6 juill. 2000, aff. T-62/98 : Rec. CJCE 2000, II, p. 2707

²³ Cas de la soude et du sucre, notamment.

²⁴ Cartels du polypropylène, du carton, du ciment..., le cloisonnement étant obtenu au moyens de clauses d'exclusivité et/ou de non concurrence.

Exemples d'accords prohibés :

- La création d'une entreprise commune réduisant l'indépendance des membres dans la direction de leur politique commerciale, ou l'organisation d'une coopération commerciale²⁵.
- Une participation minoritaire dans le capital d'une société concurrente peut restreindre la concurrence, si cette participation donne la maîtrise de droit ou de fait du comportement commercial de l'autre²⁶.

Exemples d'ententes prohibées : l'entente entre des opérateurs de téléphonie pour réduire la rémunération des distributeurs d'offres, après échanges d'informations confidentielles ; décisions concernant la politique de prix ou les volumes de production ; zone d'exclusivité. Il faut également être prudent dans la rédaction de CGV ou de circulaires, bons de commandes et tarifs, et dans leur acceptation qui peut être tacite (non remise en question).

Dans tous les cas, il suffit que l'entente ait alternativement pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Ce ne sont pas des conditions cumulatives : l'entente peut n'avoir aucun effet sur la concurrence (parce qu'elle n'a pas eu le temps de produire son effet, ou parce qu'elle est inefficace), elle n'en demeure pas moins interdite si son objet était de porter atteinte à la concurrence.

En revanche, du point de vue de la méthodologie, les autorités européennes examinent d'abord l'objet de la clause, sans hésiter à l'apprécier à l'aune du contexte, des comportements des parties, des modalités de mise en œuvre. L'examen ne se limite donc pas à la simple étude des clauses de l'accord. Il n'est pas inutile de préciser que même si l'atteinte à la concurrence n'était pas le but poursuivi par les parties, l'objet de l'accord pouvait être en fait anticoncurrentiel²⁷...

A supposer que l'objet anticoncurrentiel ne soit pas mis en évidence, les autorités analysent alors l'effet sur le marché pour apprécier de son caractère illicite ou non. Il faut que cet effet soit réel, et suffisamment notable pour justifier les poursuites. Là encore, une appréciation *in concreto* doit permettre de mettre en évidence que l'entente ou accord donne un pouvoir sur le marché (avec une influence sur les prix, l'innovation, la qualité, la diversité des produits...).

Lorsque les autorités ont mis en exergue un objet et/ou un effet anticoncurrentiel, elles sont amenées à examiner ensuite si, en définitive, l'entente n'a pas d'effets plus positifs que négatifs, auquel cas elle peut ne pas annuler l'entente.

²⁵ CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere Ltd : Rec. CJCE 1998, I, p. 3111.

²⁶ CJCE, 17 nov. 1987, aff. jtes 142/84 et 156/84, British American Tobacco et Reynolds : Rec. CJCE 1987, p. 4487.

²⁷ CJCE, 20 nov. 2008, aff. C-209/07, Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd : Contrats, conc. consom. 2009, comm. 16.

2. Les exemptions (art. 101 §3)

a) Les exemptions au cas par cas

En présence d'une entente en principe prohibé en vertu de l'article 101 §1, les autorités européennes compétentes vont examiner si l'entente n'a pas d'effet pro-concurrentiels supérieurs aux effets anticoncurrentiels.

Un bilan économique devra donc être établi, une balance faite entre d'un côté les avantages et de l'autre les inconvénients (en terme de concurrence) de l'accord²⁸.

Sont donc exemptées de l'application du §1 les ententes « *qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* » (§3).

Il ne faut cependant pas que cela se fasse en imposant aux entreprises des restrictions non indispensables pour atteindre ces buts, ou en leur permettant d'annihiler les concurrents.

Ces quatre conditions sont cumulatives, il faut toutes les remplir.

- Améliorer la production ou la distribution des produits, ou promouvoir le progrès technique ou économique : c'est à la partie à justifier de ces gains d'efficacité, en les décrivant et les valorisant de manière précise et vérifiable, tout en démontrant qu'ils bénéficieront ou bénéficieront aux consommateurs ou utilisateurs de manière sensible.

Accords de recherche en commun, création d'une entreprise commune, licences de savoir-faire... peuvent permettre des réductions de coûts, l'amélioration des services, des innovations, etc. impossibles autrement.

- Les restrictions doivent être indispensables : en d'autres termes, les objectifs fixés ne peuvent être atteints sans ces restrictions. Elles doivent donc être proportionnées au but poursuivi, ce qui peut conduire à n'accorder l'exemption que pour un laps de temps.

- Elles doivent profiter équitablement aux consommateurs ou utilisateurs. D'une manière générale, plus la restriction est importante, plus les gains pour le consommateur doivent être considérables.

- Elles ne doivent pas conduire à faire disparaître la concurrence, qui doit rester effective sur le marché visé (qui concerne les produits identiques, mais aussi les produits équivalents ou substituables).

²⁸ Principe de l'exemption initié avec la décision Comm. CE, déc. 15 déc. 1975, Metro c/ SABA : Journal Officiel des communautés européennes 3 février 1976 : la diffusion de produits par des revendeurs sélectionnés sur des critères objectifs est validé, quoiqu'elle conduise à écarter certains acteurs intéressés par la diffusion des produits en question.

b) Les exemptions par catégories

Certaines catégories d'accord déterminées par des règlements émanant de la Commission peuvent faire l'objet d'une exemption, étant admis leurs effets positifs sur le marché. Il en résulte une présomption de conformité à l'article 101 § 1. Il n'en reste pas moins que le bénéfice de l'exemption peut être retiré individuellement s'il s'avère que l'accord en question a des effets contraires à ceux recherchés.

Il existe trois types de règlements d'exemption, les uns visant les accords verticaux, les autres les accords horizontaux, d'autres encore certaines catégories particulières d'accord.

Les exemptions touchant les accords verticaux

Il est admis que les accords verticaux – entre opérateurs ne se situant pas au même niveau du marché –, ont des effets bénéfiques par l'efficacité qu'ils peuvent assurer dans la diffusion des produits. Il convient toutefois d'éviter qu'ils ne permettent le cloisonnement du marché.

Le règlement 330/2010 (à compléter avec les lignes directrices du 10 mai 2010) a synthétisé les dispositions anciennes et les a mises à jour pour tenir comptes de certaines évolutions (ventes sur internet ; poids de la grande distribution). L'exemption peut bénéficier – c'est une présomption qui est posée - à l'accord vertical « *lorsque la part de marché détenue par chaque entreprise partie à l'accord sur le marché en cause ne dépasse pas 30 %* » (à condition que l'accord ne contienne pas de restrictions graves à la concurrence, notamment des restrictions sur les prix, les zones territoriales...). Dans cette hypothèse, l'interdiction posée à l'article 101§1 ne trouve pas à s'appliquer.

Aux termes du règlement 330/2010 et des lignes directrices du 10 mai 2010, les parties peuvent démontrer les effets bénéfiques de leur accord (et sa régularité) quand même il contiendrait des restrictions caractérisées visées à l'article 101 §4.

Mieux encore, les lignes directrices (qui n'ont pas de caractère contraignant ni valeur d'excuse...) reconnaissent que « *tout distributeur doit être autorisé à utiliser Internet pour vendre ses produits* » ; « droit » tellement important pour la Commission qu'une restriction apportée à cette possibilité constitue une restriction caractérisée irrégulière (bien que ne figurant pas à l'article 101§4) !

La seule possibilité pour le fournisseur de contrôler sur ce point ses distributeurs est d'imposer des normes de qualité pour le site et le fait que le distributeur doit avoir au moins un lieu de vente physique. Toutefois, le distributeur doit également respecter le territoire exclusif des autres : concrètement, son site et/ou ses publicités ne doivent pas viser spécifiquement un autre territoire que le sien.

Ces règles édictées par la Commission ont reçu pour l'essentiel la confirmation ultérieure de la jurisprudence dans l'arrêt Pierre Fabre²⁹.

²⁹ CJUE, aff. n° C-439-09 : JCP E 2011, 1833 ; JCP E 2012, 1182. La société Pierre Fabre avait interdit à ses distributeurs toute vente par internet.

Les exemptions touchant les accords horizontaux

S'agissant d'accords entre concurrents agissant au même niveau du marché, l'autorité s'est montrée beaucoup plus exigeante dans les règlements 1217 et 1218/2010 du 14 décembre 2010 (complété par des lignes directrices sur les accords horizontaux).

Le premier de ces règlements vise les **accords de recherche et de développement**, entendus largement : activités conjointes de R&D de produits ou technologies et exploitation commune des résultats, ou seulement l'une ou l'autre de ces activités ; activités rémunérées de recherche et développement et/ou exploitation en commun des résultats.

Les principales conditions d'exemption sont les suivantes :

- Seuils de marché : ne peuvent bénéficier de l'exemption les entreprises concurrentes qui dépassent 25% du marché cumulé. La condition de seuil disparaît si les entreprises ne sont pas concurrentes pendant la période de coopération, à laquelle s'ajoute, s'il y a exploitation en commun des résultats, une période de 7 ans à compter de la mise sur le marché du produit en cause. Passée cette période de 7 ans, la condition de seuil est rétablie.

- Absence de restriction caractérisée.

Le règlement 1218/2010 vise quant à lui les **accords de spécialisation** unilatérale, réciproque ou de production conjointe (et aux restrictions accessoires nécessaires à l'accord, comme la cession de droit de PI) entre entreprises possédant « *des compétences, des actifs ou des activités complémentaires* ».

La condition de seuil est fixée à hauteur de 20% des parts de marché cumulées du marché ; là encore, l'accord ne peut contenir de restriction caractérisée.

Les exemptions touchant certaines catégories d'accords

Transport maritime : depuis 2008, le cabotage (le transport de marchandises entre deux ports d'un même pays) et les services de tramp (services de transport non réguliers de marchandises en vrac non conteneurisées) se trouve soumis au droit commun de la concurrence. Pour les consortiums (entre compagnies maritimes de ligne ; pour l'exploitation en commun de services de transport maritime), des dispositions spécifiques sont prévues, dont certaines prennent fin le 25 avril 2015. L'application des règles de droit commun de la concurrence s'impose.

Transport aérien : l'uniformisation sur la base du droit de la concurrence est acquise.

Assurances : le règlement 267/2010 est applicable jusqu'au 30 mars 2017. Pour bénéficier de l'exemption, la part de marché cumulée par les entreprises concernées ne doit pas dépasser le seuil de 20% (coassurance) ou 25% (coréassurance).

Règlement 27 mai 2010 et LD 28 mai 2010 sur les accords de distribution des automobiles : depuis le 31 mai 2013, application des règles du régime d'exemption des accords verticaux.

Les accords de transfert de technologie : l'ancien régime a expiré le 30 avril 2014

B. L'abus de position dominante (art. 102 TUE)

En raison de la situation sur un marché, une entreprise (ou un groupe d'entreprises) peut disposer d'une puissance économique supérieure à celle de ses concurrents dans une telle mesure qu'elle se trouve non seulement à l'abri de la concurrence, mais qu'elle peut même placer celle-ci sous domination.

S'il n'est pas interdit de disposer d'une telle « force de frappe » économique, il est en revanche interdit d'en abuser, au risque d'affecter « *le commerce entre les Etats membres* » (art. 102 TFUE) en réduisant à quia la concurrence, ou en l'empêchant de s'introduire sur le marché.

Si la notion d'entreprise revêt en droit communautaire une acception très large (de droit privé ou de droit public, ordres, associations...), ne sont pas concernées par l'application de l'article 102 l'entité chargée de prérogatives de puissance publique ou exerçant des fonctions exclusivement sociales. Toutefois, les autorités n'hésitent pas à distinguer, au sein d'une même entité, ce qui relève de l'article 102 de ce qui n'en relève pas³⁰.

Par ailleurs, ne sont pas concernées les accords et pratiques intra-groupe, dès lors qu'une unité économique se trouve formée au sein de laquelle les entités n'ont pas **d'autonomie** propre.

Définition & critères de la position dominante

La Cour de justice juge que la position dominante concerne « *une position de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant **la possibilité de comportements indépendants** dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs* »³¹. Peuvent être aussi bien visées les situations monopolistiques ou oligopolistiques (on parle alors de position dominante collective³²) qu'une position dominante stricto sensu.

Dès lors que l'entreprise agit de manière à affaiblir la concurrence - « *la structure du marché* » - alors qu'elle est en position dominante, elle encourt la censure, en dehors de toute appréciation du caractère volontaire ou pas de la démarche. L'entreprise cherche à atteindre des objectifs qu'elle ne pourrait viser si la concurrence était équilibrée.

La position dominante se déduira d'un ensemble de critères dont le principal est la part de marché, sans toutefois qu'un seuil soit clairement fixé. Il ressort cependant de la jurisprudence que la détention de 50% du marché ou plus établi de manière quasi certaine la position dominante. Lorsque la part de marché est comprise entre 25% (seuil en deçà duquel une opération de concentration est réputée compatible avec le marché) et 50%, une analyse in concreto devra permettre de déterminer s'il y a ou non position dominante. En deçà de 25% des parts, il est présumé – jusqu'à preuve du contraire – qu'il n'y a pas position dominante.

³⁰ Comm. CE, déc. n° 98/513, aff. IV/35.613, 11 juin 1998, Alpha Flight (AFS/ADP) : Journal Officiel des communautés européennes 18 août 1998 ; RTDE 1999, p. 271 ; Europe 1998, comm. 332, L. Idot. - TPICE, 1er déc. 2000, aff. T-128/98, Aéroports de Paris : Rec. CJCE 2000, II, p. 3929 ; Europe 2001, comm. 62, L. Idot.

³¹ CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76, United Brands Cie : Rec. CJCE 1978, p. 207.

³² TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99, Airtours : Contrats, conc. consom. 2003, comm. 28.

Il faut donc examiner les autres critères pour conclure à une position dominante d'un acteur du marché détenant moins de 50% de part de marché.

La structure du marché sera un premier indice : dominé par un gros opérateur en face de qui n'existent que de faibles opérateurs incapables de lui résister, le marché en question se trouvera sous l'influence d'une entreprise en position dominante.

L'appartenance de l'entreprise en question à un groupe puissant lui permettant de peser sur le marché peut être un indice valable de position dominante, ou l'avance technologique et commerciale de l'entreprise par rapport à ses concurrents, sa capacité à répondre à toutes les demandes...

Plus délicats à repérer, les comportements adoptés sur le marché ne pouvant s'expliquer que par une position dominante³³.

La détermination du marché visé

La position dominante s'apprécie au regard d'un marché donné. Le marché de référence comprend, selon la commission, « *tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme **interchangeables ou substituables** en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »

Pour apprécier cette interchangeabilité, les autorités examinent non seulement les produits ou services comparés, mais également la structure de l'offre et de la demande, tant il est vrai que le **choix des consommateurs** est influencé par des méthodes de commercialisation qui font évoluer le marché.

L'analyse du choix offert au consommateur est donc primordiale. Pour procéder à cet examen très subjectif, les autorités se réfèrent notamment à l'usage du produit ou service. Elles ont été ainsi amenées à juger que les bananes forment un marché à part, ne pouvant être englobé dans celui des produits frais, en observant que le choix des consommateurs pour ce fruit n'était que peu influencé par la présence d'autres fruits³⁴. L'examen porte aussi sur le prix du produit ou service (il n'est pas nécessaire qu'ils soient identiques) et sa qualité : des produits très différents par le prix ou la qualité ne sont pas substituables.

L'entreprise en position dominante peut également jouer sur l'offre pour discipliner la concurrence. Dès lors qu'elle est en mesure, sans risque pour elle ni coût prohibitif d'augmenter (ou réduire) sa production de manière à pénaliser ses concurrents, elle abuse de sa position sur le marché considéré.

L'influence peut porter sur le « *marché commun* » (rare, mais possible³⁵) ou seulement « *une partie substantielle de celui-ci* ». Dans ce dernier cas, la difficulté est de ce qui constitue une partie substantielle de ce qui n'en est pas une. Pour les autorités, ce qui importe est l'existence d'une zone géographique dont le marché est caractérisé par une homogénéité des conditions

³³ Comm. CE, déc. n° 92/163, aff. IV/31043, 24 juill. 1991, Tetra-Pak II : Journal Officiel des communautés européennes 18 mars 1992.

³⁴ CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76, United Brands Cie : Rec. CJCE 1978, p. 207.

³⁵ Voir par ex. TPICE, 12 déc. 1991, aff. T-30/89, Hilti : Rec. CJCE 1991, II, p. 1439.

de concurrence par comparaison avec un secteur voisin³⁶. L'homogénéité du marché permet de mettre en évidence l'effet de la puissance économique ; la superficie n'est pas un critère déterminant d'une aire géographique susceptible d'être « substantielle » au sens de l'article 102.

Ce qui sera pris en considération, ce peut-être l'importance de la production et/ou de la consommation dans le ou les secteurs considérés, les caractéristiques de l'emplacement (le port de Holyhead, entre la Grande Bretagne et l'Irlande a été considéré comme un marché à lui tout seul³⁷), voire les conditions d'accès au marché (du fait de la réglementation applicable et/ou des habitudes de consommation, y compris en termes de produits) comme l'illustre l'affaire United Brands, ou les cas de situation de monopole de droit ou de fait.

Caractérisation de l'abus

L'article 102 vise quelques exemples de comportements qu'une entreprise en position dominante qui constituent des abus. La liste n'est pas exhaustive, seulement illustrative : imposition des prix ou d'autres conditions non équitables ; limitation de la production, des débouchés ou de l'innovation technologique ; conditions inégales aux partenaires pour des prestations équivalentes ; imposition de prestations supplémentaires sans liens avec l'objet du contrat. La jurisprudence est toutefois mal établie, tantôt se fixant sur les effets produits (éviction de la concurrence, bien-être du consommateur), tantôt déduisant un mauvais effet d'une pratique...

L'imposition des prix peut se faire à l'achat auprès de fournisseurs, ou à la vente pour casser la concurrence. Les autorités de contrôle parlent de « prix prédateurs », dont elles établissent l'existence à partir notamment des coûts variables (i.e. en fonction du volume). Lorsque le prix de ses produits est inférieur à la moyenne des coûts variables, l'entreprise en position dominante commet un abus. Il en est de même si ne remplissant pas strictement cette condition, leur niveau est fixé à niveau permettant l'élimination des concurrents, leur affaiblissement, ou encore la fermeture du marché³⁸.

Au contraire, les prix peuvent être excessivement élevés ou discriminatoires. L'affaire United Brands peut encore être citée avec profit : les bananes expédiées depuis la Hollande étaient plus chères sur le Continent qu'en Irlande, alors que les coûts de transports étaient plus élevés vers cette dernière destination. En outre, les mêmes bananes n'étaient pas vendues le même prix selon qu'elles étaient commercialisées sous marque ou non : selon la CJCE, confirmant la Commission, les prix excessifs sont « *sans rapport avec la valeur économique de la prestation fournie* ».

Dans une autre affaire, la Cour a jugé que le fait pour une société détenant le monopole de la gestion des droits d'auteurs d'imposer à ces derniers une cession obligatoire de l'ensemble de leurs droits était **inéquitable** et traduisait un abus de position dominante³⁹.

³⁶ Voir par ex. Comm. CE, déc. n° IV/34.621, 35.059/F-3, 14 mai 1997, Irish Sugar, préc. : Journal Officiel des communautés européennes 22 septembre 1997.

³⁷ Comm. CE, déc. n° 94/19/CE, aff. IV/34689, 21 déc. 1993, Sea Containers c/ Stena Line : Journal Officiel des communautés européennes 18 janvier 1994, p. 8-19.

³⁸ CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo Chemie c/ Commission : Rec. CJCE 1991, I, p. 3439. - V. JCP E 1992, II, n° 273, note Vogel.

³⁹ CJCE, 21 mars 1974, aff. 127/73, BRT c/ SABAM : Rec. CJCE 1974, p. 313.

La limitation de la production, des débouchés ou de l'innovation technique au détriment des consommateurs peut prendre des formes très diverses : l'exclusivité dont bénéficient des bureaux publics de placement constitue une infraction lorsque ces bureaux ne sont pas capables de répondre à toutes les demandes, ce qui se fait donc au détriment des consommateurs. De même, encourt la sanction l'entreprise qui refuse de vendre ou limite ses ventes d'un produit à des tiers afin d'écouler ses produits dérivés, ou pour le sanctionner de s'être approvisionner ailleurs.

Cela n'interdit pas, conjonctuellement (une baisse de production par exemple), de pratiquer un traitement moins favorable à un client occasionnel (ou récent), par rapport à une clientèle traditionnelle⁴⁰.

L'article 102 c vise quant à lui le fait **d'appliquer des conditions inégales à des prestations équivalentes**, sur la base d'un approvisionnement exclusif ou quasi exclusif, de remises de fidélités ou sur objectifs, etc. : il faut un élément objectif (connu de toutes les parties) qui justifie la discrimination (par exemple un rabais lié à la quantité commandée).

La pratique dite des « *vente liées* » fait également partie des pratiques illicites mentionnées à l'article 102. Elle consiste pour une entreprise en position dominante à subordonner un contrat à l'acceptation de prestations en sus qui n'ont pas de rapport avec l'objet de l'accord. Cela peut prendre la forme d'un produit ne pouvant être exploité sans un autre cédé avec, ou de « rabais multiproduits », d'une clause de non-concurrence étendue au-delà de l'objet du contrat, validité d'une garantie de matériel conditionnée à l'approvisionnement auprès du groupe (Tetra Pak), ...

En application de l'article 102, les autorités ont été amenées à prohiber certaines pratiques ne figurant pas dans la liste, sous le vocable « abus automatique ». C'est ainsi qu'elles ont pu décider qu'était abusif le fait pour une entreprise de ne pas pouvoir satisfaire la demande alors qu'elle dispose de droits exclusifs pour ce faire : les droits des consommateurs sont atteints⁴¹. De même lorsque de par la loi une rémunération est due à une entreprise disposant de droits exclusifs sans qu'elle ne livre aucune prestation.

Autre exemple, « *une entreprise qui possède ou gère et utilise elle-même une installation essentielle, c'est-à-dire une installation ou une infrastructure sans laquelle ses concurrents ne peuvent pas offrir des services à leurs clients, et qui refuse l'accès à cette installation abuse de sa position dominante* »⁴² (théorie des « facilités essentielles »). La décision Holyhead précitée a fait la part belle à l'application de cette théorie, qui trouve à s'appliquer aussi à des valeurs immatérielles (liste d'abonnés, droits d'auteurs...).

La facilité doit être essentielle en ce sens qu'il n'existe pas d'alternative, et que l'accès est refusé ou soumis à des conditions défavorables injustifiées.

⁴⁰ (CJCE, 29 juin 1978, aff. 77/77, BP c/ Commission : Rec. CJCE 1978, p. 1513.

⁴¹ CJCE, 10 févr. 2000, aff. C-147 et C-148/97 : Rec. CJCE 2000, I, p. 825 ; Europe 2001, comm. 228, obs. L. Idot.

⁴² Comm. CE, déc. n° 94/119/CE, 21 déc. 1993, Port de Rodby : Journal Officiel des communautés européennes 26 Février 1994, p. 52.

La « *compression des marges* » (« *ciseau tarifaire* ») s'est illustrée notamment dans l'affaire DT⁴³ : l'écart entre les prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale et les prix de détail des services d'accès aux abonnés était tel que l'égalité des chances entre DT et ses concurrents au moins aussi efficaces sur le marché de détail des services d'accès aux abonnés n'existait pas. En effet, les autorités ont constaté que les prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale payés à DT ne pouvaient être répercutés sur leurs prix de détail pour les services d'accès aux abonnés qu'en offrant ces derniers à perte.

Autre moyen d'abuser de sa position dominante, le recours abusif aux procédures administratives et règlementaires, jugé dans l'affaire AstraZeneca.

L'atteinte au commerce entre les Etats membres

L'atteinte n'a pas besoin d'être effective, il suffit qu'elle soit possible du fait de l'abus de position dominante. En revanche, les autorités européennes ne sont compétentes que pour les atteintes au commerce entre Etats membres qui affectent l'« *intérêt communautaire* » (les autorités et juridictions nationales appliquant dans les autres cas les règles du TFUE), c'est-à-dire qui nuisent à la réalisation du marché unique. Si les agissements en question n'ont pas d'effets en dehors du territoire national, ce sont les juridictions et autorités nationales qui sont compétentes.

Même des entreprises localisées à l'extérieur du marché unique relèvent du droit communautaire si elles abusent de leur position sur ce marché ; de même pour des accords passés à l'étranger.

Deux pratiques sont particulièrement surveillées : le risque de cloisonnement des marchés nationaux et la modification de l'état de la concurrence.

⁴³ CJUE, 14 oct. 2010, Deutsche Telekom AG c/ Commission, aff. C-280/08.

C. Les risques inhérents aux concentrations

Toujours dans la perspective de sauvegarder une concurrence effective au sein du marché unique, le droit communautaire a été amené à fixer (règlement 139/2004) le cadre dans lequel des concentrations peuvent intervenir. En effet, le phénomène de concentration peut certes permettre des gains de productivité, d'innovation, de capacité commerciale, mais ces gains peuvent se faire au détriment de la concurrence.

La notion de concentration recouvre deux types d'opérations : **la fusion et la prise de contrôle**. D'autres opérations sont exclues par le règlement, comme ne remplissant pas les conditions d'une concentration.

1. Les opérations visées par le contrôle des concentrations

La fusion s'opère entre deux ou plusieurs entreprises indépendantes qui forment ainsi une nouvelle entreprise, ou lorsque l'une absorbe l'autre (dans ce cas, pas de nouvelle personne morale). A cette concentration juridique, le règlement ajoute la fusion de fait, lorsque le rapprochement des activités entre deux ou plusieurs entreprises est tel qu'il aboutit à la création d'un unique ensemble économique.

Il y a contrôle lorsqu'une ou plusieurs entreprises sont en mesure d'exercer sur une autre une influence déterminante, quand même il ne serait pas démontré que cette faculté soit mise en œuvre⁴⁴. Cette possibilité d'influence peut résulter de circonstances de droit (accords d'approvisionnement, de sous-traitance...) ou de fait.

Encore faut-il que le contrôle porte sur l'ensemble ou une partie d'une ou plusieurs entreprises ou tout ou partie de ses éléments d'actifs, et qu'il entraîne une modification durable du contrôle et de la structure du marché.

Ce contrôle peut être détenu par une seule entité ou partagé entre plusieurs entreprises. **Le contrôle est exclusif** lorsqu'une entreprise peut à elle-seule influencer de manière déterminante l'autre, soit parce qu'elle dispose de la majorité des droits de vote, soit parce qu'elle dispose de la possibilité de bloquer les décisions stratégiques. Au-delà des droits de vote, il faut vérifier les éventuels droits spéciaux accordés à une entreprise (droit sur la gestion, la politique commerciale...).

Le contrôle de fait existe lorsque, sans disposer de la majorité des voix, une entreprise est assurée de recueillir l'assentiment de l'AG. Pour déterminer l'existence de ce fait, la Commission se fie par exemple au niveau de participation habituel à l'assemblée, ou à l'attitude des autres actionnaires (notamment à la suite de l'acquisition envisagée), en fonction de leur qualité, de leur nombre, des liens éventuels avec le preneur de contrôle, etc.

Sauf exception, une option d'achat ne confère pas à elle seule le contrôle exclusif, sauf à ce qu'elle intervienne rapidement et contienne des termes contraignants.

Lorsque plusieurs entreprises sont en mesure, par leur entente, d'influencer de manière déterminante la stratégie commerciale d'une entreprise, elles disposent **d'un contrôle**

⁴⁴ TPICE, 23 févr. 2006, aff. T-282/02, Cementbouw c/ Commission : Rec. CJCE 2006, II, p. 319.

conjoint. Ce contrôle peut être le fait de sociétés disposant d'une parité des droits de vote dans l'entreprise visée, ou un passé un accord assurant la parité dans les organes de direction.

S'il n'y a pas de parité entre les sociétés mères, le contrôle peut résulter de droits supplémentaires permettant de bloquer des décisions déterminantes (droit de véto ; obligation d'obtenir l'accord d'un comité, quorum spécifique sur certaines décisions...). La Commission examine notamment l'influence (possible ou effective) du contrôle sur la nomination de l'encadrement supérieur, sur l'établissement du budget, les investissements, le plan d'entreprise (qui précise les objectifs de la société), ou toute autre décision déterminante (technologie utilisée, commercialisation de nouveaux produits...).

Le contrôle conjoint peut résulter de l'entente de plusieurs actionnaires minoritaires agissant de concert (via une holding qui dispose des droits de vote par exemple).

A noter que l'on peut passer d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint ou vice-versa, ce qui doit faire l'objet d'une notification car il s'agit d'une modification de la qualité du contrôle.

Est considérée comme une opération de concentration la **création d'une entreprise commune de plein exercice**, c'est-à-dire autonome du point de vue fonctionnel (ressources, personnel, actifs) et prévue être durable (ce qui exclut par exemple l'entreprise commune établie pour construire un ouvrage sans l'exploiter ensuite, ou celle qui dépend de décisions telle qu'attribution de marché ou accès à la propriété).

La modification de l'activité de l'entreprise commune peut relever du régime de la concentration si elle permet d'accéder à d'autres marchés. La modification peut passer par la cession d'actifs importants au profit de l'entreprise commune qui démontrent que ce sont les sociétés mères qui sont à l'initiative de l'extension du domaine d'activité.

Ne relèvent pas du contrôle des concentrations les contrôles acquis par un mandataire de l'autorité publique (procédures collectives) ou par des établissements de crédit, financiers ou d'assurance détenant des droits de vote sans les utiliser pour autre chose qu'en disposer ou céder tout ou partie des actifs des sociétés concernées (délai de un an prorogeable par la Commission). Bénéficient par ailleurs d'un régime particulier les activités de défense.

2. Les seuils d'application du droit communautaire

Des seuils de chiffre d'affaires (CA) sont fixés, qui permettent de déterminer la « *dimension communautaire* » (ou pas) de l'opération, et partant la compétence de la Commission. Dans les cas de fusion, sont concernées les entreprises qui fusionnent. En cas de contrôle exclusif, l'entreprise prédatrice et sa cible ; en cas de contrôle conjoint, les entreprises prenant le contrôle (et l'entreprise préexistante si ce n'est pas une création nouvelle).

Une opération a une dimension communautaire lorsque :

- Le CA total mondial des entreprises concernées est supérieur à 5 Mds d'euros ;
- Le CA total réalisé dans le marché unique par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 250 M d'euros.

Ce sont les « seuils primaires ».

Si ces seuils primaires ne sont pas atteints, une opération peut relever du régime des concentrations contrôlées de dimension communautaire lorsque 4 critères cumulatifs suivants seront réunis (« seuils secondaires ») :

- CA total mondial des entreprises concernées supérieur à 2.5 Mds d'euros ;
- Dans au moins trois Etats membres et dans chacun d'eux, le CA total des entreprises est supérieur à 100 M d'euros ;
- Dans chacun de ces mêmes trois Etats, le CA réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 M d'euros ;
- Le CA total réalisé individuellement dans le Marché unique par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 M d'euros.

Ces seuils (primaires ou secondaires) ne s'appliquent pas si chacune des entreprises réalise plus des deux tiers de son CA total dans le marché unique au sein d'un seul Etat membre.

Pour le calcul du CA, certaines règles sont posées notamment en ce qui concerne la prise en compte ou pas du CA résultant d'échanges entre l'entreprise commune et ses tutrices. Des règles spécifiques de détermination du CA concernent le secteur bancaire, assurances et établissements financiers.

Dès lors que la dimension communautaire est atteinte, le contrôle revient à la Commission, qui a compétence exclusive. Echappent toutefois au contrôle de la Commission les intérêts légitimes ou publics que sont la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles, liste non exhaustive (art. 24 § 4).

Les entreprises parties à la procédure peuvent demander le renvoi de l'affaire devant un Etat membre notamment s'il existe un risque d'atteinte significative à la concurrence sur un marché distinct à l'intérieur d'un Etat membre (art. 4 § 4). Le renvoi peut être total ou partiel.

A l'inverse, une affaire susceptible de relever de la compétence d'au moins trois Etats membres peut être renvoyé à la Commission. Cela permet aux entreprises de bénéficier de la simplicité du « guichet unique » proposé au niveau européen.

Une demande de renvoi peut également émaner d'un Etat membre, pour un renvoi devant ses propres autorités ; un ou plusieurs Etats membres peuvent demander le renvoi d'une affaire devant la Commission (atteinte significative à la concurrence sur le territoire du ou des Etat membres).

3. Un contrôle exercé *a priori*

Il y a obligation de notifier préalablement à leur réalisation les opérations de concentration relevant du droit communautaire. En pratique, une pré-notification informelle est réalisée, qui présente l'avantage de pouvoir négocier.

Les entreprises concernées doivent notifier sous leur responsabilité les opérations visées, sous peine d'amendes pouvant aller jusqu'à 10% du CA total réalisé par ces entreprises (art. 14 § 2). Cette notification peut être réalisée avant même que l'accord définitif ne soit obtenu. Lorsque plusieurs parties sont concernées, la notification peut être faite par un mandataire commun.

Compte-tenu de la légitime protection du secret des affaires, la notification reste confidentielle ; seul un résumé est publié au JOUE (noms, pays, type de concentration, secteurs concernés). Des informations inexacts ou incomplètes peuvent justifier une amende.

La notification fait courir un délai pendant lequel l'opération envisagée est suspendue, le temps qu'elle soit soumise à l'examen de la Commission (des dérogations possibles, le plus souvent avec conditions et charges).

Pour la détermination du marché concerné, on retrouve les principes précédemment énoncés : produits et services concernés, zone géographique, interchangeabilité..., sachant que les informations demandées sont considérables et précises : structure de l'offre et de la demande, barrières à l'entrée, parts de marchés des parties au cours des derniers exercices...

Le critère déterminant sera cependant celui d'entrave significative à la concurrence (art. 2), qui prend à la fois en considération le risque de position dominante (création ou renforcement), mais plus largement la préservation de la concurrence au sein du marché unique dans l'intérêt des consommateurs et de l'innovation.

La création ou le renforcement d'une position dominante ne rend pas nécessairement irrégulière la concentration, dès lors que l'opération permettra d'atteindre les objectifs primordiaux de l'UE.

Pour apprécier l'entrave significative, la Commission se fonde sur plusieurs indicateurs, mais apprécie également les avantages qui peuvent être retirés de l'opération.

a.) Les indicateurs d'entrave significative

Les parts de marché : en matière de concentration horizontale, lorsque ces parts sont inférieures à 25% (dans le marché unique ou une partie substantielle de celui-ci), il existe une présomption de compatibilité. Inversement, dépasser 50% crée une présomption de position dominante.

Le recours à l'indice IHH est précisé dans les lignes directrices relatives aux concentrations horizontales⁴⁵ : (IHH après concentration)

IHH < 1000 : compatibilité très probable

1000 < IHH < 2000 et delta > à 250 : compatibilité probable

IHH > 2000 et delta > 150 : compatibilité probable

Dans les deux derniers cas, certains indices peuvent cependant influencer sur la décision : l'une des parties est un concurrent potentiel ou récent, ou il s'agit d'une entreprise innovante (échappant au critère de parts de marché), ou il existe d'importantes participations croisées entre les entreprises présentes sur le marché, ou des signes de coordination actuelle ou passée.

La Commission prend également en considération la **facilité d'entrée sur le marché** d'un nouveau concurrent, dès lors que cette arrivée est probable et suffisante pour pallier les effets négatifs de l'opération projetée. En outre, la capacité d'achat d'un ou plusieurs clients peut

⁴⁵ 2004/C31/03 : Journal Officiel de l'union européenne 5 février 2004.

conduire les autorités à considérer que la « *puissance d'achat compensatrice* »⁴⁶ équilibre les risques liés à la concentration.

Toujours en matière de concentration horizontale, les autorités examinent les effets unilatéraux (**effets non coordonnés**) de la concentration : la disparition d'une pression concurrentielle peut conduire le ou les fournisseurs du marché à disposer d'un pouvoir de marché accru, qui peuvent se révéler excessifs.

Pour apprécier cela, l'examen porte sur les parts de marché détenues, sur la proximité des concurrents projetant de se concentrer (interchangeabilité), la difficulté pour les clients de se fournir ailleurs, le risque de brider la concurrence (en détenant des droits de PI par exemple) ou de faire disparaître l'un de ses moteurs (disparition d'une entreprise innovante, fusion de deux entreprises innovantes).

Lorsque les entreprises sont en mesure d'adopter une politique commerciale commune, on parle d'effets coordonnés. Or des opérations de concentration peuvent renforcer notablement ce risque, sans que les parties ne formalisent un accord ou recourent à une pratique concertée visé à l'article 101 TFUE. Les parties peuvent en effet coordonner les prix, la production, leurs capacités de développement, la répartition des marchés et des appels d'offre : la Commission va s'assurer que ce risque est limité ou inexistant pour donner son aval.

Pour cela, elle vérifie notamment si les entreprises coordonnées peuvent s'imposer une discipline et la faire respecter (mécanisme de dissuasion), et si elles sont à l'abri des réactions des entreprises ne participant pas à la coordination et de celles des clients. Par exemple, une concentration a pu être autorisée malgré le faible nombre d'acteurs sur le marché, eu égard à la complexité de la structure de prix et des offres : le marché étant difficilement lisible, la discipline n'était pas possible.

En matière de concentration verticale, le contrôle de la Commission est plus souple. A priori, il n'y a pas de difficultés tant que la nouvelle entité disposera de moins de 30% de parts de marché sur chacun des marchés concernés et que l'indice Herfindahl Hirschmann (IHH) sera inférieur à 2000 après l'opération.

Plusieurs facteurs peuvent cependant conduire la Commission à effectuer un contrôle beaucoup plus strict en matière de concentration verticale, au regard d'une opération concernant une entreprise pouvant connaître un fort et rapide développement lié à une innovation par exemple, ou s'il existe des participations croisées ou des mandats croisés en nombre significatif entre les entreprises présentes sur le marché, si l'une des parties ferait échec à une coordination des comportements, ou s'il existe des signes de coordination (actuelle ou passée) sur le marché.

Le risque est le verrouillage du marché, soit parce que l'entrée devient plus difficile, soit parce que la concurrence sera moins efficace. Selon les autorités, le verrouillage peut notamment porter sur les intrants ou sur la clientèle. D'autres effets non-coordonnés sont possibles, comme par exemple l'accès à des informations sensibles concernant l'activité en amont et en aval des concurrents, permettant par exemple de relever ses prix en connaissance

⁴⁶ TPICE, 9 juill. 2007, aff. T-282/06, Sun Chemical Group BV c/ Commission, Rec. 2007, II, p. 2149.

de cause, mais au détriment des clients, ou de les baisser afin d'empêcher la pénétration de la concurrence.

Les mêmes risques existent en cas de concentration conglomérale.

Les risques liés aux concentrations sont à mettre en balance avec les avantages que peut présenter l'opération.

b.) La prise en compte des avantages de l'opération

Les gains d'efficacité espérés sont un premier élément important à mettre en avant par qui veut obtenir l'aval des autorités. Ces gains doivent profiter aux consommateurs (baisse des prix, nouveaux produits ou service) et cela dans un délai rapide ; la réduction des coûts variables ou marginaux correspond davantage à cette perspective que la réduction des coûts fixes.

Les parties à la concentration devront démontrer en outre que ces gains ne pouvaient être atteints par des moyens moins anticoncurrentiels. En effet, les autorités doivent être en mesure de s'assurer que les gains existent, qu'ils profiteront aux consommateurs, et qu'ils ne pouvaient être atteints autrement.

Une opération de concentration portant sur une **entreprise défaillante** est jugée compatible dans la mesure où la disparition de cette entreprise était inéluctable (elle allait donc quitter le marché de toute façon), qu'il n'y a pas d'autre alternative moins anticoncurrentielle, et que les actifs de cette entreprise allaient disparaître du marché.

D. Le cas des aides étatiques

Toujours dans l'idée de préserver une concurrence effective et non faussée, l'Union Européenne encadre le versement d'aides étatiques aux entreprises privées ou publiques. Cela fait l'objet des articles 107 à 109 du TFUE.

1. La notion d'aides étatiques incompatibles

L'aide peut prendre différentes formes : directe (subvention) ou indirecte (exonérations fiscales, taux bonifiés, conditions préférentielles pour les prêts, fourniture de biens ou de services à des conditions préférentielles, couverture des pertes d'exploitation...).

Peu importe le fondement de cette aide (légal ou simple pratique), dès lors qu'elle est accordée par l'Etat (ou les collectivités locales), au moyen de ses ressources publiques, ou par une entreprise dans laquelle l'Etat exerce un pouvoir déterminant. Par ressources publiques, il faut entendre les ressources à la disposition des pouvoirs publics et dont ils ont la maîtrise.

Ce qui est déterminant, ce sont les effets (qui n'ont pas besoin d'être sensibles) de l'intervention étatique, qui diminue artificiellement le coût des investissements ou de production de l'entreprise en diminuant ses charges (supportées in fine par l'Etat). L'entreprise bénéficie ainsi, aux frais de l'Etat, à un **avantage économique** indu.

Les mesures sélectives sont *ipso facto* des aides d'Etat, puisqu'elles ne profitent qu'à certaines entreprises. A l'inverse, ne sont pas en principe des aides d'Etat les mesures générales. Cette présomption peut être renversée s'il est démontré qu'en réalité la mesure va profiter à certains secteurs bien déterminés (exemple d'une baisse de cotisations patronales sur les salariés féminins sans distinction profite en réalité à certains secteurs employant essentiellement des femmes).

Les prises de participation de l'Etat posent davantage de difficultés, ce qui a conduit la CJUE à comparer le comportement de l'Etat à celui d'une entreprise privée. Si, compte tenu des perspectives de résultats de l'entreprise cible, un opérateur privé n'aurait pas pris la participation (ou à d'autres conditions), l'opération constitue une aide étatique.

Selon l'article 107, les aides étatiques sont incompatibles dans la mesure où elles sont de nature à affecter les échanges entre les états membres et faussent ou menacent de fausser la concurrence.

Il s'agit de conditions cumulatives ; toutefois, la tendance est de considérer qu'une atteinte au commerce entre Etats membres est réalisée dès qu'il y a une aide étatique affectant ou susceptible d'affecter la concurrence, qu'il s'agisse d'une aide à l'exportation, d'une aide à la production, voire une aide à la consommation si elle est fonction de l'origine du bien.

Une aide à l'investissement entre sous le régime de l'article 107 si au moins une entreprise européenne y est susceptible de créer une filiale.

Des seuils sont cependant fixés, en deçà desquels le contrôle européen ne s'exerce pas en principe. En effet, il est admis que des aides aux PME ne dépassant pas 200.000 euros sur trois ans ne sont pas susceptibles de constituer une atteinte sensible à la concurrence (aides de minimis).

2. Le régime de dérogations

Certaines dérogations sont accordées de plein droit, les autres sont facultatives.

a.) Les dérogations de plein droit

Trois catégories de dérogations sont prévues :

- les aides sociales au bénéfice des consommateurs dès lors qu'elles ne sont pas conditionnées à l'origine des produits ;
- les aides octroyées à la suite de calamités naturelles ou événements extraordinaires (émeutes, accident nucléaire...), la Commission exerçant un contrôle a priori pour vérifier que l'aide correspond précisément au dommage subi du fait de l'événement justifiant le versement (en comparant notamment avec les pertes antérieures). Il s'agit davantage là de rétablir une situation de concurrence qui aurait été modifiée.
- Les aides accordées à l'économie de certaines régions d'Allemagne affectées par la division du pays. C'est une dérogation peu pratiquée, et en sursis.

En ce domaine, la Commission peut seulement s'assurer que les conditions sont réunies. Si elles le sont, elle ne peut s'opposer à la mesure.

b.) Les dérogations facultatives (art. 107 § 3)

Les aides peuvent être accordées aux régions très défavorisées, eu égard au niveau de vie et au niveau d'emploi local, l'objectif étant le développement économique.

Peuvent être également autorisées les aides permettant la réalisation d'un projet d'intérêt communautaire, réunissant plusieurs Etats membres, ou les aides destinées à venir ponctuellement en aide à un Etat membre.

Certains secteurs d'activité ou régions économiques peuvent bénéficier d'une aide au développement à condition que les échanges ne soient pas gravement atteints (cela concerne notamment les aides culturelle).

Pour ces dérogations facultatives, la Commission a la faculté de les accepter ou de les refuser discrétionnairement.

3. Principes directeurs et règlement d'exemption

La Commission a défini les principes sur lesquels elle s'appuie pour réaliser son contrôle. Ce qui prime, c'est le principe de l'intérêt communautaire, l'UE servant de cadre pour apprécier l'intérêt de l'aide (et non le cadre national ou régional). Par ailleurs, l'UE ne finance pas complètement un projet : l'Etat doit contribuer à l'effort, ce qui vient compenser en quelque sorte l'effet anticoncurrentiel de la dérogation accordée (principe de complémentarité).

L'aide doit être efficace et proportionnée : elle doit atteindre son objectif et permettre de revenir à des conditions normales de marché. C'est pourquoi l'aide doit être limitée dans le temps et son montant.

Pour accorder une dérogation, la Commission doit disposer des informations nécessaires (principe de transparence).

Le 17 juin 2014, la Commission a adopté un nouveau règlement d'exemption générale par catégorie (n°651/2014), visant une série d'aides spécifiques (en faveur des PME, protection de l'environnement, recherches et innovation...).

II. PROCEDURES ET SANCTIONS

Dans le cadre des ententes et de l'APD, le contrôle de la Commission et des autorités nationales se fait ex post et non plus ex ante, ce qui les différencie du régime propre aux concentrations et aux aides étatiques.

A. Mise en œuvre dans le cadre des ententes et abus de position dominante

Ententes

L'article 101 § 2 est très clair : « *Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit* ». A la nullité absolue ainsi édictée, qui doit être soulevée d'office par le juge, peuvent s'ajouter des dommages et intérêts voire des amendes.

En France, seules huit juridictions sont compétentes pour connaître des actions fondées sur le droit de la concurrence : Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris, Rennes.

En ce qui concerne le régime des exemptions de l'article 101§3, sont compétentes les juridictions nationales, les autorités nationales (Autorité de la concurrence en France) et la Commission européenne.

Les juridictions appliquent l'article 101 dès lors que l'entente est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, outre l'application des règles nationales de concurrence.

Les autorités nationales ont la particularité, à la différence des juridictions, de pouvoir imposer des conditions et engagements, ou de retirer le bénéfice de l'exemption.

A l'échelon communautaire, la Commission reste compétente, notamment lorsque des entreprises invoquent comme moyen de défense le bénéfice de l'article 101§3. En outre, la Commission peut être appelée par les juridictions ou les autorités de la concurrence à donner des informations ; elle peut encore être invitée à donner des orientations informelles à une ou des entreprises.

Quant à la charge de la preuve, elle varie selon l'objet probatoire : s'il appartient à celui qui invoque l'entente illicite de la prouver (entreprise ou autorité), il appartient aux entreprises concernées de présenter les éléments de preuve de l'exemption.

Les décisions de la commission peuvent faire l'objet de recours devant le TUE puis la CJUE.

Abus de position dominante

A la différence des ententes, il n'existe aucune exemption en ce qui concerne un abus de position dominante.

La Commission peut se saisir elle-même ou être saisie par une plainte d'une partie ayant un intérêt légitime. Elle peut contraindre le contrevenant à cesser l'infraction, voire ordonner des mesures provisoires (accès à l'information par exemple) si les conditions sont réunies

(urgence, gravité, infraction vraisemblable). Surtout, elle peut prononcer des amendes dont les modalités de calcul sont définies dans des Lignes directrices.

B. Mise en œuvre dans le cadre du contrôle des concentrations

La Commission exerce un contrôle a priori : les projets de concentrations répondant aux critères doivent être notifiées à la Commission, qui va décider ou pas de leur compatibilité avec le droit communautaire.

La Commission dispose de pouvoirs étendus d'investigation, que ce soit pour obtenir des renseignements (par écrit, par auditions) ou pour procéder à des inspections des entreprises (mais pas du domicile privé des dirigeants) au cours desquelles ils ont accès à tous les documents en lien avec l'affaire, avec la faculté de poser des scellés. Inversement, toute personne intéressée a le droit de se faire entendre.

Elaboration de la décision - La décision de la Commission est prise après deux phases successives, la seconde donnant lieu à un examen approfondi.

Phase I

Sauf exception (proposition d'engagement ou demande de renvoi), le délai d'examen est de 25 jours ouvrables à compter du jour suivant la réception de la notification, délai reporté si des renseignements sont manquants.

Si la commission n'a pas pris de décision dans le délai, cela vaut décision tacite de compatibilité. La Commission peut prendre directement une décision de compatibilité, le cas échéant après une procédure simplifiée qui permet de ne pas même réaliser la procédure de contrôle. Une liste d'hypothèses dans lesquelles la procédure simplifiée peut être utilisée a été établie, en fonction du CA, de la valeur des actifs, des parts de marché, de la situation des entreprises...

Dès la phase I, les parties peuvent proposer des engagements susceptibles de rendre acceptable l'opération visée. Si la solution ne présente pas de difficultés particulières, la Commission peut valider les propositions après d'éventuelles demandes de modifications.

Phase II

Lorsque la phase I ne débouche pas sur une décision (de compatibilité ou d'incompatibilité), c'est que la Commission ne dispose pas d'éléments suffisants pour décider. Elle va donc engager une enquête afin de disposer des éléments d'appréciation relatifs à une entrave significative à la concurrence.

Le délai d'examen est en principe de 90 jours ouvrables à partir du jour suivant la décision d'ouvrir la procédure d'examen approfondi, avec 20 jours supplémentaires possibles à la demande des parties ou de la Commission. De manière exceptionnelle, le délai peut être suspendu si la Commission est conduite à réclamer un renseignement ou ordonner une inspection du de la conduite d'une des entreprises concernées.

Comme dans la phase I, le silence à l'issue du délai vaut décision de compatibilité ; mais à la différence de la phase I, cette solution tacite est exceptionnelle.

Il se peut cependant que les entreprises concernées mènent à bien leur projet sans saisir ou sans attendre la décision de la Commission (ou sans respecter les engagements auxquels elles étaient tenus). Outre l'amende encourue, la Commission peut ordonner la dissolution de la concentration, ou ordonner toute mesure permettant de rétablir la situation (sous astreinte au besoin).

En cas de décision obtenue au moyen d'informations inexactes ou frauduleusement, la décision peut être révoquée ; il en va de même si les conditions auxquelles la décision était assortie ne sont pas respectées.

La décision de la Commission doit cependant respecter certaines obligations dans l'élaboration de ses décisions. Le secret des affaires doit être protégé (en faire mention sur les documents concernés, voire les communiquer séparément). L'accès au dossier est réservé aux parties concernées après la communication des griefs.

Quant aux griefs formulés, ils doivent se retrouver dans la décision finale. Si celle-ci est fondée sur d'autres griefs, il s'agit d'une atteinte aux droits de la défense justifiant l'annulation de la décision critiquée⁴⁷.

Plusieurs réunions (dès la phase I) permettent de faire le point régulier sur le dossier.

Contenu – La décision peut être conditionnée au respect d'engagements, étant précisé que c'est à la Commission de rapporter la preuve de l'atteinte significative à la concurrence justifiant les mesures correctives. C'est cependant aux parties de proposer des solutions, qui ne peuvent être décidées unilatéralement par la Commission (dans un délai de 65 jours ouvrables à compter de la date d'ouverture de la procédure).

La Commission privilégie les mesures correctives structurelles (cession d'une activité compétitive et/ou autonome à un acquéreur indépendant et sûr ; abandon de liens avec les concurrents) plutôt que les mesures comportementales (engagement sur les prix, la gamme de produits, les marques disponibles, l'accès à des infrastructures, brevets...).

Les engagements doivent être précis, et doivent être réalisés dans les délais convenus entre les parties et la Commission. Cette dernière contrôle le respect des engagements, souvent en recourant à des mandataires (cabinets d'audit ou banques le plus souvent) proposés par les parties.

Portée – La décision de compatibilité couvre les restrictions dites accessoires, c'est-à-dire celles directement et nécessairement liées à l'opération de concentration. Les plus classiques sont les clauses de non concurrence et de confidentialité (pouvant aller jusqu'à 3 ans), les licences, les obligations d'achat (qui doivent être limitées au temps nécessaire pour acquérir l'autonomie).

⁴⁷ TPICE, 22 oct. 2002, aff. T-310/01 et T-77/02, Schneider Electric SA c/ Commission : Rec. CJCE 2002, II, p. 4071 et 4201.

Sanctions – En cas d’atteinte aux règles de procédure (communication d’information inexacte par exemple), l’amende peut aller jusqu’à 1% du CA total de l’entreprise concernée (qui peut être un tiers à qui des informations sont demandées en vain). En cas d’atteinte aux règles de fond, l’amende peut atteindre 10% du CA total de l’entreprise concernée. Par ailleurs, des astreintes peuvent être décidées.

Recours – Les recours contre les décisions de la Commission sont portés devant le Tribunal de l’Union européenne, qui peut ordonner un sursis à exécution ou des mesures provisoires. Si le recours introduit contre une décision portant sur la concentration est annulé, les parties sont renvoyées en phase I. Une procédure accélérée (simplifiée) existe devant le TUE.

Le TUE et la CJUE ne substituent pas leur analyse à celle de la Commission, mais vérifient seulement le respect des règles de procédure, la motivation, les erreurs de fait, une EMA ou un détournement de pouvoir.

Les tiers peuvent initier des recours contre des décisions de la Commission (autorisation d’une concentration, renvoi devant l’autorité nationale ; accès aux documents).

Les arrêts du TUE peuvent quant à eux faire l’objet d’un pourvoi devant la CJUE (y compris de la part de la Commission).

C. Mise en œuvre dans le cadre des aides étatiques

La Commission exerce un contrôle a priori des **aides nouvelles** (contrôle préventif), qui doivent lui être notifiées par l’Etat pour ce faire. Les aides relevant des règlements d’exemption n’ont pas à être notifiées.

Si la mesure suscite, après un examen préliminaire, des interrogations quant à sa compatibilité avec le marché unique, la Commission doit prendre une décision d’ouverture de la procédure formelle d’examen (ce qui suspend l’exécution de la mesure).

Si une aide n’a pas été déclarée, elle est illégale. La Commission va enquêter pour déterminer s’il s’agit d’une aide étatique. Si l’examen montre qu’il s’agit bien d’une aide étatique illégale incompatible avec le marché unique, l’entreprise devra rembourser les sommes perçues (avec les intérêts), l’Etat devra prendre toutes les mesures pour ce faire.

Les aides existantes font quant à elles l’objet d’un suivi (rapport annuel des Etats membres), qui peut déboucher sur le constat qu’elles ne sont plus appropriées.

ANNEXES

Article 101 (ex-article 81 TCE)

1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Article 102 (ex-article 82 TCE)

Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Article 103 (ex-article 83 TCE)

1. Les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 101 et 102 sont établis par le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen.

2. Les dispositions visées au paragraphe 1 ont pour but notamment:

- a) d'assurer le respect des interdictions visées à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102, par l'institution d'amendes et d'astreintes,
- b) de déterminer les modalités d'application de l'article 101, paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif,
- c) de préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 101 et 102,
- d) de définir le rôle respectif de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'application des dispositions visées dans le présent paragraphe,
- e) de définir les rapports entre les législations nationales, d'une part, et, d'autre part, les dispositions de la présente section ainsi que celles adoptées en application du présent article.

Article 106 (ex-article 86 TCE)

1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le

développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

Article 107 TUE (ex-article 87 TCE)

1. Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

2. Sont compatibles avec le marché intérieur:

- a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,
- b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires,
- c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point.

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur:

- a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale,
- b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,
- c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,
- d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun,
- e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission.

Article 108 (ex-article 88 TCE)

1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur.

2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché intérieur aux termes de l'article 107, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine.

Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne, par dérogation aux articles 258 et 259.

Sur demande d'un État membre, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider qu'une aide, instituée ou à instituer par cet État, doit être considérée comme compatible avec le marché intérieur, en dérogation des dispositions de l'article 107 ou des règlements prévus à l'article 109, si des circonstances exceptionnelles justifient une telle décision. Si, à l'égard de cette aide, la Commission a ouvert la procédure prévue au présent paragraphe, premier alinéa, la demande de l'État intéressé adressée au Conseil aura pour effet de suspendre ladite procédure jusqu'à la prise de position du Conseil.

Toutefois, si le Conseil n'a pas pris position dans un délai de trois mois à compter de la demande, la Commission statue.

3. La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.

4. La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'aides d'État que le Conseil a déterminées, conformément à l'article 109, comme pouvant être dispensées de la procédure prévue au paragraphe 3 du présent article.

Article 109 (ex-article 89 TCE)

Le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 107 et 108 et fixer notamment les conditions d'application de l'article 108, paragraphe 3, et les catégories d'aides qui sont dispensées de cette procédure.