

sui generis

ORDONNÉS RÔLE RATIONS EUROPÉEN

Effets non coordonnés dans
le contrôle des concentrations
horizontales européen:
fardeau de la preuve,
gains d'efficacité et engagements

Luca Ruggiero

Notes sur la version numérique de ce livre :

- La version numérique (Open Access) est disponible sur le site de la maison d'édition (www.suigeneris-verlag.ch), sur Google Books et directement via le Digital Object Identifier (DOI). Le DOI de ce livre est indiqué dans les mentions légales.
- Tous les articles juridiques ainsi que tous les arrêts de tribunaux et les décisions de l'autorité librement accessibles sont liés dans la version numérique.
- Les auteurs utilisent souvent des liens vers d'autres sources dans leurs manuscrits. Ceux-ci ne sont pas imprimés dans les livres mais sont inclus sous forme d'hyperliens dans la version digitale.
- Les liens permanents sont utilisés pour créer des liens. Il s'agit de liens vers une version archivée des pages web au moment de l'établissement du lien. Les liens sont persistants, c'est-à-dire qu'ils fonctionnent toujours même si la page d'origine n'est plus accessible et leur contenu ne change pas si la page d'origine change.

Luca Ruggiero

Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européen : fardeau de la preuve, gains d'efficacité et engagements

*« C'est la concurrence qui met un prix juste aux marchandises et
qui établit les vrais rapports entre elles¹. »*

Montesquieu

1 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Barillot & Fils, Genève, 1748.

À Marc et Nonno

Remerciements

Le présent écrit est l'aboutissement d'un travail de Doctorat mené auprès de la Faculté de droit de l'Université de Zurich et consacré par le Décanat de la Faculté en date du 8 mars 2023.

Au fil de cette étude enthousiasmante, j'ai eu l'occasion et la chance de pouvoir repousser mes limites et d'apporter ma modeste pierre à ce grand édifice qu'est le droit de la concurrence. Dans le cadre d'un sujet qui m'est cher, j'ai eu l'opportunité inestimable d'exposer le résultat de mes recherches ; cette contribution en constitue aujourd'hui l'accomplissement.

Je tiens dans ce cadre à exprimer ma plus grande gratitude à mon Directeur de Thèse, le Professeur Andreas Heinemann, sans qui rien n'aurait été envisageable. Sa disponibilité de tous les instants et son immense expérience m'ont guidé tout au long de ma rédaction. Ce projet n'aurait jamais été réalisable sans celui qui a su me guider tout au long de sa conception. Son sens critique tout comme ses connaissances expertes du domaine resteront pour moi la personification de ses qualités humaines et intellectuelles. Je le remercie infiniment du temps qu'il a su me consacrer et de la confiance qu'il m'a accordée tout au long de ma recherche.

Mes remerciements vont également au Professeur Damiano Canapa, second expert désigné de cet écrit, pour le temps qu'il a consacré à la relecture, à l'évaluation et ainsi au perfectionnement de mon travail. Je salue son analyse avisée et lui suis reconnaissant pour la confiance communiquée.

Mes pensées vont ensuite à ma famille, soutien quotidien, du premier au dernier jour de l'élaboration de cet écrit, et bien en amont déjà. Je tiens ainsi tout d'abord à remercier mes parents pour les valeurs qu'ils m'ont inculquées, mais aussi pour m'avoir transmis la passion et le goût des études, pour m'avoir permis d'en entreprendre mais surtout pour m'avoir perpétuellement soutenu et appuyé dans le cadre de celles-ci. Maman, ta passion de la langue me permet aujourd'hui fièrement de voir mon nom publié. Papa, ton amour du Droit a été et sera toujours la source de ma vocation.

Je tiens ensuite à exprimer toute ma gratitude à mon frère Alexandre, celui qui peut-être plus que quiconque aura su goûter aux différentes émotions ressenties au fil de ce voyage. Sans lui, les doutes auraient pu prendre le dessus sur les convictions et sans ses conseils de juriste avisé, mon étude n'aurait sans doute jamais été aussi aboutie. Alex, ton soutien de tous les instants m'a permis de traverser les moments les plus difficiles de ce projet et d'en sortir grandi.

Un grand merci enfin au reste de ma famille, qui a toujours cru en moi. A mes grand mères, pour les valeurs qu'elles m'ont transmises et leur affection

à toute épreuve. A ma tante Katia et ma cousine Charlotte, pour les moments de joie et la confiance absolue. Vous êtes le pilier qui m'a permis d'affronter ce travail avec les armes et la volonté appropriées, votre présence quotidienne m'a été essentielle.

Mes remerciements vont enfin à mes amis, ceux dont le soutien quotidien, de différentes natures, a été fondamental à ce voyage. À ma seconde famille tout d'abord : à Marc, Ivan, Adrien, Lionel et Bastien, comme à Loïc, Tom et Alessio. Vous m'avez tous permis de surmonter les incertitudes et m'avez donné la force nécessaire à me surpasser. Merci ensuite à Luna, pour l'affection de chaque instant, pour la patience et pour les rires. Ton appui m'a été primordial dans les diverses étapes de ce travail et m'a fait me transcender. Merci également à tous mes camarades des bancs de l'Université, tout particulièrement à Héléna et Alessandro, pour les années traversées et la passion commune qui nous a liés.

Merci encore à tous les autres, à ceux qui m'ont entouré, de près comme de loin durant cette épopée, vous avez été, je le sais, les vecteurs qui m'ont permis d'y arriver.

Merci enfin et surtout à ceux qui trop tôt nous ont quitté et avec qui j'aurais aimé partager ces quelques lignes. Merci à mon grand-père Duilio pour ses valeurs et son humilité. Merci à Marc pour sa droiture et sa fidélité, pour les rires et les moments de joie à tout jamais gravés. Mon œuvre vous est dédiée.

Lausanne/Zurich, octobre 2023

Luca Ruggiero

Sommaire

Remerciements	VII
Sommaire	IX
Table des matières	XI
Table des abréviations	XIX
Bibliographie	XXIII
Table des figures	XLVII

1. Introduction	1
------------------------------	----------

2. Les principes généraux du contrôle des concentrations en droit de l'Union Européenne	7
2.1. Généralités	7
2.2. Le Règlement 139/2004	10
2.3. Notions économiques fondamentales	19
2.4. Lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales	23
2.5. Fardeau de la preuve et contrôle judiciaire	34

3. Les effets non coordonnés	37
3.1. Le Test SIEC	38
3.2. Les effets coordonnés	51
3.3. Les effets non coordonnés	63

4. Correctifs à une opération incompatible avec le marché commun	117
4.1. Engagements ou mesures correctives	117
4.2. L'entrée sur le marché	133
4.3. Les gains d'efficacité	137

5. Futur des effets non coordonnés dans les concentrations horizontales	155
5.1. Analyse critique des enseignements de CK Telecoms – Moment Airtours	155
5.2. De Lege Ferenda	168

6. Conclusion	325
----------------------------	------------

Table des matières

Remerciements	VII
Sommaire	IX
Table des matières	XI
Table des abréviations	XIX
Bibliographie	XXIII
Table des figures	XLVII

1. Introduction	1
------------------------------	----------

2. Les principes généraux du contrôle des concentrations en droit de l'Union Européenne	7
2.1. Généralités	7
2.2. Le Règlement 139/2004	10
2.2.1. Notions clés et aspects téléologiques	10
2.2.2. L'article 2 du Règlement ; appréciation des opérations par la Commission	13
2.2.2.1. Par. 1 : les critères d'appréciation	13
2.2.2.2. Par. 2 et 3 : Compatibilité avec le marché commun ...	14
2.2.3. Evolution législative – R4064/89	17
2.3. Notions économiques fondamentales	19
2.4. Lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales	23
2.4.1. Considérations générales	24
2.4.2. Parts de marché et degrés de concentration	25
2.4.3. Effets anticoncurrentiels découlant de concentrations horizontales	27
2.4.3.1. Les effets non coordonnés et coordonnés	27
2.4.3.2. Concentration d'avec un concurrent potentiel et concentration créant ou renforçant la puissance d'achat sur les marchés en amont	28
2.4.4. Brève introduction aux éléments réparateurs	30
2.4.4.1. L'entrée sur le marché	30
2.4.4.2. Les gains d'efficacité	31
2.4.5. Conclusion	33
2.5. Fardeau de la preuve et contrôle judiciaire	34

3. Les effets non coordonnés	37
3.1. Le Test SIEC	38
3.1.1. Entrave significative à une concurrence effective	
v. Création ou renforcement de position dominante	38
3.1.2. Pronostic de la Commission	40
3.1.2.1. Impact de la concentration	41
3.1.2.2. Fardeau de la preuve et étendue du contrôle	42
3.1.2.3. Outils d'évaluation	44
a. Ratios de diversion, marge de profit brute et élasticité croisée du prix des produits	45
b. Tests UPP et autres	46
3.1.2.4. Proportionnalité	48
3.1.2.5. Conclusion	49
3.1.3. Conclusion comparative	50
3.2. Les effets coordonnés	51
3.2.1. Principe	51
3.2.2. Dans les concentrations horizontales	53
3.2.2.1. Conditions cumulatives	53
a. Compréhension mutuelle des modalités de la coordination	54
b. Surveillance des comportements déviants	55
c. Mécanismes de dissuasion crédible	56
d. Réaction des entreprises étrangères à la concentration	56
e. Conclusion	57
3.2.2.2. Développements historiques pour les concentrations horizontales	57
a. La situation avant Airtours	58
i. <i>Position dominante collective et contrôle des concentrations : L'arrêt Kali und Salz</i>	58
ii. <i>L'arrêt Gencor Ltd c. Commission</i>	59
b. L'arrêt Airtours	60
c. Conséquences et impact sur le droit des effets coordonnés – « Moment » Airtours?	62
3.3. Les effets non coordonnés	63
3.3.1. Relativement aux concentrations horizontales	64
3.3.1.1. Importantes parts de marché	64
a. Parts de marché	65
b. Présomptions	67
c. Développement des parts de marché	70

d. Comparaison des parts de marché relatives	72
e. Augmentation des parts de marché	74
f. Surcapacité et expansion potentielle	75
3.3.1.2. Concurrents particulièrement proches	76
a. Proximité géographique	77
b. Comparabilité des produits relativement à leurs caractéristiques	78
c. Les préférences des consommateurs	79
d. La pression concurrentielle exercée par les marchés voisins	80
e. Analyse quantitative	81
3.3.1.3. La suppression d'un important moteur de la concurrence	82
a. Généralités	82
b. En comparaison avec la Maverick Firm	86
3.3.1.4. Capacité de l'entreprise concentrée à freiner l'expansion des concurrents	88
a. Intégration verticale	88
b. Contrôle de droits de propriété intellectuelle et autres droits de propriété	90
c. Particularités de la structure du marché	91
d. Puissance financière des entreprises fusionnées	92
e. Autres facteurs	93
3.3.1.5. Peu de possibilités de changer de fournisseur	95
3.3.1.6. Peu de probabilité d'expansion de la production par les concurrents en cas d'augmentation du prix ...	98
3.3.1.7. Autres participants et autres marchés	100
a. Fusion avec un concurrent potentiel	101
<i>i. Principe</i>	101
<i>ii. Probabilité d'entrée – Pressions concurrentielles du concurrent potentiel</i>	101
<i>iii. Absence d'autres concurrents potentiels</i>	105
<i>iv. Opportunité temporelle et étendue de l'entrée</i>	106
<i>v. Conclusion</i>	106
b. Concentrations créant ou renforçant une puissance d'achat sur les marchés en amont	107
3.3.1.8. Conclusion	109
3.3.2. L'arrêt CK TELECOMS UK INVESTMENTS c. COMMISSION	110
3.3.3. Conclusion	113

4. Correctifs à une opération incompatible avec le marché commun	117
4.1. Engagements ou mesures correctives	117
4.1.1. Principe et fardeau de la preuve	119
4.1.2. Diverses formes d'engagements	123
4.1.2.1. Engagements structurels et comportementaux	124
4.1.2.2. Cession d'une activité à un acquéreur approprié	126
4.1.2.3. Élimination de liens avec les concurrents	128
4.1.2.4. Autres mesures correctives	129
4.1.3. Rôle fondamental et risques pratiques en cas d'évincement	131
4.1.4. Conclusion	132
4.2. L'entrée sur le marché	133
4.2.1. Critères à l'appréciation de l'entrée	134
4.2.2. Les barrières à l'entrée sur le marché	136
4.3. Les gains d'efficacité	137
4.3.1. Généralités et raison d'être économique	138
4.3.2. Types de gains d'efficacité	140
4.3.2.1. Les réductions de coûts	141
4.3.2.2. Les gains d'efficacité qualitatifs	144
4.3.2.3. Autre distinction – Economie de coûts fixes ou variables	145
4.3.3. Les conditions de reconnaissance	146
4.3.3.1. À l'avantage du consommateur	147
4.3.3.2. Spécifiques à l'opération	148
4.3.3.3. Vérifiabilité	149
4.3.3.4. Temporalité, importance et fardeau de la preuve	150
4.3.4. Evolution de la pratique décisionnelle de la Commission	151
4.3.5. Conclusion	153
<hr/>	
5. Futur des effets non coordonnés dans les concentrations horizontales	155
5.1. Analyse critique des enseignements de CK Telecoms – Moment Airtours	155
5.1.1. Conséquences de l'arrêt CK Telecoms sur la notion d'effets non-coordonnés	156
5.1.1.1. Fardeau de la preuve	156

5.1.1.2. Limitation de la notion d'important moteur de la concurrence	157
5.1.1.3. Limitation de la notion de concurrents particulièrement proches	158
5.1.1.4. L'évaluation des effets quantitatifs et gains d'efficacité intrinsèques	160
5.1.2. Avis critique : les incohérences de l'arrêt CK Telecoms et ses conséquences	161
5.1.2.1. Un fardeau de la preuve disproportionné et des engagements affaiblis	162
5.1.2.2. Des appréciations économiques infondées	163
5.1.2.3. La résurgence des effets coordonnés dans l'analyse de la Commission	166
5.1.3. La nécessité d'une décision de principe de la CJUE	167
5.2. De Lege Ferenda	168
5.2.1. Introduction	168
5.2.2. Fardeau de la preuve	171
5.2.2.1. Introduction	171
5.2.2.2. Marge d'appréciation ou critères précis	173
5.2.2.3. Parallèle avec les solutions en matière d'effets coordonnés	176
5.2.2.4. Conditions du pronostic à futur	178
a. Sur le marché en général	180
<i>i. Important moteur de la concurrence</i>	<i>180</i>
<i>ii. Concentration avec un concurrent potentiel</i>	<i>185</i>
<i>iii. Peu de possibilités de changer de fournisseur ...</i>	<i>190</i>
<i>iv. Peu de probabilité d'expansion de la production par les concurrents en cas d'augmentation du prix</i>	<i>193</i>
<i>v. Concentrations créant ou renforçant une puissance d'achat sur le marché en amont</i>	<i>200</i>
b. Relativement aux relations de concurrence entre les parties au marché	204
<i>i. Concurrents particulièrement proches</i>	<i>205</i>
<i>ii. Capacité de l'entreprise concentrée à freiner l'expansion de concurrents</i>	<i>212</i>
5.2.2.5. Proportionnalité et liberté économique	216
5.2.2.6. D'une nouvelle clause générale et résiduelle	223
a. Généralités	223

b. Les éléments constitutifs des effets non coordonnés	225
c. Concentration de marché et perte de concurrence globale	233
d. Tentative d'élaboration d'une clause générale résiduelle	234
5.2.2.7. Emploi des outils économiques	237
5.2.2.8. Conclusion	239
5.2.3. Gains d'efficacité	240
5.2.3.1. Introduction	240
5.2.3.2. De la prise en compte effective des gains d'efficacité	242
a. Les éléments propres à contrer les effets non coordonnés	242
b. Les économies de coûts fixes et de coûts variables	244
c. Les gains d'efficacité liés à la réduction des coûts	245
d. Les gains d'efficacité liés à la réunion d'actifs permettant l'amélioration de la qualité	248
e. Les éléments types devant être rejetés	249
f. Conclusion	251
5.2.3.3. Evaluation in concreto des gains d'efficacité	252
a. Introduction	252
b. Impact relativement aux effets non coordonnés	253
<i>i. Importantes parts de marché</i>	<i>254</i>
<i>ii. Concurrents particulièrement proches</i>	<i>255</i>
<i>iii. Suppression d'un important moteur de la concurrence</i>	<i>256</i>
<i>iv. Capacité de l'entreprise concentrée à freiner l'expansion de concurrents.....</i>	<i>258</i>
<i>v. Peu de possibilités de changer de fournisseur ...</i>	<i>260</i>
<i>vi. Peu de probabilité d'expansion de la production par les concurrents en cas d'augmentation du prix</i>	<i>262</i>
<i>vii. Autres participants au marché</i>	<i>263</i>
<i>viii. Approche différenciée selon le type d'effets? ...</i>	<i>266</i>
<i>ix. Conclusion</i>	<i>267</i>

c. Pondération des effets concurrentiels admis	269
i. <i>Incapacité à contrebalancer les effets non coordonnés, seuls</i>	270
ii. <i>Possibilité de servir de facteur atténuant et réduisant les engagements</i>	271
iii. <i>Conclusion</i>	272
d. Tentative d'établissement d'une clause générale	273
5.2.3.4. Opportunité et refonte des conditions de prise en compte	274
5.2.3.5. Fardeau de la preuve	278
a. Allègement du fardeau de la preuve et prise en compte d'office	279
b. Détermination du fardeau effectif	280
c. Conclusion	283
5.2.3.6. Conclusion	285
5.2.4. Engagements	288
5.2.4.1. Introduction	288
5.2.4.2. Un fardeau de la preuve cohérent	290
5.2.4.3. Engagements et effets non coordonnés	295
a. Engagements structurels et comportementaux	296
b. Les engagements structurels en particulier	300
c. Les effets non coordonnés in concreto	302
5.2.4.4. Nouveau critère d'appréciation	305
a. Nouvelle appréciation combinée aux gains d'efficacité	306
b. Influence réciproque sur et d'avec les gains d'efficacité	309
i. <i>Economies de coûts</i>	310
ii. <i>Gains d'efficacité qualitatifs</i>	312
c. Conclusion	313
5.2.4.5. Conséquences de l'affaiblissement et futur relativement aux effets non coordonnés	314
5.2.4.6. Conclusion	318
5.2.5. Conclusion de lege feranda	320
<hr/>	
6. Conclusion	325

Table des abréviations

<i>Abréviation</i>	<i>Signification</i>
AFEC	Association Française d'Étude de la Concurrence
AG	<i>Aktiengesellschaft</i> (Société Anonyme)
al.	alinéa
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal Fédéral
c.	considérant
<i>c.</i>	<i>contre</i>
CE	Communauté Européenne
CEE	Communauté Economique Européenne
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
Ch.	Chapitre
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
COMCO	Commission de la Concurrence (Suisse)
Commission	Commission Européenne
Conseil	Conseil de l'Union Européenne
Cst.	Constitution
DAF	Direction des Affaires Financières et des Entreprises
DOJ	<i>Department of Justice</i> (Département de la Justice)
ECO	Éléments Constitutifs Objectifs
éd.	édition
ég.	également
EPRS	<i>European Parliament Research Service</i> (Service de recherche du Parlement européen)
EuG	<i>Gericht der europäischen Union</i> (Tribunal de l'Union Européenne)
EuGH	<i>Europäischer Gerichtshof</i> (Cour de Justice de l'Union Européenne)
FKVO	<i>Fusionskontrollverordnung</i> (Règlement sur le contrôle des concentrations d'entreprises)
FR	France
FTC	<i>Federal Trade Commission</i> (Commission Fédérale du Commerce)
GUPPI	<i>Gross Upward Pricing Pressure Index</i> (Indice brut de pression à la hausse des prix)
IDEI	Institut D'Economie Industrielle

IHH	Indice d'Herfindahl-Hirschman
let.	lettre
lit.	<i>littera</i> (lettre)
n°	numéro
n.	numéro marginal
not.	notamment
Nr.	<i>Nummer</i> (numéro)
OCDE	Organisation de Coordination et de Développement Economiques
OECD	<i>Organisation for Economic Cooperation and Development</i> (Organisation de Coordination et de Développement Economiques)
p.	page
Par ou par.	paragraphe
par ex.	par exemple
PI	Propriété Intellectuelle
R139/2004	Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises
R4064/89	Règlement (CEE) n°4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises
Rec. ou rec.	recours
Rn.	<i>Randnummer</i> (numéro marginal)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
S.A.	Société Anonyme
SIEC	<i>Significant Impediment to Effective Competition</i> (Entrave significative à une concurrence effective)
SLC	<i>Significant Lessening of Competition</i> (Diminution significative de la concurrence)
ss.	et suivant(e)s
SSNIP	<i>Small but Significant Non Transitory Increase in Price</i> (Augmentation faible, significative et non transitoire des prix)
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, [2016] OJ C202/1
Tribunal	Tribunal de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne, [2012] C 326/01
UE	Union Européenne
UK	<i>United Kingdom</i> (Royaume-Uni)
UPP	<i>Upward Pressing Pressure</i> (Pression à la hausse des prix)
U.S.	<i>United States</i> (États-Unis)

USA	<i>United States of America</i> (États-Unis d'Amérique)
v.	<i>versus</i> (contre)
vol.	volume
WuW	<i>Wirtschaft und Wettbewerb</i> (Economie et concurrence)

Bibliographie

I. Ouvrages de doctrine

- ARAUJO GILVANDRO, *Le contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil – Une analyse à la lumière des droits de l’Union Européenne et de la France*, Thèse de Doctorat en Droit présentée à l’Université Panthéon Assas, Paris, novembre 2019.
- ASHENFELTER ORLEY C. / HOSKEN DANIEL / WEINBERG MATTHEW C., *Did Robert Bork Understate The Competitive Impact Of Mergers? Evidence From Consummated Mergers*, Cambridge 2014.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FR), *Les engagements comportementaux*, Direction de l’information légale et administrative, Paris 2019.
- AZEVEDO JOÃO PEARCE / WALKER MIKE, *Dominance: Meaning and Measurement*, *European Competition Law Review* 2002.
- BACCICHETTI EDITH / REY CLAIRE / CUSCUSA ENZO, *Contrôle des opérations de concentration : comment concilier la procédure avec le calendrier de l’opération ?*, *Revue Lamy de la Concurrence*, n°127, RLC 4428, mai 2023.
- BAIN JOE S., *Barriers to New Competition – Their Characters and Consequences in Manufacturing Industries*, Augustus M. Kelley. Reprinted 1993, 1956.
- BALDWIN WILLIAM L., *The Feedback Effect of Business Conduct on Industry Structure*, *Journal of Law and Economics* 12(1), 1969.
- BARDONG ANDREAS / KÄSEBERG THORSTEN, in Langen / Bunte, *Kartellrecht, Kommentar*, 13^e édition, 2018, Band 2, ad art. 2 FKVO.
- BELLIS JEAN-FRANÇOIS, *Droit européen de la concurrence*, 2^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2017.
- BENGTSSON CLAES / CARPI-BADIA JOSEP-MARIA / KADAR MASSIMILIANO, *Mergers*, in Faull/Nikpay: *The EU Law of Competition*, 3^{ème} édition, Oxford 2014.
- BERQUIER BENOÎT
- *Réforme du contrôle des concentrations en Europe et demandes de renvoi : vers une sectorisation ?*, *De Boeck Supérieur*, 2020/2 n°170.
 - *Essais sur l’efficacité de la décentralisation du contrôle des concentrations en Europe*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2022 (*cit. II*).

- BISHOP SIMON / WALKER MIKE, *The Economics of EC Competition Law, Concepts, Application and Measurement*, 3^{ème} édition, Londres 2010.
- BONNET ADRIENNE, *Les groupes et le contrôle européen des concentrations d'entreprises*, Thèse, Université de Pau et des pays de l'Adouire, 2020.
- BORK ROBERT H.,
- *Legislative Intent and the Policy of the Sermann Act*, The Journal of Law and Economics, Volume 9, 1966 (*cit II*).
 - *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, Bork Publishing, USA 2021.
- BOTTERON VALENTIN, *Le contrôle des concentrations d'entreprises, Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain*, Thèse, sui generis, Zurich 2021.
- BOUGETTE PATRICE
- *Analyse et limites de l'évaluation rétrospective d'une concentration*, Revue internationale de droit économique, 2009(2).
 - *Négociation d'engagements en matière de concentrations : Une perspective d'économiste*, Revue Internationale de droit économique, 2011 (4) (*cit. II*).
- BOUGETTE PATRICE / VENAYRE FLORENT, *Contrôle a priori et a posteriori des concentrations : Comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ?*, Revue d'économie industrielle, De Boeck Université, 2008.
- BOYCE JOHN / LYLE-SMYTHE ANNA, *Merger Control*, in Bailey / Bellamy / Child / John, *European Union Law of Competition*, 8^{ème} édition, Oxford 2018.
- BRODLEY JOSEPH F.
- *Economic Goals of Antitrust : Efficiency, Consumer Welfare and Technological progress*, New York university Law Review 62, 1987.
 - *Maverick Firms and Merger Policy*, Aston University, September 2015.
- BROMFIELD JOSPEH / OLCZAK MATTHEW, *The Role of the Maverick Firm Concept in European Commission Merger Decisions*, 22.05.2018.
- BROOS SÉBASTIEN / GAUTIER AXEL / RAMOS JORGE M. / PETIT NICOLAS, *Analyse statistique des affaires d'entente dans l'UE (2004-2014)*, Revue Economique, Vol. 67, Hors série, février 2016.
- BRUNET FRANÇOIS / GEFFRIAUD PASCALE, *La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale ?*, Victoires éditions, 2004/1 n°30.

- BUCCIROSSI PAOLO / CIARI LORENZO / DUSO TOMASO / SPAGNOLO GIANCARLO / VITALE CRISTIANA, *Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment*, The MIT Press, Cambridge, The Review of Economics and Statistics, 2013-10-01, Vol.95 (4).
- CALIESS CHRISTIAN / RUFFERT MATTHIAS, *EUV/AEUV*, 5^e édition, C. H. Beck, Munich 2016.
- CAMESACA PETER D., *The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it make the difference?*, ECLRev. 1999.
- CANAPA DAMIANO M.
- *Trademarks and Brands in Merger Control – An analysis of the European and Swiss Legal Orders*, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der UZH, Zurich, 2015.
 - *L'appréciation des engagements des entreprises participantes à une concentration d'entreprises : l'exemple de Sunrise / Liberty Global et de CFF/Hupac / Rethmann/GBN*, Growth Publisher Law, Berne, 2022 (*cit. II*).
- CARLTON DENNIS W. / PERLOFF JEFFREY M., *Modern Industrial Organization*, 4^e édition, Boston 2005.
- CARTAPANIS MARIE, *Engagements (pratiques anticoncurrentielles)*, Conurrences, Art. n°12301.
- CASPARY TOBIAS / GÖRLITZ LARS, *EU Merger Control and Mobiler Telecoms – Consolidation at the Cost of Competition or Regulation Hampering the Creation of European Champions*, European Competition Law Review, 2015 (36).
- CHURCH JEFFREY, *The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition*, University of Calgary, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2006.
- CLARKE ROGER / DAVIES STEPHEN / DRIFFIELD NIGEL L., *Monopoly Policy in the UK. Assessing the Evidence*, Edward Elgar, 1998.
- CLERC EVELYNE / KËLLEZI PRANVERA, in Martenet/Bovet/Tercier : *Commentaire romand droit de la concurrence*, 2^{eme} édition, Bâle 2013.
- COATE MALCOLM B., *An Overview of Transparency at the Federal Trade Commission: Generalities and Innovation in Merger Analysis – Updated Some More*, Washington, 2009.

COMBE EMMANUEL

- *La politique de la concurrence*, 3^{ème} édition, La Découverte, Paris, 2016.
- *Défense commerciale renforcée et concurrence mieux régulée : deux armes pour l'Europe*, Constructif, n°58, mars 2021 (*cit. II*).
- *La Politique de la Concurrence reste un atout pour l'Europe*, L'ENA hors les murs, 2022, n°511 (*cit. III*).
- *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, Paris, 2005 (*cit. IV*).

COMMISSION EUROPÉENNE

- *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne*, Direction générale de la concurrence, Bruxelles, Juillet 2002.
- *Merger Remedies Study*, DG COMP, European Commission, 2005.
- *Pressemitteilung IP/17/772*, Bruxelles, 27 mars 2017.
- *Statistics on Merger Cases*, from 21 September 1990 to 31 May 2022.
- *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE*, Livre Blanc, Bruxelles 2014.

COOK JOHN / KERSE CHRISTOPHER, *E.C. Merger Control*, 3^{ème} édition, Sweet & Maxwell, , 2000.

COSKUN ALEXIS, *Le contrôle des concentrations de l'UE*, Note d'actualité droit de la concurrence de l'UE 3/2017, Blogdroiteuropéen, Mars 2017.

COSNITA ANDREEA, *Essays on Horizontal Market Concentration: Accounting for Firms' Strategies and Designing Merger Control*, Thèse, Université Panthéon – Paris I – Sorbonne, 2006.

CRAIG PAUL / DE BÚRCA GRAINNE, *Eu Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 3^{ème} édition, 2003.

CRANDALL ROBERT W., *The failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases*, Oregon Law Review 80, 2001.

CUNNINGHAM COLLEEN / EDERER FLORIAN / MA SONG, *Killer Acquisitions*, London Business School, Journal of Political Economy, 129 (3).

DABBAH MAHER, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press 2010, Ch. 5: US Competition Law Regime.

DARGAUD EMILIE, *Mise en œuvre de la politique de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations horizontales*, Thèse de Doctorat, Université Lumière – Lyon II, 7 décembre 2007.

- DASKIN ALAN J. / WU LAWRENCE, *Observations on the Multiple Dimensions of Market Power*, Antitrust 19(3), 2005.
- DECOCQ ANDRÉ / DECOCQ GOERGES, *Droit de la concurrence – Droit interne et droit de l'Union Européenne*, 8^{ème} édition, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- DE LA LAURENCIE JEAN-PATRICE, *Un an d'actualité du droit de la concurrence, Un an d'actualité du contrôle des concentrations aspects communautaires, Colloque organisé par l'AFEC et la Cour de Cassation*, vendredi 5 décembre 2003.
- DELAVENTE THIBAUT, *Le droit des concentrations*, NADCUE 6/2018, blogdroit-européen, janvier 2018.
- DETHMERS FRANCES, *EU Merger Control; Out of Control?*, European Competition Law Review, 2016 (37).
- DE VRIES SYBE / BERNITZ ULF / WEATHERILL STEPHEN
- *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Hart Publishing, Oxford 2015.
 - *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing, London 2013 (*cit II*).
- DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES – COMITÉ DE LA CONCURRENCE, *Table ronde sur le rôle des allégations de gains d'efficacité dans les procédures d'application du droit de la concurrence*, DAF/COMP(2012)16, du 20 décembre 2012.
- DRAUZ GÖTZ / JONES CHRISTOPHER / DE SOUZA NADIA / BROCKHOFF NADIA, *EU Competition Law, Mergers and Acquisitions*, 2^e édition, Claeys & Casteels, 2012.
- DREXL JOSEF, *IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases*, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC) 35(7), 2004.
- DUBEY BERNARD, *La répartition des compétences au sein de l'Union Européenne à la lumière du fédéralisme suisse. Systèmes, enjeux et conséquences*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, L.G.D.J., Bâle/Bruxelles/Paris, 2002.
- DYEVRE ARTHUR, *La prise en considération de critères « extraconcurrentiels » dans le droit communautaire de la concurrence*, Revue Internationale de droit économique, 2007 (4).

- EHLERMANN CLAUS-DIETER / VÖLCKER SVEN B. / GUTERMUTH AXEL, *Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation*, World Competition 2005.
- EKLOU AGBÉDOUFIA K., *Analyse économétrique des critères de choix en matière de mesures correctrices par les autorités en charge du contrôle communautaire des concentrations*, Thèse, Université Paris 13 Sorbonne, Paris, janvier 2020.
- EPSTEIN ROY J./RUBINFELD DANIEL L., *Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products*, COMP/B1/2003/07, du 7 octobre 2004.
- ERSBØLL NIELS C., *Commitments under the Merger Regulation*, European Competition Law Review 22(9), 2001.
- EUROPE ECONOMICS, *Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control*, Technical Report, Final Report for the European Commission Enterprise Directorate General, 2001.
- FARRELL JOSEPH / SHAPIRO CARL, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, The B.E. Journal of Theoretical Economics: Policies and Perspectives, Volume 10, 2010, art. 9.
- FEDERICO GIULIO / MOTTA MASSIMO / PAPANDROPOULOS PENELOPE, *Recent Developments at DG Competition 2014*, Springer, 2015.
- FELS TERESA / GANS JOSHUA S. / KING STEPHEN P., *The Role of Undertakings in Regulatory Decision-Making*, Australian Economic Review 33(1), 2000.
- FERRARO FRANCESCA / CARMONA JESÚS, *Les Drois fondamentaux dans l'Union européenne – Le rôle de la Charte après le traité de Lisbonne*, EPRS – Service de recherche du Parlement européen, PE554.180, mars 2015.
- FINGLETON JOHN, *Does Collective Dominance Provide Suitable Housing for all Anticompetitive Oligopolistic Mergers*, in Drauz/Reynolds, IBA, *EC Merger Control: A Major Reform in Progress*, 2002.
- FINGLETON JOHN / NOLAN DERMOT, *Mind the Gap: Reforming the EU Merger Regulation*, 2003.
- FLOCHEL LAURENT, *La Prise en compte des gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations horizontales*, Droit & économie, Concurrences n°2 – 2010.
- FRENEAUX LUCILE, *L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations*, De Boeck Supérieur, Revue internationale de droit économique, 2007/1 t. XXI, 1.

- FRIEDERISZICK HANS W. / NITSCHKE RAINER / VAN DIJK THEON / VEROUDEN VINCENT, *Recent Economic Application in EU Merger Control: UPP and beyond*, in *GettingTheDealThrough.com*, du 6 septembre 2017.
- FRIEDMANN JAMES, *Oligopoly Theory*, Cambridge University Press, 1983.
- FRISON-ROCHE MARIE-ANNE
- *Les 100 mots de la régulation*, Presses Universitaires de France, Paris, 2011.
 - *Droit de la concurrence et droit de la compliance*, *Concurrences* N°14-2018 (cit. II).
- FREYTAG CLAIRE, *La puissance d'achat en droit européen de la concurrence*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre la Défense et Université de Hambourg, 2014.
- FUMAGALLI CHIARA / MOTTA MASSIMO / CALCAGNO CLAUDIO, *Exclusionary Practices – The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, Cambridge University Press, 2018.
- GAVIL ANDREW I. / KOVACIC WILLIAM E. / BAKER JONATHAN B. / WRIGHT JOSHUA D., *Antitrust Law in Perspective*, 3^e édition, Thomson/West, 2008.
- GINSBURG DOUGLAS H., *Bork's «Legislative Intent» and the Courts*, *Antitrust Law Journal*, Volume 79, No. 3.
- GONZALEZ-DIAZ FRANCISCO E., *The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?*, *W. Comp* 2004.
- GROSSOT XAVIER / THOR PETURSSON GUNNAR, *The Emergence of a New Constitutional Framework?* in DE VRIES / BERNITZ / WEATHERILL, *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing, Londres, 2013.
- HARBORD DAVID / HOEHN TOM, *Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy*, *International Review of Law and Economics* 14, 1994.
- HEINEKE THOMAS, *Entlastungsgründe in der europäischen und US-Amerikanischen Zusammenschlusskontrolle*, *Nomos*, 2004.
- HEINEMANN ANDREAS, *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung: Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- HEWITT GARY, *Les critères de fond utilisés pour l'évaluation des fusions*, Éditions de l'OCDE, 2004/3 Vol. 6.

- HILDEBRAND DORIS, *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law, The European School*, 4^{ème} édition, Alphen-sur-le-Rhin, 2016.
- HIRSBRUNNER SIMON, *Die Entwicklung der europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2014*, Europäische Zeitung für Wirtschaft 2015 (535).
- HIRSBRUNNER SIMON / KÖCKRITZ CHRISTIAN, *Da capo senza fine – Das Sony/BMG Urteil des EuGH*, Europäische Zeitung für Wirtschaft 2008 (594).
- HOVENKAMP HERBERT, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, 5^{ème} édition, Iowa City, 2016.
- HOVENKAMP HERBERT / JANIS MARK D. / LEMLEY MARK. A., *IP and Antitrust*, Aspen Publishers, 2002.
- IBANEZ COLOMO PABLO, *Case T-399/16, CK Telecoms v Commission: a new Airtours moment and the future of effects analysis*, Chillin'Competition, 28 mai 2020.
- IDOT LAURENCE
- *Les concentrations dans le secteur des médias : Business as usual ?*, Revue internationale de droit économique, 2005(1).
 - *Droit Communautaire de la concurrence : Le nouveau système Communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, Bruxelles, 2004 (cit. II).
- IDOT LAURENCE / RATO MIGUEL / DAVILLA MARIXENIA / LUGARD PAUL / CARRA CRISTINA / NEVEN DAMIEN / SEVY DAVID, *Intel: The Long Awaited ECJ Ruling*, Concurrences n°1-2018.
- IDOT LAURENCE / MOMÈGE CHANTAL, *Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique*, Revue Lamy Droit des affaires, 2011.
- ILZKOVITZ FABIENNE / MEIKLEJOHN RODERICK, *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence ?*, Cheltenham, 2006.
- IMMENGA ULRICH, *Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch die europäische Fusionskontrolle*, in: WuW 1990.
- INDERST ROMAN / WEY CHRISTIAN, *Buyer Power and Supplier Incentives*, Discussion Paper SP II 2003-05, Wissenschaftszentrum Berlin, 2003.
- IVALDI MARC / JULLIEN BRUNO / REY PATRICK / SEABRIGHT PAUL / TIROLE JEAN, *The Economics of Unilateral Effects*, Interim Report for DG Competition, European Commission, IDEI Toulouse, 2003.

- JAAG CHRISTIAN / RUTZ SAMUEL / JACOBER NOËMI, *Einführung des SIEC-Tests, Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle*, Zurich 2017.
- JAAG TOBIAS / HÄNNI JULIA, *Europarecht, Die Europäische Institutionen aus schweizerischer Sicht*, Zurich – Bâle – Genève, 2015.
- JANS JAN H., «*Proportionality Revisited*», *Legal Issues of Economic Integration*, 27(3), 2000.
- JONES ALISON / SUFRIN BRENDA / DUNNE NIAMH, *EU Competition Law Text, Cases, and Materials*, 7^{ème} édition, Oxford 2019.
- KAPP THOMAS / MESMER STEFAN E., *Reform der EU-Fusionskontrolle: Herrscht nun unbeschränkte Willkür in Brüssel?*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 161, 2005 16(6).
- KATZ MICHAEL L. / SHELANSKY HOWARD A., *Mergers and Innovation*, *Antitrust Law Journal* 74(1), 2007.
- KAZZI HABIB, *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée – contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2007.
- KEAN REDPATH HELEN, *UPP and away with Mergers?*, 6 février 2019.
- KËLLEZI PRANVERA, *Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- KILLICK JAMES / SCHULZ AXEL, *Horizontal and Vertical – Horizontal and Vertical Mergers in the EC Mergers Control*, in Amato/Ehlermann: *EC Competition Law, A critical Assessment*, Rome/Bruxelles 2007.
- KOCH OLIVER, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3^e édition, Munich, 2020.
- KOKKORIS IOANNIS, *Merger Control, Substantive Issues*, in Lianos/Geradin, *Handbook on European Competition Law, Substantive Aspects*, Cheltenham, 2013.
- KOKKORIS IOANNIS / SHELANSKI HOWARD, *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*, Oxford, 2014.
- KÖNEN DANIEL, in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Schmidt Otto, Francfort-sur-le-Main, 2019, ad art. 2 FKVO.

- KÖRBER TORSTEN, in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2*, Art. 2 FKVO, C.H. Beck, 6^e édition, Munich, 2021.
- KRATTENMAKER THOMAS G. / LANDE ROBERT H. / SALOP STEVEN C., *Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law*, Georgetown Law Journal (76), 1987.
- KUHN TILMAN, *The 15th Anniversary of the SIEC Test under the EU Merger Regulation – Where do we Stand?*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2020 (1).
- KÜHN KAI-UWE, *Die Zukunft der Marktabgrenzung*.
- KWOKA JOHN E.
- *The Effects of Mergers on Innovation: Economic Framework and Empirical Evidence*, in Nihoul/Van Cleynenbreugel, *The Roles of Innovation in Competition Law Analysis*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2018.
 - *The Private Profitability of Horizontal Mergers with Non-Cournot and Maverick Behaviour*, International Journal of Industrial Organization, 1989 (cit. II).
- KWOKA JOHN E. / MOSS DIANA L., *Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement*, The Antitrust Bulletin 979, 2012.
- LANDES WILLIAM M. / POSNER RICHARD A., *Market Power in Antitrust Cases*, Harvard Law review 937, 1981.
- LEVIN RICHARD C., *Technical Change, Barriers to Entry, and Market Structure*, *Economica* 45, 1978.
- LEVY NICHOLAS
- *Dominance vs. SLC – A Subtle Distinction*, in DRAUZ/REYNOLDS, *IBA, EC Merger Control: A major reform in progress*, 2002.
 - *The EU's SIEC Test Five Years on: has it made a Difference?*, European Competition Journal 2010 (246) (cit. II).
- LEVY NICHOLAS / COOK CHRISTOPHER, *European Merger Control Law*, Ch. 11, §11.03 (3), 11-9.
- LINDSAY ALISTAIR, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, 2003.
- LÜBKING JOHANNES, *Konvergenz und ihre Grenzen bei Zusagen in der EU-Fusionskontrolle und nach Artikel 9 VO (EG) 1/2003*, WuW 2011 (1223).
- MALAUURIE-VIGNAL MARIE, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017.

MARKHAM JESSE W., *The Joint Effect of Antitrust and Patent Laws upon Innovation*, American Economic Review 56, 1966.

MARQUARDT PAUL D. / LEDDY MARK, *The Essential Facilities Doctrine and Intellectual Property Rights: a Response to Pitofsky, Patterson and Hook's*, Antitrust Law Journal 70, 2003.

MARTENET VINCENT / HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la concurrence*, 2^{ème} édition, collection « Quid Iuris », Genève/Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2021.

MARTY FRÉDÉRIC

- *Incertitudes économiques et insécurité juridique : La notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes*, OFCE, n°2007-20, 2007.
- *La concentration des pouvoirs économiques privés : Une perspective d'économie institutionnelle du droit*, Revue internationale de droit économique, 2019/1 (cit. II).
- *Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de la concurrence. Une mise en perspective sur la base de l'antitrust américain*, Revue internationale de droit économique, 2014/4, Tome XXVIII (cit. III).

MARQUES DE CARVALHO MIGUEL / PEREIRA VIRGILIO MOUTA, *Hitting the Mark or Setting the Bar too High? The "Merger Gap" and Prospective Analysis in the Aftermath of CK Hutchison/Telefónica*, Lexxion, 16.06.2020.

MAUGUET CLÉMENT, *Economies d'échelle : définition et tout ce qu'il faut savoir*, AGICAP, 21 mai 2019.

MEINHARDT MARCEL / WASER ASTRID / BISCHOF JUDITH, in Amstutz/Reinert, *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Fribourg/Zurich 2009.

MELLONI MATTIA, *Dictionnaire européen de la concurrence*, Larcier, Bruxelles, 2018.

MONTAG FRANK, *Effizienz und Wettbewerb in der rechtlichen Praxis am Beispiel der europäischen Fusionskontrolle*, in Oberender, *Effizienz und Wettbewerb*, 2005(95).

MONTAG FRANK / VON BONIN ANDREAS

- in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3^e édition, Munich, 2020.

- *Article 2 Appraisal of Concentrations*, in Hirsch/Montag/Säcker, Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary, 2008. (*cit. II*)
- MONTESQUIEU CHARLES DE, *De l'esprit des lois*, Barillot & Fils, Genève, 1748.
- MONTI MARIO, *The Commission Notice on Merger Remedies – One Year after, Guidelines for Merger Remedies – Prospects and Principles*, CERNA, Paris, 2002.
- MOSSO CARLES ESTEVA, *Merger Enforcement: Getting the Priorities Right*, Bruxelles, 2017.
- MOTTA MASSIMO, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.
- MOTTA MASSIMO / POLO MICHELE / VASCONCELOS HELDER
 - *Merger Remedies in the EU: An Overview*, Guidelines for Merger Remedies – Prospects and Principles, CERNA, Paris, 2002.
 - *Merger Remedies in the European Union: An Overview*, in Edward Elgar: Merger Remedies in American and European Union Competition Law, 2003.
- NAVARRO EDURNE / FONT ANDRÉS / FOLGUERA JAIME / BRIONES JUAN, *Merger Control in the European Union: Law, Theory and Practice*, 2^e édition, 2005.
- N.E.R.A., *Merger Appraisal in Oligopolistic Markets*, Research Paper Commissioned for the United Kingdom's Office of Fair Trading, 1999.
- NEVEN DAMIEN J. / RÖLLER LARS-HENDRIK, *Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control*, International Journal of Industrial Organization, Discussion Papers FS IV 00-15, 200, Wissenschaftszentrum Berlin, 2005.
- NORDMANN FRANCIS, *Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1996.
- ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), Centre pour la coopération avec les économies européennes en transition, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, Les Éditions de l'OCDE, Paris, 1993.
- OESCH MATTHIAS, *Europarecht, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU*, 2. überarbeitete Verlage, Band 1, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2019.

- OLCZAK MATTHEW, *Unilateral versus Coordinated Effects: Comparing the Impact on Consumer Welfare of Alternative Merger Outcomes*, Aston University, Birmingham 2009.
- ORNAGHI CARMINE, *Mergers and Innovation in Big Pharma*, International Journal of Industrial Organization 70, 2009.
- ORSO GILLIERON HUBERT, *Les contrats verticaux en droit communautaire et suisse de la concurrence*, Thèse Université de Fribourg, Schulthess, Zurich, 2004.
- PAPANDROPOULOS PENELOPE, *L'analyse économique des effets unilatéraux dans quelques cas de fusions*, Droit & économie, Concurrences N°2-2007.
- PAPON SOPHIE, *Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A Case-by-case Analysis*, European Competition Law Review 29(12), 2009.
- PERROT ANNE, *Les gains d'efficacité et les arguments pro – concurrentiels en matière de concentrations et de pratiques unilatérales*, Droit & économie, Concurrence n°2-2010.
- PERROT ANNE / LUBEK JEANNE / D'ORMESSON OLIVIER, *La position dominante collective*, Droit & économie, Concurrences N°3-2011.
- PETIT NICOLAS, *Droit européen de la concurrence*, Paris : Montchrestien, 2013.
- PETIT NICOLAS / NEYRINCK NORMAN, *Les fonctions de la procédure en droit européen de la concurrence*, Revue internationale de droit économique, 2015/4.
- PETULOWA MARC, *Essays in Economics of Telecommunications: Competition between Services and between Firms*, Thèse, Université de Montpellier, 2015.
- PICARD PIERRE, *Éléments de microéconomie*, Volume 1, Théorie et applications Montchrestien, 6^{ème} édition, 2002.
- POSNER RICHARD A., *A Statistical Study of Antitrust Enforcement*, Journal of Law and Economics 13(2), 1970.
- POWELL MARK / CZAPRACKA KATARYNA, *Competition Law and Policy Debate*, Volume 3, Issue 4, November 2017 (41).
- RAINELLI MICHEL
- *À propos du Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité*, Revue internationale de droit économique, 2006/1 t.XX, 1.

- Rainelli Michel, *Concentration / Oligopolisation des marchés et politique de la concurrence : Introduction*, Revue Internationale de droit économique, 2006(1) (cit. II).
- RAKOVSKY ADAM / VEROUDEN VINCENT, *Comments on the Role of Efficiencies in EC Merger Control*, in Drauz/Reynolds, IBA, EC Merger Control: A major Reform in Progress, 2002.
- RANGEARD ROMAIN, *Les mutations du modèle coopératif confronté au marché*, Thèse, Université de Toulouse, janvier 2019
- RASEK ARNO, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.
- RAASS ADRIAN, *Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Kritik an der Kritik*, in sic! 6/1999.
- RHOADES STEPHEN A., *The Efficiency Effects of Bank Mergers: An Overview of Case Studies of Nine Mergers*, Journal of Banking and Finance (22), 1998.
- RIDEAU JOËL, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, 5^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2006.
- RIESENKAMPFF ALEXANDER / STEINBARTH SEBASTIAN, in *Kartellrecht, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht*, 4^e édition, C.H.Beck, 2020.
- RITTALER JAN B., *Industrial Concentration and the Chicago School of Antitrust Analysis – A Critical Analysis on the Basis of Effective Competition*, Verlag Peter Lang, Francfort-sur-leMain, 1989.
- RÖLLER LARS-HENDRIK / DE LA MANO MIGUEL, *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*, European Competition Journal, avril 2006.
- RÖLLER LARS-HENDRIK / STENNECK JOHAN / VERBOVEN FRANK, *Efficiency Gains from Merger*, in Ilzkovitz/Meiklejohn, European Merger Control – Do We Need an Efficiency Defence?, 2006.
- ROSENTHAL MICHAEL / THOMAS STEFAN, *European Merger Control*, Munich 2010.
- RUGGIERO ANGELO, *L'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce*, Thèse de licence présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Chabloy S.A., 1994.

- RUSU CATALIN S., *Mergers, Acquisitions and Takeovers: The Challenges Raised within the European Context – 20 Years of Experience*, Thesis, Utrecht University, 2009.
- SÄCKER FRANZ JÜRGEN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3^e édition, Munich, 2020.
- SALOP / MORESI, *Updating the Merger Guidelines: Comments*, Washington, 2019.
- SCHERER FREDERIC M., *The Economic Effect of Compulsory Patent Licensing*, The Monograph Series in Finance and Economics, New York University, 1977.
- SCHMIDT NOËL ALINE, *La limitation des droits constitutionnels fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2011.
- SCHULTE JOSEF L., *Handbuch der Fusionskontrolle*, 3^e édition, Cologne, 2019.
- SCHWALBE ULRICH, *Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte*, in Oberender, *Effizienz und Wettbewerb*, 2005 (63).
- SCHWALBE ULRICH / ZIMMER DANIEL, *Law and Economics in European Merger Control*, Oxford, 2009.
- SCHWALBE ULRICH / ZIMMER DANIEL, *Kartellrecht und Ökonomie*, 2^e édition, 2011 (*cit. II*).
- SCHWARZE JÜRGEN, *Die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit bei der Behandlung von Verpflichtungszusagen nach der europäischen Fusionskontrollverordnung*, in SCHWARZE, *Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*, 2002(75).
- SIBONY ANNE-LISE, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008.
- SPECTOR DAVID, *Position dominante collective : Du bon usage des « critères Air-tours »*, *Droit & économie, Concurrences* N°1-2007.
- STEINVORTH TILL, in *WuWDialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.
- STEPTOE MARY LOU / BALTO DAVID, *Finding the right prescription: the FTC's Use of Innovative Merger Remedies*, *Antitrust* (10), 1995.

- SULLIVAN THOMAS E., *Antitrust Remedies in The U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality*, The Antitrust Bulletin 48(2), 2003.
- SULLIVAN LAWRENCE A. / GRIMES WARREN S. / SAGERS CHRISTOPHER L., *The Law of Antitrust, An Integrated Handbook*, 3^{ème} édition, 2016.
- SZCZEPANSKI MARCIN, *Politique de concurrence de l'UE, La clé d'un marché unique équitable*, EPRS, Service de recherche du Parlement européen, PE 642.209, octobre 2019.
- TERCIER PIERRE, *Les contrats spéciaux*, Schulthess, 2^{ème} édition, 1995.
- THOMAS STEFAN, *The Known Unknown: in Search of a Legal Structure of the Significance Criterion of the SIEC Test*, Journal of Competition Law & Economics, 13(2) 346.
- TIRALONGO MICHAËL, *La comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations*, Thèse, Université René Descartes (Paris V), 2012.
- VALLINDAS GEORGES, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017.
- VANDAMME JACQUES / SIMONS ERWIN, *Le contrôle des concentrations dans la communauté européenne*, CRISP, 1990/28 n°1293.
- VASCONCELOS HELDER, *Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control*, The Journal of Industrial Economics, Volume 5, n°4, 2010.
- VISCUSI KIP W. / VERNON JOHN M. / HARRINGTON JOSEPH E. JR., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, Londres, 4^{ème} édition, 2005.
- VOGEL LOUIS
- *Droit de la concurrence et concentration économique – Étude comparative*, Economica, Paris, 1988.
 - Vogel Louis, *European Competition Law*, 2^{ème} édition, Paris 2018 (cit II).
 - Vogel Louis, *Code de la concurrence – Droits européen et français*, Bruylant, Paris, 2018 (cit. III).
- VÖLCKER SVEN B., *Mind the Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives in EC Merger Control*, European Competition Law review 395, 2004.
- VON KOPPENFELS ULRICH, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3^e édition, Munich, 2020.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Grundrechtseingriffe*, in *Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bernertage für die juristische Praxis 1999*, Berne 2000.

- WHISH RICHARD, *Competition Law*, Butterworths, 6^{ème} édition, Londres, 2009.
- WHISH RICHARD / BAILEY DAVID, *Competition Law*, 9^{ème} édition, Oxford 2018.
- WIETHAUS LARS / NITSCHKE RAINER, *Upward Pricing Pressure Analysis: Critical Issues in Recent Applications*, Journal of European Competition Law & Practice, 2014.
- WILLIAMSON CHRIS, Europäische Wirtschaft Nr. 57 (1994).
- WILLIG ROBERT D., *Competition Policy for Network and Internet Markets*, in Paganetto: Knowledge, Economy, Information Technologies and Growth, Ashgate, 2004.
- WISE MICHAEL, *Droit et politique de la concurrence dans l'Union Européenne*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, Vol. 9, n°1, 2007.
- WOLF MAIK, *Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle*, Nomos, 2009.
- WU TIM, *After Consumer Welfare, Now What? The «Protection of Competition» Standard in Practice*, New York, 2018.
- ZÄCH ROGER, *Rechtliche Aspekte der Anwendung des Kartellgesetzes auf die Bankwirtschaft*, in Borghi/Caini, La nuova legge sui cartelli, CFPD, 1999.
- ZACHMANN JACQUES, *Le contrôle communautaire des concentrations*, LGDJ, Paris, 1994, p. 215, 240.
- ZEVOUNOU LIONEL, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010.
- ZIMMER DANIEL
- *Differenzierte Produkte, nichtkoordinierte Effekte und das Upward Pricing Pressure-Konzept: Wird die Marktabgrenzung in Fusionskontrollverfahren entbehrlich?*, WuW 2013 (928) (cit II).
 - *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Commission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020.

2. Arrêts et décision

a. Commission européenne

- M.7881 – AB INBEV/SABMILLER, du 24 mai 2016.
- M.126 – ACCOR/WAGONS-LITS, du 28 avril 1992.
- COMP/M. 1845 – AOL. / TIME WARNER, du 11 octobre 2000.
- M.053 – AEROSPATIALE / ALENIA / DE HAVILLAND, du 2 octobre 1991.
- M.986 – AGFA-GEVAERT / DUPONT, du 11 février 1998.
- COMP/M.1630 – AIR LIQUIDE / BOC, du 18 janvier 2000.
- IV/M.1524 – AIRTOURS / FIRST CHOICE, du 22 septembre 1999.
- COMP/M.1693 – ALCOA/REYNOLDS, du 3 mai 2000.
- COMP/M.3276 – ANGLO AMERICAN / KUMBA RESOURCES,
du 3 décembre 2003.
- COMP/M.5153 – ARSENAL/DSP, du 9 janvier 2009.
- COMP/M.1806 – ASTRA ZENECA / NOVARTIS, du 26 juillet 2000.
- M.873 – BANK AUSTRIA / CREDITANSTALT, du 11 mars 1997.
- COMP/M3544 – BAYER HEALTHCARE / ROCHE, du 19 novembre 2004.
- M.877 – BOEING / MCDONNELL DOUGLAS, du 30 juillet 1997.
- IV/M.890 – BLOKKER / TOYS 'R' US, du 26 juin 1997.
- COMP/JV.37 – B SKY B / KIRCH PAY TV, du 21 mars 2000.
- COMP/M.2706 – CARNIVAL CORPORATION / P&O PRINCESS,
du 24 juillet 2002.
- M.3572 – CEMEX/RMC, du 8 décembre 2004.
- COMP/M.3197 – CANDOVER/CINVEN/BERTELSMANN-SPRINGER,
du 29 juillet 2003.
- COMP/M.2502 – CARGILL/CERESTAR, du 18 janvier 2002.
- C – 2000, 164/5 – CARREFOUR/PROMODES, du 25 janvier 2000.
- COMP/M.7962 – CHEMCHINA/SYNGENTA, du 5 avril 2017.
- COMP/M.7220 – CHIQUITA BRANDS INTERNATIONAL / FYFFES,
du 3 octobre 2014.
- COMP/M. – CONTINENTAL/PHOENIX, du 26 octobre 2004.
- COMP/M.4878 – CONTINENTAL / SIEMENS VDO, du 20 décembre 2007.
- COMP/M.2187 – CVC/LENZING, du 17 octobre 2001.
- M.1313 – DANISH / CROWN / VESTJYSKE SLAGTERIER, du 9 mars 1999.
- M.5855 – DB/ARRIVA, du 11 août 2010.
- COMP/M.6166 – DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT, du 1^{er} février 2012.
- M.129 – DIGITAL/PHILIPS, du 2 septembre 1991.
- M.7932 – DOW/DUPONT, du 27 mars 2017.
- COMP/M.2972 – DSM / ROCHE VITAMINS, du 23 juillet 2003.
- COMP/M.1853 – EDF/ENBW, du 7 février 2001.

- COMP/M.5549 – EDF/SEGEBEL, du 12 novembre 2009.
- COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP, du 9 décembre 2004.
- M.1383 – EXXON/MOBIL, du 29 septembre 1999.
- COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, du 3 octobre 2014.
- C-98/100, 34.801 – FAG / FLUGHAFEN FRANKFURT / MAIN AG,
du 14 janvier 1998.
- M.1365 – FCC/VIVENDI, du 4 mars 1999.
- COMP/M.2016 – FRANCE TELECOM / ORANGE, du 11 août 2000.
- COMP/M.5046 – FRIESLAND FOODS / CAMPINA, du 17 décembre 2008.
- COMP/M.5978 – GDF SUEZ / INTERNATIONAL POWER, du 26 janvier 2011.
- M.619 – GENCOR/LONRHO, du 24 avril 1996.
- COMP/M.2220 – GENERAL ELECTRIC / HONEYWELL, du 3 juillet 2001.
- COMP/M.2223 – GETRONICS/HAGEMEYER/JV, du 2 avril 2001.
- COMP/M.4731 – GOOGLE/DOUBLECLICK, du 11 mars 2008.
- COMP/M.4215 – GLATFELTER / CROMPTON ASSETS,
du 20 décembre 2006.
- M.2446 – GOVIA / CONNEX SOUTH CENTRAL, du 20 juillet 2001.
- M.938 – GUINNESS / GRAND METROPOLITAN, du 15 octobre 1997.
- COMP/M.2495 – HANIEL/FELS, du 21 février 2002.
- COMP/M.2568 – HANIEL/YTONG, du 9 avril 2002.
- M.7878 – HEIDELBERGCEMENT / SCHWENK / CEMEX HUNGARY /
CEMEX CROATIA, du 5 avril 2017.
- M.630 – HENKEL/SCHWARZKOPF, du 23 septembre 1995.
- M.950 – HOFFMAN-LA ROCHE / BOEHRINGER MANNHEIM,
du 4 février 1998.
- COMP/M.2609 – HP/COMPAQ, du 31 janvier 2002.
- M.7061 – HUNTSMAN CORPORATION / EQUITY INTERESTS HOLD BY
ROCKWOOD HOLDINGS, du 10 septembre 2014.
- COMP/M.6497 – HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA,
du 12 décembre 2012.
- M.7612 – HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA UK, du 11 mai 2016.
- COMP/JV 55 – HUTCHISON/RCPM/ECT, du 3 juillet 2001.
- M.4000 – INCO/FALCONBRIDGE, du 4 juillet 2006.
- M.6905 – INEOS/SOLVAY/JV, du 8 mai 2014.
- COMP/C-3/37.990 – INTEL, du 13 mai 2009
- COMP/M.2569 – INTERBREW/BECK'S, du 26 octobre 2001.
- COMP/M.6266 – JOHNSON & JOHNSON / SYNTHES, du 18 avril 2012.
- COMP/M.2176 – KALI UND SALZ / SOLVAY / JV, du 10 janvier 2002.
- COMP/M.4057 – KORSNÄS / ASSIDOMÄN CARTONBOARD, du 12 mai 2006.
- M.5644 – KRAFT FOODS / CADBURY, du 6 janvier 2010.

- COMP/M.4525 – KRONOSPAN/CONSTANTINA, du 19 septembre 2007.
- COMP/M.2978 – LAGARDÈRE/NATEXIS/VUP, du 7 janvier 2004.
- COMP/M.4141 – LINDE/BOC, du 6 juin 2006.
- M.8633 – LUFTHANSA / CERTAIN AIR BERLIN ASSETS,
du 21 décembre 2017.
- COMP/M.2201 – MAN/AUWÄRTER, du 20 juin 2001.
- COMP/M.1741 – MCI WORLDCOM / SPRINT, du 28 juin 2000.
- M.4187 – METSO / AKER KVAERNER, du 12 décembre 2006.
- COMP/M.2033 – METSO/SVEDALA, du 24 janvier 2001.
- COMP/M.6281 – MICROSOFT/SKYPE, du 7 octobre 2011.
- M.2420 – MITSUI/CVRD/CAEMI, du 30 octobre 2001.
- COMP/M.4137 – MITTAL/ARCELOR, du 2 juin 2006.
- M.190 – NESTLÉ/PERRIER, du 22 juillet 1992.
- COMP/M.2337 – NESTLÉ / RALSTON PURINA, du 27 juillet 2001.
- COMP/M.4297 – NOKIA/SIEMENS, du 13 novembre 2006.
- COMP/M.7275 – NOVARTIS / GLAXOSMITHKLINE ONCOLOGY BUSINESS,
du 28 janvier 2015.
- COMP/M.3216 – ORACLE/PEOPLESOFT, du 26 octobre 2004.
- M.7421 – ORANGE/JAZZTEL, du 19 mai 2015.
- COMP/M.6471 – OUTOKUMPU/INOXUM, du 7 novembre 2012.
- M.289 – PEPSICO/KAS, du 21 décembre 1992.
- COMP/M.7559 – PFIZER/HOSPIRA, du 4 août 2015.
- COMP/M.2256 – PHILIPS / AGILENT HEALTH CARE TECHNOLOGIES,
du 2 mars 2021.
- M.3149 – PROCTER & GAMBLE / WELLA, du 30 juillet 2003.
- M.1517 – RHODIA / DONAU CHEMIE / ALBRIGHT & WILSON,
du 13 juillet 1999.
- M.553 – RTL/VERONICA/ENDEMOL, du 20 septembre 1995.
- COMP/M.5047 – REWE/ADEG, du 28 mai 2011.
- M.1221 – REWE/MEINL, du 3 février 1999.
- COMP/M.5467 – RWE/ESSENT, du 23 juin 2009.
- COMP/M.4439 – RYANAIR / AER LINGUS, du 27 juin 2007.
- M.774 – SAINT-GOBAIN/WACKER-CHEMIE/NOM, du 4 décembre 1996.
- COMP/M.4533 – SCA/P&G, du 5 septembre 2007.
- COMP/M.6214 – SEAGATE/SAMSUNG, du 19 octobre 2011.
- M.913 – SIEMENS/ELEKTROWATT, du 18 novembre 1997.
- M.7555 – STAPLES / OFFICE DEPOT, du 10 février 2016.
- M.5200 – STRABAG/KIRCHNER, du 15 septembre 2008.
- COMP/M.3916 – T-MOBILE AUSTRIA / TELE.RING, du 26 avril 2006.
- COMP/M.3329 – TCHIBO/BEIERSDORF, du 22 janvier 2004.

- M.7018 – TELEFONICA DEUTSCHLAND / E-PLUS, du 2 juillet 2014.
- M.1439 – TELIA/TELENOR, du 13 octobre 1999.
- COMP/M.2416 – TETRA LAVAL / SIDEL, du 30 octobre 2001.
- M068 – TETRA PAK / ALFA-LAVAL, du 22 octobre 1991.
- COMP/M.5483 – TOSHIBA / FUJITSU HDD BUSINESS, du 11 mai 2009.
- COMP/M.4153 – TOSHIBA / WESTINGHOUSE, du 19 septembre 2006.
- M.11111 – UBS / CRÉDIT SUISSE, du 26 avril 2023.
- COMP/M.3060 – UCB/SOLUTIA, du 31 janvier 2003.
- COMP/M. 2498 – UPM-KYMMENE/HAINDL, du 21 novembre 2021.
- COMP/M.6101 – UPM / MYLLYKOSKI UND RHEIN PAPIER,
du 13 juillet 2011.
- COMP/M.6570 – UPS / TNT EXPRESS, du 30 janvier 2013.
- M012 – VARTA/BOSCH, du 31 juillet 1991.
- COMP/M.1980 – VOLVO/RENAULT, du 1^{er} septembre 2000.
- M.1069 – WORLDCOM / MCI (II), du 8 juillet 1998.
- M.7265 – ZIMMER/BIOMET, du 30 mars 2015.

b. Tribunal de l'UE

- T-342/99, – AIRTOURS C. COMMISSION, du 6 juin 2002.
- T-158/00 – ARD C. COMMISSION, du 30 septembre 2003.
- T-399/16 – CK TELECOMS UK INVESTMENTS C. COMMISSION,
du 28 mai 2020.
- T-5/02 – COMMISSION C. TETRA LAVAL BV, du 25 octobre 2002.
- T-177/04 – EASYJET AIRLINE CO. LTD C. COMMISSION,
du 4 juillet 2006.
- T-87/05 – EDP C. COMMISSION, du 21 septembre 2005
- T-221/95 – ENDEMOL C. COMMISSION, du 28 avril 1999.
- T-102/96 – GENCOR LTD C. COMMISSION, du 25 mars 1999.
- T-210/01 – GE C. COMMISSION, du 14 décembre 2005.
- T-229/08 – IMPALA C. COMMISSION, du 13 juin 2008.
- T-77/02 – SCHNEIDER ELECTRIC C. COMMISSION, du 22 octobre 2002.

c. CJUE

- C-204/00 P – AALBORG PORTLAND E.A. / COMMISSION,
du 7 janvier 2004.
- C-686/18 – ADUSBEF E.A. C. BANCA D'ITALIA, du 16 juillet 2020.
- C-236/09 – ASSOCIATION BELGE DES CONSOMMATEURS TEST-ACHATS
E.A. C. CONSEIL DES MINISTRES, du 1^{er} mars 2011.

- C-124/20 – BANK MELLI IRAN C. TELEKOM DEUTSCHLAND GMBH, du 21 décembre 2021.
- C-413/06 P – BERTELSMANN AG ET SONY / IMPALA, du 10 juillet 2008.
- C 12/03 P – COMMISSION / TETRA LAVAL, du 15 février 2005.
- C-293/12 et C-594/12 – DIGITAL RIGHTS IRELAND LTD. C. MINISTER FOR COMMUNICATIONS, du 8 avril 2014.
- C-798/18 et C-799/18 – FEDERAZIONE NAZIONALE DELLE IMPRESE ELETTROTECNICHE ED ELETTRONICHE (ANIE) E.A. C. MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, du 15 avril 2021.
- C-68/94 et C-30/95 – FRANCE ET AUTRES / COMMISSION, affaires jointes, du 31 mars 1998.
- C-202/07 P – FRANCE TÉLÉCOM / COMMISSION, du 2 avril 2009.
- C-85/76 – HOFFMANN-LA ROCHE / COMMISSION, du 13 février 1979.
- C – 277/16 – POLKOMTEL C. PREZES URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ, du 20 décembre 2017.
- C-19/74 – RÉPUBLIQUE FRANÇAISE / COMMISSION (KALI UND SALZ), du 31 mars 1998.
- C-101/12 – SCHAIBLE C. LAND BADEN-WÜRTTEMBERG, du 17 octobre 2013.
- C-283/11 – SKY ÖSTERREICH C. ÖSTERREICHISCHER RUNDFUNK, du 22 janvier 2013.
- C-92/09 et C-93/09 – VOLKER UND MARKUS SCHECKE GBR C. LAND HESSEN, du 17 juin 2010.

3. Textes officiels

CHARTRE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE 2000/C 364/01, Journal officiel de l'Union Européenne du 18 décembre 2000 (C364/1).

COMMUNICATION DE LA COMMISSION 97/C 372/03 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, Journal officiel de l'Union Européenne du 9 décembre 1997 (C372/5).

COMMUNICATION DE LA COMMISSION 2008/C 267/01, concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au Règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, Journal officiel de l'Union Européenne du 22 octobre 2008 (C267/1).

LIGNES DIRECTRICES 2004/C31/03 sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel de l'Union Européenne du 5 février 2004 (C31/5).

LIGNES DIRECTRICES 2004/C 101/08 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, Journal officiel de l'Union Européenne du 27 avril 2004 (C101/97).

RÈGLEMENT (CE) N°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, Relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel de l'Union Européenne du 29 janvier 2004 (L 24/1).

RÈGLEMENT (CEE) N°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, Journal officiel de l'Union Européenne du 30 décembre 1989 (L 395).

RÈGLEMENT D'EXÉCUTION (UE) N°1269/2013 de la Commission, du 5 décembre 2013, concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel de l'Union Européenne du 14 décembre 2013 (L 336/1).

TRAITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION EUROPÉENNE, (TFUE) [2016] OJ C202/1, Journal officiel de l'Union Européenne du 26 octobre 2012 (C 326/47).

TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE, (TUE) [2012] C 326/01, Journal officiel de l'Union Européenne du 26 octobre 2012 (C 326/13).

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC), Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010.

4. Sites internet

IG BANK, *Coûts fixes*.

LESECHOS, *Contrôle des concentrations : confirmation des pouvoirs de la Commission en matière d'oligopole*.

VOGEL-VOGEL

- *Arrêt Airtours – EU*.
- *Concentrations conglomerées – EU*.
- *Recours en annulation – EU Procédure*.
- *UPP (test) – FR*.

5. Autres sources

LEAR COMPETITION NOTE, Merger Screen and the Use of Price Pressure Tests, February 2013.

POURVOI FORMÉ LE 7 AOÛT 2020 PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE contre l'arrêt du Tribunal (première chambre élargie) rendu le 28 mai 2020 dans l'affaire T-399/16, CK Telecoms UK Investments Ltd contre Commission européenne, publié au Journal officiel de l'Union Européenne du 16 novembre 2020, (C390/20).

Table des figures

Figure 1	Suppression d'un important moteur de la concurrence	185
Figure 2	Concentration avec un concurrent potentiel	189
Figure 3	Peu de possibilité de changer de fournisseur	193
Figure 4	Peu de probabilités d'augmentation de la quantité produite en cas d'augmentation du prix	199
Figure 5	Concentration créant ou renforçant un pouvoir d'achat sur le marché en amont	204
Figure 6	Concurrents particulièrement proches	211
Figure 7	Capacité de l'entité concentrée à freiner l'expansion de concurrents	216
Figure 8	Buts de la clause générale de recensement des effets non coordonnés	225
Figure 9	ECO de la clause générale de recensement des effets non coordonnés	232
Figure 10	Preuve de la présence de gains d'efficacité	284

1. Introduction

Le système de concurrence non faussée, inscrit dans les traités de l'Union Européenne², a pour objectif premier d'assurer le bien-être des consommateurs, tout en repoussant les mesures qui viendraient à fausser la libre concurrence sur le marché³. Déjà par le biais du Traité de Rome en 1957, le législateur européen avait cherché à établir un régime assurant la libre concurrence sur le marché commun. Le but de ce dernier tendait en effet à la promotion d'un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques⁴. Dans une logique similaire et de manière bien plus tardive, a été élaboré un système de contrôle des concentrations d'entreprises dans l'Union Européenne. C'est en effet en 1989 seulement que ce dernier est devenu effectif⁵, par le jeu du premier Règlement le mettant en place⁶. De manière traditionnelle, celui-ci est considéré comme un instrument permettant de contrôler les effets des changements de la structure du marché⁷, découlant de la réunion de plusieurs entreprises entre elles. Depuis la réforme législative de 2004⁸, le texte légal permet à la Commission européenne (ci-après : *la Commission*) de déclarer incompatibles avec le marché intérieur les concentrations d'entreprises susceptibles d'entraver de manière significative la concurrence effective. Dès lors, le droit de l'Union Européenne alloue un contrôle prospectif de dites opérations, allant jusqu'à leur interdiction⁹ et distinguant deux principaux types d'effets propres à amener des entraves significatives à la concurrence ; les effets coordonnés et les effets non coordonnés¹⁰.

La présente étude de droit européen a pour objet l'analyse des effets non coordonnés dans le contexte spécifique des opérations de concentrations

2 Voir en ce sens, notamment les art. 3 al. 3 TUE et 119 TFUE.

3 SÄCKER, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3^e édition, Munich, 2020, Grdl. FKVO, n. 1.

4 VALLINDAS, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 3.

5 BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, 2^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 11.

6 À cet effet, voir le Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (ci-après : *R4064/89*).

7 KÖRBER, in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2*, ad Art. 2 FKVO, n. 20.

8 À ce sujet, voir KOCH in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3^e édition, Munich, 2020, Grdl. FKVO, n. 49-6id.

9 BELLIS, p. 11.

10 MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017, p. 357-359.

horizontales. Dans le cadre de celle-ci, l'on cherchera tout particulièrement à venir offrir des solutions novatrices pour le futur de ce domaine du droit de la concurrence, lequel semble aujourd'hui nécessiter une refonte. Dès lors, cet écrit doit être vu comme contenant deux parties distinctes dans leur finalité respective ; la première tendant à une exposition des notions clés et développements fondamentaux à notre analyse, et la seconde, relevant, à proprement parler, de notre apport personnel au droit ainsi que des réformes souhaitables à futur. Ainsi, relativement à la première, on commencera par exposer le cadre général du contrôle des concentrations européen au travers d'une analyse de divers textes légaux essentiels à sa mise en œuvre, ainsi que le fonctionnement global du système en place. On mettra ensuite tout spécifiquement en avant le critère d'évaluation des concentrations, retenu par le droit européen et ayant grandement évolué dans le cadre de la réforme de 2004, impliquant des conséquences fondamentales en matière d'effets non coordonnés, le test SIEC. Il s'agira dans ce cadre de comparer ce facteur d'appréciation nouveau à son prédécesseur, et d'en tirer les conclusions pratiques, relativement aux effets non coordonnés. Une fois ce dernier exposé, il s'agira de procéder, à titre comparatif, à une mise en exergue des effets coordonnés et de leur développement historique, essentielle dans une optique d'analyse du droit à futur. Cette dernière servira dès lors de base à une étude approfondie des effets non coordonnés, pierre angulaire de notre examen postérieur. Il sera enfin procédé à un examen détaillé des correctifs à une opération de concentration incompatible avec le marché commun, au centre du système de contrôle des opérations de l'Union Européenne. Dans ce cadre, il sera, en substance, traité des engagements et des gains d'efficacité, deux éléments au cœur de nos propositions de réforme, et dont les caractéristiques majeures devront être exposées, aux fins de pouvoir proposer une refonte des critères relatifs à leur appréciation dans le cadre du contrôle de la Commission.

À présent, le cadre de cette étude ayant été mis en exergue et afin de saisir la genèse de cet écrit, il convient d'en exposer le moteur. En ce sens, la réforme du droit, entrée en vigueur en 2004, a révolutionné le contrôle des opérations de concentration par la mise en place du critère du test SIEC. Néanmoins, celui-ci n'a que peu, voire aucunement, été implémenté dans le contexte spécifique des effets non coordonnés, laissant principalement place au domaine, bien plus développé en doctrine et dans la casuistique, des effets coordonnés. C'est ainsi que, dans le cadre de sa décision *CK Telecoms UK Investments c. Commission*¹¹, du 28 mai 2020, le Tribunal a, pour la première fois, publié des considérants relatifs à de tels effets unilatéraux, fondés sur le nouveau critère

11 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020.

d'appréciation. Néanmoins, bien que l'adoption d'une décision dans ce contexte particulier doive être vue comme bénéfique au sens du droit et constitue une avancée majeure pour l'établissement de celui-ci, cette sentence semble largement critiquable sur bien des aspects. En effet, celle-ci ne respecte pas certains principes fondamentaux du contrôle des concentrations et se trouve entachée d'erreurs d'appréciation dont la pérennisation pourrait s'avérer néfaste au développement du droit et de la politique de la concurrence. Ces constats, preuves de l'inadéquation de la pratique actuelle en matière d'effets non coordonnés, ont servi d'élément déclencheur à notre recherche, faisant apparaître la nécessité de l'établissement de règles spécifiques à ceux-ci. Nous tendrons en ce sens à nous pencher sur l'étude approfondie de ce type d'effets anticoncurrentiels, mais surtout sur l'analyse des éléments aujourd'hui inadaptés dans le cadre du contrôle de ceux-ci, devant faire l'objet d'une réforme, afin que leur traitement se voie entièrement distingué de celui des effets coordonnés. Le but final de notre étude tiendra ainsi en une mise en conformité du droit des effets non coordonnés, propre à permettre une transparence juridique aujourd'hui inexistante. On visera en ce sens à allouer une prise en compte concrète desdits effets, conforme à la réalité économique des marchés en cause, mais également distincte de celle aujourd'hui appliquée aux effets coordonnés, ne répondant que trop peu aux caractéristiques spécifiques de ce type d'effets anticoncurrentiels.

C'est ainsi que dans la seconde partie de ce travail, une étude fondée sur trois axes principaux sera privilégiée, visant à adapter l'analyse des effets non coordonnés aux critères d'appréciation mis en œuvre par le test SIEC. Dans ce cadre, c'est en tout premier lieu le fardeau de la preuve dans le contexte spécifique des effets non coordonnés que l'on cherchera à établir, l'absence actuelle de critère juridique précis en la matière créant des incertitudes intenablement pour un pan du droit requérant clarté et précision. Dans un second temps, il s'agira également de procéder à une refonte des correctifs à une opération que sont les gains d'efficacité et les engagements. En effet, les dernières considérations du Tribunal en la matière semblent intenablement et démontrent la nécessité d'une correction des critères propres à les retenir. Ainsi, ceux-ci devront embrasser de manière plus adaptée les caractéristiques spécifiques des effets non coordonnés, afin de pouvoir exprimer la réalité économique du marché. Nous chercherons en ce sens à faire des propositions propres à redéfinir les règles allouant de retenir ces mesures réparatrices, une appréciation spécifique de celles-ci devant aujourd'hui être privilégiée. De cette manière, on visera à permettre une prise en compte concrète des correctifs, conforme aux conséquences effectives des opérations, et non uniquement aux avantages hypothétiques que ceux-ci pourraient engendrer.

C'est sur la base de ce qui précède que nous chercherons à établir un droit souhaitable à futur relativement à ces trois piliers du droit. En finalité, cet écrit tendra à fournir des propositions relatives aux éléments susmentionnés, mais également en la critique et la négation de considérations aujourd'hui largement établies par les autorités de la concurrence. Nous chercherons, dans cette optique, à développer, *de lege feranda* et en substance, un nouveau fardeau de la preuve relatif à chacun des types d'effets non coordonnés, mais également une clause générale, visant à couvrir l'ensemble des hypothèses menant à des effets anticoncurrentiels de type unilatéral. Ainsi, la finalité recherchée dans ce cadre tendra à écarter l'insécurité juridique aujourd'hui trop présente dans l'évaluation d'opérations de concentration, et ainsi à permettre une réelle transparence relative à l'appréciation de la Commission. Pour ce qui a trait aux gains d'efficacité, nous viserons à revisiter le principe même de leur prise en considération dans le cadre de l'appréciation d'opérations engendrant des effets non coordonnés. Nous aurons ainsi pour objectif d'établir des règles spécifiques à ce secteur du droit, lesquelles tendront à refléter une réalité économique bien plus concrète et réaliste que les critères actuellement en place, inaptes à couvrir le déclenchement d'effets non coordonnés de manière appropriée. En effet, cet élément réparateur spécifique nécessite, de par son essence même, de coïncider aux effets économiques effectifs d'une opération sur le marché. Ainsi, cela implique aujourd'hui une modification des éléments d'appréciation y relatifs, lesquels ne le permettent pas. On visera ainsi, dans le cadre de cette démarche, à établir de nouveaux critères propres à la prise en considération, mais également à la pondération des efficiences, éléments essentiels de l'évaluation de leur impact réel sur le marché. Enfin, les engagements devront être distingués du reste de notre recherche. En effet, alors que de fortes critiques seront érigées à l'encontre des deux éléments précités, les mesures correctives devront, elles, être perçues comme un pilier du contrôle des concentrations. En effet, ces dernières servent aujourd'hui de moteur à la résolution amiable des notifications posant problèmes sous l'angle de la concurrence. Toutefois, les nouvelles considérations des autorités de la concurrence mettent en péril ce système pérenne et largement établi. Il s'agira ainsi, pour le bon développement du droit à futur, de chercher des solutions plus adaptées, propres à une prise en compte des mesures correctives conforme à la réalité économique des effets non coordonnés. Nous viserons ainsi à remodeler la manière même de leur prise en considération, aux fins de proposer un système global et en conformité avec leurs effets concrets sur le marché. Au surplus, il conviendra de distinguer les différentes catégories de mesures correctives. On cherchera ainsi à tirer des conclusions relatives au caractère approprié de celles-ci dans le cadre spécifique des effets non coordonnés, permettant d'écarter, d'emblée, certains

éléments du contrôle. Ce sont ainsi ces trois éléments essentiels du contrôle de l'autorité que nous chercherons à revisiter tout au long de cet écrit, lequel se voudra créateur et innovant, dans le but d'offrir des solutions d'avenir plus conformes à la téléologie du droit de la concurrence et du contrôle des concentrations.

La présente étude fait au final le constat d'un droit entré en vigueur de longue date, mais jamais réellement appliqué au contexte spécifique des effets anticoncurrentiels non coordonnés, leurs cousins coordonnés ayant occupé le devant de la scène durant de nombreuses années. Néanmoins, dans une société en constante évolution, les problèmes spécifiques unilatéraux se présentent de manière de plus en plus répétée, impliquant la nécessité, aujourd'hui, d'établir des règles propres à ces effets anticoncurrentiels précis. Cet écrit aura ainsi pour vocation de critiquer les erreurs réalisées dans le cadre de ce droit par les autorités, mais également et surtout, de proposer sa vision de l'application, à futur, des règles y relatives. On visera ainsi une spécialisation d'un domaine encore trop généralisé, lequel devra certainement, à l'avenir, distinguer de façon bien plus marquée les différents types d'effets anticoncurrentiels, dont les caractéristiques spécifiques ne permettent plus de procéder à un contrôle globalisé. En effet, des solutions d'ordre général ne semblent désormais plus tenables, tant les différentes distorsions de concurrence paraissent nécessiter leur propre analyse individualisée, leurs effets sur le marché étant distincts sur de nombreux points. On cherchera ainsi, au final, à offrir des solutions novatrices, permettant une prise en compte effective des effets non coordonnés. On visera dans ce cadre particulier à apporter notre pierre à l'édifice, pour ce qui sera, l'on espère, à moyen terme, un droit établi et clarifié, dont les principes directeurs seront reconnus, tenus pour certains et adaptés aux conséquences particulières des effets non coordonnés, écartant l'insécurité juridique actuelle. De la sorte, on espère pouvoir enfin permettre une prise en compte effective de dits effets anticoncurrentiels dans le cadre de l'appréciation des opérations de concentration, tant celle-ci semble aujourd'hui nécessaire à la bonne marche du droit et au respect des décisions futures de la Commission.

2. Les principes généraux du contrôle des concentrations en droit de l'Union Européenne

2.1. Généralités

Le droit de l'Union Européenne prévoit le contrôle des concentrations d'entreprises. Celui-ci instaure, dans les cas de concentrations de dimension communautaire¹², l'obligation d'une notification préalable de l'opération de concentration, à la Commission européenne¹³. Cette dernière est dès lors chargée d'apprécier dite opération et de procéder à son examen¹⁴, afin de déterminer si elle doit être autorisée ou non¹⁵. On développera brièvement les notions évoquées ci-dessus, employées abondamment dans la suite de ce travail.

Il est tout d'abord utile de relever que la notion de concentration englobe des éléments plus larges que les fusions, comprenant également d'autres types d'opérations ayant des résultats économiquement similaires. Dès lors, au sens de l'article 3 du Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises¹⁶ (*ci-après : le Règlement ou R139/2004*), ces opérations peuvent consister en des fusions, mais également en des prises de contrôle directes comme indirectes d'une entreprise sur une autre, en des prises de participation au capital, en des achats d'éléments d'actifs, en un contrat, ou même en tout autre moyen donnant la possibilité d'une influence déterminante¹⁷. On traite ici de stratégies de croissance externe et non interne¹⁸, réduisant le nombre d'acteurs sur le marché, afin d'augmenter

12 Règlement (CE) n°139/2004, du Conseil du 20 janvier 2004, Relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*ci-après : R139/2004*), art. 1.

13 R139/2004, art. 4.

14 R139/2004, art. 2 et 6.

15 R139/2004, art. 8.

16 R139/2004, art. 3.

17 VALLINDAS, p. 41 ; voir également COMBE, *La politique de la concurrence*, 3^{ème} édition, La Découverte, Paris, 2016, n. 8-11.

18 À ce sujet, voir MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 70; RITTALER, *Industrial Concentration and the Chicago School of Antitrust Analysis – A Critical Analysis on the Basis of Effective Competition*, Verlag Peter Lang, Francfort-sur-le-Main, 1989, p. 83-86.

l'ampleur d'un ou plusieurs de ceux-ci¹⁹. On constate d'entrée qu'il faudra se pencher sur la réalité économique engendrée par les opérations en question et non, uniquement, sur les pures fusions d'entreprises, simplement partie de celles-ci, pour déterminer si l'activité en question relève de la notion de concentration.

Dès lors que dite opération de concentration atteint un certain seuil, basé sur les chiffres d'affaires des entreprises parties à l'opération et défini par l'article 1^{er} du Règlement, elle est considérée de dimension communautaire, donnant à la Commission une compétence exclusive pour la contrôler, pour autant qu'au moins l'une des entreprises concernées opère sur sol européen²⁰, sans égard au lieu d'établissement de celles-ci²¹. Cette qualification impliquera alors une obligation de notification auprès de la Commission, indépendamment de tout autre critère, devant intervenir de manière préalable à la réalisation de ladite concentration²² et, en principe²³, postérieurement à la signature des actes y relatifs²⁴. Si ces seuils ne sont pas atteints, l'opération relèvera, sous réserve de cas particuliers, de la compétence des États membres, impliquant, en deçà d'un seuil minimum de puissance économique, que l'opération échappe à la Commission²⁵. On distingue ici bien le principe du guichet

19 VALLINDAS, p. 14 ; voir également MARTENET/HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, 2^{ème} édition, collection « Quid Iuris », Schulthess Éditions Romandes, Genève/Zurich, 2021, p. 149.

20 COMBE, *Défense commerciale renforcée et concurrence mieux régulée : deux armes pour l'Europe*, Constructif, n°58, mars 2021, p. 49 (cit II) ; relativement à la dimension de l'opération, voir DECOCQ A. / DECOCQ G., *Droit de la concurrence – Droit interne et droit de l'Union Européenne*, 8^{ème} édition, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 212ss.

21 COSKUN, *Le contrôle des concentrations de l'UE*, Note d'actualité droit de la concurrence de l'UE 3/2017, Mars 2017 ; KAZZI, *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée – contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2007, p.258.

22 VALLINDAS, p. 43-44 ; voir également sur la notion de contrôle *ex ante*, FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, Presses Universitaires de France, Paris, 2011, p. 69.

23 Sur ce point, voir la possibilité d'une notification préalable à la conclusion d'un accord au sens de l'art. 4 par. 1, c. 2 R139/2004 ; voir également KOCH, Grdl. FKVO, n. 58.

24 R139/2004, art. 4.

25 VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique – Etude comparative*, Economica, Paris, 1988, p. 33 ; voir au sujet de la répartition des compétences voir RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, 5^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 593 ; DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union Européenne à la lumière du fédéralisme suisse. Systèmes, enjeux et conséquences*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, L.G.D.J., Bâle/Bruxelles/Paris, 2002, p. 301ss ; RANGEARD, *Les mutations du modèle coopératif confronté au marché*, Thèse, Université de Toulouse, janvier 2019, p. 173-174.

unique²⁶ (*one-stop shop*), permettant d'éviter le recours à une multitude de régimes nationaux indépendants, par le biais d'une compétence communautaire exclusive, consacré à l'article 21 du Règlement²⁷.

Une fois notifiée, les opérations de concentration entrant dans le champ d'application du Règlement feront l'objet d'un examen par la Commission, afin d'apprécier si elles sont compatibles avec le marché commun, au sens de l'article 2 de celui-ci²⁸. Cette évaluation sera établie par le biais du test SIEC (*Significant Impediment to Effective Competition*), lequel sera traité en détail plus loin. L'autorité sera alors chargée de se positionner sur les diverses opérations soumises à elle, autorisée à prendre trois types de décisions ; une autorisation pure et simple de l'opération, une autorisation conditionnée à la prise d'engagements par les entreprises et visant à modifier leur projet initial, remédiant aux problèmes créés par l'opération et, finalement, une interdiction stricte de l'opération²⁹. On aperçoit ici la marge de manœuvre de la Commission à l'heure de juger des opérations de concentration mais également la notion d'engagements, offrant à l'autorité la possibilité de réellement construire une décision propre à un cas d'espèce et à ses circonstances particulières. Restera dès lors à mentionner le possible emploi des voies de droit de l'Union à l'encontre des décisions de la Commission. Le recours sera ouvert contre celles-ci, auprès du Tribunal de l'Union Européenne (*ci-après : le Tribunal*), puis, par devant la Cour de Justice de l'Union Européenne (*ci-après : la CJUE*) dans le cadre d'un pourvoi limité au droit³⁰, au sens de l'article 256 TFUE³¹.

Après avoir exposé les notions générales du contrôle des concentrations européen dans les grandes lignes, il y aura lieu, dans la suite de ce travail, de se concentrer uniquement sur les éléments utiles à notre recherche. Nous

26 BRUNET/GEFFRIAUD, *La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale?*, Victoires éditions, 2004/1 n°30, p. 52ss. ; voir MARTENET/HEINEMANN, p. 151 ; BERQUIER, *Réforme du contrôle des concentrations en Europe et demandes de renvoi : vers une sectorisation?*, De Boeck Supérieur, 2020/2 n°170, p. 11.

27 VALLINDAS, p. 44 ; R139/2004, art. 21.

28 KËLLEZI, *Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 24.

29 VALLINDAS, p. 49-51 ; R139/2004, art. 8 ; voir également MARTENET/HEINEMANN, p. 159-160 ; relativement aux chiffres, voir SZCZEPANSKI, *Politique de concurrence de l'UE, La clé d'un marché unique équitable*, EPRS, Service de recherche du Parlement européen, PE 642.209, octobre 2019, p. 14.

30 OESCH, *Europarecht, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU*, 2. überarbeitete Auflage, Band 1, Stämpfli Verlag, Berne, 2019, p. 290 ; JAAG/HÄNNI, *Europarecht, Die Europäische Institutionen aus schweizerischer Sicht*, Zurich/Bâles/Genève, 2015, p. 290-291 ; ég. MARTENET/HEINEMANN, p. 161.

31 Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, (TFUE) [2016] OJ C202/1.

nous permettrons donc ci-après d'axer notre étude sur les principes essentiels au développement de cet écrit, relativement aux buts exposés en introduction. Il faudra dès lors voir en ce travail une approche nouvelle, visant à amener un apport à ce domaine du droit et des propositions pour le futur de celui-ci. On traitera ainsi des points perfectibles, préalablement mis en exergue et au cœur de celui-ci, visant à offrir des solutions de droit souhaitable pour l'avenir.

2.2. Le Règlement 139/2004

Le Règlement, déjà évoqué à titre introductif, est le texte fondamental de droit européen régissant le contrôle des concentrations. Il s'agira, dans le cadre de ce travail et à des fins de compréhension globale, de traiter plus en détail des notions clés contenues dans celui-ci. Il y aura ensuite lieu d'évoquer tout particulièrement l'article 2 du Règlement, relatif à l'appréciation des concentrations et au centre de notre étude. Finalement, il sera procédé à une comparaison légale entre celui-ci et le Règlement (CEE) n°4064/89 du 21 décembre 1989³² (*ci-après* : R4064/89), applicable avant l'entrée en vigueur du premier cité, afin d'établir les évolutions juridiques apportées par l'adoption du nouveau texte, en 2004³³.

2.2.1. Notions clés et aspects téléologiques

La notion de concentration elle-même, évoquée à l'article 3 du Règlement, ainsi que le champ d'application de celui-ci, mis en avant à son article 1^{er}, ont déjà été succinctement évoqués ci-avant. Conformément aux considérants du Règlement, on dénote que par cette notion élargie de concentration et par la prise en compte de seuils propres à son application, le Règlement vise à s'appliquer aux modifications structurelles importantes dont l'effet sur le marché s'étend au-delà des frontières nationales d'un État membre. Le champ d'application du Règlement a dès lors été établi de manière à s'appliquer en fonction de l'étendue géographique de l'activité des entreprises concernées et de le limiter par des seuils quantitatifs, afin de ne couvrir que les concentrations qui revêtent une dimension communautaire³⁴. Il faut comprendre par ces

32 R4064/89.

33 Quant au développement législatif, voir not. BERQUIER, *Essais sur l'efficacité de la décentralisation du contrôle des concentrations en Europe*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2022, p. 28ss.

34 R139/2004, c. 8 et 9.

manœuvres une volonté législative de n'appliquer le Règlement européen qu'aux opérations visant la structure des entreprises et ayant pour effet de modifier celle-ci sur le long terme. De plus, on saisit que la législation n'a pas trait à venir s'appliquer à des situations purement nationales, tant les seuils ont pour effet d'écartier cette possibilité, à l'instar des correctifs de compétence que connaît le Règlement³⁵.

Quant à l'obligation de notification, elle aussi déjà évoquée à titre introductif, on rappelle que le franchissement des seuils susmentionnés la déclenche. Au sens de l'article 4 du Règlement, cette notification doit avoir lieu avant la réalisation de l'opération³⁶. Il faut en ce sens comprendre, non pas la signature des contrats et des engagements entre les parties à l'opération, mais bien les actes de disposition effectifs, constitutifs de l'opération. On saisit à nouveau la téléologie de cette pratique, instaurant un contrôle préalable et préventif, qui repose sur la notification obligatoire³⁷. Il serait en effet bien trop complexe, voire dans certains cas plus du tout possible, d'effectuer les correctifs nécessaires, si la notification venait à être postérieure à l'opération. Plus problématique encore que l'impossibilité économique de séparer les entités nouvellement unies, un contrôle *a posteriori* pourrait impliquer des conséquences irrémédiables à la concurrence, ne permettant pas de corriger les effets anticoncurrentiels sur le marché concerné. Dès lors, cette obligation vaut de manière stricte et sans exception, pour l'entier des concentrations de dimension communautaire et indépendamment des parts de marché détenues par les entreprises parties à celles-ci³⁸. On comprend par cette dernière remarque que, non seulement des parts de marché élevées peuvent constituer un risque pour la concurrence, mais également que d'autres facteurs doivent être pris en considération, susceptibles de mener à la suppression d'une saine pression concurrentielle. Ce cas de figure est d'autant plus pertinent en matière d'effets non coordonnés, que ces derniers reposent sur nombre de facteurs et autres pertes de pressions sur le marché, propres à distordre la concurrence des suites d'une opération de concentration. Ils ne dépendent ainsi pas uniquement de l'existence de parts de marché élevées et leur analyse ne pourra se limiter à ce facteur, faute de quoi elle serait lacunaire.

Il s'agit enfin ici de traiter de la procédure appliquée par la Commission suite à la notification, relevant de deux phases distinctes, au sens des articles

35 Sur ce dernier point, voir R139/2004, c. 11 et art. 9.

36 R139/2004, art. 4 par. 1; à cet effet MARTENET/HEINEMANN, p. 155-156 et 160.

37 IDOT, *Les concentrations dans le secteur des médias : Business as usual?*, Revue internationale de droit économique, 2005(1), p. 22 et 23.

38 KOCH, Grdl. FKVO, n. 92.

6 et 10 du Règlement. Une fois la notification considérée effective par la Commission, soit lorsque complète, s'ouvre la première phase d'enquête de la Commission (*ci-après : Phase I*), qui durera entre vingt-cinq et trente-cinq jours. Au terme de celle-ci, l'autorité pourra délivrer une approbation pure et simple de l'opération, mais également une approbation conditionnelle. Au contraire et si, à l'échéance de ce délai, la Commission vient à soulever de sérieux doutes quant à l'impact de l'opération sur la concurrence, s'ouvrira une seconde phase d'analyse (*ci-après : Phase II*). Celle-ci prolongera le processus de nonante à cent cinq jours, à compter de la date de décision de l'autorité relative à la Phase I³⁹. Il sera alors procédé à un examen économique approfondi. À l'issue de cette seconde phase, la Commission devra rendre une décision, qui pourra à nouveau consister en une approbation, une approbation conditionnelle ou une interdiction, au sens de l'article 8 du Règlement. Aujourd'hui, force est de constater que les statistiques, essentielles en droit de la concurrence, indiquent que la majorité des opérations notifiées ne soulèvent pas de doutes sérieux et sont approuvées en Phase I⁴⁰. On relèvera néanmoins que cette procédure consiste en un sérieux moyen de pression pour la Commission, tant on note le retrait de procédures par les parties elles-mêmes, lorsque l'autorité décide d'approbations conditionnelles en Phase I ou de la nécessité d'une enquête approfondie, par le biais de la Phase II⁴¹. C'est donc sur ces phases analytiques que nous nous concentrerons dans le cadre de notre étude, sans toutefois avoir égard à la procédure applicable elle-même. En effet, il s'agira bien plus de chercher à déterminer les critères de l'analyse de la Commission, ainsi que les outils que détient celle-ci lors de ces étapes, aux fins de prévoir la survenance d'effets non coordonnés. On se penchera en détail sur les éléments fondant l'appréciation de l'autorité, mais également sur les mécanismes propres à corriger une appréciation négative, permettant aujourd'hui un contrôle sain et aboutissant au règlement le plus souvent amiable des opérations de concentration.

39 VALLINDAS, p. 53 ; voir ég. MARTENET/HEINEMANN, p. 160 ; COMBE, n. 15-17 ; EKLOU, *Analyse économétrique des critères de choix en matière de mesures correctrices par les autorités en charge du contrôle communautaire des concentrations*, Thèse, Université Paris 13 Sorbonne, Paris, janvier 2020, p. 15ss.

40 Commission Européenne, *Statistics on Merger Cases*, from 21 September 1990 to 31 May 2022; relativement au rôle clé des statistiques, voir BROOS/GAUTIER/RAMOS-PETTIT, *Analyse statistique des affaires d'entente dans l'UE (2004-2014)*, Revue Economique, Vol. 67, Hors série, février 2016, p. 80 et de manière plus générale, POSNER, *A Statistical Study of Antitrust Enforcement*, Journal of Law and Economics 13(2), 1970, p. 419 ; voir également M.11111 UBS / *Crédit Suisse*, du 26 avril 2023.

41 VALLINDAS, p. 55 ; pour plus de détails, DECOCQ A. / DECOCQ G., p. 240ss.

2.2.2. L'article 2 du Règlement ; appréciation des opérations par la Commission

Ces éléments formels de la procédure mentionnés et détaillés, il s'agira dès lors de se pencher plus attentivement sur le droit matériel, guidant la Commission dans l'évaluation des opérations qui lui sont soumises. On observera à cet égard l'article 2 du Règlement, norme centrale et essentielle du contrôle des concentrations européen, permettant à la Commission d'empêcher la réalisation d'opérations de concentration qui entraveraient la concurrence sur le marché commun. Il faut, à titre introductif, constater que l'on se trouve face à une disposition d'ordre très général, laissant une très grande marge d'appréciation aux autorités, tant les critères propres d'une entrave à la concurrence n'y sont pas définis avec précision. On mentionnera, à titre positif, la souplesse que cela donne aux autorités, leur permettant de s'adapter à chaque cas d'espèce, mais également les difficultés qu'une telle norme implique, tant sous l'angle de la sécurité du droit que du fardeau de la preuve imputable à l'autorité de la concurrence.

2.2.2.1. Par. 1 : les critères d'appréciation

Le premier paragraphe de cet article, bien que censé définir les critères d'appréciation relatifs aux opérations de concentration, ne contient pas de considérations matérielles propres à évaluer la compatibilité de celles-ci avec le marché commun. Le système d'appréciation s'est en effet bien plus développé au travers de la pratique des autorités de la concurrence et des diverses publications de la Commission. Les critères émanant de ce paragraphe reflètent ainsi bien plus des principes d'ordre général. Ceux-ci ne contiennent en ce sens pas d'indications sur des effets factuels concrets à prendre en considération, mais servent bien plus de base générale à l'argumentaire de l'évaluation concurrentielle⁴². On retrouve dès lors, au travers de ce paragraphe, trois grands critères qui peuvent être élevés au rang de lignes directrices pour l'entier du contrôle des concentrations. En le décomposant, on relève tout d'abord la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective au vu de la structure de tous les marchés, de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur du marché (par 1. let. a). On repère immédiatement au travers de cette condition une volonté de prise en considération concrète des caractéristiques d'espèce, propre à retenir la situation économique effective pour l'évaluation de concentrations. On cherche en effet à élargir l'analyse aux marchés voisins, mais également à la concurrence future éventuelle, preuve

42 MONTAG / VON BONIN, *in Münchner Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3^e édition, Munich, 2020, ad art. 2 FKVO, n. 3.

d'une appréciation fondée sur la réalité économique. Le deuxième critère tient dans la position de marché des entreprises concernées, ainsi que dans l'analyse de leur puissance économique et financière (par. 1 let. b). On perçoit ici un constat d'ordre très général, mais ne se limitant toutefois pas aux simples parts de marché, tant d'autres éléments, tels l'accès aux fournisseurs, aux clients, ou même les barrières à l'accès au marché doivent être prises en considération dans le cadre du contrôle. Enfin, le dernier grand principe directeur a trait à l'intérêt des consommateurs et du progrès technique et économique (par. 1 let. b), devant toujours être privilégiés et constituant le moteur du contrôle.

On tire comme conclusion du premier critère une analyse *in concreto* de la Commission, prenant compte de la réalité économique et ne se limitant pas à l'élaboration de principes purement théoriques, trop éloignés des faits concrets. Toutefois, force est également de constater que l'art. 2 par. 1 du Règlement se contente d'une analyse de surface, ne permettant pas d'établir les conditions précises d'une entrave à la concurrence et, de ce fait, pas non plus de déterminer des règles imputables à la Commission, relativement aux preuves devant être apportées par elle dans le cadre de son contrôle. Une fois encore, cette marge d'appréciation large et étendue doit être considérée comme bénéfique au droit de la concurrence, tant chaque cas d'espèce diverge, mais le contrecoup que constitue l'insécurité juridique y relative n'en est que plus étendu. Concernant le deuxième critère, il poursuit cette même logique et vise une adaptation de l'appréciation à la réalité économique. Enfin, le dernier critère reste d'ordre extrêmement général et devra servir de principe directeur, tendant vers le but général du droit. On comprend donc, en conclusion, la volonté d'une analyse fondée sur une approche tenant compte des situations économiques d'espèce à part entière. On relève néanmoins la difficulté de coexistence d'une telle approche d'avec la détermination de critères de contrôle précis, les deux notions ne coïncidant pas et impliquant la nécessité d'une solution médiane.

2.2.2.2. Par. 2 et 3 : *Compatibilité avec le marché commun*

Le troisième paragraphe de l'art. 2 du Règlement postule que les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou sur une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec celui-ci⁴³. À cet égard, on cherchera tout d'abord à déterminer plus en détail la volonté du législateur européen, au travers de l'analyse des considérants du Règlement relatifs à cet article. Quant à la notion d'entrave significative à une concurrence effective, brièvement évoquée

ci-dessous, elle fera l'objet d'une autre partie de ce travail, dans le cadre de l'étude approfondie du test SIEC. On précise enfin que le paragraphe 2 de l'article ne contient aucun intérêt analytique supplémentaire dès lors qu'il n'est que le pendant du paragraphe 3.

Premièrement et à l'aune du considérant 24 du Règlement, afin de garantir un régime dans lequel la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, celui-ci vise à permettre un contrôle effectif de toutes les concentrations du point de vue de leur effet sur la concurrence dans la Communauté. On note au sens du considérant suivant, que les marchés oligopolistiques présentent un risque particulier. Bien qu'un grand nombre d'entre eux montrent un sain degré de concurrence, certaines concentrations peuvent, même en l'absence de probabilité de coordination entre les membres de l'oligopole, avoir pour conséquence une entrave significative à une concurrence effective⁴⁴. On traite dès lors ici d'effets non coordonnés, apparaissant en l'absence de toute entente sur le marché et ne nécessitant pas de contrôle absolu du marché par une entité. On comprend alors que la notion d'entrave significative à une concurrence effective doit être interprétée comme s'étendant, au-delà du concept de dominance, également aux effets unilatéraux d'entreprises qui ne détiennent pas une position dominante sur le marché concerné⁴⁵. Cette extension sera ainsi au centre de la suite de notre travail, lequel vise à traiter les effets non coordonnés en détail. Le considérant 26 allègue ensuite que les entraves significatives à la concurrence effective résultent généralement de la création ou du renforcement d'une position dominante, qui en demeurent l'exemple le plus fréquent⁴⁶. On comprend ici, que bien que la notion de dominance ne soit plus l'unique facteur à prendre en considération dans l'évaluation de l'opération, elle n'en reste pas moins le critère prépondérant, donnant lieu à la majorité des effets anticoncurrentiels décelés par l'autorité. Le considérant 29 indique, quant à lui, la nécessité, aux fins de déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est en effet possible que les efficiences résultant de la concentration contrebalancent les effets dommageables de l'opération sur la concurrence et, notamment, le préjudice potentiel pour les consommateurs⁴⁷, étant précisé que celles-ci impliquent, pour être effectives, une diminution plus importante des coûts que

44 R139/2004, c. 24 et 25.

45 R139/2004, c. 25 ; voir BOTTERON, *Le contrôle des concentrations d'entreprises, Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain*, Thèse, sui generis, Zurich 2021, p. 169.

46 R139/2004, c. 26.

47 R139/2004, c. 29 ; voir également VALLINDAS, p. 193 et 203.

des revenus⁴⁸. Finalement et au sens du considérant 30 du Règlement, lorsque les entreprises concernées modifient une concentration notifiée, notamment en présentant des engagements afin de la rendre compatible avec le marché commun, la Commission devrait pouvoir déclarer cette concentration, telle que modifiée, compatible avec celui-ci⁴⁹. On en comprend dès lors, par ces quelques considérants, un peu plus sur le fonctionnement général de l'art. 2 par. 3 du Règlement, ainsi que sur la politique que la Commission doit suivre en matière de contrôle des concentrations. On relèvera tout particulièrement la notion d'effets non coordonnés, mais également d'engagements ou de gains d'efficacité. On perçoit une volonté de prise en compte concrète de la situation économique, retenant tant les facteurs qui pourraient nuire à la concurrence, que ceux aptes à la favoriser. Les notions évoquées ci-dessus restent toutefois encore vagues et indéterminées, perpétuant les problèmes exposés ci-avant, relatifs au fardeau de la preuve imputable à la Commission, ainsi qu'à la sécurité du droit, dans la détermination de telles entraves.

On saisit encore que l'art. 2 par. 3 du Règlement comprend de grandes incertitudes relativement aux notions indéterminées qu'il implique. Dès lors que la notion d'entrave significative sera repoussée à une analyse postérieure, on évoquera les notions de concurrence effective et de marché commun. La première contient une fois encore une très large marge d'appréciation et la nécessité d'une interprétation des caractéristiques de chaque cas d'espèce. Elle doit ainsi être vue comme vaste et sujette à interprétation. Celle-ci implique effectivement l'existence préalable à la concentration d'une concurrence opérationnelle sur le marché⁵⁰. Toutefois, l'un des cas type d'entrave reste le renforcement d'une position dominante, impliquant l'absence d'une telle caractéristique sur celui-ci. Dès lors, on se demande dans quelle mesure un tel renforcement est susceptible de déclencher dite atteinte à la concurrence. On perçoit la délicatesse que crée l'emploi de notions larges, ne permettant pas de définir une ligne d'action claire, la casuistique des autorités n'en devenant que plus fondamentale. Quant au marché commun, celui-ci semble simplement limiter le champ d'action de la Commission à l'Union Européenne⁵¹ et ne pose ainsi pas de problème majeur. C'est bien plus l'idée de partie substantielle à celui-ci qui semble sujette à interprétation et qui été développée par la casuistique. En ce sens, une analyse basée sur des critères qualitatifs et quantitatifs

48 RHOADES, *The efficiency Effects of Bank Mergers: An Overview of Case Studies of Nine Mergers*, *Journal of Banking and Finance* (22), 1998, p. 275.

49 R139/2004, c. 30.

50 MONTAG / VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 50.

51 MONTAG / VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 51.

est de mise. Sont tout d'abord décisifs les volumes et clients de la partie de marché, relativement au marché global. Les marchés locaux ou secondaires ne peuvent dès lors être considérés comme tels, sauf cas particuliers⁵². D'autre part, des zones géographiques réduites peuvent tout de même constituer une part substantielle du marché dès lors qu'elles relèvent d'une grande importance économique. En ce sens on prendra notamment l'exemple des aéroports de Francfort ou de Gatwick, retenus comme tels dans la casuistique, relativement aux marchés de l'électricité⁵³. Force est de relever l'importance prépondérante laissée à l'interprétation, mais aussi aux constructions casuistiques, lesquelles définissent ces éléments, préalablement uniquement sujets à interprétation. On saisit au final que même le cadre d'intervention des autorités de la concurrence peut être débattu, élargissant d'autant le rôle essentiel de la pratique.

2.2.3. Evolution législative – R4064/89

L'évolution du critère d'appréciation des opérations par la Commission doit à présent être évoquée. En effet, son développement permet une compréhension globale et précise du facteur actuellement employé par l'autorité. Comme préalablement évoqué, la condition actuelle d'interdiction d'une concentration réside dans l'entrave significative à une concurrence effective, mise en œuvre par le biais du test SIEC⁵⁴. On constate d'emblée que tel n'était pas le cas avant l'entrée en vigueur du R139/2004. En effet, ce critère d'évaluation n'a été introduit que par la révision de 2004, abrogeant le R4064/89⁵⁵. Auparavant et sous l'égide de l'ancien texte, la condition d'appréciation d'une concentration par la Commission relevait uniquement de la dominance sur le marché, la Commission ne considérant en aucun cas de possibles effets anticoncurrentiels en l'absence d'une position de contrôle prépondérant sur celui-ci⁵⁶. Dès lors, le test employé pour évaluer la compatibilité des opérations avec le marché intérieur reposait uniquement sur l'existence d'une position dominante découlant de l'opération, soit plus particulièrement de sa création ou de

52 SCHULTE, *Handbuch der Fusionskontrolle*, 3^e édition, 2019, n. 1980-1982; voir également M.5200 – *Strabag/Kirchner*, du 15 septembre 2008; M.3572 – *Cemex/RMC*, du 8 décembre 2004 et M.2446 – *Govia/Connex South Central*, du 20 juillet 2001.

53 MONTAG/VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 53; voir également C-98/100, 34.801 – *FAG/Flughafen Frankfurt/Main AG*, du 14 janvier 1998 et M.1383 – *Exxon/Mobil*, du 29 septembre 1999.

54 BELLIS, p. 287.

55 À cet effet, voir VALLINDAS, p. 132ss.

56 Pour une analyse comparée de l'implication des tests, voir not. RÖLLER/DE LA MANO, *The Impact of the new substantive test in European Merger Control*, *European Competition Journal*, avril 2006.

son renforcement⁵⁷. De ce fait, les effets non coordonnés ne rentraient pas en considération dans l'analyse de l'autorité, ceux-ci dépendant majoritairement, comme on le verra plus loin, de l'altération des rapports de concurrence entre les entités audit marché. En observant l'article 2 par. 3 du texte abrogé, on constate que ce dernier traitait certes déjà d'entrave significative à une concurrence effective, mais conditionnait celle-ci à la création ou au renforcement d'une position dominante, aux fins de déclarer une opération incompatible avec le marché commun⁵⁸. Ce critère de dominance n'est aujourd'hui plus qu'un exemple parmi d'autres, utile à illustrer la notion d'entrave significative, le nouveau Règlement prenant en considération également les effets unilatéraux susceptibles de découler de la concentration. On rappelle encore toutefois que le cas le plus récurrent d'entrave significative reste celui de la position dominante, les cas relatifs à d'autres facteurs restant rares et le critère de preuve le plus déterminant étant souvent celui-ci⁵⁹.

Force est dès lors de constater que la modification législative de 2004 a eu un impact essentiel sur le contrôle des concentrations européen. Pour reprendre l'analyse du Tribunal dans son arrêt *CK Telecoms*⁶⁰, que nous évoquerons plus loin, il ressort des travaux préparatoires du Règlement que la disposition 2 par. 3 aurait notamment été modifiée afin d'étendre, sur le plan matériel, le champ d'application du contrôle. Dès lors, celle-ci permet à la Commission d'appréhender, dans le contexte spécifique de marchés oligopolistiques, des opérations entravant de manière significative la concurrence effective, ce même en l'absence de renforcement ou de création de position dominante⁶¹. On peut enfin également tirer de cette modification légale un changement du fardeau de la preuve pour la Commission, celle-ci ne devant alors plus prouver la création ou le renforcement d'une position dominante menant à une entrave significative sur le marché, mais uniquement dite entrave, sans qu'elle n'ait à résulter de tels éléments. Elle permet enfin surtout la prise en considération des effets non coordonnés, essentiels à la suite de notre analyse.

On saisit ici le caractère essentiel de cette modification en matière d'effets non coordonnés, permettant la prise en considération concrète de ceux-ci et excluant les parts de marché comme unique facteur de leur survenance. On relève en ce sens le très court laps de temps qui nous sépare de cette législation,

57 BELLIS, p. 287.

58 R4064/89, art. 2 par 3 ; VANDAMME/SIMONS, *Le contrôle des concentrations dans la communauté européenne*, CRISP, 1990/28 n°1293, p. 24.

59 KOCH, Grdl. FKVO, n. 82 ; BONNET, *Les groupes et le contrôle européen des concentrations d'entreprises*, Thèse, Université de Pau et des pays de l'Adoure, 2020, p. 88-89.

60 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020.

61 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 87.

et comprend mieux le développement moindre de ce type d'effets anticoncurrentiels dans la casuistique des autorités de la concurrence européenne aujourd'hui. Les éléments exposés ci-avant permettent de conclure au besoin accru de sécurité juridique relatif à certains effets et à leur survenance, mais également de détermination plus précise du fardeau de la preuve relatif à ceux-ci, car le contrôle *a priori* n'en permet pas une démonstration *de facto*. On cherchera donc ci-après à évaluer ces éléments de manière à proposer une approche plus transparente du rôle de chacun, pour le futur, en analysant les conséquences nouvelles de l'avancée récente de ce pan du droit de la concurrence européen.

2.3. Notions économiques fondamentales

Il sied à présent de brièvement procéder à une définition de notions économiques utiles aux suites de ce travail. Il convient en tout premier lieu de distinguer les principaux types de concentrations pouvant être réalisés. Une concentration horizontale intervient entre entreprises qui opèrent au même stade économique, diminuant le nombre d'entreprises présentes sur un marché et augmentant la part de marché de la nouvelle entité issue de la concentration⁶². Il s'agit dès lors d'une concentration entre concurrents exerçant au même stade d'un même marché. Quant à la concentration verticale, elle a lieu entre entreprises situées à des niveaux différents du marché. L'exemple type en sera la fusion entre un producteur et un distributeur⁶³. Cette dernière pose bien moins problème que la première en ce qu'elle ne se trouve que peu souvent source d'effets anticoncurrentiels. Ce travail visera ainsi, à titre exclusif, les opérations entre concurrents. Enfin, il y a lieu d'évoquer brièvement les concentrations conglomerales, en ce que celles-ci tiennent dans le regroupement d'entreprises situées ni sur le même marché ni sur un marché en amont ou en aval. Elles sont le plus souvent le fait de fournisseurs de produits complémentaires ou appartenant à la même gamme. Les effets de telles opérations sont également très souvent considérés comme neutres, voire bénéfiques, par la doctrine économique⁶⁴. Tout comme dans le cadre des concentrations verticales, il n'y aura pas lieu de les analyser ci-après.

62 MALAURIE-VIGNAL, p. 344 ; voir également MELLONI, *Dictionnaire Européen de la Concurrence*, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 50.

63 Voir not. CHURCH, *The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition*, University of Calgary, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2006.

64 Voir VOGEL-VOGEL, *Concentrations conglomerales – EU*.

Apparaît ensuite la notion de pouvoir de marché, laquelle implique qu'une entreprise détient la faculté, sur un marché donné, d'appliquer des prix supra-concurrentiels, de façon profitable⁶⁵. Celle-ci se retrouve ainsi posséder un pouvoir économique important sur ledit marché. Cette position de puissance prend en considération toute entreprise qui est capable d'influencer sur la concurrence⁶⁶, ayant pour effet de mener à une distorsion des prix, gonflés vers le haut. Alors en position de force vis-à-vis de ses concurrents sur le marché, l'entreprise en position dominante ne subit plus les effets du libre marché dans la fixation de ses prix et se retrouve en position de les fixer au-delà du prix d'équilibre. L'exercice d'une telle puissance sur le marché se traduit par une perte de bien-être économique⁶⁷. On traitera en profondeur dans le cadre de ce travail des conséquences d'une augmentation du pouvoir de marché d'une entité concentrée, mais laissera en revanche de côté les pratiques anti-concurrentielles liées à la détention d'une position dominante pouvant être entreprises par une entité hors cas de fusion, notamment l'ensemble des pratiques d'exclusion⁶⁸. Il semble également essentiel de brièvement évoquer les deux types d'effets anticoncurrentiels pouvant découler d'une opération de concentration, analysés par la Commission⁶⁹. Pour ce qui a trait aux effets coordonnés, ils apparaissent dès lors que la concentration peut contribuer à inciter ou renforcer les entreprises à adopter une ligne d'action commune sur le marché. On se trouve face à des collusions tacites, se recoupant avec la notion de position dominante collective⁷⁰, permettant aux entreprises d'aligner leurs

65 GAVIL/KOVACIC/BAKER/WRIGHT, *Antitrust Law in Perspective*, 3^e édition, Thomson/West, 2008, p. 28; MOTTA, p. 40; CARLTON/PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, 4^e édition, Boston 2005, p. 93; LANDES/POSNER, *Market Power in Antitrust Cases*, Harvard Law review 937, 1981, p. 939ss; voir ég. KRATTENMAKER/LANDE/SALOP, *Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law*, Georgetown Law Journal (76), 1987; DASKIN/WU, *Observations on the Multiple Dimensions of Market Power*, Antitrust 19(3), 2005, p. 53; DECOCQ A. / DECOCQ G., p. 129ss.

66 NORDMANN, *Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1996, p.132; IMMENGA, *Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch die europäische Fusionskontrolle*, in WuW 1990, p. 376.

67 Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après : OCDE), Centre pour la coopération avec les économies européennes en transition, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, Les Éditions de l'OCDE, Paris, 1993, p. 80.

68 À ce sujet, voir not. FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, *Exclusionary practices – The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*, Cambridge University Press, 2018.

69 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, note en bas de page 29 (ci-après : *Lignes directrices*), c. 22; COATE, *An Overview of Transparency at the Federal Trade Commission: Generalities and Innovation in Merger Analysis – Updated Some More*, Washington, 2009, p. 7.

70 MALAURIE-VIGNAL, p. 359; pour un développement voir PERROT/LUBEK/D'ORMESSON, *La position dominante collective*, Droit & économie, Concurrences N°3-2011.

comportements, sans passer par des accords, contraires au droit de la concurrence. Quant aux effets non coordonnés, au cœur de ce travail, ils comprennent tous les effets dits unilatéraux et découlant d'une opération de concentration. Ils se définissent comme l'ensemble des pertes de bien-être économique liées à l'augmentation des coûts ou à la réduction des quantités produites, compte tenu de la réaction prévisible des acteurs du marché des suites de l'opération de concentration⁷¹. Ces effets découlent des nouvelles facultés que détient une entreprise des suites de l'opération de concentration, pouvant, seule, affecter la concurrence sur le marché, grâce à la nouvelle position obtenue et au nouveau contexte économique.

Quant à la délimitation des marchés, d'une importance primordiale dès lors qu'elle fournit le cadre retenu pour procéder à l'évaluation de l'opération de concentration⁷², elle doit être perçue comme l'analyse économique type de droit de la concurrence, symbole de l'ouverture du juge à l'économie⁷³. Pour ce qui est du marché de produit, il consiste en l'observation de l'entier des substituts à un bien, ceux-ci formant alors le marché pertinent. Cela implique la prise en considération, sur un tel marché, de tous les produits que le consommateur comprend comme interchangeables ou substituables, au vu de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage auquel ils sont destinés⁷⁴. La question décisive, afin de déterminer si des produits doivent être considérés comme substituts aux yeux du consommateur moyen, tient dans une projection de l'attitude de celui-ci dans le cas où l'entreprise concentrée viendrait à légèrement augmenter ses prix, dans une mesure allant de 5 à 10%. Si les acheteurs venaient, dans un tel contexte, à pouvoir facilement remplacer le produit pour un autre, ce dernier devrait être considéré substitut et ferait dès lors partie du même marché de produit. Dans le cas contraire et si les consommateurs, malgré l'augmentation du prix, venaient à se retrouver forclos avec le produit de l'entreprise concentrée, cela impliquerait l'inexistence de solutions de

71 MALAURIE-VIGNAL, p. 358 ; voir également BONNET, note en bas de page 17 ; pour une analyse économique et comparée de l'impact des divers effets anticoncurrentiels sur le consommateur voir OLCZAK, *Unilateral versus Coordinated Effects : Comparing the Impact on Consumer Welfare of Alternative Merger Outcomes*, Aston University, Birmingham, 2009.

72 ZACHMANN, *Le contrôle Communautaire des concentrations*, LGDJ, 1994, p. 215 ; voir également ORSO GILLIERON, *Les contrats verticaux en droit communautaire et suisse de la concurrence*, Thèse université de Fribourg, Schulthess, 2004, p. 123ss.

73 SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2008, p. 291 ; voir ég. ARAUJO, *Le contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil – Une analyse à la lumière des droits de l'Union Européenne et de la France*, Thèse de Doctorat en Droit présentée à l'Université Panthéon Assas, Paris, novembre 2019, p. 155.

74 ZACHMANN, p. 215.

remplacement concrètes et de même valeur⁷⁵. On parle en ce sens de test *SSNIP* (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*), propre à démontrer la profitabilité de l'augmentation unilatérale des prix, en l'absence de substituts⁷⁶. Concernant le marché géographique, on observe l'espace dans lequel s'exerce la concurrence entre les offrants. Il s'agit ici de déterminer les entreprises qui interviennent dans l'offre et la demande et dans quel périmètre⁷⁷. Ces deux notions prises conjointement vont dès lors permettre de définir le marché pertinent, lequel permettra, dans une seconde phase, d'évaluer les parts de marché des entreprises parties à la concentration sur ce même marché, essentielles dans le cadre de l'appréciation d'une opération de concentration⁷⁸. On relève enfin la communication sur les marchés pertinents, ayant pour but d'expliquer les concepts employés par la Commission dans le cadre de sa définition des marchés⁷⁹. Sans s'éterniser sur ce texte, on relève que les marchés doivent être définis essentiellement sur la base de contraintes concurrentielles. On suivra dès lors les principes exposés en amont, mais on relève néanmoins la tâche lourde encore attribuée à la Commission, qui bien que régulée par certains principes directeurs ne s'avère pas exempte de toute interprétation ou autre appréciation économique.

Ensuite, et bien que ceux-ci ne soient pas spécifiques au test SIEC, la définition des marchés oligopolistiques est essentielle dans le cadre de cette introduction, tant ceux-ci présupposent certains risques à la concurrence. Par cette notion, il faut comprendre des marchés déjà passablement concentrés, contrôlés par un nombre restreint d'entreprises. Le comportement de l'une d'elles aura, sur le marché concerné, un effet marqué sur les conditions générales de la concurrence, et donc indirectement sur la situation de chacune de ses concurrentes, du fait d'une grande interdépendance des parties à celui-ci⁸⁰. De ce type de marchés découlent certains risques inhérents à leur structure, liés à la forte concentration préalable à l'opération, qui se voit encore amplifiée des suites de celle-ci. Ainsi, la suppression de la pression concurrentielle découlant de la disparition d'un concurrent sur un marché où leur nombre est

75 MONTAG / VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 80 ; voir ég. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence – 97/C 372/03, c. 17 (ci-après : *Communication définition du marché*) ; BONNET, p. 137.

76 MOTTA, p. 102-103 ; voir également COMBE, n. 31.

77 ZACHMANN, p. 240.

78 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*, Oxford 2014, n°6.01 et 6.03 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, Munich 2010, n. 16, p. 89.

79 Communication définition du marché.

80 Lignes directrices, note en bas de page 29 ; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, *Economics of regulation and antitrust*, MIT Press, Londres, 4^{ème} édition, 2005.

initialement réduit, tend à la création d'effets non coordonnés⁸¹. Il s'agira dès lors de développer notre analyse en portant un intérêt tout particulier à ces marchés. *A fortiori*, dès lors que comme nous le verrons, ceux-ci ne sont propres à se réaliser que sur ce type de marché, on les analysera de manière exclusive, écartant les autres structures impropres à les engendrer. On précise encore la fonction de réaction de ces marchés, qui doit en être perçue comme une caractéristique type. En ce sens, on comprend que chacun des membres d'un tel marché est conscient de la présence et des activités des autres firmes⁸². On peut ici renvoyer à l'idée d'interdépendance entre les firmes. On saisit qu'en cas de mouvement d'un concurrent, ses rivaux réagiront de manière adaptée et qu'en cas d'inaction, les concurrents n'ont en principe aucun intérêt à changer de ligne d'action. On perçoit ici que les acteurs de tels marchés jouent un rôle prépondérant les uns sur les autres et que la disparition de l'un d'eux peut avoir pour conséquence de faire disparaître cet équilibre⁸³.

Il sied enfin d'évoquer la notion de concurrent potentiel. Au sens de celle-ci, on comprend toute entreprise non encore partie au marché, mais susceptible de l'intégrer dans certaines circonstances⁸⁴. Une telle entité exerce dès lors des pressions concurrentielles sur le marché, bien que n'étant pas partie à celui-ci, et une opération de concentration la concernant peut, elle aussi, être propre à engendrer certains effets anticoncurrentiels comme nous le verrons plus avant dans ce travail. On perçoit encore la finesse de ce domaine du droit de la concurrence, étendant l'analyse économique à des acteurs hypothétiques, aux fins de refléter la réalité économique du marché.

2.4. Lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales

Dans le cadre de son Règlement 139/2004, le Conseil de l'Union Européenne a publié des Lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales⁸⁵. Par celles-ci, il met en avant une série de précisions propres à l'appréciation des concentrations, basées sur les articles 2 par. 2 et 3 du Règlement. Il y a lieu de tout d'abord préciser que l'on se concentrera sur celles-ci à

81 Voir not. R139/2004, c. 25.

82 FRIEDMAN, *Oligopoly Theory*, Cambridge University Press, 1983, p. 104.

83 Pour approfondir la concurrence sur les marchés oligopolistiques, voir IVALDI/JULIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, *The Economics of Unilateral Effects*, Interim Report for DG Competition, European Commission, IDEI Toulouse, 2003, p. 27ss.

84 Lignes directrices, c. 58 ; voir également art. 2.1a) R139/2004.

85 Lignes directrices.

titre introductif, afin de permettre une première mise en évidence, non exhaustive, de certaines notions. On visera donc à rester succinct, faisant uniquement refléter le contenu de ce texte sous l'angle de l'appréciation de la Commission. On cherchera ainsi à mieux comprendre les spécificités du contrôle exercé par l'autorité. On commencera par mettre en avant des considérations générales relatives aux Lignes directrices. On traitera dans un deuxième temps de facteurs purement économiques, en évoquant les parts de marché et degrés de concentration. On cherchera ensuite à exhiber les divers effets anticoncurrentiels possibles en cas de concentration horizontale. On abordera enfin les contrepoids à une opération de concentration, permettant, dans certaines circonstances, de la rendre licite.

2.4.1. Considérations générales

En tout premier lieu, les Lignes directrices définissent la notion de position dominante, la décrivant comme une situation de puissance économique détenue par une ou plusieurs entreprises, leur donnant le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs⁸⁶. Elles rappellent ensuite le test SIEC, précisant que les cas les plus fréquents d'incompatibilité avec le marché découlent de la création ou du renforcement d'une position dominante⁸⁷. Finalement, le rôle de la Commission est défini comme impliquant la comparaison des conditions de concurrence sur un marché donné, dans l'hypothèse d'une concentration et dans le cas où elle n'interviendrait pas, impliquant un contrôle prospectif⁸⁸. L'autorité rappelle que les Lignes directrices ont pour objet de donner des orientations sur la manière dont la Commission apprécie les concentrations, dans lesquelles les entreprises concernées sont des concurrents existants ou potentiels sur le même marché en cause. On traite en l'espèce uniquement de concentrations horizontales⁸⁹, qui seront toutes analysées selon leurs circonstances d'espèce précises, mais pour lesquelles une ligne d'action d'ordre général peut toutefois être tracée. On note encore que la Commission définit

86 T-102/96 – *Gencor Ltd. c. Commission*, du 25 mars 1999, p. II-753, point 200; voir également C-68/94 et C-30/95, du 31 mars 1998, *France et autres/Commission*, affaires jointes, p. I-1375, point 221.

87 Lignes directrices, c. 4.

88 Lignes directrices, c. 9.

89 Lignes directrices, c. 6.

son rôle dans le cadre du contrôle des opérations de concentration comme étant principalement axé sur les deux volets que sont d'une part la définition du marché en cause et d'autre part, l'appréciation de l'opération de concentration du point de vue de la concurrence, sur la base du marché préalablement défini⁹⁰. Il est important de noter que ce texte est voué à évoluer relativement à la pratique décisionnelle de la Commission, celui-ci n'étant dès lors pas figé⁹¹. Il semble donc essentiel de comprendre que l'on se trouve face à un outil de droit européen décrivant les pratiques de la Commission en matière de contrôle des concentrations, mais ayant bien plus pour vocation de fournir une certaine transparence sur la méthodologie appliquée par cette dernière dans le cadre de l'évaluation des opérations. En effet, le caractère succinct de l'art. 2 par. 3 du Règlement laisse une grande marge d'appréciation aux autorités de la concurrence qu'il s'agissait très certainement de combler, aux fins d'arriver à une plus grande sécurité du droit et à une certaine prévisibilité. Le texte aura dès lors également pour but de servir les entreprises parties à un marché dans la détermination de leur comportement, leur permettant de se conformer aux exigences attendues de l'autorité.

2.4.2. Parts de marché et degrés de concentration

On se penchera en tout premier lieu sur l'estimation des parts de marché détenues par chacune des entreprises, ainsi que du degré de concentration sur le marché, essentielle à jauger la situation de concurrence. Dès lors, la Commission a pour tâche préalable de définir les marchés de produit et géographique, sur la base des critères que nous avons d'ores et déjà examinés en amont, ainsi que de déterminer la situation de concurrence relative audit marché⁹². Pour ce qui a tout particulièrement trait aux parts de marché, ce sont en général les parts existantes qui doivent être prises en considération par l'autorité, mais cela n'empêche pas la possibilité d'y intégrer des parts futures voire historiques dans certaines circonstances, notamment en cas d'entrée ou de sortie future, ainsi que d'instabilité récente des parts⁹³.

Ces éléments pris en considération, on peut passer au calcul du degré de concentration sur un marché. Pour ce faire, la Commission emploie généra-

90 Lignes directrices, c.10.

91 Lignes directrices, c. 6.

92 Lignes directrices, c.10.

93 Lignes directrices, c. 15

lement l'indice d'Herfindahl-Hirschman (*ci-après : IHH*)⁹⁴. Celui-ci est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché et sa somme maximale s'élève dès lors à 10'000⁹⁵. Plus cet indice sera élevé, plus il reflétera une grande concentration sur le marché. Il ressort surtout des Lignes directrices que des indications particulières relatives au niveau de l'IHH, mais également à la différence de niveau de l'IHH avant et après la concentration (*ci-après : le delta*), sont propres à tirer des présomptions préalables de la structure de certains marchés. En ce sens, les marchés sur lesquels apparaît un indice inférieur à 1'000 sont considérés comme peu concentrés et ceux ayant un IHH supérieur à 2'000 comme très concentrés. On ajoute enfin que les lignes directrices n'admettent qu'un risque peu probable d'entrave à la concurrence sur les marchés détenant un IHH inférieur à 1'000, sur ceux comprenant un indice situé entre 1'000 et 2'000, mais dont le delta engendré par l'opération est inférieur à 250 et sur ceux où apparaît un indice supérieur à 2'000 mais dont le delta n'excède pas 150⁹⁶. En parallèle à ces indices, on peut tout particulièrement noter qu'une part de marché particulièrement élevée, de 50 % et plus, peut en elle-même constituer la preuve de l'existence d'une position dominante sur le marché⁹⁷, ce à quoi il convient d'ajouter la conclusion contraire en ce qui a trait aux marchés sur lesquels la part des entreprises concernées n'excède pas 25%⁹⁸. À titre de conclusion, il est de mise de noter que l'IHH d'un marché, combiné au delta découlant de la concentration, peut servir de premier indice dans l'analyse de la Commission, utile notamment à déterminer l'existence d'une position dominante, mais n'est en aucun cas propre à fonder seul une présomption d'existence ou d'absence d'effets anticoncurrentiels sur le marché⁹⁹. On saisit l'importance de cette première approche pour la Commission, celle-ci pouvant tirer certaines conclusions par le biais du niveau de concentration sur un marché, ainsi que par l'analyse des parts attribuables à chacun des membres à celui-ci.

94 JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law Text, Cases, and Materials*, 7^e éd., Oxford, 2019, p. 1116; M.1365 – *FCC/Vivendi*, du 4 mars 1999, c. 40; COMP/JV 55 – *Hutchison/RCPM/ECT*, du 3 juillet 2001, c. 50; voir ég. COSNITA, *Essays on horizontal market concentration : accounting for firms' strategies and designing merger control*, Thèse, Université Panthéon – Paris I – Sorbonne, 2006, p. 87.

95 GAVIL/KOVACIC/BAKER/WRIGHT, p. 766; voir également MARTENET/HEINEMANN, p. 158.

96 Lignes directrices, c. 20; M.6905 – *Ineos/Solvay/JV*, du 8 mai 2014, c. 633; JONES/SUFRIN/DUNNE, p. 1117; WISE, *Droit et politique de la concurrence dans l'Union Européenne*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, Vol. 9, n°1, 2007, p. 38.

97 T-221/95 – *Endemol c. Commission*, du 28 avril 1999, point 134; T-102/96 – *Gencor Ltd c. Commission*, du 25 mars 1999, point 205.

98 Lignes directrices, c. 18.; C – 2000, 164/5 – *Carrefour/Promodes*, du 25 janvier 2000.

99 Lignes directrices, c. 21; MARTENET/HEINEMANN, p. 158.

2.4.3. Effets anticoncurrentiels découlant de concentrations horizontales

Il sied de mettre en avant que les Lignes directrices distinguent deux effets principaux susceptibles d'entraver la concurrence de manière significative sur un marché des suites d'une opération de concentration. La première hypothèse découle de la suppression d'importantes pressions concurrentielles sur un marché, permettant des effets anticoncurrentiels unilatéraux aux entreprises restant sur celui-ci après l'opération, de par leur part de marché accrue, cela sans besoin de coordonner leurs comportements avec leurs concurrents¹⁰⁰ ; on traite d'effets non coordonnés. La seconde réside dans le changement de la nature de la concurrence, l'opération modifiant le marché de telle sorte que celles-ci sont désormais bien plus enclines à coordonner leurs agissements, cela ayant pour finalité de nuire à la concurrence sur le marché concerné ; on vise les effets coordonnés¹⁰¹. Il s'agira ici d'en donner une brève définition, sans entrer en détail sur leur structure, dès lors que cela sera fait à suffisance plus loin dans cet écrit.

2.4.3.1. Les effets non coordonnés et coordonnés

Relativement aux effets non coordonnés, le Conseil allègue que la suppression d'importantes pressions concurrentielles sur un ou plusieurs vendeurs a pour effet d'augmenter leur pouvoir sur le marché. L'effet le plus direct de l'opération étant l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration¹⁰². À cela s'ajoute que les entreprises présentes sur le même marché qui ne sont pas parties à la concentration peuvent, elles aussi, tirer profit de l'affaiblissement de la pression concurrentielle que provoque l'opération, dès lors que l'augmentation des prix des parties peut orienter une partie de la demande vers les entreprises rivales, lesquelles peuvent, à leur tour, trouver profitable d'augmenter leurs prix¹⁰³. En outre, les concentrations sur des marchés oligopolistiques, seuls concernés par dits effets, qui entraînent l'élimination de fortes contraintes concurrentielles, peuvent avoir également pour effet d'entraver de manière significative la concurrence¹⁰⁴. On focalisera la suite de notre étude sur ces derniers.

100 Lignes directrices, c. 22 a) ; à cet effet voir BOYCE/LYLE-SMYTHE, *Merger Control*, in Bailey/Bellamy/Child/John, *European Union Law of Competition*, 8^{ème} édition, Oxford, 2018, n. 8.234.

101 Lignes directrices, c. 22 b) et 39 ; à cet effet voir MONTAG / VON BONIN, *Article 2 Appraisal of concentrations*, in Hirsch/Montag/Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary*, 2008, n. 5-4-209 (cit. II).

102 Lignes directrices, c. 24.

103 Lignes directrices, c. 24.

104 Lignes directrices, c. 25.

Quant aux effets coordonnés, ils impliquent que, des suites d'une concentration, les entreprises d'un marché estiment préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre leurs produits à des prix plus élevés¹⁰⁵. Une telle concentration implique dès lors l'augmentation de la probabilité que les entreprises soient en mesure de coordonner leur comportement et d'augmenter les prix, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée¹⁰⁶. Les lignes directrices précisent que la coordination est plus probable sur des marchés où il est relativement simple de parvenir à une compréhension mutuelle de ses modalités d'exercice. La Commission indique l'existence d'indices à ce type d'effets, prenant notamment l'exemple d'une coordination passée ou d'une coordination déjà existante sur un marché similaire¹⁰⁷. En outre, trois exigences doivent désormais être remplies pour que la coordination soit considérée comme durable ; la capacité des parties coordonnant leurs comportements à se surveiller entre elles (*transparence*), l'existence d'un mécanisme de dissuasion crédible et l'impossibilité pour les entreprises ne participant pas à la coordination de remettre en cause les résultats de la coordination¹⁰⁸. Ses conditions découlent de l'arrêt *Airtours*¹⁰⁹ et sont aujourd'hui nécessaires à retenir des effets coordonnés. Il y a dès lors lieu pour la Commission d'analyser la réalisation de l'un de ces effets, celle-ci ayant alors pour tâche d'examiner la structure du marché au contentieux et de déterminer si leur survenance est à craindre. On note d'entrée l'importance de porter une attention toute particulière aux liens de concurrence internes entre les parties à un marché, mais également à la modification éventuelle de ceux-ci, ainsi qu'à la propension des acteurs d'un marché donné à aligner leurs comportements, des suites d'une opération de concentration.

2.4.3.2. Concentration d'avec un concurrent potentiel et concentration créant ou renforçant la puissance d'achat sur les marchés en amont

À l'heure d'évaluer les opérations de concentration sur un marché, la Commission doit en principe tenir compte des entreprises d'ores et déjà sur celui-ci. Il se peut toutefois que les concurrents dits potentiels n'aient pas encore saisi

105 Lignes directrices, c. 39.

106 T-102/96 – *Gencor Ltd c. Commission*, du 25 mars 1999, c. 277 ; T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002, c. 61.

107 Lignes directrices, c. 41 et 43.

108 Lignes directrices, c. 41 et 42 ; voir BOTTERON, p. 186 ; CLERC/KËLLEZI, in Martenet/Bovet/Tercier : *Commentaire romand droit de la concurrence*, 2^{ème} édition, Bâle, 2013, ad art. 4 al. 2 LCart, n. 219.

109 T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002.

l'opportunité d'entrer sur le marché, mais que leur présence joue tout de même un rôle sur la concurrence, dès lors que ceux-ci pourraient l'intégrer en cas de situation favorable pour eux. En ce sens, les entreprises déjà parties à celui-ci seraient induites à ne pas fausser la concurrence par une augmentation de leurs prix, sachant qu'en cas d'écart un nouvel entrant serait à même de réduire leur profit. On traite en ce sens de concurrents potentiels. La Commission avance dès lors que la réunion d'une entreprise déjà sur le marché avec l'un de ceux-ci est elle aussi à même de produire des effets anticoncurrentiels du type de ceux analysés en amont. L'autorité ajoute que cette possibilité est notamment propre à se matérialiser lorsque le concurrent potentiel possède des actifs lui permettant une entrée rapide sur le marché, réduisant ses coûts irrécupérables¹¹⁰. Ce constat démontre la logique que doit suivre la Commission dans son évaluation, de trop grosses contraintes financières empêchant une entrée, et annihilant la possibilité d'effets anticoncurrentiels. On observe le spectre élargi du contrôle effectué, l'autorité ne pouvant se contenter d'évaluer le marché dans sa situation actuelle mais devant tenir compte des hypothèses économiquement probables aux fins de déterminer des effets anticoncurrentiels. En l'absence de telles considérations, les déterminations de l'autorité ne pourraient être reçues, ne représentant pas la réalité à futur en cas de concentration.

D'autre part, la Commission a en principe pour tâche d'analyser les conséquences d'une opération de concentration horizontale sur le marché liant directement les parties concernées. Toutefois, il se peut que l'autorité soit amenée à observer les résultats de l'opération sur des marchés en aval ou en amont de celui initialement au contentieux. En effet, l'autorité explique qu'une opération qui crée ou renforce le pouvoir de marché d'un acheteur peut entraver de manière significative la concurrence effective. En ce sens, la nouvelle entité issue de l'opération peut être en mesure d'obtenir de meilleurs prix en diminuant ses achats de biens ou de ressources destinés à la production, l'incitant à réduire sa production sur le marché et lésant ainsi le consommateur. Les lignes directrices rappellent le cas type susceptible de se réaliser sur les marchés en aval, la nouvelle entité issue de l'opération étant susceptible de faire usage de sa puissance d'achat vis-à-vis de ses fournisseurs afin d'évincer ses concurrents¹¹¹. Ainsi, de manière indirecte et en passant par le biais d'un marché directement

110 Lignes directrices, c. 58 et 59.

111 Lignes directrices, c. 61; pour approfondir, FREYTAG, *La puissance d'achat en droit européen de la concurrence*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre la Défense et Université de Hambourg, 2014, p. 92ss.

lié à celui au contentieux, la nouvelle entité sera à même de réduire le nombre de ses concurrents, menant à une entrave significative à la concurrence sur le marché. Il est important de noter que ce type de concentration peut toutefois avoir l'effet inverse, dès lors que l'entité concentrée ne serait pas à même de fausser la concurrence. Dans un tel cas, l'augmentation de la puissance d'achat mènerait à une baisse des coûts des ressources, se traduisant par des économies pour le consommateur¹¹². On saisit toute la difficulté de la tâche incombant à la Commission, en ce sens qu'elle ne peut se contenter de vérifier les effets sur le marché directement concerné, mais se doit d'analyser ceux voisins. De même, on comprend la finesse des théories économiques appliquées qui auront toute leur importance en matière de détermination des effets anticoncurrentiels et dont l'application mènera à des résultats divergents selon certains cas d'espèce ténus, tenant de l'évaluation à futur.

2.4.4. Brève introduction aux éléments réparateurs

Dès lors les motifs propres à entraver une concurrence efficace sur le marché mis en avant par la Commission, celle-ci, dans les derniers paragraphes de ses Lignes directrices, se penche sur les éléments opposés à ceux-ci, à même d'annihiler les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration. Ceux-ci faisant l'objet d'une étude approfondie ultérieure, il ne sera, une fois encore, passé à leur examen qu'en surface et de manière choisie dans le cadre du présent chapitre.

2.4.4.1. L'entrée sur le marché

On traite ici de l'entrée sur le marché potentielle de nouveaux concurrents. En effet, lorsque l'entrée sur un marché est relativement aisée, il est peu probable qu'une concentration soulève d'importants problèmes de concurrence¹¹³, les nouveaux entrants annihilant les effets anticoncurrentiels de la concentration dès lors qu'ils sont en position de saisir la moindre baisse de pression pour dévier les profits des parties à l'opération. L'analyse des barrières à l'entrée joue donc un rôle clé dans l'appréciation concurrentielle. En effet lorsque celles-ci sont élevées, il est peu probable que la perspective d'une entrée exerce une contrainte significative sur les parties à la concentration et les dissuade d'augmenter leurs prix¹¹⁴. Dans une même optique, les économies d'échelle consti-

112 Lignes directrices, c. 62.

113 Lignes directrices, c. 68.

114 Lignes directrices, c. 70; KËLLEZI, p. 49.

tuent un facteur empêchant l'entrée, dès lors que les entreprises en place peuvent réduire leurs coûts de production, aux fins d'empêcher l'entrée de concurrents¹¹⁵. Enfin, pour que l'entrée de nouveaux concurrents puisse être considérée comme une contrainte concurrentielle suffisante sur les parties à la concentration, la Commission relève qu'il faut démontrer qu'elle est probable, propre à intervenir en temps utile et suffisante pour prévenir ou contre-carrer les effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération. Le texte mentionne la nécessité d'une analyse à futur du marché. En ce sens, il faut observer l'évolution prévisible de celui-ci. Les probabilités d'entrée seront dès lors évidemment plus grande sur un marché en pleine expansion, que sur d'autres déjà plus stabilisés ou appelés à décliner à moyen terme. Enfin et dans une logique opposée, l'entrée sera d'une bien plus grande probabilité si l'entreprise concernée dispose déjà d'installations de production venant d'un autre marché et pouvant être employées dans le marché en question, réduisant d'autant leurs coûts irrécupérables¹¹⁶.

On comprend la logique économique qui découle de cette notion, un acteur économique encore externe au marché pouvant réduire à néant les efforts des parties à la concentration. En effet, la Commission se doit dès lors d'envisager, dans une logique hypothétique, les réactions des acteurs potentiels au marché et leur possibilité concrète d'intégrer celui-ci et de maintenir la concurrence, en cas de réalisation de l'opération de concentration contentieuse. On constate une analyse concrète tenant compte de tous les aspects économiques et cherchant à déterminer les possibilités d'entrée réelles et non seulement hypothétiques, ainsi que la volonté de considérer l'entier de la structure du marché dans cette démarche. On saisit enfin que l'entrée sur le marché doit être vue comme le pendant de la concurrentielle potentielle, tant elle consiste en une condition de celle-ci.

2.4.4.2. *Les gains d'efficacité*

D'hypothétiques gains d'efficacité, découlant d'une opération de concentration, sont susceptibles de contrebalancer les effets anticoncurrentiels engendrés par celle-ci. En effet, certaines restructurations d'entreprises, prenant la forme de concentrations, peuvent correspondre aux exigences d'une concurrence dynamique et être de nature à augmenter la compétitivité de

115 Lignes directrices, c. 72; PICARD, *Eléments de microéconomie*, Volume 1, Théorie et applications Montchrestien, 6^{ème} édition, 2002, p. 438ss; BAIN, *Barriers to New Competition – Their Characters and Consequences in Manufacturing Industries*, Augustus M. Kelley. Reprinted 1993, 1956.

116 Lignes directrices, c. 72 et 73.

l'industrie¹¹⁷. Tel sera le cas lorsque les gains d'efficacité générés par l'opération seront à même d'accroître la capacité et l'incitation de l'entité issue de l'opération à adopter un comportement favorable à la concurrence, contrant les effets anticoncurrentiels que la concentration risquerait de produire dans le cas contraire¹¹⁸. On mentionnera à ce titre, notamment, les économies de coûts de production, la fusion de réseaux de distribution, ou les améliorations technologiques¹¹⁹. Pour que la Commission tienne compte de gains d'efficacité, ceux-ci doivent remplir trois conditions cumulatives¹²⁰ ; être à l'avantage des consommateurs, propres à la concentration et vérifiables¹²¹, les parties à celle-ci devant également indiquer comment les gains seront reportés sur les consommateurs et pourquoi ils ne pourraient être réalisés en l'absence de l'opération¹²². On précise que les gains d'efficacité ne sont que très relativement pris en considération par la Commission aujourd'hui. En effet, les efficacités n'ont qu'une place marginale dans l'appréciation des opérations de concentration par l'autorité. Ainsi, la Commission adopte une vision méfiante, considérant que la majorité des économies découlant des synergies propres à l'opération seront gardées par l'entreprise et ne profiteront pas au consommateur¹²³. L'autorité refuse par ailleurs de prendre en considération certains gains d'efficacité, considérant que seule la diminution des coûts variables est propre à profiter aux consommateurs, excluant qu'une variation sur les coûts fixes puisse bénéficier à ceux-ci¹²⁴. Cette approche de la Commission limite donc l'emploi des gains d'efficacité. On note enfin l'avis de Vallindas, pour qui le Règlement de 2004 a intégré les efficacités afin de contrebalancer la prise en compte des effets non coordonnés, intégration restée vaine du fait de l'absence de concrétisation dans la pratique de la Commission¹²⁵. On nuancera toutefois ce propos, en ce sens que certaines efficacités, notamment celles liées à des réductions de coûts fixes, ne se répercutent pas sur le consommateur, et qu'il semble dès lors logique de ne pas les prendre en considération dans l'appréciation des

117 R139/2004, c. 4, Lignes directrices, c. 76.

118 Lignes directrices, c. 77.

119 ILZKOVITZ/MEIKLEJOHN, *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?*, Cheltenham, 2006, p. 61 ; VOGEL, *European Competition Law*, 2^{ème} édition, Paris, 2018, p. 613 (*cit II*).

120 Lignes directrices, c. 78.

121 Lignes directrices, c. 80 à 86 ; BOTTERON, p. 231.

122 Lignes directrices, c. 87 ; JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests, Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle*, Zurich 2017, p. 29.

123 VALLINDAS, p. 211.

124 Voir MOTTA, p. 241.

125 VALLINDAS, p. 205.

concentrations¹²⁶. Ce dernier avis est d'ailleurs partagé par la Commission, considérant bien plus les économies de coûts variables comme propres à se répercuter sur le consommateur¹²⁷.

Encore une fois, la logique économique prime en matière de contrôle des concentrations, impliquant de la Commission une analyse économique détaillée du marché. On perçoit toutefois ici une tendance au refus de la prise en considération des gains d'efficacité par l'autorité, cette dernière se méfiant particulièrement de l'allocation de ceux-ci. Nous y reviendrons en détail plus avant dans ce travail.

2.4.5. Conclusion

Les Lignes directrices ont dès lors pour but de guider et d'orienter la Commission dans son appréciation des concentrations horizontales. Comme exposé ci-dessus, elles définissent des méthodes d'appréciation ainsi que des présomptions, utiles à l'examen des opérations. Prises sous un autre angle, elles peuvent également servir d'indicateur aux entreprises à une opération, leur permettant d'évaluer, par elles-mêmes et de manière préalable, la légitimité de leur concentration. En conclusion, au vu du grand nombre de notions juridiques indéterminées ou laissant place à une appréciation subjective qui le composent, le contrôle des concentrations nécessitait l'établissement d'un guide, permettant la mise en place de principes directeurs. Celui-ci alloue dès lors un peu plus de prévisibilité au droit, permettant par la même occasion une sécurité juridique plus assurée.

Nonobstant, les Lignes directrices règlent les questions suffisamment en surface pour permettre une marge de manœuvre à la Commission, ce tout particulièrement en ce qui a trait aux interprétations économiques, qui tiennent un grand rôle dans la tâche de l'autorité. Comme exposé ci-dessus, celles-ci relèvent de la prise en considération de l'entier des facteurs du marché en cause, la Commission se devant d'analyser les conditions actuelles, mais également future et passées des marchés concernés, aux fins de déterminer les effets réels et concrets de l'opération de concentration. On réalise ici la difficulté qu'implique une appréciation *a priori*, ne permettant pas de constater des éléments effectifs, mais laissant uniquement ouverte la porte de l'interprétation économique à futur, parfois délicate et uniquement fondée sur des évaluations

126 À ce sujet, ZIMMER, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 356-357.

127 Lignes directrices, c. 80.

économiques¹²⁸. On comprend dès lors également le rôle fondamental que joueront les parties à une opération de concentration, se devant d'apporter des éléments propres à soutenir leurs allégations. Il s'agira toutefois encore de se demander dans quelle mesure le fardeau de la preuve sera imputable à la Commission, celle-ci devant amener les preuves des effets qu'elle retient.

2.5. Fardeau de la preuve et contrôle judiciaire

Au vu des éléments exposés ci-avant, et de l'impact de la casuistique des autorités de la concurrence dans le cadre du développement du droit, il y a enfin lieu, de s'arrêter très brièvement sur le contrôle judiciaire des décisions de la Commission. On abordera ensuite et à titre principal la question du fardeau de la preuve imputable à la Commission, élément constamment repris dans le cadre de ce travail, tant sa fluctuation et son caractère encore bien trop indéfini en matière d'effets non coordonnés constituent des facteurs clés de notre analyse. En effet, le futur de ce type d'effets anticoncurrentiels sera en grande partie déterminé par les décisions à venir, propres à déterminer le seuil de preuve pouvant être attendu de l'autorité.

Dans ce cadre, il convient tout d'abord de très brièvement aborder le recours en annulation auprès du tribunal, ainsi que les pourvois par devant la CJUE. Au sens de l'article 19 du Traité sur l'Union Européenne (*ci-après : TUE*¹²⁹), les autorités de contrôle judiciaires en droit de l'Union Européenne ont pour but d'assurer le respect du droit de l'Union dans l'interprétation et l'application des traités¹³⁰. En ce qui concerne les décisions de la Commission en matière de concurrence, elles sont soumises à un contrôle judiciaire exercé par le Tribunal. Les décisions de la Commission déclarant une concentration compatible ou incompatible avec le marché peuvent dès lors faire l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal¹³¹. La Cour de justice de l'Union Européenne (*ci-après : la CJUE*) statue, quant à elle, sur des questions de droit

128 Pour la possibilité d'un contrôle *ex-post*, voir BOUGETTE, *Analyse et limites de l'évaluation rétrospective d'une concentration*, Revue internationale de droit économique, 2009(2); BOUGETTE/VENAYRE, *Contrôle a priori et a posteriori des concentrations : Comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ?*, Revue d'économie industrielle, De Boeck Université, 2008; pour une des notions *ex-ante/ex-post* et leur lien avec la notion de compliance, voir FRISON-ROCHE, *Droit de la concurrence et droit de la compliance*, Concurrences N°14-2018 (cit. II).

129 Traité sur l'union Européenne, TUE, [2012] C 326/01.

130 OESCH, p. 112.

131 JAAG/HÄNNI, p. 290-291; voir également MARTENET/HEINEMANN, p. 159; pour les conditions voir – Vogel-Vogel, Recours en annulation – EU Procédure.

contre les arrêts du Tribunal. Dits arrêts peuvent dès lors faire l'objet d'un pourvoi par devant la CJUE, limité toutefois à l'analyse des questions de droit¹³².

Il sied à présent de s'arrêter sur le fardeau de la preuve imputable à la Commission. Cette dernière se voit attribuer de larges pouvoirs en matière de droit de la concurrence, ce qui n'est pas sans impliquer une obligation accrue en matière de preuve. Il est désormais de jurisprudence constante qu'il revient à la Commission d'apporter des preuves suffisamment précises et concordantes¹³³. Elle devra dès lors démontrer les conclusions auxquelles elle parvient lors de l'appréciation d'opérations de concentration¹³⁴. Il semble de grande importance de percevoir tout d'abord que la preuve, en matière de contrôle des concentrations, reposera sur une analyse économique des situations d'espèce. C'est donc l'analyse prospective de la Commission, concluant à ce que la concentration risque de faire évoluer le marché d'une certaine façon, qui doit être contrôlée. La question de la charge de la preuve doit être envisagée selon le contentieux en cause. Lorsque la Commission prend des décisions qui limitent les droits des particuliers ou des entreprises, notamment par l'interdiction d'une fusion, il lui revient de démontrer la nécessité de la mesure qu'elle prend¹³⁵. Cette démonstration tiendra dans le caractère convaincant des preuves mises en avant par la Commission, celles-ci étant évaluées dans leur crédibilité. Il faudra en ce sens, pour que les arguments de la Commission soient considérés comme suffisants, que la balance des probabilités penche en faveur de la thèse prospective mise en avant par la Cour¹³⁶, menant à un résultat probable du type de celui prédit par l'autorité. On nuancera toutefois cette dernière affirmation, le fardeau de la preuve et la balance des intérêts y relative étant aujourd'hui remis en question par le Tribunal.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que l'exigence en matière de preuve imputable à la Commission, bien que définie, reste vague et diffère dans chaque cas d'espèce ainsi que relativement à chaque type d'effets anti-concurrentiels. En effet et comme on a pu l'apercevoir, la jurisprudence du Tribunal sera apte à jouer un rôle clé dans la détermination des éléments devant être apportés par l'autorité. Cela a déjà notamment été le cas en matière d'effets coordonnés, où les conclusions du Tribunal sont devenues règles dans l'arrêt *Airtours*. À l'heure actuelle, seule la décision *CK Telecoms* a permis au Tribunal

132 OESCH, p. 80 et 290.

133 VALLINDAS, p. 356; C-204/00P – *Aalborg Portland e. a. / Commission*, du 7 janvier 2004, p. I-123.

134 BELLIS, p. 85.

135 VALLINDAS, p. 355 et 379.

136 VALLINDAS, p. 381 à 383.

d'exprimer son opinion sur les effets non coordonnés et sur le fardeau de la preuve y relatif. On évoquera ces décisions plus avant dans ce travail et cherchera à mettre en avant les enseignements de la seconde relativement aux effets non coordonnés. On comprend que l'art. 2 du Règlement, examiné en amont, laisse une très grande liberté d'appréciation aux autorités de la concurrence, et on perçoit ainsi le caractère essentiel de la détermination du fardeau de la preuve dans ce domaine du droit. Le caractère général de l'article entraîne avec lui une absence de définition des atteintes précises et répréhensibles à la concurrence. On se trouve dès lors balancés entre une loi bénéfique, en ce qu'elle laisse la possibilité à la Commission d'évaluer les effets concrets de chaque cas d'espèce, mais également imprécise et dangereuse, en ce qu'elle ne permet pas la définition d'éléments valant effets anticoncurrentiels. On ressent une fois encore la nécessité d'un cadre plus défini, mais également du besoin de maintien de la souplesse du système actuel.

Les brefs éléments exposés ci-dessus permettent une perception d'ensemble du contrôle juridictionnel relatif aux décisions de la Commission, mais également la difficulté qu'implique la détermination du fardeau de la preuve imputable à celle-ci. Au vu du nombre très réduit d'opérations menant à de réelles batailles juridiques et du fait que les arrêts du Tribunal ne sont pas légion, les décisions sur recours auront un poids fondamental dans le développement et la mise en œuvre du droit et, par ce biais, également dans la détermination de la charge de la preuve imputable à la Commission. On s'appuiera dès lors sur ceux-ci tout au long de notre analyse, afin de déterminer les conditions actuellement applicables, mais également dans le but de définir le droit souhaitable à futur. On visera ainsi sur la base des éléments déjà à disposition, ainsi que sur notre étude personnelle, à déterminer un fardeau de la preuve approprié imputable à la Commission, pour l'essor et le développement du contrôle des effets non coordonnés.

3. Les effets non coordonnés

Dès lors que les notions générales du contrôle des concentrations ont été exposées ci-avant et que le fonctionnement général du droit a été établi à suffisance aux fins des développements du présent écrit, il s'agira dans le cadre du chapitre à suivre d'analyser l'appréciation des autorités de la concurrence relativement aux opérations de concentration. On se questionnera ainsi sur les éléments que ces dernières doivent examiner dans ce contexte, se penchera en détail sur les divers types d'effets anticoncurrentiels susceptibles de mener à une entrave significative sur le marché et cherchera à exposer les effets concrets que les opérations sont à même d'engendrer, visant à déterminer en quel sens ceux-ci peuvent fausser la concurrence sur le marché et mener à une entrave significative. Il sera en ce sens essentiel de saisir les conséquences concrètes d'une opération et de son impact sur le marché dans sa globalité. Il conviendra également, dans le cadre d'une évaluation à futur, d'étudier dans quelle mesure la preuve de la survenance de certains facteurs devra être apportée par la Commission, respectivement, savoir à quel point les prédictions émanant de théories économiques et de la structure préalable du marché peuvent suffire à tirer la conclusion d'effets anticoncurrentiels.

On consacrera ainsi une partie introductive de cette étude au test SIEC, au centre de l'analyse et des appréciations de la Commission. On cherchera tout d'abord, dans le cadre de celle-ci, à définir la notion d'entrave significative. On poursuivra en analysant le pronostic devant être établi par l'autorité, mais également les divers éléments devant être pris en considération par elle dans le cadre de celui-ci, ainsi que les outils utiles à son appréciation sur les effets de l'opération. Il sera ensuite procédé à l'étude des effets coordonnés. Dans ce cadre, on analysera premièrement ceux-ci sous un angle théorique. On poursuivra par une étude de la casuistique successive en la matière, propre à expliquer l'origine des règles aujourd'hui applicables, permettant de saisir le caractère essentiel de la jurisprudence dans le cadre du contrôle des concentrations. On travaillera ici dans un but comparatif, aux fins utiles de mettre en parallèle la situation actuellement connue en la matière et celle qui prévaut relativement aux effets non coordonnés.

Il sera finalement procédé à une analyse approfondie des effets non coordonnés. On effectuera en premier lieu une étude des divers effets recensés, tant de manière théorique qu'au travers des décisions de l'autorité relatives à ceux-ci. On continuera en abordant la première décision du Tribunal relative

à ces effets, *CK Telecoms*, à l'encontre de laquelle des critiques devront être érigées, dans le but de déterminer un droit plus adapté à futur. Dans ce même cadre, il sera également procédé à une analyse des concentrations d'avec un concurrent potentiel ainsi que de celles qui renforcent une puissance d'achat sur les marchés en amont, également propices à la survenance d'effets anti-concurrentiels sur les marchés. Dès lors que des effets non coordonnés sont susceptibles de se réaliser par des opérations de ce type, il y aura également lieu de les analyser, en observant l'importance accrue de l'analyse économique dans ces cas particuliers.

3.1. Le Test SIEC

Depuis l'entrée en vigueur du Règlement, le critère fatidique de l'analyse de la Commission est désormais celui de l'entrave significative à une concurrence effective, permettant un spectre de contrôle plus large et dont la position dominante n'est qu'un élément parmi d'autres¹³⁷. Il s'agira ainsi de définir la notion d'entrave significative, avant de développer les règles relatives au pronostic de la Commission dans son appréciation des opérations, puis enfin de mettre en avant le rôle clé de la jurisprudence européenne dans la construction de cette définition. Il conviendra enfin de tirer des conclusions relatives au test SIEC et de comparer la situation actuelle à celle ayant fait foi avant l'adoption du nouveau Règlement.

3.1.1. Entrave significative à une concurrence effective v. Création ou renforcement de position dominante

Depuis 2004, le champ d'intervention de la Commission a été élargi, le critère clé devenant l'entrave significative à une concurrence effective, notion plus vaste que la stricte dominance sur le marché. Il faut comprendre ce test comme un compromis politique, permettant la prise en considération d'effets anti-concurrentiels, même en l'absence de position dominante, par le biais d'effets unilatéraux¹³⁸. On définira dès lors ci-dessous la notion de position dominante,

137 KOCH, Grdl. FKVO, n. 82 ; BONNET, p. 88-89.

138 MONTAG / VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 80 ; voir également Commission européenne, *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE*, Livre Blanc, Bruxelles 2014, p. 4ss ; relativement à la prise en compte des effets unilatéraux avant la réforme de 2004, voir HEWITT, *Les critères de fond utilisés pour l'évaluation des fusions*, Éditions de l'OCDE, 2004/3 Vol. 6, p. 125ss.

ainsi que le nouveau critère d'entrave significative, afin de comprendre l'étendue de l'expansion du contrôle de la Commission.

Bien que n'étant plus le seul critère propre à établir la non-conformité d'une opération de concentration au droit européen, le critère de la position dominante, en lien avec sa création ou son renforcement, en reste le cas type¹³⁹. Elle se définit comme une position de puissance économique détenue par une entreprise et lui donnant le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur un marché. Cette position, bien que pas illicite *per se*, permet des comportements indépendants anticoncurrentiels à l'entité en bénéficiant¹⁴⁰, celle-ci étant en position d'augmenter les prix unilatéralement, sans subir le risque d'une quelconque réduction des ventes. Cette notion doit enfin être comprise comme intrinsèquement liée à celle de pouvoir de marché, l'entreprise nécessitant ce dernier élément afin de se révéler en position d'imposer ses prix, indépendamment de toute concurrence. Par opposition et dès lors que le nouveau Règlement a une portée plus large que le critère de dominance, l'entrave significative permet à la Commission d'appréhender les rapprochements d'entreprises effectués sur les marchés oligopolistiques, sans nécessité d'une position dominante ou de collusion¹⁴¹. On comprend ici que, dans les cas où une première analyse des facteurs structurels, comme les parts de marché des entreprises parties, n'aurait pas mené à soulever de doutes quant aux effets de l'opération sur la concurrence, la Commission aura la possibilité d'effectuer une analyse plus détaillée de l'impact de la concentration et de ses effets sur le marché¹⁴². On pourra alors imaginer divers facteurs susceptibles de créer une entrave significative à la concurrence. On relèvera tout particulièrement la suppression de pressions concurrentielles¹⁴³, notion générale créée par la réunion de deux entités précédemment concurrentes sur un marché, faisant craindre l'augmentation des prix, même en l'absence d'une position dominante¹⁴⁴. Dès lors, cet effacement de la pression pourra émaner de causes diverses que nous nous retiendrons d'exposer dans l'immédiat. Il faut néanmoins comprendre la modification législative adoptée comme permettant à la Commission d'agir de manière bien plus étendue, même en l'absence de position préférentielle absolue. Cette dernière aura ainsi pour tâche de clarifier sa prérogative, afin

139 MALAURIE-VIGNAL, p. 356; KOCH, Grdl. FKVO, n. 82.

140 MELLONI, p. 153; voir BONNET, note en bas de page 1685.

141 Voir KOKKORIS/SHELANSKI, n.7.55.

142 KÖRBER, *ad art.* 2 FKVO, Rn 353.

143 Lignes directrices, c. 22 et 24.

144 MALAURIE-VIGNAL, p. 357-358.

d'assurer la sécurité juridique des parties à la concentration¹⁴⁵. En ce sens, elle ne pourra, en particulier, pas se contenter d'alléguer que la modification législative avait pour but de permettre la couverture de l'ensemble des effets anticoncurrentiels qui n'étaient pas pris en compte sous l'égide de l'ancien critère d'évaluation¹⁴⁶. Ainsi, on distingue, sur les marchés oligopolistiques, le spectre d'effets anticoncurrentiels non désirables, contre lesquels la Commission n'avait aucun impact par le passé et à l'encontre desquels elle peut désormais agir. Toutefois et comme il y aura lieu de le développer, cette nouvelle approche, certes plus en ligne avec les considérations économiques réelles d'espèce, se heurte à son manque de caractère concret. En effet, elle mènera à une large interprétation et devra être façonnée par la casuistique pour réellement exister et respecter la sécurité du droit. Une forte insécurité juridique demeure dès lors, et la mise en place d'outils plus concrets, propres à déterminer la survenance d'effets anticoncurrentiels semble souhaitable.

3.1.2. Pronostic de la Commission

Il convient à présent d'examiner le processus employé par la Commission aux fins d'autoriser ou non une opération. On rappelle dans ce cadre, la très large marge d'appréciation laissée à l'autorité, en conflit avec la nécessité d'une preuve suffisamment établie, dans le cadre d'une évaluation devant être établie à futur. On cherchera à identifier ci-après les différents éléments en mains de l'autorité ainsi que les facteurs importants à prendre en considération.

En premier lieu, il sied de relever la difficulté que constitue un examen *a priori*. En effet, l'entier de l'analyse de la Commission se voit conditionnée de ce fait, ne pouvant pas baser ses estimations sur des éléments déjà réalisés, mais devant évaluer la réalisation d'éléments hypothétiques. On traitera en ce sens de pronostic de la Commission. Dans une telle configuration, va évidemment se poser la question des théories économiques, de leur bien-fondé mais également de leur réalisation concrète. Le fardeau de la preuve imputable à la Commission, directement lié à celles-ci, s'en verra conditionné. On comprend donc que le changement législatif implique non seulement un élargissement des prérogatives de la Commission, mais également une refonte de sa méthodologie en matière d'appréciation des opérations. Certes, les cas de création ou de renforcement de positions dominantes ne posent pas plus de problèmes

145 KAPP/MESMER, *Reform der EU-Fusionskontrolle: Herrscht nun unbeschränkte Willkür in Brüssel?*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 161, 2005 16(6).

146 GONZALEZ-DIAZ, *The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?*, W. Comp 2004, p. 177-179.

qu'à l'époque, mais ceux économiquement plus complexes, préalablement exclus du contrôle, nécessitent la mise en place de démonstrations suffisantes, sous peine de ne pas remplir l'entier des exigences en matière de preuve.

3.1.2.1. *Impact de la concentration*

À titre préalable, avant d'examiner les rapports de concurrence, la Commission a pour tâche d'évaluer les conséquences à futur de l'opération sur la définition du marché lui-même. En effet, il revient à celle-ci d'anticiper une modification de la structure de ce dernier en cas de réalisation de la concentration, permettant de baser le pronostic sur le marché adéquat, parfois différent de celui existant préalablement à l'opération¹⁴⁷. On comprend encore une fois la nécessité d'anticiper les conséquences concrètes de l'opération, de façon à évaluer la situation selon les conditions économiques réelles. On note que cette tâche prendra une ampleur toute particulière dès lors que l'on se trouve sur un marché en situation d'oligopole, tant la moindre modification peut être à même de mener à une modification sensible de la structure de celui-ci. On relève enfin la difficulté de l'exercice pour la Commission, de laquelle il est requis non seulement d'évaluer les conséquences économiques d'une opération, mais également et au préalable, ses impacts structurels. D'autre part, la Commission se doit d'évaluer les effets des opérations à proprement parler. En ce sens, elle aura pour tâche de poser un pronostic relatif aux diverses relations de concurrence sur un marché. Il faudra prêter une attention particulière au développement des positions de marché des parties à l'opération. En effet, une simple addition des parts de marché n'est pas suffisante à une telle évaluation, tant des facteurs comme la réaction des concurrents actuels, potentiels, ou des clients doit être prise en considération¹⁴⁸. C'est cette partie essentielle de l'analyse qui nous intéressera particulièrement pour la suite de ce travail. En effet, c'est ici que la tâche de la Commission peut se révéler extrêmement complexe et ce tout particulièrement en relation avec l'existence d'effets non coordonnés, peu développés et dont l'apparition découlera de la réduction de pressions concurrentielles, loin d'être évidentes à démontrer. Comme on le verra plus bas, c'est évidemment à la Commission qu'il revient de démontrer son pronostic et les moyens de preuve y relatifs. On comprend dès lors mieux le point central que constitue l'établissement d'un fardeau de la preuve déterminé, propre à encadrer les tâches de la Commission, relativement à une évaluation déjà très complexe.

147 COMP/M.5483 – *Toshiba/Fujitsu HDD Business*, du 11 mai 2009, c. 18-22.

148 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 484.

3.1.2.2. *Fardeau de la preuve et étendue du contrôle*

On traitera ci-après tout d'abord du fardeau de la preuve imputable à la Commission dans le cadre du contrôle des concentrations, lequel se trouve au cœur de notre travail. Il y a lieu, dans un premier temps, d'en évoquer les contours de manière générale. On relève tout d'abord que la Commission s'est déjà penchée sur cette question dans diverses décisions, dont notamment *Airtours*. Il sied de saisir de manière générale, que pour interdire une opération de concentration, la Commission se doit de respecter la liberté économique des entreprises. Dès lors une telle intervention n'est légitime que si elle se trouve justifiée. On rajoute à cela également, que même lorsqu'elle autorise une opération de concentration, l'autorité se doit de respecter le seuil de preuve y relatif. On comprend que la Commission aura pour tâche constante de motiver ses décisions, celle-ci supportant le fardeau de la démonstration de l'incompatibilité d'une concentration¹⁴⁹. La question de la motivation reste toutefois délicate, dès lors que comme exposé ci-avant, l'appréciation doit être réalisée à futur. De plus, aucun seuil de preuve n'étant établi dans les textes légaux, celui-ci doit être déterminé selon la situation d'espèce et compromet la sécurité du droit. On se retrouve une fois encore confronté à la difficulté de l'analyse *a priori* de la Commission, celle-ci se devant de réaliser des appréciations hypothétiques, tout en les fondant de manière convaincante.

On relève que la question du fardeau de la preuve en tant que telle ne s'est encore jamais posée en matière d'effets non coordonnés, le cas de l'arrêt *CK Telecoms* pouvant être mis de côté pour l'instant. Toutefois et comme mentionné ci-avant, cela a déjà été le cas à plusieurs reprises en matière d'effets coordonnés. Dans ce cadre, le Tribunal a eu l'occasion de répéter à plusieurs reprises que lorsque la Commission déduit d'une opération la création ou le renforcement d'une position dominante, celle-ci se doit de fournir des preuves claires à l'appui de sa conclusion¹⁵⁰. De même, dans le cadre de décisions autorisant une opération de concentration, la Commission se devra de supporter le même fardeau de la preuve, apportant des preuves concluantes, ainsi qu'une justification économique rigoureuse des conclusions avancées¹⁵¹. Il est ici flagrant de noter l'absence quasi-totale de détermination du seuil de preuve

149 RUSU, *Mergers, Acquisitions and Takeovers: The Challenges Raised Within the European Context – 20 Years of Experience*, Thesis, Utrecht University, 2009, p. 90.

150 T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002 et C.12/03 P – *Commission / Tetra Laval*, du 15 février 2005.

151 C-413/06 P – *Bertelsmann AG et Sony c. Impala*, du 10 juillet 2008, n. 46 ; voir également T-229/08 – *Impala c. Commission*, du 13 juin 2008.

imputable à la Commission. En effet, bien que la question ait déjà été relevée dans des cas d'espèce précis, une ligne directrice d'ordre général n'a jamais été tracée. On peut évidemment imaginer qu'une telle définition réduirait de beaucoup la marge d'appréciation de la Commission, créant une forclusion et obligeant l'autorité à rentrer dans un certain cadre, permettant à certaines opérations de passer entre les gouttes du contrôle. Toutefois, la situation actuelle ne peut pas être considérée comme plus adéquate. Comme nous aurons l'occasion de le revoir dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*, le fardeau de la preuve en matière de contrôle des concentrations semble aujourd'hui totalement indéterminé. Il en ressort une insécurité juridique inquiétante, mettant en péril le statut de la Commission. Nous pensons dès lors qu'il sied aujourd'hui de trouver une solution à ce problème, propre à permettre de définir le fardeau de la preuve imputable à la Commission dans le cadre de la détermination des effets non coordonnés. En ce sens, l'autorité disposera d'une orientation générale dans ses évaluations, sur laquelle elle pourra s'appuyer, rétablissant la sécurité du droit et maintenant sa marge d'appréciation, tant ce domaine du droit la nécessite également.

Reste enfin à évoquer l'étendue du contrôle juridictionnel du Tribunal en matière de contrôle des concentrations. Ce contrôle doit en principe être limité à la correction d'erreurs d'appréciation importantes de la Commission, comme une estimation erronée du développement du marché, du comportement futur des entreprises ou de l'état de fait *post* opération. Dès lors que l'autorité n'atteint pas un certain seuil de preuve, dont les limites ont été discutées ci-avant, le Tribunal sera en effet en mesure de corriger ses décisions. Il faut également comprendre ici que le correctif apporté par l'autorité de recours se doit de respecter le principe de proportionnalité. En ce sens, il faudra distinguer ce contrôle de celui tendant à contrôler la justesse de la motivation d'une décision. De plus, si une décision de l'autorité doit être repoussée, faute d'une motivation suffisante, cela n'implique pas encore que le fond de la décision ne soit pas pour autant correct, soit que la compatibilité de celle-ci avec le marché ait été mal évaluée¹⁵². Dans le cadre de l'arrêt *Commission c. Tetra Laval*, clé en la matière, le Tribunal a eu l'occasion de déclarer que, bien qu'une marge d'appréciation doive être laissée à la Commission, celle-ci n'implique pas une abstention, par le Tribunal, de contrôler les données de nature économique. Le juge doit en ce sens non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler

152 HIRSBRUNNER/KÖCKRITZ, *Da capo senza fine – Das Sony/BMG Urteil des EuGH*, Europäische Zeitung für Wirtschaft 2008 (594), p. 591;

si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour évaluer une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. On distingue ici parfaitement le contrôle matériel, relatif aux éléments de preuve eux-mêmes, de celui propre à juger de leur valeur probante. Les parties à une opération interdite pourront dès lors non seulement plaider l'incomplétude des données recueillies par la Commission, l'inexactitude des preuves produites, mais également faire valoir l'absence de fiabilité et de cohérence de celles-ci, par devant le Tribunal¹⁵³. Ce contrôle permet dès lors la concrétisation effective de droits fondamentaux pour les entreprises parties à une opération, mais n'est pas sans conséquences relativement au fardeau de la preuve imputable à la Commission. En effet, l'étendue du contrôle, qui doit être considérée comme assez large, semble impliquer de l'autorité de la concurrence qu'elle amène non seulement les moyens propres à démontrer les effets anticoncurrentiels de l'opération, mais également qu'elle soit à même d'en prouver une certaine complétude. S'il sera sans doute aisé de démontrer certains effets anticoncurrentiels, il semble en revanche beaucoup moins évident de réussir à étayer l'entier des effets découlant d'une opération.

3.1.2.3. Outils d'évaluation

Dès lors les éléments formels du pronostic de la Commission étayés, il s'agira de mettre en avant les outils d'ordre économique pouvant effectivement être employés par celle-ci aux fins de déterminer les effets d'une opération sur le marché. En ce sens, on exposera, sans être exhaustif, les principaux éléments employés par l'autorité, propres à évaluer les conséquences d'une concentration et ses impacts sur la concurrence, tels notamment les ratios de diversion, l'élasticité croisée du prix ou encore les tests UPP et GUPPI¹⁵⁴. On se concentrera ainsi sur les outils les plus connus, permettant l'appréciation de certains facteurs essentiels à l'appréciation de la Commission. Comme on le constatera, les éléments qui seront mis en exergue se fondent sur des prévisions découlant de théories économiques¹⁵⁵. Celles-ci devront être évaluées en ce qu'elles apportent de simples hypothèses ou de réelles certitudes quant au développement d'un marché. On se concentrera ci-après uniquement sur les éléments relatifs à l'analyse d'effets non coordonnés, utiles aux fins du présent travail.

153 C-12/03 P – *Commission / Tetra Laval*, du 15 février 2005, c. 19-51.

154 Voir WHISH/BAILEY, *Competition Law*, 9^e édition, Oxford, 2018, p. 889.

155 Concernant l'analyse économique, voir VALLINDAS, p. 121ss.

a. Ratios de diversion, marge de profit brute et élasticité croisée du prix des produits

Avant d'aborder des éléments plus techniques, on développera brièvement diverses notions économiques utiles aux fins de notre analyse. En effet, celles-ci serviront de base aux estimations économiques que nous étairions. En ce sens, il faut comprendre les ratios de diversion comme le report de la demande d'un produit A sur un produit B, mesurant la proportion des ventes non réalisées du premier des suites de l'augmentation d'un prix, se reportant sur un produit B¹⁵⁶. Ceux-ci mesurent dès lors la substituabilité entre deux produits, sur la base du pourcentage des ventes du premier, dérivé vers le second en cas d'augmentation des prix. On trouvera diverses manières de les estimer, certaines plus complexes que d'autres et nécessitant un plus grand nombre de données. On relèvera tout particulièrement l'analyse de la réaction passée des consommateurs sur un type de marché, mais surtout l'emploi d'éléments comme l'élasticité du prix ou encore l'élasticité-prix croisée de la demande des produits concernés¹⁵⁷. Relativement à ces deux dernières notions, l'élasticité du prix permet d'évaluer dans quelle mesure la demande relative à un produit va varier en réponse à un changement de prix, relativement à ce même produit. Quant à l'élasticité-prix croisée, plus subtile, elle tient en la détermination de la mesure dans laquelle, la demande d'un produit répond et varie au changement de prix d'un autre produit¹⁵⁸. On comprend alors au travers de ces diverses notions l'étude économique de la demande relativement à des variations de prix, ainsi que le déplacement de celle-ci sur un produit concurrent. On en saisit toute l'utilité pour l'analyse d'effets non coordonnés, tant la nullité d'un tel déplacement impliquerait l'absence de pressions concurrentielles, permettant une hausse des prix unilatérales. Reste enfin à brièvement mentionner la marge bénéficiaire brute, correspondant simplement à la différence entre les revenus et le coût des marchandises, divisé par le revenu. Cette dernière peut en effet être utile en ce qu'elle permet de déterminer la marge supplémentaire qu'est susceptible de réaliser une entreprise par la vente d'une unité de produit supplémentaire. De plus, elle permet également de jauger la sensibilité du

156 Lignes directrices, note en bas de page 39.

157 Lear Competition Note, Merger Screen and the Use of Price Pressure Tests, February 2013; SCHWALBE/ZIMMER, *Law and Economics in European Merger Control*, Oxford, 2009, p. 66-67.

158 Lignes directrices, note en bas de page 38; MEINHARDT/WASER/BISCHOF, in Amstutz/Reinert, *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Fribourg/Zurich 2009, ad art. 10 LCart, n. 46; RAASS, *Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Kritik an der Kritik*, in sic! 6/1999, p. 676.

consommateur relativement au prix, dès lors qu'une entité avec un plus large pouvoir de marché obtiendra de plus larges marges, pouvant augmenter ses prix d'autant¹⁵⁹. On comprend que la capacité d'une entreprise à augmenter ses prix dépend dès lors des pressions exercées sur elle, sa marge possible s'agrandissant avec son pouvoir de marché. Ainsi, la disparition de pression sur un concurrent, effet non coordonné type, sera propre à lui permettre une plus grande liberté, allouant une augmentation de dites marges et menant à l'augmentation des prix.

b. Tests UPP et autres

Le test UPP (*upward pricing pressure* – pression à la hausse sur les prix) consiste en un test quantitatif. Celui-ci est employé par la Commission afin d'évaluer le risque d'effets non coordonnés susceptibles de se produire, des suites d'une opération de concentration. Dans son essence, il vise à prendre en considération les incitations de la nouvelle entité, créée des suites de l'opération, à augmenter ses prix, l'indice augmentant avec l'intérêt de celles-ci à élever leurs prix¹⁶⁰. Après une concentration, les résultats de la hausse d'un prix peuvent potentiellement se voir internalisés par la nouvelle entité, en ce sens qu'elle pourrait en percevoir les bénéfices. Il faut comprendre ici que les produits nouvellement acquis peuvent permettre une augmentation unilatérale du prix, tant la part de clientèle perdue du fait de celle-ci se verrait reportée sur un autre produit, appartenant dès lors également à l'entité fusionnée. Il faut toutefois, dans un souci de complétude, également compter avec une éventuelle incitation à la baisse des prix, qui pourrait résulter par exemple de gains d'efficacité générés par l'opération. En somme, il s'agira pour l'autorité de mesurer l'effet net de l'opération. Si ce dernier est positif, l'opération est susceptible de conduire à une hausse des prix, s'il est en revanche négatif, l'opération devra être considérée comme favorable aux consommateurs. Prenons l'hypothèse de la concentration de deux entreprises A et B dont les produits sont homogènes. Leur incitation nette à augmenter le prix de A dépendra de la proportion des ventes de A reportées sur B des suites de l'opération. Dès lors que le produit A génère des ventes en moins, une fraction de ces ventes se reporte sur le produit B, créant ainsi une marge pour ce dernier produit. L'internalisation de dite marge par la nouvelle entité créera dès lors une incitation à augmenter

159 Lear Competition Note.

160 Pour plus de détails, voir BOTTERON, p. 179; FRIEDERISZICK/NITSCHKE/VAN DIJK/VEROUDEN, *Recent Economic Application in EU Merger Control: UPP and beyond*, in *Getting The Deal Through*.com, du 6 septembre 2017, p. 2; WIETHAUS/NITSCHKE, *Upward Pricing Pressure Analysis: Critical Issues in Recent Applications*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, p. 1.

les prix du produit A. On saisit que cette théorie se base sur les ratios de diversion. Toutefois, on constate également que le test UPP ne mesure pas l'amplitude de la hausse des prix possible, se limitant à déterminer si une hausse est à craindre. Il faut essentiellement retenir de ce test, qu'il permet de dépasser la seule analyse des parts de marché. Il permettra ainsi d'apprécier plus en détail la proximité entre les produits des entreprises parties à une opération et de ce fait les éventuels risques de l'opération¹⁶¹. On perçoit donc que cet outil se fonde en grande partie sur la substituabilité des produits proposés par les entreprises parties, en ce sens que l'évaluation de la diversion d'un produit A vers un produit B sera à même de déterminer un risque de hausse des prix.

Il sied encore de relever l'élaboration, dans la lignée des UPP, de différents tests basés sur la pression concurrentielle et sur les ratios de diversion. On pensera notamment ici aux tests GUPPI ou IPR¹⁶². Ces derniers, bien que différents dans leur forme, peuvent être comparés aux UPP, le test GUPPI pouvant notamment lui être assimilé, à la différence que ce dernier ne tient pas compte de la pression baissière engendrée par les économies de coût marginal¹⁶³. En effet, ces tests visent, par le biais de formules économiques, à déterminer le risque à la hausse des prix créé par une opération de concentration, relativement aux ratios de diversion. On retrouve dans la doctrine économique un grand intérêt porté à ces évaluations, démontrant leur importance et leur caractère pertinent dans le cadre de l'analyse de la survenance d'effets non coordonnées. On comprend toute l'utilité de ceux-ci, en ce qu'ils permettent aisément de déterminer la diversion des consommateurs d'un produit à un autre sur des marchés homogènes et de ce fait, un risque de hausse du prix. Toutefois, notre analyse critique nous pousse à relever plusieurs facteurs limitant de cette approche. Tout d'abord, ces théories s'appliquent parfaitement à des marchés de produits homogènes, mais sont bien plus difficilement applicables face à des marchandises hétérogènes. De même, cette évaluation, bien qu'utile, ne peut servir d'unique fondement à l'analyse de la Commission, tant la réaction des consommateurs ne peut être appréciée avec certitude à futur. Il s'agira en effet de constater que certains types de produits pourraient faire l'objet d'appréciation spécifiques de la part des acheteurs. Enfin, bien que les gains d'efficacité soient pris en considération, reste à mentionner que cette approche ne soulage pas la Commission d'une prise en compte élargie du marché, ainsi que des facteurs externes à l'opération elle-même, tant l'entrée sur le marché de nouveaux protagonistes pourra complètement modifier les ratios de diversion effectifs.

161 Voir VOGEL-VOGEL, *UPP (test)* – FR.

162 Relativement à GUPPI, voir BOTTERON, p. 178-179.

163 SALOP/MORESI, *Updating the Merger Guidelines: Comments*, Washington 2019, p. 19.

À titre final, on peut encore relever que ces tests dépendent également de la qualité des informations sur lesquelles ils se fondent¹⁶⁴, et qu'ils ne sont dès lors pas propres à eux seuls, à alléger l'analyse des autorités. Ils auront toutefois l'avantage de ne pas dépendre d'une définition précise du marché¹⁶⁵. Dès lors, les tests relatifs à la pression sur la hausse des prix peuvent servir d'excellents outils aux fins de se donner une première idée de l'impact d'une opération de concentration, mais en aucun cas résumer à eux seuls, l'entier de l'analyse économique approfondie à laquelle doit se livrer la Commission. Ils serviront de premier indicateur, aux fins de déterminer l'existence d'un risque d'effets non coordonnés *prima facie*.

3.1.2.4. Proportionnalité

Le principe de proportionnalité est une composante générale du droit de l'union et implique l'interdiction pour les autorités d'excéder les mesures nécessaires aux fins d'atteindre les objectifs des traités. Dans le cadre du contrôle des concentrations, il implique que les autorités ne doivent pas prendre de mesures excédant celles propres à atteindre une concurrence non faussée sur le marché, leur rôle tendant, tout au plus, à sauvegarder la concurrence existante¹⁶⁶. Dès lors, la Commission se doit d'employer la marge d'appréciation à sa disposition dans le respect de ce principe directeur¹⁶⁷. Cela impliquera l'emploi de mesures appropriées, les moins incisives à disposition devront être choisies, mais également nécessaires. Enfin, les mesures imposées devront se trouver dans un rapport de proportionnalité au sens étroit avec les buts visés, en ce que la Commission devra choisir, parmi plusieurs moyens appropriés, celui qui pèse le moins sur les parties à la concentration¹⁶⁸. On retrouve ici une définition générale du principe de proportionnalité, qu'il s'agira dès lors d'appliquer de manière spécifique au contrôle des concentrations. En matière d'effets non coordonnés, ce principe impliquera l'emploi, au titre d'*ultima ratio*

164 KEAN REDPATH, UPP and away with Mergers?, 6 février 2019.

165 FARRELL/SHAPIRO, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, The B.E. Journal of Theoretical Economics: Policies and Perspectives, Volume 10, 2010, art. 9, p. 29.

166 KËLLEZI, p. 135 ; IDOT, *Droit Communautaire de la concurrence. Le nouveau système Communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 24ss (cit. II) ; BALDWIN, *The Feedback Effect of Business Conduct on Industry Structure*, Journal of Law and Economics 12(1), 1969, p. 126.

167 À ce titre, voir BONNET, p. 357.

168 CALIESS/RUFFERT, *EUV/AEUV*, 5^e édition, C. H. BECK, Munich 2016, ad art. 5, n. 44 ; ég. CRAIG/DE BÚRCA, *Eu Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, 3th edition, 2003, p. 372 ; DUBEY, p. 386ss ; JANS, « *Proportionality Revisited* », *Legal Issues of Economic Integration*, 27(3), 2000, p. 243ss.

uniquement, de l'interdiction d'une opération de concentration. Partant, l'autorité se devra de trouver toute autre solution à même de régler le problème de concurrence soulevé. Ainsi, les engagements, sur lesquels nous reviendrons en détail dans une partie postérieure de ce travail, devront toujours être privilégiés, aux fins de respecter ce principe cardinal du droit. On rajoute, par surabondance, que l'intervention étatique ne se trouve justifiée que dans la mesure où celle-ci élimine les effets négatifs de l'opération plus rapidement que ne le ferait le marché lui-même¹⁶⁹.

3.1.2.5. Conclusion

À titre de conclusion, on relève que la Commission, dans le cadre de son pronostic sur les conséquences d'une opération de concentration, est dirigée par des principes directeurs. Force est toutefois de constater que les éléments devant être prouvés par elle ne sont pas définis avec précision. Il serait toutefois absurde d'attendre aujourd'hui des indications précises relativement à ceux-ci, tant chaque concentration est unique. Une définition précise et exacte de la preuve devant être amenée nuirait dès lors à l'analyse de la Commission, l'obligeant à devoir démontrer certains éléments, indisponibles dans des cas d'espèce donnés. Toutefois, on répète ici la nécessité de déterminer un entre-deux, permettant non pas à la Commission de devoir prouver certains éléments précis, mais lui allouant bien plus de se fonder sur des principes économiques et d'autres constatations de fait, afin de pouvoir admettre la survenance de résultats. En effet, dans le cadre de cette étude à futur, il ne peut être attendu de l'autorité une détermination exacte des résultats économiques, tout comme on ne peut admettre qu'il serait opportun de lui laisser une discrétion entière. Il faudra dès lors chercher à définir des principes directeurs relatifs à la preuve et à son fardeau, propres à permettre à la Commission de suivre une logique constante, à même de développer le futur des effets non coordonnés.

On saisit donc le rôle que jouera la casuistique, la majorité des opérations de concentration se voyant approuvée par la Commission. Les cas donnant lieu à une contestation sont dès lors d'autant plus capitaux que la décision du Tribunal aura une influence clé sur le processus de contrôle des concentrations. On relève tout particulièrement que ce sont les premiers cas de refus de la Commission, au début des années 2000, qui ont donné lieu à la réforme de 2004¹⁷⁰. On considère alors le poids de ces décisions et leur impact capital, mais également l'impulsion donnée au droit par les interdictions. Il y aura ainsi lieu,

169 CLARKE/DAVIES/DRIFFIELD, *Monopoly Policy in the UK. Assessing the Evidence*, Edward Elgar, 1998, p.186.

170 BELLIS, p. 291.

dans le cadre de l'analyse des effets coordonnés, de mentionner la décision *Airtours*¹⁷¹, ayant joué un rôle essentiel, créant le contexte juridique aujourd'hui connu en matière d'effets coordonnés.

3.1.3. Conclusion comparative

À l'heure de tirer des conclusions sur le test SIEC et ses effets, il semble tout d'abord essentiel de noter que la réforme législative a permis un contrôle bien plus étendu des concentrations au sein de l'Union Européenne. Par le nouveau critère de l'entrave significative à la concurrence effective, la Commission peut non seulement empêcher les concentrations donnant lieu à la création ou au renforcement de positions dominantes, mais également intervenir lorsque ces critères ne sont pas remplis, dans le cadre de marchés oligopolistiques. On dénote une prise en compte des circonstances économiques bien plus adaptée, tant la seule position dominante n'est pas suffisante à déterminer tous les effets anticoncurrentiels pouvant émaner d'une concentration sur les marchés ayant une structure de ce type. Le texte légal actuel est bien plus en adéquation avec le fondement du droit, propre à donner à la Commission les outils effectifs pour juger des effets d'une opération.

Force est en revanche de constater que cette réforme implique une certaine insécurité juridique, tant la notion d'entrave significative est plus vaste et indéterminée que ne l'était celle de position dominante. Dite insécurité laisse également planer le doute d'une incapacité à mettre en œuvre le nouveau droit, nécessitant une clarification afin de pouvoir être appliqué¹⁷². On saisit ainsi encore mieux l'impact essentiel qu'aura la jurisprudence ainsi que la pratique décisionnelle en la matière. Enfin, l'insécurité amenée par le Règlement a également pour effet de créer un flou autour du fardeau de la preuve imputable à la Commission. La notion de position dominante était en effet clairement établie et sa preuve pouvait être faite sans ambiguïté. Les décisions à venir auront donc non seulement pour effet de déterminer le champ des effets non coordonnés, propres à entraver la concurrence de manière significative, mais

171 T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002.

172 AZEVEDO/WALKER, *Dominance: Meaning and Measurement*, ECLRev. 2002, p. 363; FINGLETON, *Does Collective Dominance provide suitable housing for all anticompetitive Oligopolistic Mergers*, in DRAUZ/REYNOLDS, IBA, *EC Merger Control: A major reform in progress*, 2002, p. 343ss.; LEVY, *Dominance vs. SLC – A Subtle Distinction*, in DRAUZ/REYNOLDS, IBA, *EC Merger Control: A major reform in progress*, 2002, p. 143ss.; FINGLETON/NOLAN, *Mind the gap: reforming the EU Merger Regulation*, 2003; VÖLCKER, *Mind the gap: Unilateral Effects analysis arrives in EC Merger control*, ECLRev 2004, p. 395; EHLERMANN/VÖLCKER/GUTERMUTH, *Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the old EC Merger Regulation*, World Competition 2005, p. 193.

également de déterminer la charge de preuve que la Commission devra être en mesure de faire valoir pour prouver lesdits effets et interdire une opération. On conclut donc ici à un Règlement adapté aux conséquences concrètes d'une opération, mais dont la mise en œuvre ne reste encore que trop vague aujourd'hui. Au vu de l'impact de la casuistique dans ce domaine du droit, il semble aujourd'hui essentiel de se diriger vers une uniformisation et une définition claire des facteurs propres à permettre à la Commission de retenir la survenance d'effets non coordonnés. Dite uniformisation devra évidemment passer par la reddition de décisions, dont on peut présager que *CK Telecoms* n'est que la première d'une longue série, qui visera à affiner les contours des éléments pouvant être retenus par l'autorité, mais également les conditions propres à retenir ces éléments. Dans la suite de cet écrit on cherchera dès lors à émettre des propositions, propres à créer et forger un droit souhaitable en matière de fardeau de la preuve imputable à la Commission pour le futur.

3.2. Les effets coordonnés

Il s'agira à présent et dans un but comparatif, d'examiner les effets coordonnés. Nous nous limiterons, dans ce cadre à traiter leurs caractéristiques spécifiques ainsi que leur développement. Il s'agira tout d'abord de les analyser sous l'angle des concentrations horizontales, puis de se livrer à une étude de l'évolution de cette notion, par le biais de la casuistique. On visera à mettre en avant tous les éléments utiles à des fins comparatives, relativement au développement des effets non coordonnés et l'évolution possible de ceux-ci.

3.2.1. Principe

Il sied en premier lieu de chercher à donner une définition des effets coordonnés, ceux-ci apparaissant dès lors que la concentration peut contribuer à inciter ou renforcer les entreprises à adopter une ligne d'action commune sur le marché¹⁷³. On se trouve face à des collusions tacites, permettant aux entreprises d'aligner leurs comportements, sans toutefois avoir recours à des accords, contrairement au droit de la concurrence. En effet, ceux-ci permettent aux entreprises restées sur un marché une possibilité de collusion, leur allouant la prérogative de suivre une ligne directrice, sans ententes formelles. Les effets coordonnés peuvent dès lors mener à une distorsion de la concurrence en ce

173 BONNET, p. 140 ; voir également N.E.R.A, *Merger Appraisal in Oligopolistic Markets*, Research Paper commissioned for the United Kingdom's Office of Fair Trading, 1999, p. 34.

qu'ils donnent aux acteurs du marché la possibilité d'augmenter le niveau de prix ou encore de situer le leur au-dessus du prix d'équilibre¹⁷⁴. Il faut comprendre que se recourent en une seule les notions d'effets coordonnés et de position dominante collective, mais également celles d'oligopole dominant ou de collusion tacite¹⁷⁵, que nous emploierons dès lors alternativement, et sans nécessaire distinction dans la suite de ce chapitre, tant elles visent un unique et même concept économique.

En ce sens, dans le cadre de l'arrêt *Airtours*, la Commission indique qu'une position dominante collective entravant de manière significative la concurrence effective dans le marché commun peut intervenir à la suite d'une concentration lorsque, compte tenu des caractéristiques mêmes du marché en cause et de la modification qu'apporterait à sa structure la réalisation de l'opération, celle-ci aurait comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole dominant considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable, d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée¹⁷⁶. On réalise la subtilité de cette notion, excluant celle d'accord au sens de l'art. 101 TFUE, et reposant sur la structure du marché et sa compréhension commune par les acteurs à celui-ci. On saisit que de telles prérogatives impliquent des conditions, qu'il s'agira de traiter ci-après, tant dans leur contenu que dans leur origine.

Pour ce qui a trait aux Lignes directrices, elles traitent des effets coordonnés en ce que la structure de certains marchés peut être telle que les entreprises estimeraient possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre leurs produits à des prix plus élevés. En ce sens, une opération de concentration peut faciliter, stabiliser ou rendre plus efficace la coordination entre des entreprises qui coordonnaient déjà leur comportement avant l'opération, soit en confortant la coordination préexistante, soit en permettant aux entreprises de se coordonner sur des prix encore plus élevés¹⁷⁷. On note encore qu'une telle coordination peut certes se traduire de manière directe par la mise en place d'un prix supérieur à celui d'équilibre, mais également par la limitation de la quantité offerte par les acteurs sur un marché donné ou même par la limitation

174 BOTTERON, p. 185-186 ; ROSENTHAL/THOMAS, p. 135.

175 MONTAG / VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 219 et 224.

176 T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002, c. 61 ; BOYCE/LYLE-SMYTHE, n. 8.240.

177 Lignes directrices, c. 39.

des nouvelles capacités sur le marché¹⁷⁸. On évoquera également la possibilité de répartition des marchés entre entreprises parties, susceptible de mener au même résultat¹⁷⁹. On peut au surplus relever la différence essentielle entre un accord explicite au sens de l'art. 101 TFUE et une collusion tacite, la première nécessitant un accord exprès entre concurrents afin que des prix supra-compétitifs se voient appliqués, la seconde étant permise par la structure même du marché, sans nécessité d'une entente¹⁸⁰. Comme on le verra ci-après au travers de l'arrêt *Kali und Salz*, cette différence, bien que notoire aujourd'hui, ne l'a pas toujours été, empêchant longtemps le contrôle des concentrations de détenir un impact concret sur les effets coordonnés. On relève enfin que les théories économiques mettent en avant le caractère essentiel de l'aptitude du marché à la coordination¹⁸¹.

Enfin, on note que tout comme en matière d'effets non coordonnés, c'est dans le cadre d'oligopoles que les positions dominantes collectives trouvent application. Au vu de la structure de ces marchés et de la définition des effets coordonnés, c'est uniquement sur ce type de structures économiques que ceux-ci sont amenés à apparaître. Il serait en effet antinomique de considérer un grand nombre de petits acteurs ayant une position dominante collective, tant celle-ci ne serait pas tenable du point de vue même de la coordination. On concentrera donc notre étude sur ce type de marché.

3.2.2. Dans les concentrations horizontales

3.2.2.1. Conditions cumulatives

Les principes clés des effets coordonnés dès lors identifiés, il sied de passer à une analyse *in concreto* des conditions nécessaires à la prise en considération de ceux-ci dans le cadre d'opérations de concentration. Comme nous aurons l'occasion de le voir, celles-ci ont été développées par le biais de la pratique décisionnelle de la Commission, affinées et détaillées au travers des rares mais importants arrêts du Tribunal et de la Cour de Justice de l'Union Européenne. On les exposera ci-après, cherchant à en retranscrire la téléologie, mais aussi la genèse. On précise enfin que ces critères figurent aujourd'hui dans les Lignes directrices et se trouvent clairement établis. Ceux-ci sont ainsi subdivisés, les deux premiers relevant de la capacité des parties au marché à s'entendre, ainsi que de la possibilité de surveillance de ladite coordination. Quant au

178 COMP/M. 2498 – *UPM-Kymmene/Haindl*, du 21 novembre 2021, c. 127ss.

179 Lignes directrices, c. 40.

180 MONTAG / VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 226.

181 À cet effet, voir not. WILLIAMSON, *Europäische Wirtschaft*, Nr. 57 (1994), p. 136ss.

troisième, il porte sur l'existence de mécanismes de dissuasion concrets, propres à réaliser et maintenir la position dominante collective. Dans le cadre de notre analyse, nous avons choisi, par souci de clarté, de séparer ces trois éléments, mais également de traiter, en quatrième lieu, le critère des entreprises étrangères, pouvant annihiler les effets coordonnés¹⁸².

a. Compréhension mutuelle des modalités de la coordination

Aux fins de pouvoir retenir une position dominante collective, la Commission doit tout d'abord démontrer qu'une compréhension mutuelle des oligopoleurs sur celui-ci est réalisable et que les modalités de dite coordination peuvent être déduites par ceux-ci. La probabilité d'une coordination est effectivement plus élevée si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont ils doivent agir¹⁸³. On note tout d'abord l'importance des parts de marché et du degré de concentration, qui calculé sur la base de l'IHH, permet à la Commission une première appréciation¹⁸⁴. Différents types de critères de marché apparaissent ensuite, propres à évaluer tant la concentration que la transparence des marchés en cause, et permettant une appréciation du risque d'effets coordonnés. Ainsi, on saisit qu'une coordination est plus aisée, par exemple, entre un petit nombre d'entreprises, sur un marché de produit homogène, lorsque les conditions de la demande et de l'offre sont relativement stables ou sur des marchés où l'innovation ne joue pas un rôle prépondérant. Enfin, force est de constater que plus la situation sur le marché sera complexe, plus la transparence sera nécessaire pour que les entreprises parviennent à une conception commune des modalités de la coordination¹⁸⁵. En effet, plus le contexte économique sera stable, plus cela sera aisé pour les parties au marché d'adopter des comportements parallèles. On comprend encore tout l'intérêt de l'analyse de la complexité et de la transparence du marché, ces deux facteurs étant interdépendants dans le cadre de l'appréciation de la Commission. La grande simplicité d'un marché permettra à l'autorité de se passer d'un haut niveau de transparence, tandis que celle-ci sera nécessaire dans le cas d'un système complexe. On dénote, au surplus, que la doctrine et la jurisprudence résument parfois l'ensemble du critère présen-

182 Lignes directrices, c. 44 à 57; BOTTERON, p. 186-189; voir ég. MARTY, *Incertitudes économiques et insécurité juridique : La notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes*, OFCE, n°2007-20, 2007, p. 7-8.

183 Lignes directrices, c. 44.

184 MONTAG/VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 244.

185 Lignes directrices, c. 45 et 47.

tement analysé à la notion de transparence¹⁸⁶, preuve de l'importance de cet élément. On peut enfin relever que les entreprises peuvent plus facilement parvenir à une conception commune des modalités de coordination si elles sont relativement symétriques, en particulier en termes de structures des coûts, de parts de marché, de niveaux de capacités et de degrés d'intégration verticale, des liens structurels pouvant également faciliter la coordination¹⁸⁷. Cette dernière remarque n'est évidemment pas sans rappeler la structure oligopolistique des marchés présentant un risque de coordination.

b. Surveillance des comportements déviants

Dès lors que les concurrents à un marché se voient en position de se comprendre mutuellement et d'apprécier les modalités d'une coordination, il convient encore de vérifier que ceux-ci sont en mesure de surveiller les éventuels comportements déviants. En effet, si un des acteurs du marché se voyait en position de dévier de la coordination tacite sans que les autres ne puissent le savoir, les efforts de ceux-ci seraient réduits à néant, et le risque d'effets coordonnés, nul. En ce sens, toujours au travers de ses Lignes directrices, la Commission indique que les entreprises qui coordonnent leurs comportements sont souvent tentées d'accroître leurs parts de marché en s'écartant des modalités mises en place. Dès lors et dans le cadre de la menace crédible de représailles, les marchés doivent être suffisamment transparents pour permettre aux oligopoleurs de connaître les éventuels écarts commis par l'un d'eux¹⁸⁸. Les critères évoqués ci-avant en matière de transparence sont donc à nouveau applicables à l'aune de cette condition. Les entreprises qui coordonnent leurs actions doivent ainsi être à même d'interpréter, avec une certaine exactitude, si un comportement inattendu résulte du non-respect des modalités de la coordination¹⁸⁹. On comprend d'autant plus la nécessité de stabilité du marché, car moins celui-ci sera fluctuant, plus la probabilité de mettre en lien une baisse de revenus avec un comportement déviant sera aisée. Dès lors qu'une entité est en mesure de déterminer l'origine des pertes, elle dispose d'un moyen de surveillance suffisant. En conclusion ces deux premières conditions, détiennent un fort lien, reposant toutes deux sur la transparence du marché, facteur *sine qua non* à la mise en place d'une coordination tacite.

186 Voir notamment T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002, c. 62.

187 Lignes directrices, c. 48.

188 Lignes directrices, c. 49; voir ég. TIRALONGO, *La comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations*, Thèse, Université René Descartes (Paris V), 2012.

189 Lignes directrices, c. 50.

c. Mécanismes de dissuasion crédible

Dès lors que la coordination est réalisable sur le marché et qu'une surveillance peut être exercée par les acteurs à celui-ci, il convient encore que ceux-ci disposent de mécanismes de dissuasion suffisants pour empêcher les éventuels déviants de passer à l'acte. Il faut comprendre que la coordination ne peut être durable que si les conséquences qu'entraînent les éventuels écarts sont suffisamment sévères pour convaincre les entreprises à la coordination qu'il y va de leur intérêt d'en respecter les modalités. En ce sens, les entreprises doivent disposer d'un système de représailles crédible, permettant de contrer l'éventualité d'un écart, faute de quoi la durabilité de la coordination ne sera pas garantie. Au surplus, cette menace ne peut s'avérer crédible que s'il ne fait quasiment aucun doute qu'elles pourront être déclenchées en cas d'écart¹⁹⁰. On notera par exemple que des représailles, exercées avec un grand décalage temporel ou dont l'exercice serait incertain seraient probablement insuffisantes à neutraliser les avantages générés par leur comportement déviant et ne pourraient dès lors pas être vues comme crédibles. La crédibilité d'un mécanisme de dissuasion dépend également de l'incitation des autres entreprises participant à la coordination à exercer ou non des représailles, celles-ci apparaissant parfois par le biais de guerres de prix, susceptibles de faire diminuer les bénéfices à court terme¹⁹¹.

d. Réaction des entreprises étrangères à la concentration

Reste enfin pour la Commission à démontrer une dernière condition, relative à l'absence de facteurs extérieurs propres à venir perturber la coordination des parties. Dans une logique similaire à celle que l'on étudiera plus avant, relative aux correctifs à l'incompatibilité d'une opération, peuvent apparaître certains facteurs externes propres à venir endiguer les effets coordonnés. En ce sens, on comprend principalement que la présence d'un acteur avec un certain pouvoir de marché et ne participant pas à la coordination, ou l'arrivée sur le marché d'une nouvelle puissance, pourraient avoir pour conséquence d'annihiler les effets coordonnés. En effet, de tels facteurs mèneraient à ce que l'acteur externe à la coordination corrige le marché, forçant les oligopoles à sortir de leur coordination tacite pour appliquer les prix du marché. Il faut saisir que pour qu'une coordination réussisse, il ne faut pas que la réaction d'entreprises qui ne prennent pas part à celle-ci ou celle de concurrents potentiels,

190 Lignes directrices, c. 52; BOYCE/LYLE-SMYTHE, n. 8.244 et 8.246; CLERC/KËLLEZI, *ad art.* 4 al. 2 LCart, n. 219.

191 Lignes directrices, c. 53 et 54.

ainsi que des clients, puisse compromettre les résultats attendus d'elle¹⁹². On traitera en ce sens de faiblesse de la pression concurrentielle en dehors de l'oligopole. Celle-ci sera en effet nécessaire à ce que la coordination ne soit pas empêchée, l'exemple type étant celui d'une réduction de la production qui viendrait à être compensée par un concurrent en ayant la capacité. Si une telle réaction est possible, elle ne permettra pas la prise en considération d'effets coordonnés, les acteurs susmentionnés étant en position de les contrer. Pour ce qui a trait à la modification de la structure du marché, respectivement à l'entrée sur le marché d'un nouveau concurrent, il y a lieu de suivre la même logique économique. En effet, le marché *post* opération peut avoir une nouvelle structure ne permettant plus la coordination¹⁹³. De même l'éventualité d'une entrée sur le marché d'un nouveau concurrent peut également empêcher la collusion tacite.

e. Conclusion

On comprend la téléologie de l'approche de la Commission, se basant sur un faisceau de facteurs économiques pour fonder son raisonnement relatif aux effets coordonnés. On constate qu'à ce jour de tels critères n'ont pas été établis en matière d'effets non coordonnés. Il y aura dès lors lieu de se poser la question du développement historique de ceux-ci et de chercher, en finalité, à déterminer si de telles règles pourront, à moyen terme, être développées relativement aux effets non coordonnés, mais également si celles-ci sembleraient opportunes.

3.2.2.2. *Développements historiques pour les concentrations horizontales*

Il semble désormais important dans le cadre de notre étude de noter l'important impact du début de l'année 2003 sur le contrôle des concentrations, et tout particulièrement sur le développement de la notion d'effets coordonnés. Le Tribunal, à cette période, a rendu plusieurs décisions fondamentales qui ont changé l'appréciation de ceux-ci. Par trois arrêts successifs, l'autorité de recours a annulé des décisions d'interdiction émanant de la Commission, chacune d'entre elles apportant des précisions importantes sur l'interprétation et l'utilisation de théories économiques, dont notamment celle de la position dominante collective¹⁹⁴. Au rang de ses arrêts déterminants se trouve *Airtours*, du

192 Lignes directrices, c. 56; MONTAG/VON BONIN, (*cit II*), n. 5-4-252.

193 Voir entre autres COMP/M.3216 – *Oracle/Peoplesoft*, du 26 octobre 2004, c. 42; COMP/M.3276 – *Anglo American/Kumba Resources*, du 3 décembre 2003; COMP/M.3197 – *Candover/Cinven/Bertelsmann-Springer*, du 29 juillet 2003, c. 45ss.

194 De La LAURENCIE, *Un an d'actualité du droit de la concurrence, Un an d'actualité du contrôle des concentrations aspects communautaires*, Colloque organisé par l'AFEC et la Cour de Cassation, vendredi 5 décembre 2003, p. 3.

6 juin 2002, déjà évoqué, et par lequel le Tribunal s'est permis une refonte des critères nécessaires à la considération d'effets coordonnés sur un marché. Avant de l'aborder plus en détail, il sera procédé ci-après à une analyse du contexte légal antérieur à cette décision. En ce sens, il sera mis un accent tout particulier sur l'origine de l'applicabilité du Règlement (par le biais du R4064/89) aux cas de positions dominantes collectives, au travers de l'arrêt *Kali und Salz*¹⁹⁵. Dans un second temps, il sera également entré en matière sur l'arrêt *Gencor Ltd*¹⁹⁶, de trois ans le prédécesseur d'*Airtours*, dernière décision en la matière avant la modification jurisprudentielle connue ce jour, posant des bases utiles de l'arrêt ayant fondé les principes actuels.

a. La situation avant *Airtours*

i. *Position dominante collective et contrôle des concentrations : L'arrêt Kali und Salz*

L'arrêt *Kali und Salz* de la CJUE, porte sur une décision de la Commission dans le secteur de la potasse et du sel gemme. Il importe ici essentiellement de comprendre la conclusion principale de l'arrêt, soit que les positions dominantes collectives et leur contrôle entrent dans le champ d'application du Règlement, la Commission pouvant vérifier leur conformité. En effet, cette possibilité se voit consacrée par la Cour pour la toute première fois dans le cadre de cette décision, élargissant les prérogatives de l'autorité dans les limites connues aujourd'hui. Cette question de principe faisait l'objet de controverses depuis l'entrée en vigueur du Règlement, muet à ce sujet. À compter de cet arrêt, la Commission se considère légitimée à vérifier si la concentration notifiée aboutit à la création ou au renforcement d'une position dominante collective¹⁹⁷. C'est par une interprétation basée sur la finalité de la réglementation en cause que la Cour a pu tirer cette conclusion essentielle, relevant qu'arriver à un résultat contraire aurait privé le Règlement « d'une partie non négligeable de son effet utile »¹⁹⁸. Au surplus, la Cour définit cette notion de principe pour la première fois. La CJUE relève en effet que « si l'opération de concentration aboutit à une situation dans laquelle une concurrence effective dans le marché en cause est entravée de manière significative par les entreprises parties à la concentration et une ou plusieurs entreprises tierces qui ont, ensemble, notamment en

195 C-19/74 – République française / Commission (*Kali und Salz*), du 31 mars 1998.

196 T-102/96 – *Gencor Ltd c. Commission*, du 25 mars 1999.

197 Voir Les Echos, *Contrôle des concentrations : confirmation des pouvoirs de la Commission en matière d'oligopole*, Les Echos, *Contrôle des concentrations : confirmation des pouvoirs de la Commission en matière d'oligopole*, (ci-après : *Les Echos du 13 mai 2021*).

198 C-19/74 – République française / Commission (*Kali und Salz*), du 31 mars 1998 ; Les Echos du 13 mai 2021.

raison de facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et finalement des consommateurs»¹⁹⁹, celle-ci doit se voir interdite. On voit distinctement apparaître les notions appliquées dans le contrôle actuel, qui feront l'objet d'une mise au vert par le biais d'*Airtours*, en 2002. On comprend le tournant que constitue cette décision de principe, permettant à l'entier de ce pan du droit d'exister sous la forme connue ce jour. Il s'agit ainsi de considérer cet arrêt comme le fondateur des effets coordonnés actuels, et de garder en mémoire sa date de publication, afin de réaliser la rapidité de l'évolution du droit, mais également de saisir tous les développements qu'il reste à lui apporter.

ii. *L'arrêt Gencor Ltd c. Commission*

L'arrêt *Gencor* du Tribunal, relatif à une prise de contrôle commune par deux entreprises concurrentes dans le secteur minier et métallurgique, contient également des apports et des considérants ayant eu un impact essentiel sur l'arrêt *Airtours*. En ce sens, le Tribunal relève tout d'abord que l'existence d'une position dominante peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants, parmi lesquels, l'existence de parts de marché d'une grande ampleur. Il précise, dans le contexte d'un oligopole, que la détention de parts de marché élevées par les membres de celui-ci n'a pas nécessairement, par rapport à une position dominante individuelle, le même impact. En effet, ceux-ci peuvent, en tant que groupe, adopter des comportements indépendants vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs²⁰⁰. L'autorité déclare ensuite que deux ou plusieurs entités économiques indépendantes peuvent détenir, ensemble, une position dominante collective par rapport aux autres opérateurs du marché, unies par des liens économiques, allégeant ainsi le fardeau de la preuve attendu de l'autorité²⁰¹. Une précision importante est encore apportée, en ce que sur le plan juridique ou économique, il n'existe aucune raison d'exclure de la notion de lien économique la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole restreint. En effet, dans pareil cas et sur un marché ayant les caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration du marché, de transparence et d'homogénéité du produit, ils sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner

199 C-19/74 – *République française / Commission (Kali und Salz)*, du 31 mars 1998 ; Les Echos, du 13 mai 2021.

200 T-102/96 – *Gencor Ltd c. Commission*, du 25 mars 1999, c. 1, 3, 5 et Sommaire, c. 8.

201 MOTTA, p. 272.

leur comportement sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix²⁰². On se trouve ici face à des considérations qui seront entièrement reprises dans le contexte de l'arrêt *Airtours*. C'est dans ce cadre d'ailleurs, que la Commission va chercher à les mettre en exergue, avant que celles-ci ne soient reprises, corrigées et ajustées par le Tribunal. Dès lors on comprend déjà l'impulsion donnée par cet arrêt en matière de contrôle des effets coordonnés, permettant une avancée fondamentale dans leur appréciation. Pour ce qui est de l'établissement *per se* de critères permettant de considérer une position dominante collective, la Commission en avait retenu sept ; l'homogénéité et la transparence sur le marché (1), la faible élasticité de la demande (2), l'absence de pouvoir de marché significatif de la demande (3), la faible de croissance de la demande (4), la maturité du marché (5), l'existence de barrières à l'entrée importantes (6) et l'existence d'une collusion passée sur le marché ou sur des marchés voisins, ainsi que l'existence de liens structurels entre les opérateurs (7)²⁰³. Comme nous le savons, ceux-ci seront formellement réduits au nombre de trois, mais les autres critères ne seront pas pour autant évincés, faisant pour la majorité office d'éléments d'analyse des trois grandes conditions. On comprend ainsi le rôle pilier de cet arrêt, fondement de la décision du Tribunal dans le cadre d'*Airtours*.

b. L'arrêt *Airtours*

Le 6 juin 2002, le Tribunal a rendu l'arrêt *Airtours Plc. c. Commission*²⁰⁴, définissant le mode d'appréciation des effets coordonnés. Celui-ci a permis à l'autorité de recours de poser les bases et prérequis nécessaires à la détermination de ces effets pour la Commission. Le Tribunal pose dans ce cadre trois conditions *sine qua non* à la prise en considération d'effets coordonnés²⁰⁵, toutes évoquées ci-avant. Comme déjà précisé préalablement dans le cadre de l'analyse des Lignes directrices, ces conditions font aujourd'hui partie intégrante de celles-ci, servant à l'interprétation du droit européen par la Commission. On comprend tout l'impact d'un tel arrêt et ses implications fondamentales pour le futur, faisant aujourd'hui office de règle générale. On se concentrera à cette fin sur l'aspect créateur de droit de la décision. Il s'agira dans un second temps de se demander si une refonte similaire est envisageable dans le cadre des effets non coordonnés, des suites de l'arrêt *CK Telecoms*.

202 T-102/96 – *Gencor Ltd c. Commission*, du 25 mars 1999, Sommaire, c. 9.

203 De La LAURENCIE, p. 3.

204 T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002.

205 Voir Vogel-Vogel, Arrêt *Airtours* – EU.

Le 29 avril 1999, Airtours pic, société britannique, offrant des activités de voyage, a annoncé son intention d'acquérir la totalité du capital de l'un de ses concurrents, First Choice pic²⁰⁶. La Commission a toutefois déclaré l'opération de concentration incompatible avec le marché commun, au motif qu'elle créerait une position dominante collective sur le marché²⁰⁷. Airtours a par la suite proposé une série d'engagements ainsi qu'une série d'engagements révisés²⁰⁸, toutefois jugées insuffisantes pour éviter la création d'une telle position²⁰⁹. Dans sa motivation, l'autorité a tout particulièrement mis en avant la forte concentration du marché, le renforcement de la transparence sur celui-ci et la réduction des possibilités d'entrée. Selon elle, les trois opérateurs en place auraient, des suites de l'opération, eu tout intérêt à éviter ou à restreindre la concurrence entre eux, notamment en limitant la capacité globale. Les parties ont formé recours à l'encontre de la décision précitée, alléguant que l'autorité aurait commis une violation de l'art. 2 du Règlement, par son constat d'une position dominante collective, entravant significativement la concurrence sur le marché commun²¹⁰.

Dans le cadre de sa décision, le Tribunal a mis en exergue les trois conditions utiles à la prise en considération d'une position dominante collective. Ainsi et substantiellement, il met en avant la nécessité de transparence sur le marché (1), d'existence d'un incitatif à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune prédéfinie, soit de la possibilité de représailles en cas de comportement déviant (2)²¹¹, et de la nécessité de démontrer que la réaction prévisible des concurrents et des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune (3)²¹². Force est de constater l'impact de l'arrêt *Airtours* sur le droit du contrôle des concentrations, dès lors que l'on y retrouve de manière claire les conditions figurant aujourd'hui aux considérants 44 à 57 des Lignes directrices. Sans entrer ici dans le détail, le Tribunal a en fin de compte jugé que la Commission n'avait pas examiné de façon adéquate la concurrence existante entre les acteurs du marché, considérant à tort la création d'une

206 T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002, c. 1.

207 IV/M.1524 – *Airtours/First Choice*, du 22 septembre 1999.

208 *Ibidem*, c. 4-8.

209 T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002, c. 9.

210 *Ibidem*, c. 51, 55 et 56.

211 *Ibidem*, c. 62.

212 T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002, c. 62 ; pour un développement relatif à ces critères, voir SPECTOR, *Position dominante collective : Du bon usage des « critères Airtours »*, Droit & économie, Concurrences N°1-2007 ; voir également VOGEL, *Code de la concurrence – Droits européen et français*, Bruylant, Paris 2018, p. 975-976 (cit III).

position dominante collective²¹³. Le résultat de l'arrêt importe toutefois peu, dès lors que ce sont les conditions d'une position dominante collective qui sont fondamentales. On perçoit le côté novateur de ces éléments, créant le droit pour l'avenir.

c. Conséquences et impact sur le droit des effets coordonnés – « Moment » *Airtours* ?

L'arrêt *Airtours* marque ainsi un tournant en matière de contrôle des concentrations dès lors qu'il pose des conditions fixes et précises à la détermination d'effets coordonnés. En ce sens, l'autorité pose une nouvelle définition de la position dominante collective, présentée comme plus rigoureuse et conforme à l'analyse économique²¹⁴. Le caractère essentiel de la décision s'exprime également par les conséquences de celle-ci, ayant déclenché une réforme du droit du contrôle des concentrations. En effet, l'année de publication de ce dernier coïncide avec la mise en œuvre du projet de Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations horizontales²¹⁵, ces dernières reprenant littéralement les conditions de l'arrêt au moment d'énumérer celles propres à la détermination d'une position dominante collective²¹⁶. On peut enfin venir à se questionner sur la refonte complète du Règlement 4064/89, grandement modifié en 2004 pour devenir le R139/2004. En effet, à l'examen des mises à jour présentées dans celui-ci, il est autorisé d'imaginer que la réforme des effets coordonnés ait pu jouer un rôle.

Cela exposé, il nous semble opportun de rappeler la finalité du chapitre traité ci-dessus, en ce sens que la conception actuelle du contrôle des effets coordonnés découle de l'arrêt *Airtours*. Aux fins de ce travail et relativement aux effets non coordonnés, il sera essentiel de se référer à la genèse de cette décision, ainsi qu'à la méthodologie appliquée par les institutions de l'Union pour l'ériger au rang de droit écrit. En effet, il sera d'une utilité indéniable, ci-après, dans le cadre de l'analyse du futur des effets non coordonnés, de se référer à ce précédent et d'évaluer dans quelle propension l'arrêt *CK Telecoms* pourrait avoir les mêmes conséquences que son prédécesseur et venir changer la structure des principes connus aujourd'hui. *Quid* dès lors d'une refonte des Lignes

213 T-342/99 – *Airtours c. Commission*, du 6 juin 2002, c. 181 et 182.

214 ZEVOUNOU, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010.

215 DARGAUD, *Mise en œuvre de la politique de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations horizontales*, Thèse de Doctorat, Université Lumière – Lyon II, 7 décembre 2007, note en bas de page 8, p. 29.

216 Voir Lignes directrices, c. 44 à 57.

directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, voire même d'une mise à jour du Règlement 139/2004, adaptée aux conséquences et aux raisonnements économiques nouveaux en matière de contrôle des effets non coordonnés ?

3.3. Les effets non coordonnés

Comme précédemment exposé, le critère du test SIEC permet la prise en considération du risque de création ou de renforcement d'une position dominante, mais y ajoute également l'appréciation d'éventuels effets non coordonnés²¹⁷. On rappelle que ces effets impliquent, pour une ou plusieurs entreprises, une augmentation unilatérale de leur pouvoir de marché, en l'absence de coordination avec des entreprises concurrentes. Il est essentiel de rappeler l'importance du pouvoir de marché dans cette analyse, tant son augmentation peut potentiellement permettre à l'entreprise concernée d'augmenter ses prix et ainsi de nuire à la concurrence sur un marché. On va dans ce cadre analyser les effets susceptibles de se produire sur un marché des suites d'une opération de concentration et allouant à une entité restée sur le marché, qui pourra être la nouvelle entreprise concentrée mais également une autre préexistante, la possibilité de distordre la concurrence de manière unilatérale. Il faut en tout premier lieu comprendre, sous l'angle économique, que ces effets sont rendus possibles, de manière prépondérante et comme nous le verrons, par la modification des rapports de concurrence entre les parties, menant à la disparition de pressions concurrentielles qui maintenaient le marché à l'équilibre. En effet, la réduction de celles-ci coïncide avec la fin de l'incitation, pour les parties à un marché, à le maintenir au niveau d'équilibre, dès lors qu'elles ne subiraient plus de conséquences économiques du fait d'une augmentation de prix ou de tout autre prise de position anticoncurrentielle. En résumé, le comportement unilatéral contraire au bien du consommateur se voit rendu possible et économiquement rentable pour l'entreprise concernée, celle-ci ne pouvant craindre aucune réaction de ses concurrents propres à lui retirer ses bénéfices. Il y a dès lors lieu d'analyser les différents types d'effets propres à mener à la situation exposée ci-dessus.

217 DARGAUD, p. 29.

3.3.1. Relativement aux concentrations horizontales

3.3.1.1. *Importantes parts de marché*

Bien que les parts de marchés et leur progression ne constituent qu'un point de départ à l'établissement d'un pouvoir de marché et d'une augmentation de celui-ci, elles n'en restent pas moins un facteur important dans l'appréciation d'une opération²¹⁸. En effet, l'existence d'importantes parts de marché chez les entités à la concentration est un facteur essentiel dans la détermination d'une éventuelle entrave significative à la concurrence, bien qu'elle n'en soit pas le seul critère²¹⁹. Comme exposé en amont, au sens de la pratique décisionnelle dans l'Union Européenne, des parts de marché très élevées et supérieures à 50% d'une entreprise sur un marché donné peuvent déjà, en elles-mêmes, constituer la preuve d'un pouvoir de marché²²⁰. À l'inverse, ce n'est que dans des conditions extraordinaires que la Commission jugera une entreprise, ou le résultat d'une concentration, en position dominante sur un marché, si ses parts sont comprises entre 20 et 30%²²¹. On précise cependant qu'aucune présomption de pouvoir de marché ou de dominance sur celui-ci n'est prévue dans le droit européen relativement aux parts détenues par les entreprises²²². On comprend toute l'importance de la séparation des marchés, essentielle à la détermination des portions de marché détenues par chacun des concurrents. Force est de constater que ce facteur, bien que ne servant que de premier indice, est de grande importance dans la détermination d'éventuels effets non coordonnés. On perçoit ainsi que la détention de parts importantes est propre à mener à une position dominante. Reste toutefois que l'instauration du nouvel art. 2 al. 3 du Règlement a permis d'écarter le critère de la dominance sur un marché comme unique élément de l'analyse de la Commission, impliquant dès lors des possibilités bien plus élargies de déterminer des effets anticoncurrentiels sur un marché. Il ne faut toutefois pas réduire l'importance de ces parts à ce simple facteur, dès lors que leur détermination, sur un marché oligopolistique, est également propre à déceler et définir les pressions concurrentielles exercées sur les divers concurrents entre eux. En effet, la grande concentration d'un marché impliquera une plus grande interdépendance des acteurs et de ce fait l'exercice de contraintes concurrentielles réciproques. En ce sens, il

218 Lignes directrices, c. 27

219 Voir notamment T-210/01 – *GE c. Commission*, du 14 décembre 2005, c. 115.

220 T-221/95 – *Endemol c. Commission*, du 28 avril 1999; C-202/07 P – *France Télécom / Commission*, du 2 avril 2009.

221 C – 2000, 164/5 – *Carrefour/Promodes*, du 25 janvier 2000.

222 MONTAG / VON BONIN, *ad* art. 2 FKVO, n. 67 et 161.

faut rappeler que tous les effets unilatéraux relevant de la puissance d'une entreprise seule relèvent quasi essentiellement de marchés oligopolistiques²²³, sur lesquels on se concentrera dès lors de manière exclusive. Enfin, il sied également de relativiser l'importance des parts de marché, sous divers angles. On pense tout d'abord aux entrants potentiels, susceptibles de s'établir sur le marché à moyen terme en l'absence de barrières à l'accès. De même, une entreprise peut posséder des parts moindres, mais exercer une pression effective bien plus grande. On parle en ce sens d'important moteur de la concurrence.

a. Parts de marché

La structure du marché en cause va dès lors être analysée sur la base des parts propres à la nouvelle entreprise concentrée, ainsi que celles des concurrents restant sur le marché des suites de l'opération. Bien qu'on relève la grande importance de ce facteur, on peut tout de même noter que celui-ci s'est atténué relativement à l'ancien Règlement, où il constituait l'unique critère à prendre en compte, dès lors que c'est la théorie de la dominance qui prévalait. L'évaluation par le biais du test SIEC et l'appréciation d'une entrave significative a dès lors permis le développement d'autres facteurs, amenuisant le rôle capital de celui-ci. Les parts de marché et l'addition de celles-ci des suites de la concentration sont donc le point de départ de la recherche d'effets non coordonnés par la Commission. Pour celle-ci, il faut partir du constat que plus les parts des parties à l'opération sont élevées, plus le risque d'une stratégie d'augmentation de prix injustifiée est susceptible de se réaliser. Il faut également saisir que, si des suites de l'opération et de l'augmentation significative des parts, il apparaît une importante augmentation de la clientèle sur laquelle une plus grande marge bénéficiaire peut être dégagée malgré une augmentation des prix, il sera plus probable que les parties à l'opération trouvent ladite augmentation profitable, et l'appliquent, même en cas de réduction de la production²²⁴. On ajoute que les parts de marché expriment également la concentration de celui-ci. On rappelle tout d'abord à cette fin l'IHH utile à l'évaluation de la concentration sur un marché. Au surplus, une concentration élevée sur le marché constituera évidemment un plus gros facteur de risque d'effets unilatéraux des suites de l'opération. C'est encore une fois tout particulièrement le cas sur les marchés oligopolistiques, en partie à l'origine de la modification de l'art. 2 du Règlement. Il sera en effet déterminant pour la Commission de chercher à établir une éventuelle marge d'augmentation du prix unilatérale, à disposition de l'entreprise concentrée sur ce genre de marchés en cas de réalisation de

223 *Ibidem*, n. 140.

224 Lignes directrices, c. 27.

l'opération²²⁵. Si une telle prérogative vient à apparaître sans autre justification économique que la réunion des entreprises parties à l'opération, un risque d'effets non coordonnés peut être établi, la nouvelle entité étant à même de profiter de sa position sur le marché sans subir le risque de retombées économiques négatives.

Concernant la casuistique de la Commission en matière de position dominante, on relève que dans de nombreux cas, l'existence de parts de marché combinées écrasantes, en l'absence de facteurs compensatoires significatifs, suffit à justifier l'interdiction de la concentration notifiée. Dans l'affaire *MCI* par exemple, la Commission a dû évaluer l'impact de la concentration entre trois entreprises sur le marché mondial de la connectivité Internet universelle. Elle a dans ce cas d'espèce tiré la conclusion que les hautes parts de marché des entreprises parties à l'opération étaient suffisantes, seules, à prouver l'existence d'une telle position, dès lors que les entreprises n'auraient plus été soumises à un contrôle concurrentiel suffisant. De ce fait, elles auraient été aptes à adopter un comportement indépendant vis-à-vis tant de leurs concurrents que de leurs clients, menant à une hausse des prix²²⁶. Dans une même logique, dans le cadre de la décision *Blokker / Toys 'R' Us*, la commission a jugé qu'une part de marché cumulée de 60 à 70% dans l'industrie des jouets en Hollande impliquait un renforcement de la position dominante déjà préalablement existante de la première nommée sur le marché concerné²²⁷. On comprend dans ces décisions, et dans de nombreuses autres à la logique similaire, que la Commission use du facteur des parts de marché comme élément prépondérant de son analyse de la concurrence. On tient toutefois à rappeler que la dominance de ce facteur de l'analyse était d'autant plus marquée sous l'égide de l'ancien Règlement, celui-ci prônant le critère de dominance. Il reste néanmoins une base d'analyse essentielle permettant dans certains cas d'arriver directement à la détermination d'effets anticoncurrentiels. Reste toutefois à se pencher sur les décisions de l'autorité prenant en considération les contrefacteurs brièvement évoqués ci-avant et permettant de relativiser les parts de marché. On prendra à ce titre l'exemple de la décision *Bayer Healthcare / Roche*, dans le cadre de laquelle les deux entreprises parties à l'opération détenaient 55 à 60% des parts de marché dans le secteur des médicaments fournis sans prescription, contre les douleurs d'estomac, en Autriche. Dans dite décision, la Commission a considéré que la concentration ne soulevait pas de doutes pour la concurrence dès lors que les produits proposés par les deux firmes sur ce

225 Voir R139/2004 c. 25

226 COMP/M.1741 – *MCI WorldCom / Sprint*, du 28 juin 2000.

227 IV/M.890 – *Blokker / Toys 'R' Us*, du 26 juin 1997.

marché étaient des substituts relativement différents, tandis que les substituts avec le plus haut ratio de diversion étaient détenus par d'autres entreprises. La Commission a ainsi considéré que les entreprises restantes disposaient de suffisamment de moyens d'empêcher une augmentation du prix par l'entreprise concentrée, un surplus économique n'étant pas envisageable, malgré les parts de marché prépondérantes²²⁸. Toujours dans une logique mettant au second plan les parts de marché, on peut mentionner la décision *Seagate/Samsung*. Dans ce dernier cas, les parties à l'opération détenaient des parts de marché cumulées de 50 à 60% sur un marché de disques durs spécifiques. La Commission est toutefois arrivée à la conclusion que des effets non coordonnés n'étaient pas propres à se réaliser des suites de cette opération, l'analyse de facteurs comme la concurrence restant sur le marché, la proximité concurrentielle des parties à l'opération ou encore la possibilité pour les consommateurs de se tourner vers un autre concurrent les excluent²²⁹.

b. Présomptions

Comme exposé à titre introductif, certaines présomptions de l'existence d'une position de dominance sur le marché (et *de facto* de risques d'effets non coordonnés) émanent de la pratique décisionnelle établie des autorités de la concurrence européennes. Toutefois, on relève que le Règlement n'en contient aucune et ne pose dès lors pas ce facteur comme un élément absolu, ce qui n'est pas le cas en droit allemand par exemple, lequel considère une présomption de position dominante à compter de 40% de parts de marché. On comprend à ce sens une volonté de prendre en considération les facteurs propres à chaque cas d'espèce en droit européen. Toutefois, les considérants du Règlement, tout comme les Lignes directrices par ailleurs, considèrent une présomption de compatibilité avec le marché commun des opérations dont le résultat ne mène pas à des parts de marché supérieures à 25% pour l'entreprise concentrée²³⁰. Si les parts de marché futures, atteignent toutefois plus du quart de l'entier de celui-ci, la probabilité d'exercice d'un pouvoir de marché augmente, et avec elle, le risque d'une marge d'augmentation du prix anticoncurrentielle²³¹. Les Lignes directrices sur le contrôle des concentrations rappellent pour leur part la jurisprudence constante au sens de laquelle des parts de marché de plus de 50% peuvent en elles-mêmes constituer la preuve de l'existence

228 COMP/M3544 – *Bayer Healthcare/Roche*, du 19 novembre 2004.

229 COMP/M.6214 – *Seagate/Samsung*, du 19 octobre 2011.

230 Lignes directrices, c. 18; BENGTTSSON/CARPI-BADIA/KADAR, *Mergers*, in Faull/Nikpay : *The EU Law of Competition*, 3^{ème} édition, Oxford 2014, n. 5.684.

231 Voir R139/2004 c. 32 et Lignes directrices, c. 27 et 18 *a contrario*.

d'une position dominante sur le marché. Cette allégation doit toutefois être vue comme uniquement indicative et ne pas être considérée comme un facteur absolu. En effet, toujours au sens de ce texte, il se peut que malgré une telle part de marché aucune position dominante ne puisse être déduite, du fait de la pression exercée par de plus petits concurrents et notamment lorsque ceux-ci disposent d'une incitation et de la possibilité d'accroître leurs ventes. Inversement, des opérations menant à des parts de marché inférieures à 50% peuvent elles aussi poser problème du point de vue de la concurrence. On observe en ce sens divers facteurs propres à créer des risques pour le marché, tels, par exemple, la puissance des concurrents et leur nombre, l'existence de contraintes de capacité ou de produits des parties à l'opération étant des substituts proches. C'est ainsi que l'existence d'une telle position a déjà été établie dans certains cas, même en deçà de 40% de parts de marché²³². Enfin, avec le test SIEC, lequel ne présuppose plus la création ou le renforcement d'une position dominante, les concentrations qui aboutissent à des parts de marché de 30 à 40% sont examinées plus sévèrement par la Commission²³³, tout particulièrement si les parties à l'opération se livraient une forte concurrence avant celle-ci²³⁴.

Pour ce qui a trait maintenant à la présomption posée par la casuistique du Tribunal relativement aux parts de marché supérieures à 50%, celle-ci se fonde sur la thèse qu'une entreprise détenant une telle position de longue date, sur la base de ses volumes d'offre et de production, se trouve dans une position de puissance. À son sens cette caractéristique fait dès lors de lui un partenaire obligatoire, lui garantissant l'indépendance de comportement, caractère même de la position dominante²³⁵. La pratique décisionnelle de la Commission montre elle aussi une présomption renforcée de dominance une fois les 50% de parts de marché passées²³⁶. Celle-ci soutient encore l'existence d'un risque d'autant plus élevé une fois les 60% atteints, et même l'existence d'un clair indice de cette position au-delà des 90%. Toutefois, même dans de telles circonstances, ces présomptions ne doivent pas être prises en compte de manière absolue dès lors que la présence active de concurrents et la pression exercée par ceux-ci sur le marché peut être propre à empêcher l'entreprise détenant les parts majoritaires de se comporter de manière indépendante et d'augmenter ses

232 Lignes directrices, c. 17.

233 LEVY, *The EU's SIEC Test five years on: has it made a difference?*, European Competition Journal 2010 (246), p. 211 (cit. II).

234 RIESENKAMPFF/STEINBARTH, in *Kartellrecht, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht*, C.H. Beck, 4^e édition, 2020, ad art. 2 FKVO n. 86.

235 C-85/76 – *Hoffmann-La Roche/Commission*, du 13 février 1979, c. 41.

236 BOTTERON, p. 170 ; évolution des présomptions dans la casuistique, BONNET, note en bas de page 1684.

prix²³⁷. On saisit ici le caractère essentiel de la prise en considération de toutes les caractéristiques du cas d'espèce, les autorités ne pouvant se contenter des présomptions mais devant bien plus analyser la situation concrète qui découlera de l'opération, certaines positions, même quasi monopolistiques, ne pouvant mener à une dominance sur le marché, faute de la structure de celui-ci. Il faut ainsi considérer ces présomptions avec retenue. Il est parfois possible de tirer des conclusions d'une opération sur la concentration d'un marché sous un angle statique, mais le résultat d'une telle analyse peut toutefois se révéler très différent dans le cadre d'une analyse dynamique. Cette dernière doit en effet être privilégiée, menant à la prise en considération de tous les facteurs en cascade qu'elle déclenche et non uniquement d'une addition factuelle des éléments déjà connus. Dans le cadre de l'analyse d'effets non coordonnés, les parts de marché constatées ne sont dès lors pas en elles-mêmes indicatives de l'émergence d'une possibilité d'augmentation des prix. En ce sens, un risque de position dominante pourra apparaître sur la base de parts de marché plus réduites, notamment en menant à un blocage de l'entrée sur le marché. Inversement, une entreprise concentrée avec des parts de marché extrêmement élevées peut également se révéler hors de position d'augmenter les prix qu'elle applique, faute de disposer de la marge propre à le faire sur le marché. En effet de tels cas sont propres à apparaître tout particulièrement en cas d'existence de produits substitués sur lesquels la demande se verrait reportée en cas d'augmentation des prix, rendant celle-ci non profitable²³⁸. On saisit toute la relativité de ce facteur pouvant être trompeur de prime abord. Les présomptions relatives aux parts de marché devront donc être employées avec précaution, pouvant mener à des résultats très différents selon le marché en cause, mais également relativement au type de biens offerts sur celui-ci.

Dans la casuistique de la Commission, on relèvera notamment la décision *Nestlé/Ralston/Purina*. Au sens de celle-ci, sur le marché de la nourriture sèche pour chiens en Espagne, l'autorité a considéré que des parts de marché cumulées de l'ordre de 30 à 40% présentaient un risque pour la concurrence dès lors que tous les concurrents restant sur le marché ne présentaient des parts de marché que de l'ordre de 1 à 10%. Toutefois, dans le cadre de la même décision, relativement au marché de la nourriture sèche pour chats en Angleterre, l'autorité n'a pas considéré comme à risque pour la concurrence la même concentration, menant à des parts de marché plus élevées, de l'ordre de 40 à 50%. Cette dernière s'est basée sur le fait que les concurrents restés sur le marché

237 M068 – *Tetra Pak/Alfa-Laval*, du 22 octobre 1991, c. 3.3; COMP/M.4533 – *SCA/P&G*, du 5 septembre 2007, c. 119 et 126.

238 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 166.

disposaient de parts préalables et constantes de respectivement 15 à 25% et 10 à 20% du reste du marché²³⁹. Les parts de marché ne constituent donc pas un indicateur absolu sur la base duquel des présomptions exactes peuvent être déterminées, mais un facteur dépendant également du reste de la structure du marché et des impacts concrets de la concentration sur celui-ci, à futur.

c. Développement des parts de marché

L'importance générale des parts de marché dès lors exposée, il sied de relever l'intérêt particulier dans le cadre de la détermination d'effets non coordonnés que représente l'évolution attendue de celles-ci. On relève en ce sens les facteurs clés que sont l'entrée et la sortie du marché, ainsi que le développement des parts d'une entreprise, des suites de l'opération. On verra dès lors ci-après que les importantes parts de marché peuvent être largement relativisées du fait de l'évolution à prévoir du marché concerné²⁴⁰. En ce sens, dans le cas de parts vouées à fluctuer, les données passées sur le marché peuvent notamment être employées. Les pressions exercées sur dites parts avant la concentration peuvent fournir des indicateurs utiles sur le processus concurrentiel et l'importance future attendue des différents concurrents, par exemple en montrant si les entreprises seront menées à disposer de parts, compte tenu des conditions probables du marché. On pense notamment au fait que le marché est dynamique ou présente une structure instable en raison de l'innovation ou de la croissance²⁴¹. Cette analyse dynamique permet dès lors, malgré la supputation de parts de marché passées ou futures élevées de l'entreprise concentrée, de conclure en certains cas à l'impossibilité de la survenance d'effets non coordonnés. En effet, il faut toujours considérer que certaines entreprises ont une grosse influence sur le marché malgré ce que pourrait laisser supposer leurs parts à celui-ci. Il faudra en ce sens distinguer les marchés que l'on peut traiter de stables, arrivés, en quelque sorte, à une maturité dans leur développement, des marchés d'innovation, voués à bien plus de fluctuation dans leur structure à moyen terme, au sein desquels les parts de marché se trouvent bien plus volatiles²⁴² et dont l'évolution peut être qualifiée de brusque et

239 COMP/M.2337 – *Nestlé / Ralston Purina*, du 27 juillet 2001, c. 41 à 50.

240 Voir Lignes directrices, c. 15; COMP/M.1806 – *Astra Zeneca / Novartis*, du 26 juillet 2000, c. 150 et 415; COMP/M.2256 – *Philips / Agilent Health Care Technologies*, du 2 mars 2021, c. 31 et 32.

241 Lignes directrices, c. 15.

242 KÖNEN, in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Schmidt Otto, Francfort-sur-le Main, 2019, ad art. 2 FKVO, n. 141; voir ég. KATZ/SHELANSKY, *Mergers and Innovation*, Antitrust Law Journal. 74(1), 2007; KWOKA, *The effects of mergers on innovation: economic framework and empirical evidence*, in Nihoul / Van Cleynenbreugel, *The Roles of Innovation in competition Law Analysis*, Edward Elgar Publishing limited, Cheltenham, 2018, p. 19.

imprévisible²⁴³. Dans le cadre de ces derniers, la Commission observe les développements prévisibles, aux fins de pouvoir estimer la force des entreprises y participant, des suites de l'opération. En effet, il est probable que la force d'innovation de ceux-ci fassent perdre sa position de marché à l'entreprise détenant de plus grandes parts. Au surplus, l'innovation permet également l'arrivée de nouveaux entrants, les entreprises déjà parties au marché n'étant pas les seules susceptibles de proposer de nouveaux produits. Même une entreprise avec des parts relativement peu élevées pourra ainsi représenter une force concurrentielle importante sur ce type de marchés, notamment si elle dispose de produits voués à s'imposer sur ceux-ci. Dès lors, il faut par exemple saisir que des parts élevées dans le domaine de la technologie ne sont pas inhabituelles et n'établissent pas un indice de pouvoir de marché²⁴⁴.

Dans le cadre de la pratique décisionnelle de la Commission, on peut notamment analyser le cas *Agfa-Gevaert/DuPont*, où la Commission a évalué l'évolution des parts de marché des entreprises parties à la concentration sur les trois années écoulées. Dès lors et malgré des parts atteignant 40 à 45% sur le marché des films à usage graphique, l'autorité a considéré que le recul des parts des entreprises parties à l'opération, ainsi que l'augmentation de celles de leurs concurrents principaux étaient propres à considérer l'opération compatible avec le marché commun²⁴⁵. Dans sa décision *Carnival Corporation/P&O Princess*, la Commission n'a pas considéré l'existence de risques pour la concurrence sur le marché des croisières en haute mer, malgré des parts de marché des entreprises parties à la concentration de 35 à 45%. En ce sens, elle a jugé le marché sous-développé et apte à beaucoup grandir dans les années à venir²⁴⁶. On voit dès lors que des marchés sont prompts à un grand développement et permettent d'éviter les problèmes concurrentiels d'une opération, notamment ceux où l'innovation joue un rôle prépondérant. Il restera toujours certes à analyser la capacité des parties *post* opération à empêcher les développements attendus, mais on comprend que si un marché est propice à se développer à futur, la concentration, même si elle engendre des parts de marchés substantielles, n'est en principe pas un problème. On voit réapparaître ici cette analyse dynamique, ne s'arrêtant pas aux conséquences statiques de l'opération, mais bien à son impact sur les rapports en devenir. Dès que le développement permet l'entrée d'une nouvelle concurrence et de nouveaux produits, l'opération

243 WILLIG, *Competition Policy for Network and Internet Markets*, in Paganetto : Knowledge, Economy, Information Technologies and Growth, Ashgate, 2004, p.138.

244 M.129 – *Digital/Philips*, du 2 septembre 1991, c. 18 et 76.

245 M.986 – *Agfa-Gevaert/DuPont*, du 11 février 1998, c. 99 à 101 et 105.

246 COMP/M.2706 – *Carnival Corporation/P&O Princess*, du 24 juillet 2002, c. 154ss et 196ss.

ne sera, en principe, pas contestée. On peut en ce sens brièvement analyser les décisions de la Commission *Microsoft/Skype* et *Facebook/Whatsapp*, exemples types des marchés d'innovation actuels. Dans le cadre de la première, l'autorité n'a pas considéré comme risques d'effets non coordonnés, malgré des parts de marché très élevée dans le domaine de la communication internet. Dans ce cadre, elle a notamment considéré l'essor du marché, en ce sens que les coûts d'internet allaient pour diminuer, que l'instauration de taxes supplémentaires aurait conduit à la perte de clients et surtout, qu'historiquement, chaque nouvel entrant avait rapidement réussi à développer un réseau d'un grand nombre d'utilisateurs²⁴⁷. Dans la seconde, l'autorité arrive à la même conclusion, considérant que beaucoup de produits qui ne sont pas encore sur le marché se trouvent dans une phase de développement avancée et sauraient contrés les éventuels effets anticoncurrentiels de l'opération²⁴⁸. On comprend ici la logique de la Commission, les marchés de technologie permettant systématiquement le développement de l'offre, laquelle annihile toute possibilité de profits anticoncurrentiels.

d. Comparaison des parts de marché relatives

Au sens de la jurisprudence du Tribunal, le rapport entre les parts de marché de l'entreprise concentrée et celles de ses concurrents, tout particulièrement de son premier poursuivant en la matière, constituent un indice de leur pouvoir de marché, ce facteur permettant l'évaluation de la capacité concurrentielle des concurrents. En ce sens, la Commission, une fois les parts absolues du marché déterminées, cherche à établir celles dites relatives, représentant la différence de parts de l'entreprise majoritaire avec ses concurrents. Dès lors, de hautes parts de marché de l'entreprise concentrée, combinées à un grand écart avec la quantité de celles détenues par les concurrents, ou à un amas de petits concurrents n'en détenant qu'une quantité minimale, est propre à mener à l'apparition d'effets non coordonnés. Toutefois ici encore, on ne peut pas tirer de conclusion de manière absolue, aucun écart fixe dans les parts des entreprises ne permettant de considérer une position dominante de manière automatique. On revient ici à l'absence de présomptions absolues déjà évoquée préalablement, l'analyse des effets non coordonnés requérant bien plus une prise en considération de tous les critères d'espèce et ne pouvant se limiter à des estimations. La Commission, en effet, doit bien plus se charger dans ce genre de cas d'établir une appréciation globale des éléments du marché,

247 COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, du 7 octobre 2011, c. 70 à 78 et 120 à 131.

248 COMP/M.7217 – *Facebook/Whatsapp*, du 3 octobre 2014, c. 99.

prenant en compte tous les facteurs déterminants. Cela sera tout particulièrement vrai lorsque les écarts dans les parts de marché seront réduits²⁴⁹.

Dans ce cadre, on relève la décision de la Commission relative à l'opération *Metso/Svedala*. Suite à celle-ci, les entreprises concentrées auraient détenu 35% à 45% des parts de marché, tandis que les premiers de leurs concurrents n'en auraient eu que, respectivement, 15 à 25%, 10 à 15% et 5 à 10%. L'autorité a dès lors considéré que la bien plus grosse position détenue par l'entreprise concentrée, combinée au faible pouvoir d'achat des clients, à l'absence de substituts et aux hautes barrières à l'entrée sur le marché concerné, était propre à mener à une position dominante sur le marché²⁵⁰. On repère immédiatement la multiplicité des facteurs employés par l'autorité, qui malgré un écart marqué dans les parts de marché, analyse d'autres éléments propres à détourner la concurrence. D'autre part et toujours à l'aune de cette même logique économique, la Commission n'a pas conclu à l'existence d'un risque pour la concurrence dans la décision *Getronic/Hagemeyer*. En effet et malgré les parts de celles-ci se situant entre 45 et 50%, celles de ses premiers concurrents étant estimées entre 20 et 25%, 10 et 15% et 5 et 10%, l'autorité a considéré une augmentation du prix comme impossible et menant à des pertes de parts de marché. En effet, dès lors que dans les dernières années beaucoup de nouvelles entreprises étaient rentrées sur le marché, celle-ci a conclu à ce qu'une augmentation unilatérale du prix mènerait à des pertes de position et de bénéfice²⁵¹. De même dans un contexte encore plus marqué, dans le cadre de la décision *Continental/Siemens*, des parts de marché de l'entreprise concentrée de 60 à 70% n'ont pas inquiété la Commission, malgré un premier concurrent n'en détenant que 20 à 30% et dès lors que les concurrents restés sur le marché avaient une grande incitation à continuer leur développement, un entrant potentiel étant également en pleine phase de développement²⁵². Enfin, dans la décision *Varta/Bosch*, l'autorité a considéré qu'une concentration menant à une nouvelle entreprise détenant 44%, contre 10% pour son premier poursuivant n'était pas problématique, ce dernier étant une marque très connue et pouvant limiter la marge de manœuvre de la nouvelle entité²⁵³. On comprend donc les écarts de parts de marché comme un facteur uniquement relatif, qui ne peut être utilisé seul et doit être combiné à l'entier des autres caractéristiques du marché. C'est dans le cadre d'une prise en considération globale que ceux-ci serviront d'indice.

249 MONTAG / VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 172.

250 COMP/M.2033 – *Metso/Svedala*, du 24 janvier 2001, c. 189 à 225.

251 COMP/M.2223 – *Getronics/Hagemeyer/JV*, du 2 avril 2001, c. 22 à 28.

252 COMP/M.4878 – *Continental/Siemens VDO*, du 20 décembre 2007, c. 66 à 67.

253 M012 – *Varta/Bosch*, du 31 juillet 1991, c. 45 à 50 et 57 à 64.

e. Augmentation des parts de marché

Pour ce qui a trait à présent à l'évolution des parts de marché de l'entreprise concentrée des suites de l'opération, on constate que même sous l'égide de l'ancien Règlement 4064/89 basé sur la théorie de la dominance, la Commission a toujours accepté les concentrations ne menant à aucune augmentation des parts de marché, et ce malgré une concentration préalable très élevée. On tire ici en effet la conclusion assez logique que la position dominante pré-existe à l'opération et qu'elle n'est, de ce fait, pas la cause du renforcement ou de la création de celle-ci. De même, de minimes évolutions, allant jusqu'à 10% ont souvent été perçues comme insignifiantes, dès lors que fondées sur de petits volumes. Dans cette même optique, toute augmentation des parts de 1 à 2% doit être considérée comme impropre à mener à des effets anticoncurrentiels²⁵⁴. Cette position doit toutefois être réappréciée en cas de très hautes parts de marché, l'effet d'une augmentation, même minime, pouvant dès lors être bien plus significatif²⁵⁵. On perçoit le pragmatisme devant être appliqué, faute duquel il faudrait sans doute considérer toute opération comme entravant le marché commun. La prise en compte des effets réels de l'opération et l'éventualité d'une importance plus grande que ce que pourraient laisser présumer les parts d'une société restant évidemment réservés.

Les appréciations ci-avant ne sont que l'expression de la nécessité d'une entrave significative à la concurrence et non d'une simple diminution de celle-ci. En ce sens, une augmentation moindre des parts de marché ne peut pas être à même de mener à un tel résultat. La Commission se tient aujourd'hui encore, sous l'égide de son nouveau Règlement, à cette même approche. On perçoit ainsi nombre de décisions dans lesquelles de toutes petites augmentations des parts de marché ne sont pas perçues comme problématiques²⁵⁶, même lorsque dite augmentation vient accroître une part de marché déjà conséquente de l'ordre de 50 à 60%²⁵⁷ ou même de 68%²⁵⁸. Une logique contraire se voit appliquée par l'autorité uniquement dès lors qu'une partie à la concentration détient, à titre préalable, des parts extrêmement élevées. On retiendra

254 Relativement à l'augmentation du degré de concentration sur le marché, voir not. BOTTERON, p. 173 et les œuvres citées, not. ROSENTHAL/THOMAS, n. 149, p. 126; JONES/SUFRIN/DUNNE, p. 1116; KOKKORIS/SHELANSKI, n. 3.125.

255 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 174; voir ég. M068 – *Tetra Pak/Alfa-Laval*, du 22 octobre 1991.

256 Voir not. M.630 – *Henkel/Schwarzkopf*, du 23 septembre 1995, c. 20; COMP/M.4137 – *Mittal/Arceleor*, du 2 juin 2006; COMP/M.3329 – *Tchibo/Beiersdorf*, du 22 janvier 2004.

257 COMP/M.2569 – *Interbrew/Beck's*, du 26 octobre 2001, c. 18 et 21.

258 M.289 – *Pepsico/KAS*, du 21 décembre 1992, c. 6.5.

dès lors qu'il faut considérer que, même une augmentation minimale des parts, peut se révéler néfastes pour la concurrence sur des marchés où une entreprise en détient 90%, les effets de l'opération pouvant être bien plus impactants que ne le laisse penser l'augmentation de celles-ci²⁵⁹. On applique le critère de l'entrave significative au travers de la casuistique de la Commission, se limitant à retenir les effets non coordonnés en cas d'augmentation de parts de marché conséquentes. On observe toutefois le contrepoids de cette théorie, en ce sens que sur un marché extrêmement concentré, l'entrave pourra déjà être significative, même en cas d'augmentation minimale.

f. Surcapacité et expansion potentielle

Reste finalement, dans le cadre de l'étude des parts de marché, à observer une éventuelle surcapacité sur celui-ci. Une telle disposition sur le marché serait en effet propre à empêcher la survenance d'effets anticoncurrentiels, malgré la présence d'une entreprise en position dominante. En ce sens, il faut comprendre que celle-ci, malgré son statut, ne serait pas en mesure d'adopter un comportement indépendant sur le marché, ses démarches ne lui permettant pas d'augmenter ses revenus²⁶⁰. Dans le cadre de la décision *Kali und Salz/Solvay/JV*, la Commission avait conclu à ce que, malgré des parts de marché se situant entre 50 et 60%, la surcapacité dans le secteur du sel, ainsi que l'important pouvoir d'achat du secteur public permettaient de conclure à ce qu'aucune position dominante ne se voyait créée²⁶¹, ne permettant ainsi pas la survenance d'effets anticoncurrentiels. De même dans le cadre de la décision *Glatfelter/Crompton Assets*, dans le cadre de laquelle l'autorité a déterminé que malgré des parts de 60 à 70% d'une entité fusionnée, la capacité de production disponible des autres concurrents resterait apte à maintenir une pression concurrentielle suffisante, empêchant tout comportement unilatéral de l'entité concentrée²⁶². Enfin, dans *UPM/Mylykoski und Rhein Papier*, l'autorité a jugé que la surcapacité préalable à une opération de concentration, déte- nue par les autres concurrents, était telle qu'elle empêcherait l'entité concentrée d'augmenter ses prix, malgré le fait que celle-ci obtienne de nouvelles parts sur le marché²⁶³. On perçoit la logique de la Commission, laquelle prend en considération les réactions à intervenir sur le marché du fait de la capacité.

259 M.5855 – *DB/Arriva*, du 11 août 2010, c. 166 à 170, 187 à 191; M068 – *Tetra Pak/Alfa-Laval*, du 22 octobre 1991.

260 Voir en ce sens Lignes directrices, c. 33; COMP/M.2502 – *Cargill/Cerestar*, du 18 janvier 2002, c. 19.

261 COMP/M.2176 – *Kali und Salz/Solvay/JV*, du 10 janvier 2002, c. 41.

262 COMP/M.4215 – *Glatfelter/Crompton Assets*, du 20 décembre 2006, c. 103 et 114.

263 COMP/M.6101 – *UPM/Mylykoski und Rhein Papier*, du 13 juillet 2011, c. 149 et 163 à 166.

Toutefois, la surcapacité n'est pas toujours apte à empêcher les agissements unilatéraux de l'entité concentrée. En effet, cette dernière n'est pas systématiquement à même de limiter les prérogatives de l'entreprise détenant les parts majoritaires. Cela sera notamment le cas si, préalablement à l'opération de concentration, des marges de production substantielles sont d'ores et déjà atteintes par les acteurs du marché. En effet, une telle situation aurait pour signification que la situation la plus profitable possible est déjà en place pour celles-ci, employant leurs capacités à un niveau maximal. Dès lors, elles n'auraient, en cas d'augmentation du niveau de prix par l'entreprise concentrée, aucune possibilité d'augmenter leur production et dès lors aucune incitation à venir baisser leur prix²⁶⁴. Dans ce contexte, le mouvement opéré sur le marché par l'entreprise concentrée lui serait profitable. On saisit ici encore la nécessité de se pencher sur l'entier de la structure du marché, en visant bien à déterminer les effets concrets de l'opération de concentration, sans s'arrêter aux hypothèses irréalisables et économiquement injustifiées. C'est également la dualité de chaque notion qui ressort clairement ici, pouvant être à la fois bénéfique à la concurrence sous un certain angle, mais affichant l'entier de ses limites sous une autre configuration de marché. On ajoute enfin qu'il existe des entreprises d'ores et déjà présente sur un marché, susceptibles d'augmenter leurs capacités²⁶⁵. Au sens des lignes directrices, il se peut dès lors que de plus petits concurrents exercent une pression suffisante, notamment lorsque ceux-ci ont l'intention et la capacité d'accroître leurs ventes²⁶⁶, leurs parts de marché n'étant pas représentatives de leur impact réel sur celui-ci. Toutefois, si l'opération de concentration donne à l'entreprise concentrée la prérogative d'empêcher un tel développement de l'activité de ses concurrents il faudra à nouveau considérer un risque d'atteinte à la concurrence²⁶⁷.

3.3.1.2. Concurrents particulièrement proches

La nature de la concurrence entre parties est devenue un point essentiel dans l'évaluation d'opérations de concentration. La Commission examine toujours plus fréquemment à quel degré les parties à celle-ci sont des concurrents proches, respectivement à quel degré les produits proposés sur le marché par les concurrents sont vus comme des substituts proches par les consommateurs. Par l'évaluation de ce facteur, elle peut analyser la dynamique concurrentielle entre les parties à la concentration et estimer les conséquences de son

264 COMP/M.6471 – *Outokumpu/Inoxum*, du 7 novembre 2012, c. 788.

265 KÖRBER, *ad art. 2 FKVO*, n. 288.

266 Lignes directrices, c. 17.

267 COMP/M.5978 – *GDF Suez/International Power*, du 26 janvier 2011, c. 96 et 141.

élimination dans le cas où l'opération serait réalisée²⁶⁸. On peut relever à cet égard une forte influence du droit américain, celui-ci s'attachant fortement aux rapports de concurrence entre les parties à l'opération et à la proximité de la concurrence qu'elles se portent²⁶⁹. Les Lignes directrices relèvent ce problème, arguant que plus le degré de substituabilité entre les produits des parties à une opération de concentration est élevé, plus il est probable que celles-ci augmenteront significativement leurs prix²⁷⁰. En ce sens la mise en commun de deux entreprises fournissant les produits considérés comme premier et second choix par les consommateurs est propre à générer des problèmes de concurrence, la rivalité entre les parties à l'opération devenant un facteur clé de l'analyse. Dans la suite logique de cette réflexion, on comprend que le risque pour la concurrence se trouvera réduit si les concurrents restant sur le marché des suites de l'opération fournissent des produits en tout point similaires à ceux des parties. Il sied dès lors d'observer le degré de substituabilité des produits proposés²⁷¹. Si les données à disposition le permette une analyse de substituabilité sera réalisable sur la base d'éléments tels les ratios de diversion ou l'élasticité croisée des prix relatives aux produits concernés²⁷². En addition à ces éléments, divers facteurs, potentiellement plus accessibles, peuvent être employés par la Commission aux fins de déterminer si des produits sont perçus par le consommateur comme substitués proches. On se concentrera ci-après sur l'analyse de ceux-ci, dès lors que les ratios de substitution et l'élasticité croisée des prix ont déjà été traités.

a. Proximité géographique

Il convient tout d'abord de mentionner la proximité géographique des concurrents, en ce sens que les entreprises parties à l'opération doivent exercer dans la même sphère, en ce qui a trait aux produits pour lesquels le choix du consommateur dépend de l'accessibilité de l'offre²⁷³. Il paraît en soit évident que des concurrents, bien que proposant des produits en tous points similaires, ne seront pas considérés comme proches s'ils viennent à exercer en des lieux

268 COMP/M.5046 – *Friesland Foods/Campina*, du 17 décembre 2008, c. 242ss.

269 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 179; voir également U.S. Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC), *Horizontal Merger Guidelines*, August 19, 2010, §6.1; pour approfondir relativement au droit de la concurrence américain, voir not. DABBAH/MAHER, *International and comparative competition law*, Cambridge University Press 2010, Ch. 5: US competition law regime, p. 225ss.

270 KOKKORIS/SHELANSKI, n. 7.32; ROSENTHAL/THOMAS, n. 150, p. 126.

271 Lignes directrices, c. 28.

272 Lignes directrices, c. 29; BONNET, p. 319-320.

273 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 182.

distincts. On comprend ici qu'en cas de concentration de parties dans une zone géographique précise, celles-ci ne seront pas à même d'augmenter leurs prix si subsiste, dans la même zone, un concurrent capable de les en empêcher. Inversement, on peut se retrouver dans une situation problématique, dès lors que la concentration concerne des concurrents proches, qui sont les fournisseurs exclusifs de certains clients dans une zone déterminée, notamment par des coûts de transport qui s'avèreraient trop élevés pour que les concurrents puissent réellement jouer un rôle²⁷⁴. On relève que cette affirmation ne vaut évidemment que pour les produits pour lesquels le critère géographique a un impact concret. Pour ce type de produits, l'absence de proximité géographique d'avec les concurrents ne permet pas de retenir des effets non coordonnés²⁷⁵.

b. Comparabilité des produits relativement à leurs caractéristiques

Il faut comprendre ici que sur des marchés de produits hétérogènes, la possibilité de choix du consommateur dépend des caractéristiques spécifiques d'un produit. S'il s'avérait, sur un tel marché, que les ratios de diversion étaient tels que les consommateurs opteraient très majoritairement pour un produit B en lieu et place d'un produit A, en cas d'augmentation des prix de ce dernier, une concentration entre les deux fournisseurs de dits produits mènerait à un risque d'augmentation des prix, celle-ci étant profitable²⁷⁶. On effectue ici un test de substituabilité propre à déterminer un rapport direct entre les produits concernés. On ira même plus loin en l'espèce, cherchant non seulement à savoir si les produits proposés sont substitués au sens de cet indicateur, mais également si les ratios de diversion des produits mènent à une connexité et à une dominance des deux éléments. Si tel cas devait se produire, une augmentation de prix se verrait possible, car profitable à l'entreprise issue de la concentration, en ce sens que le consommateur ne se tournerait pas vers un concurrent, quand bien même le prix augmenterait. On est ici face au cas type de proximité de concurrence entre deux acteurs, la disparition du premier menant le consommateur moyen à se tourner automatiquement vers le second. On comprend la logique de cette théorie, la réunion des deux entités menant à une puissance de marché excessive de la nouvelle entité concentrée. On rajoute au surplus que l'hétérogénéité des produits implique une substituabilité particulière de

274 M.7878 – *HeidelbergCement/Schwenk/CemexHungary/CemexCroatia*, du 5 avril 2017, c. 304ss; relativement à cette décision, DELAVENNE, *Le droit des concentrations*, NADGUE 6/2018, blogdroiteuropéen, janvier 2018.

275 Pour plus de détails sur la définition du marché géographique pertinent, voir not. BOTTERON, p. 156-157.

276 COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, du 27 juin 2007, c. 491 à 493; voir également MEINHARDT/WASER/BISCHOF, *ad art. 10 LCart*, n. 46; RAASS, p. 676.

ceux-ci, n'étant, en tous les cas, pas aléatoire, et dépendant grandement des préférences de la clientèle. Cette addition d'éléments mène à un rapport de concurrence très proche entre certains produits offerts sur le marché. Dans le cadre de sa décision UPS/TNT, la Commission a déterminé que la concentration d'entreprises proches, dans le cadre d'un marché déjà préalablement passablement concentré, mènerait à une réduction de la pression concurrentielle sur celui-ci. Dès lors, les pressions, disparaissant également entre les autres concurrents, la situation aurait pu mener à une hausse des prix, ainsi qu'à une réduction de la production²⁷⁷. Dans la décision *Dow/Dupont*, l'autorité a également considéré que l'éventualité d'une fusion entre deux entreprises sur un marché propice à l'innovation, et sur lequel celles-ci se font justement concurrence du fait de l'innovation, était propre à réduire les possibilités de développement et à réduire la concurrence de fait²⁷⁸.

c. Les préférences des consommateurs

Bien que les préférences des consommateurs puissent jouer un rôle anti-concurrentiel sur les marchés de produits homogènes, ceux-ci peuvent également impacter les marchés de produits homogènes. En effet, le consommateur ne devrait, sur ce type de marchés, en principe n'avoir aucun intérêt à se tourner vers un produit précis mais bien plus se contenter de choisir le plus rentable économiquement. Toutefois, il se peut que l'on trouve des marchés spécifiques, où l'offre, bien qu'attachée à des produits similaires, souffre les préférences de la clientèle. La concentration peut dès lors tout de même créer un risque d'effets anticoncurrentiels, le consommateur faisant valoir ses goûts, comme par exemple en matière de marques ou d'image de celle-ci²⁷⁹. Dès lors, les ratios de diversion cités préalablement sont susceptibles de réapparaître et l'union de deux entreprises ayant les faveurs du public est susceptible de créer des effets non désirés du point de vue de la concurrence, pour les raisons évoquées ci-avant. Ici, la possibilité d'augmentation du prix ne tiendra pas du manque de substituts, mais bien de la préférence des consommateurs pour les produits de l'entreprise concentrée. On comprend qu'il n'est pas suffisant pour la Commission de s'arrêter à une simple analyse des substituts, mais qu'elle doit se vouer au complexe exercice qu'est la diversion réelle de la clientèle en cas de disparition d'un acteur du marché.

277 COMP/M.6570 – *UPS/TNT Express*, du 30 janvier 2013, c. 511ss, 630 et 702ss.

278 M.7932 – *Dow/Dupont*, du 27 mars 2017, c. 2117 et 2118 ; à cet effet, voir également KWOKA, p. 20.

279 VÖLCKER, p. 395.

Dans le cadre de sa décision *Kraft Foods / Caldbury*, la Commission s'est penchée sur la question de l'impact des préférences des consommateurs. Dans ce contexte, les parties à l'opération auraient disposé de parts de marché dans le secteur des tablettes de chocolat, de 60 à 70% en Grande-Bretagne et de 50 à 60% en Irlande. Toutefois, les produits offerts par les deux firmes n'ont pas été considérés comme étant en concurrence rapprochée. Pour la Commission, le consommateur aurait préféré se diriger vers un concurrent tiers s'il devait ne plus acheter l'une de ces deux marques²⁸⁰. On saisit la logique de la Commission ; dès lors que les ratios de diversion ne mènent pas d'une partie à l'autre, celle-ci n'est pas à même de créer un risque d'augmentation de pouvoir de marché, en ce qu'une augmentation du prix impliquerait purement et simplement la perte d'une partie de la clientèle. Se pose tout de même la question de l'appréciation par l'autorité de ces éléments, ne faisant certes pas l'objet de doutes sous un angle économique, mais pouvant être complexes à estimer et ne pas représenter la réalité.

d. La pression concurrentielle exercée par les marchés voisins

Vient ensuite le critère de la pression exercée par les marchés voisins, relevant d'une certaine importance sur les marchés oligopolistiques, déjà très concentrés et où le nombre d'offrants est réduit. Plus les marchés sont définis de manière étroite, plus le niveau de concentration sur ceux-ci sera élevé et l'offre réduite. Sur de tels marchés, une augmentation des prix ne serait profitable suite à une concentration que si le consommateur n'avait pas d'alternatives de substitution. Toutefois, il ne suffit pas d'observer les alternatives des consommateurs uniquement sur le marché litigieux, la Commission devant également se concentrer sur les marchés voisins. Cette analyse étend ainsi la tâche de la Commission à des marchés annexes. L'autorité doit ainsi analyser la possibilité pour le consommateur de dévier sur un marché voisin, n'offrant certes pas les mêmes produits, mais des biens considérés semblables. Dès lors, des effets non coordonnés seront envisageables uniquement si une incitation à augmenter les prix subsiste pour l'entreprise issue de l'opération, malgré la possibilité pour les consommateurs de se tourner vers lesdits marchés²⁸¹. En d'autres termes, l'absence de pression concurrentielle, exercée par des marchés parallèles, est propre à favoriser les effets non coordonnés. La Commission devra ainsi chercher à déterminer si, malgré les marchés voisins, des suites de l'opération, subsiste une incitation à augmenter les prix pour l'entité concentrée. Zimmer relève néanmoins que, d'un point de vue purement économique,

280 M.5644 – *Kraft Foods / Cadbury*, du 6 janvier 2010, c. 50 et 79.

281 MONTAG / VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 187.

la définition du marché de produit peut paraître une étape intermédiaire superflue, car pour que les entreprises fusionnées puissent augmenter leurs prix de manière rentable, seule la proportion de clients d'un produit donné qui ne se tournent pas vers un concurrent est déterminante, et non la définition des marchés de produits pouvant faire office de substituts²⁸². Cette définition des marchés reste toutefois un critère central et déterminant de l'analyse usuelle des effets non coordonnés, une telle déviation sur des marchés voisins ne devant être considérée que dans les cas d'espèce qui s'y prêtent, mais surtout et uniquement dans le cadre d'une étude poussée et approfondie des effets non coordonnés sur un marché²⁸³. On saisit encore la complexité de la tâche des autorités de la concurrence, ne pouvant se contenter d'analyser le marché au contentieux, et devant concrètement et selon une logique économique poussée, établir toutes les possibilités du consommateur. Il en découle la nécessité d'examiner les marchés voisins, les diversions possibles, mais également les pressions exercées sur les acteurs.

e. Analyse quantitative

Le degré de substituabilité entre différents produits sur un même marché est dès lors analysé par le biais de la Commission sur la base d'une analyse quantitative des différents facteurs économiques. Celle-ci doit tenir compte des préférences des consommateurs, du comportement d'achat de ceux-ci, mais également de l'élasticité croisée des prix des produits proposés²⁸⁴. Grâce à l'estimation de cette dernière relativement à la demande, on peut dès lors mesurer dans quelle proportion l'augmentation du prix d'un produit se traduit par la diversion vers un autre produit sur le même marché. L'élasticité simple du prix d'un produit peut également être un facteur servant d'indice, propre à déterminer la réaction générale du consommateur en cas d'augmentation du prix²⁸⁵. Enfin, les ratios de diversion entre différents produits sont eux-mêmes essentiels dans l'analyse de la Commission. Ces derniers permettent de déterminer quelle part des ventes d'un produit, perdu des suites d'une augmentation des prix, se verrait reportée sur un second produit prédéfini. Pour terminer, on note encore que la Commission, dans le cadre de son analyse quantitative, dresse également des modèles de simulation de concentrations²⁸⁶. Ceux-ci permettent une éva-

282 ZIMMER, *Differenzierte Produkte, nichtkoordinierte Effekte und das Upward Pricing Pressure-Konzept: Wird die Marktabgrenzung in Fusionskontrollverfahren entbehrlich?*, WuW 2013 (928), p. 932ss (cit II).

283 À cet effet, voir KÜHN, *Die Zukunft der Marktabgrenzung*.

284 Lignes directrices c. 29 ; WHISH/BAILEY, p. 889.

285 TIRALONGO, p. 136.

286 À cet effet, voir BOTTERON, p. 180.

luation des diverses conséquences pouvant découler de l'opération, permettant une vision plus concrète et la prise en compte de tous les éléments économiques du cas d'espèce²⁸⁷. On comprend ici la mise en pratique de la Commission dans son évaluation du risque de survenance des effets non coordonnés. En effet, il semble très complexe dans le cadre d'une analyse *a priori* de pouvoir se projeter sans chercher à schématiser de manière plus concrète les divers effets de la concentration. Les éléments précités vont dès lors servir d'indicateurs, propres à amener une appréciation réaliste de la situation du marché après l'opération, faute de pouvoir d'ores et déjà en constater les effets exacts.

On comprend donc en conclusion que le facteur fondamental que constitue la proximité de la concurrence entre les parties à l'opération relève d'un faisceau d'éléments dont la détermination peut s'avérer ténue et complexe. En effet, les caractéristiques propres à chaque marché devront être prises en considération et des appréciations faites. Une fois encore, dans le cadre d'évaluations *a priori*, on devra se poser la question de la preuve incombant à la Commission. Nous y reviendrons en détail, la difficulté technique des éléments exposés ci-dessus et leur imprévisibilité à futur plaidant pour une preuve basée sur la base de faisceaux d'indices et d'appréciations économiques.

3.3.1.3. La suppression d'un important moteur de la concurrence

a. Généralités

Dans les marchés déjà relativement concentrés, une opération est susceptible de créer des effets unilatéraux même en cas d'augmentation des parts de marché de moindre importance, lorsque l'entreprise objet de l'acquisition joue un rôle particulier pour la concurrence²⁸⁸. Ce genre de cas concerne généralement l'acquisition d'entreprises entrées depuis peu sur un marché et desquelles il est attendu une forte pression concurrentielle dans le futur, plus élevée que celle actuellement exercée²⁸⁹. De même, cette théorie s'applique aux acteurs du marché considérés « francs-tireurs » (*Maverick firms*), petites entreprises, mais qui de par leur force d'innovation sur le marché favorisent la dynamique de la concurrence, malgré leurs parts de marché, en principe, faibles²⁹⁰. Il faut comprendre ici que ces entreprises, malgré un pouvoir de marché relativement bas, jouent un rôle clé pour la concurrence sur la base d'autres critères. Par leur prise

287 À cet égard voir not. EPSTEIN/RUBINFELD, *Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products*, COMP/B1/2003/07, du 7 octobre 2004.

288 Voir Lignes directrices c. 37; voir ég. KILLICK/SCHULZ, *Horizontal and Vertical – Horizontal and Vertical Mergers in the EC Mergers Control*, in Amato/Ehlermann: *EC Competition Law, A critical Assessment*, Rome/Bruxelles 2007, p. 461; ROSENTHAL/THOMAS, p. 131.

289 COMP/M.4141 – *Linde/BOC*, du 6 juin 2006, c. 161 à 167.

290 MONTAG/VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 215.

en considération, la Commission peut dès lors sortir du cadre des parts de marché et de la concentration sur un marché, afin d'analyser des critères spécifiques, eux aussi susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels. On saisit la grande relativité du critère des parts de marché, à lui seul pas suffisant pour établir les effets réels d'une opération de concentration. Par la prise en compte de ce facteur, on se tourne une fois encore vers une appréciation concrète des effets économiques de l'opération, cherchant à considérer les impacts économiques réels.

Dans le cadre de la décision *Haniel/Ytong* notamment, la Commission avait déclaré, malgré l'augmentation de parts de marché moindre (entre 0 et 2%), le renforcement de la position dominante de la première nommée. En effet, elle avait considéré que la seconde, par son offre également présente sur les marchés voisins ainsi que ses bonnes relations avec les distributeurs, jouait un rôle particulier pour la concurrence sur le marché concerné²⁹¹. Toutefois, dans une décision successive ayant trait à une transaction parallèle, *Haniel/Fels*, l'autorité avait jugé, malgré une augmentation des parts de marché en tous points similaires, que la concentration ne posait pas de problème sous l'angle de la concurrence, dès lors que Fels ne jouait aucun rôle particulier sur le marché²⁹². On perçoit que la Commission doit se charger d'un travail détaillé, visant à déterminer l'impact particulier de chaque acteur sur un marché donné et de vérifier les conséquences de l'alliance de celui-ci avec un autre participant au marché. On constate que la solution ne variera pas uniquement en fonction de la taille de ceux-ci, mais également sur la base d'un faisceau de facteurs spécifiques au cas d'espèce²⁹³. Pour ce qui est de l'application de ce critère dans la pratique de la Commission en matière de télécommunications, celle-ci a rendu diverses décisions fondées sur le potentiel futur ou la force disruptive d'entreprises. On exposera dès lors les décisions *T-Mobile Austria/tele.ring*, *Hutchison 3G Austria/Orange Austria* ou encore *Hutchison 3G UK/Telefonica UK*. Dans la première citée, la Commission n'a accepté la concentration entre le 2^{ème} et le 4^{ème} opérateur d'Autriche que sous de larges engagements tant *tele.ring*, depuis son apparition sur le marché, avait mené à la diminution des prix

291 COMP/M.2568 – *Haniel/Ytong*, du 9 avril 2002.

292 COMP/M.2495 – *Haniel/Fels*, du 21 février 2002, c. 85ss.

293 Pour un exemple des spécificités du marché des télécommunications en France, voir PETULOWA, *Essays in Economics of telecommunications: competition between services and between firms*, Thèse, Université de Montpellier, 2015, p. 113ss ; pour l'étude d'un cas d'acquisition sur le marché des télécommunications en Suisse, voir CANAPA, *L'appréciation des engagements des entreprises participantes à une concentration d'entreprises: l'exemple de Sunrise/Liberty Global et de CFF/Hupac/Rethmann/GBN*, Berne, Growth Publisher Law, 2022.

pour le consommateur final²⁹⁴. Dans la deuxième, la Commission a considéré qu'*Hutchinson 3G* jouait un rôle clé sur ce même marché, malgré des parts se situant uniquement entre 10 et 20%, notamment par son adaptation rapide aux nouvelles technologies et par son potentiel d'expansion futur. Une fois encore, la Commission a accepté cette opération sous engagements, devant laisser possible l'entrée sur le marché d'autres concurrents²⁹⁵. Enfin, dans cette dernière décision touchant le marché des télécommunications au Royaume-Uni, *Three* était le dernier entré sur le marché et représentait une force concurrentielle importante au sens de la Commission. La particularité de ce marché tenait dans le fait que les quatre principaux opérateurs du pays coopéraient par un accord de partage de réseaux. La Commission y a dès lors vu un risque pour le développement futur de ce secteur et a interdit l'opération²⁹⁶. Nous reprendrons les implications de cette dernière décision dans la suite de ce travail, relativement à l'arrêt *CK Telecoms* du Tribunal.

On ajoute qu'il convient tout particulièrement de saisir la possibilité d'apparition de tels effets, sur les marchés caractérisés par l'innovation. En effet, la concentration peut venir à réduire la force d'innovation sur le marché concerné et de fait réduire la concurrence, sans que l'entreprise disparaissant n'ait une part de marché prépondérante. Cela pourrait typiquement être le cas dans les situations où l'opération affecte des entreprises développant de nouveaux produits qui, soit remplaceront un jour les produits existants sur le marché, soit créeront une demande entièrement nouvelle²⁹⁷. On relève à ce titre que la Commission s'est déjà vu appliquer de telles appréciations, notamment dans le domaine de la pharmacologie, tout particulièrement dépendant de l'innovation²⁹⁸. Il faut toutefois relever que la mise en commun d'une entreprise particulièrement innovante, avec une autre détenant un important pouvoir de marché peut également se révéler positive pour la concurrence, alliant les moyens de l'une et la volonté d'innovation de l'autre, menant à une plus grande activité sur le marché. Il faudra dès lors savoir apprécier les hypothèses en tenant compte de la situation propre à chaque opération, certaines pouvant mener à des effets pro-concurrentiels et non à une perte de force innovatrice.

294 COMP/M.3916 – *T-Mobile Austria / tele.ring*, du 26 avril 2006.

295 COMP/M.6497 – *Hutchison 3G Austria / Orange Austria*, du 12 décembre 2012.

296 M.7612 – *Hutchison 3G UK / Telefonica UK*, du 11 mai 2016 ; voir également à cet effet POWELL/CZAPRACKA, *Competition law and Policy Debate*, Volume 3, Issue 4, November 2017(41), p. 49ss.

297 Lignes directrices, c. 38.

298 En ce sens, voir COMP/M.7275 – *Novartis / GlaxoSmithKline Oncology Business*, du 28 janvier 2015 ; COMP/M.7559 – *Pfizer/Hospira*, du 4 août 2015 ; voir à ce sujet ORNAGHI, *Mergers and Innovation in BigPharma*, *International Journal of Industrial Organization* 70, 2009 ; KWOKA, p. 23.

En effet, il est probable que de par la concentration et malgré une légère perte en matière d'innovation, l'opération permette un gain considérable relativement à la structure de l'entreprise, lui permettant d'être plus compétitive sur le marché, pouvant ainsi aider à la concurrence effective de manière plus dynamique²⁹⁹. Relativement à la casuistique de l'autorité dans le domaine de la pharmacologie, on mettra en avant la décision *Pfizer/Hospira*. Dans le cadre de celle-ci, la Commission est arrivée à la conclusion que la transaction proposée serait propre à entraver la concurrence sur le marché, craignant que l'alliance des deux firmes incite *Pfizer* à arrêter le développement d'un médicament biotechnologique déjà produit par *Hospira*. Inversement, l'autorité craignait que la dernière nommée ne retire son produit du marché. La concentration a par la suite été acceptée sous l'engagement *sine qua non* de maintien du projet de développement entrepris par *Pfizer*³⁰⁰. Ce cas particulier montre la nécessité pour l'autorité de repousser les *killer acquisitions*, lesquelles sont réalisées par des entreprises en place, afin d'acquérir une cible innovante, de mettre fin à son développement et d'empêcher toute concurrence future³⁰¹. Cette décision clé, dont l'importance communautaire ne peut qu'être soulignée, avait été décrite par Margrethe Vestager comme ne défendant pas seulement les patients ou les distributeurs contre une hausse des prix, mais également l'entier de la recherche et du développement dans le domaine médical, essentiel à notre société³⁰². On peut encore relever, dans le cadre de la décision *Dow/DuPont* déjà évoquée ci-avant, une autre opération autorisée suite aux engagements des parties. Dans ce cadre, les parties avaient convenu de vendre l'entier des capacités de recherches de *DuPont*, permettant l'autorisation de l'opération par la Commission³⁰³. On comprend dans ces deux décisions la pratique de la Commission, celle-ci cherchant à garantir la survie des éléments propres à assurer l'innovation, autorisant les opérations une fois la garantie de ceux-ci assurée. On peut enfin évoquer la décision *Continental/Phoenix*, dans le cadre de laquelle la Commission a décrété que la seconde, malgré de faibles parts de marché, exerçait une pression concurrentielle importante sur le marché concerné, du fait notamment de sa position particulièrement innovante, refusant de donner son aval à une telle concentration, craignant une perte d'innovation sur le marché³⁰⁴.

299 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 218.

300 COMP/M.7559 – *Pfizer/Hospira*, du 4 août 2015.

301 CUNNINGHAM/EDERER/MA, *Killer acquisitions*, London Business School, Journal of Political Economy, 129 (3), p.1.

302 Europäische Kommission, *Pressemitteilung IP/17/772*, Bruxelles, 27 mars 2017.

303 M.7932 – *Dow/Dupont*, du 27 mars 2017.

304 COMP/M. – *Continental/Phoenix*, du 26 octobre 2004.

On cerne toute l'importance de la prise en considération de ce facteur, permettant d'admettre des effets non coordonnés même en l'absence de parts de marchés conséquentes. La Commission se retrouve munie d'outils plus larges, lui permettant d'étendre son champ d'action au-delà de ce simple facteur. On perçoit donc ici un élargissement du spectre de l'autorité, celle-ci n'étant pas uniquement vouée à évaluer les opérations de trop grosse envergure entre concurrents dominant le marché, mais également autorisée à interdire celle dont les impacts sont moins évidents sur ce dernier et découlent d'appréciations plus ténues. On comprend l'intérêt prépondérant de la logique économique dans ce contrôle, l'autorité bénéficiant d'un outil apte à lui permettre une analyse des effets réels et concrets de l'opération sur les liens de concurrence et la pression exercée sur le marché. On perçoit notamment la prise en compte des possibilités d'innovation ou de l'effet disruptif d'un concurrent de taille réduite, voire même de l'impact de concurrents non encore entrés sur le marché.

b. En comparaison avec la *Maverick Firm*

On se permettra ici à titre de conclusion de mettre en avant la notion américaine de *Maverick Firm*, qu'il s'agit de prendre en comparaison avec celle d'important moteur de la concurrence, connue du droit européen. Les deux peuvent certes être assimilées en certains points, des auteurs les employant notamment de manière uniforme et comme si elles servaient de simples synonymes³⁰⁵. Toutefois, il sied de les distinguer à notre sens, tant leur teneur exacte n'est pas la même et n'implique pas les mêmes conséquences en droit de la concurrence. En analysant, tout d'abord, la version anglaise des Lignes directrices, on perçoit que la notion de *Maverick firm* n'est employée qu'en matière d'effets coordonnés, les importants moteurs de la concurrence étant décrits comme des *important competitive forces*³⁰⁶. Au surplus, nombre de décisions traitant de *Maverick firms*, bien que pas l'entier de ceux-ci, font dans le cadre d'un contrôle des effets coordonnés, propre à démontrer que la disparition d'un tel acteur permet la coordination tacite des acteurs restants³⁰⁷. Finalement, cette affiliation particulière des *Maverick Firms* au contrôle des effets coordonnés se retrouve également dans la littérature. On notera à cet égard Gavil, Kovacic, Baker et Wright, qui se contentent de mentionner les effets coordonnés que

305 Voir notamment BROMFIELD, *Maverick Firms and Merger Policy*, Aston University, September 2015, p. 27ss.

306 Lignes directrices, c. 37, 38, 42.

307 Voir notamment COMP/M.4141 – *Linde/BOC*, du 6 juin 2006.

peut déclencher une opération de concentration, tant si un tel concurrent est partie à l'opération que si celui-ci vient à perdre sa force disruptive des suites de l'opération, mais sans jamais évoquer d'effets non coordonnés à proprement parler³⁰⁸. Dès lors, cette notion doit bien plus être perçue comme l'équivalent de celle de *franc-tireur*, notion plus étroite et elle-même englobée par celle d'important moteur de la concurrence à notre sens. Il faut donc comprendre ces entreprises comme susceptibles de renforcer la concurrence de par leurs pratiques radicales et concurrentielles. Il leur est portée une attention toute particulière, dès lors que leur élimination sera considérée avec plus de poids par les autorités³⁰⁹. Cet élément définit ainsi de petites entreprises qui, de par leur force d'innovation sur le marché, favorisent la dynamique de la concurrence, faisant preuve d'un comportement particulièrement agressif et concurrentiel³¹⁰. La notion de *Maverick Firm* étant comprise dans celle d'important moteur de la concurrence, celle-ci pourra évidemment être propre à déclencher des effets tant coordonnés que non coordonnés. Toutefois, il y a lieu de bien saisir que la disparition d'un important moteur de la concurrence, moins disruptif, peut amplement suffire à l'apparition de tels effets sur un marché, des suites d'une concentration. En définitive, il sied de constater qu'il est selon nous attendu du franc-tireur ou de la *Maverick Firm*, un comportement disruptif touchant l'entier du marché concerné, tandis que l'important moteur de la concurrence peut impacter le marché de quelque façon que cela soit, même partiellement. Ainsi, des effets non coordonnés peuvent découler de la disparition d'un tel acteur sans que celui-ci ne soit obligé d'impacter l'entier du marché, ou même d'agir de manière pro-concurrentielle sur l'entier de celui-ci, la disparition d'une seule prérogative favorisant la concurrence étant propre à déclencher dits effets. La *Maverick Firm* a donc un plus grand impact sur la concurrence et son cas, certes intéressant, implique des conséquences identiques à celles de l'important moteur de la concurrence dans le contexte des effets non coordonnés. En effet ce dernier, bien que moins disruptif, est déjà largement à même d'impacter la concurrence sur le marché. À titre d'exemple, on souligne la décision *T-Mobile Austria / tele.ring*, dans laquelle la Commission a considéré que la disparition de *tele.ring* aurait mené à la survenance d'effets non coordonnés, ceux-ci n'étant donc pas limités à une concentration

308 GAVIL/KOVACIC/BAKER/WRIGHT, p.789ss.

309 *Horizontal Merger Guidelines*, §2.1.5, p.3.

310 BROMFIELD/OLCZAK, *The Role of the Maverick Firm concept in European Commission merger decisions*, 22.05.2018, p.2; KWOKA, *The Private Profitability of Horizontal Mergers with Non-Cournot and Maverick Behaviour*, *International Journal of Industrial Organization*, 1989, 7: 403-11 (*cit. II*).

entre les concurrents les plus proches, mais également applicable à un plus petit concurrent, *tele.ring* et ses 10 à 20% de parts de marché³¹¹.

3.3.1.4. Capacité de l'entreprise concentrée à freiner l'expansion des concurrents

Les effets non coordonnés d'une opération de concentration peuvent également découler de la possibilité pour l'entreprise fusionnée de bloquer le développement de petites entreprises, de compliquer celui de concurrents potentiels ou de limiter la capacité concurrentielle d'autres acteurs du marché³¹². On précise, qu'afin de pouvoir considérer dite prérogative comme effet anti-concurrentiel émanant de l'opération, il faut que celle-ci découle de la concentration et que l'entreprise partie ne l'ait pas déjà détenue au préalable³¹³, auquel cas l'on ne se trouverait pas face à un tel effet, mais serait confronté à une potentielle position dominante sur un marché, pas illégale *per se*. Au surplus, c'est dès la concentration réalisée, que l'entreprise doit être en position de se comporter de manière anti-concurrentielle vis-à-vis de ses concurrents. Ainsi, on distingue cette nouvelle prérogative de la situation qui prévaudrait en cas de préexistence de la position de dominance sur le marché, menant à une potentielle violation de l'art. 102 TFUE. Les Lignes directrices sur le contrôle des concentrations horizontales énoncent les constellations types, propres à créer des effets non coordonnés, qu'il s'agira de développer ci-après. On y ajoutera également des facteurs développés par le biais des décisions des autorités de la concurrence. En ce sens on relève notamment la décision de la Commission *EDF/Segebel*, dans le cadre de laquelle l'autorité de la concurrence a perçu que l'opération entre les deux entités déboucherait sur le risque qu'EDF, des suites de l'opération, ne puisse plus suivre sa stratégie de développement de l'époque³¹⁴.

a. Intégration verticale

On relève tout d'abord et principalement les risques d'effets non coordonnés, relatifs à l'intégration verticale. Par ce moyen, une entreprise réunit en son sein divers stades de la phase de production d'un bien³¹⁵. Ainsi, il faut en conclure que l'association d'entreprises, dont au moins une possède, elle-même déjà,

311 COMP/M.3916 – *T-Mobile Austria/tele.ring*, du 26 avril 2006 ; voir ég. PAPANDROPOULOS, *L'analyse économique des effets unilatéraux dans quelques cas de fusions*, Droit & économie, Concurrences N°2-2007, p.18-19.

312 Lignes directrices, c. 36.

313 MONTAG / VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 200.

314 COMP/M.5549 – *EDF/Segebel*, du 12 novembre 2009.

315 Sur cette notion, voir not. FRISON-ROCHE, p. 82.

d'autres entités de la chaîne de production, pourrait mener à des effets non coordonnés. En effet, une telle disposition permettrait à la nouvelle entité de faire valoir un tout nouveau pouvoir de marché, restreignant, par exemple, l'accès de ses concurrents à des facilités essentielles ou à des phases de production clés et les obligeant à hausser leurs coûts et de ce fait leurs prix, voire à se retirer du marché. De même, une telle opération augmente les barrières à l'accès au marché et réduit la concurrence potentielle d'autant³¹⁶. Il faut ici saisir la subtilité tenant à distinguer l'intégration verticale, non contestée elle-même, de l'opération de concentration, laquelle permet un tout nouveau pouvoir anticoncurrentiel à l'entité. On comprend dans le cadre d'une telle opération que la prérogative anticoncurrentielle naît bel et bien de l'opération de concentration, celle-ci donnant naissance à la possibilité d'effets non coordonnés. On rajoute enfin qu'on perçoit la nécessité d'une prise en compte du marché dans son ensemble, menant à la considération des marchés tant en amont qu'en aval, pouvant mener à une distorsion des rapports de concurrence sur le marché principal.

Dans sa décision *RTL/Veronica/Endemol*, en 1999 déjà, la Commission soulevait que la réunion de deux acteurs hollandais du marché de l'émission télévisuelle avec le producteur du contenu télévisuel en Hollande mènerait à une position dominante des deux chaînes sur le marché. En ce sens, l'autorité a conclu à ce que, de par leur position préférentielle et de par leur lien avec le producteur, les chaînes seraient en position de s'assurer une part suffisante de téléspectateurs vis-à-vis de leurs concurrents directs. De même, l'opération aurait également permis au producteur, *Endemol*, de renforcer une position déjà dominante sur le marché, dès lors qu'il se serait assuré la distribution de son contenu de façon préférentielle³¹⁷. On perçoit la dualité de ce facteur, avantageant tant l'entreprise intégrée que celle intégrante et donnant accès à des facilités sur les marchés en amont ou en aval dont ne disposent pas les autres concurrents. Nombre de décisions ont par la suite été rendues en la matière. De celles-ci on mettra encore en avant *Chiquita Brands International / Fyffes*. Au centre de celle-ci, se trouvait le nouveau pouvoir de négociation créé par l'opération au sens de la Commission, et avantageant les parties à l'opération. En ce sens, la conclusion d'un contrat d'exclusivité avec une entreprise de transport en mer aurait fait augmenter les coûts des concurrents de la nouvelle entité concentrée, permettant à celle-ci, par le biais de l'intégration du

316 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, 5^{ème} édition, Iowa City 2016, p. 526 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust, An Integrated Handbook*, 3^{ème} édition, 2016, p. 550.

317 M.553 – *RTL/Veronica/Endemol*, du 20 septembre 1995.

transporteur, d'obtenir un avantage lui permettant de fausser la concurrence³¹⁸. On peut enfin relever la décision *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, dans le cadre de laquelle, l'union des deux entités aurait mené non seulement à un monopole sur le marché des opérations boursières par le biais de dérivés financiers, mais également à une intégration verticale. Du fait de celle-ci, la nouvelle entité aurait détenu tant des fonctions de compensation que de règlement, rendant bien plus complexe l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. L'entier des transactions financières aurait pu être réalisé par le biais de ce seul et même acteur, empêchant la concurrence³¹⁹. Dans le cadre de cette casuistique on comprend les conséquences de l'intégration verticale, celle-ci allouant à l'entité concentrée de disposer de prérogatives lui permettant de réduire l'accès, ou à tout le moins, de le compliquer pour ses concurrents directs, disposant de moyens auxquels ceux-ci n'ont pas accès et pouvant soit réduire ses coûts, soit augmenter ceux des autres.

b. Contrôle de droits de propriété intellectuelle et autres droits de propriété

Dans un deuxième temps, il s'agira de mettre en avant la détention de brevets et d'autres droits immatériels exclusifs. Ceux-ci, conférant des droits *erga omnes*, seront susceptibles de permettre à une entreprise concentrée d'exercer un pouvoir nouveau à l'encontre des concurrents, notamment aptes à rendre plus difficile l'entrée ou l'expansion de rivaux³²⁰. On saisit, notamment relativement aux biens de consommation courants, que la détention de marques importantes peut être décisive pour une entreprise, surtout si les produits de celles-ci sont perçus comme références sur le marché. Ainsi, la détention d'une marque peut être vue comme une barrière à l'entrée de concurrents, dont l'origine apparaît tant du côté de la demande, par la loyauté des consommateurs à un produit, laquelle renforce la position de celui-ci, que de celui de l'offre, la loyauté du consommateur amenant réputation et expérience au produit en place³²¹. En effet, la réunion sous une seule égide de marques concurrentes mènerait à la suppression de la pression concurrentielle exercée entre elles, permettant à l'entité concentrée d'augmenter ses prix sans risque de pressions nouvelles

318 COMP/M.7220 – *Chiquita Brands International / Fyffes*, du 3 octobre 2014 ; voir ég. HIRSBRUNNER, *Die Entwicklung der europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2014*, Europäische Zeitung für Wirtschaft 2015 (535), p. 538.

319 COMP/M.6166 – *Deutsche Börse / NYSE Euronext*, du 1^{er} février 2012.

320 Lignes directrices, c. 36.

321 CANAPA, *Trademarks and Brands in Merger Control – An analysis of the European and Swiss Legal Orders*, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der UZH, Zurich, 2015, p. 26.

de la part des concurrents restés sur le marché³²². Une fois encore, les droits de propriété intellectuelle en tant que tels ne posent pas problème, étant d'ailleurs considérés par nombre d'auteurs comme complémentaires au droit de la concurrence, tant ils favorisent l'innovation³²³. En revanche, l'union d'entreprises en détenant est susceptible de mener à des effets unilatéraux non désirables, dès lors que ceux-ci confèrent des prérogatives exclusives. On saisit enfin la possibilité nouvelle que pourrait créer une telle situation, pour l'entreprise concentrée, lui permettant d'empêcher ou de rendre plus difficile l'entrée de concurrents futurs ou potentiels sur le marché, expression de la prééminence sur le marché créée par les droits exclusifs³²⁴. On saisit une analyse économique des effets unilatéraux, certains types de droits pouvant mener à des prérogatives permettant d'influer sur les autres acteurs du marché, de façon unilatérale.

c. Particularités de la structure du marché

On mentionnera ensuite la vulnérabilité particulière des marchés sur lesquels l'interopérabilité entre différentes infrastructures ou plateformes est importante. Une opération de concentration sur ce type de marchés est susceptible d'offrir à la nouvelle entité issue de l'opération la capacité et l'incitation d'augmenter les coûts, ou de diminuer la qualité de service de ses rivales³²⁵. On comprendra par cela, particulièrement, les marchés sur lesquels les concurrents dépendent de l'interconnexion ou de la fourniture de services en amont, par une entreprise ayant une forte position sur le marché. Celle-ci pourra dès lors décider d'augmenter les prix de la prestation essentielle qu'elle fournit, ou réduire la qualité de celle-ci, affaiblissant la concurrence et impactant le consommateur final. En effet, il peut être intéressant pour le prestataire de services en amont d'utiliser sa position sur le marché de gros, afin d'améliorer celle sur l'échelle en aval relativement à l'entité issue de la concentration. Dès lors les effets de réseau apparaissent du fait que l'offre de l'entreprise détenant cette prérogative est plus attrayante que celle de ses concurrents, lui permettant

322 COMP/M.3197 – *Candover/Cinven/Bertelsmann-Springer*, du 29 juillet 2003, c. 30ss.

323 Sur ce sujet, voir not. DREXL, *IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (IIC) 35(7), 2004, p. 792ss; HOVENKAMP/JANIS/LEMLEY, *IP and Antitrust*, Aspen Publishers, 2002, p. 1.9; HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 27; MARKHAM, *The Joint Effect of Antitrust and Patent Laws upon Innovation*, *American Economic Review* 56, 1966, p. 293.

324 COMP/M.2187 – *CVC/Lenzing*, du 17 octobre 2001, c. 247ss.

325 Lignes directrices, c. 36.

de fausser le marché³²⁶. On perçoit encore la subtilité de l'analyse. En effet, une offre simplement plus attrayante par le biais du marché serait le fruit de la concurrence, totalement légitime. C'est néanmoins la possibilité d'obtenir une telle position par le biais d'une opération de concentration qui est prohibée.

Relativement à la casuistique de la Commission, on observe nombre de décisions relatives au marché des télécommunications. Sur ce type de marchés, les opérateurs des plus importantes installations de réseau peuvent avoir l'incitation d'augmenter les coûts pour les consommateurs, ainsi que de réduire la qualité du réseau. C'est notamment les conclusions prises dans la décision *Worldcom/MCI (II)*, dans le cadre de laquelle l'autorité a conclu à ce qu'à la suite de la fusion, le réseau de MCI Worldcome serait devenu, immédiatement ou après une période relativement courte, une installation essentielle avec laquelle tous les autres fournisseurs de services auraient dû inévitablement s'interconnecter, directement ou indirectement, afin de fournir un service d'accès à Internet crédible³²⁷. Toujours dans ce même secteur, on peut à nouveau mentionner la décision *Hutchison 3G UK/Telefonica UK*. Dans le cadre de cette dernière, la Commission a retenu une incitation de la part des entreprises concentrées à détériorer des accords de réseau les liant préalablement et permettant une couverture optimale du réseau au Royaume-Uni. Ainsi, le réseau se serait retrouvé inchangé pour elles, mais réduit pour ses principaux concurrents.

d. Puissance financière des entreprises fusionnées

Enfin, il faudra tenir compte de la nouvelle puissance financière attribuable à l'entité concentrée, également susceptible de lui permettre d'entraver le développement de ses concurrents³²⁸. En ce sens, les Lignes directrices font de cet élément un critère d'appréciation général, propre à déterminer la capacité de la nouvelle entité à freiner l'expansion des concurrents restant sur le marché³²⁹. Cet élément devra dès lors servir de critère d'appréciation commun aux différents éléments vus ci-dessus. En ce sens, il s'agira d'employer à titre d'indicateur, les ressources effectivement libres et disponibles à court terme de l'entité concentrée³³⁰. On comprend ici la nécessité d'examiner la possibilité concrète de nuire à la concurrence et non seulement hypothétique. De plus, la prise en

326 LEVY/COOK, *European Merger Control Law*, Ch. 11, §11.03 (3), 11-9, n. 45 ; sur les effets de réseau voir MARTY, *La concentration des pouvoirs économiques privés : Une perspective d'économie institutionnelle du droit*, Revue internationale de droit économique, 2019/1, p. 40 (cit. II).

327 M.1069 – *Worldcom/MCI (II)*, du 8 juillet 1998.

328 BOTTERON, p. 184.

329 Lignes directrices, c. 36.

330 KÖRBER, *ad art. 2 FKVO*, n. 264ss.

considération des ressources concrètement disponibles dans l'immédiat rend le contrôle d'autant plus adapté à la situation réelle. On perçoit les justifications économiques liées aux effets non coordonnés et à leur prise en considération, cherchant à faire du contrôle une prévision la plus proche possible de la réalité du marché *post* concentration. C'est ainsi que dans la décision *General Electric/Honeywell*, la Commission déterminait que la première citée détenait une position dominante sur le marché des moteurs d'avion, notamment de par sa position financière importante, sa capitalisation boursière ou encore son flux de trésorerie. Il sied de relever que cette position a été mal reçue outre Atlantique, par les commentateurs américains, pour qui la puissance financière n'est que de très peu d'importance. Ce point de vue a toutefois été confirmé par le Tribunal dans son arrêt sur recours³³¹. Il sied tout de même de comprendre que la puissance financière seule ne peut pas être considérée comme suffisante à prévoir l'existence d'effets anticoncurrentiels, nécessitant également la possibilité de les exercer, mais aussi une incitation à le faire³³².

e. Autres facteurs

Reste enfin à se concentrer sur les autres facteurs propres à permettre à l'entreprise concentrée de freiner l'expansion de ses concurrents, mais émanant uniquement de décisions de la Commission, pas mentionnés dans le cadre des Lignes directrices. D'une part tout d'abord, les économies d'échelle réalisées par la fusion peuvent parfois donner à l'entité fusionnée la possibilité d'augmenter les prix³³³. On perçoit relativement à ce facteur le pendant des synergies et gains d'efficacité, dans le contexte particulier où celles-ci ne se trouvent pas répercutées sur le consommateur, mais sur l'entreprise fusionnée uniquement, qui en tirera dès lors des prérogatives anticoncurrentielles. On perçoit ainsi une hypothèse particulière, où lesdites économies amènent les effets inverses à ceux usuels. Dans les cas *Alcoa/Reynolds* et *Mitsui/CVRD/Caemi*, la Commission désignait la création d'avantages de production à la suite de la concentration comme un avantage concurrentiel important de l'entité fusionnée³³⁴. Toujours au sens de la casuistique de la Commission, l'existence d'accords de distribution et d'approvisionnement favorables peut également

331 Voir notamment les critiques de BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, Bork Publishing, USA 2021, p. 249ss; COMP/M.2220 – *General Electric/Honeywell*, du 3 juillet 2001; T-210/01 – *GE c. Commission*, du 14 décembre 2005; LEVY/COOK, Ch. 11, §11.03 (7), 11-16, n. 80.

332 M.7881 – *AB Inbev/SabMiller*, du 24 mai 2016, c. 337.

333 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 213.

334 COMP/M.1693 – *Alcoa/Reynolds*, du 3 mai 2000; M.2420 – *Mitsui/CVRD/Caemi*, du 30 octobre 2001.

conférer à une entreprise des avantages qui lui permettant d'empêcher ses concurrents de se développer. On pensera ici en particulier à l'existence de contrats exclusifs³³⁵ ou à long terme³³⁶ avec des clients et des fournisseurs clés, pouvant s'avérer être des indicateurs utiles d'une telle prérogative. Il sied encore de relever que la Commission n'a toutefois pas retenu un tel facteur dès lors que les contrats ne peuvent être considérés comme exclusifs³³⁷. On comprend que la détention de tels contrats est propre à permettre à une entreprise de restreindre les accès de ses concurrents au marché, mais également de forcer celles-ci à augmenter leurs coûts de production, permettant de ce fait d'exploiter le marché de manière anticoncurrentielle et unilatérale. On note ici la décision *Lufthansa/Certain Air Berlin Assets*, dans le cadre de laquelle l'autorité a conclu une possibilité, mais également à une incitation de la part de Lufthansa à empêcher tant l'entrée que le développement de ses concurrents. Au sens de celle-ci, une augmentation des relations entre les aéroports et Lufthansa aurait mené à une augmentation de pouvoir de cette dernière, vis-à-vis des opérateurs, emmenant la possibilité d'empêcher le développement des concurrents³³⁸.

On peut enfin relever certaines décisions, au sens desquelles la Commission a considéré une telle prérogative de l'entité concentrée à freiner l'expansion de concurrents voire même leur entrée, dès lors que le marché présentait une grande transparence et que l'expérience passée démontrait d'une grande agressivité sur celui-ci. Dans de tels cas, il a été pris en considération que les prix appliqués et la séparation de la clientèle étaient connus sur le marché et mèneraient, au vu des comportements passés, à des attaques propres à freiner le développement des entreprises³³⁹. On se trouve évidemment ici dans une approche beaucoup plus concrète, qui ne pourrait être appliquée de manière générale à tout type de marché, mais dépendra des circonstances d'espèce. On comprend toutefois l'importance essentielle de la transparence du marché dans le cadre d'effets non coordonnés, celle-ci facilitant, à tout le moins, la réalisation de ceux-ci. De même, on comprend que les relations passées entre les parties peuvent servir d'indice, à même d'anticiper les réactions futures en cas de concentration. On relève à cet effet la décision *HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia*, dans laquelle la Commission est arrivée à la conclusion que la transparence sur le marché du ciment, couplée à l'agressivité

335 M.877 – *Boeing/McDonnell Douglas*, du 30 juillet 1997, c. 43ss.

336 M.913 – *Siemens/Elektrowatt*, du 18 novembre 1997, c. 120.

337 COMP/M.2609 – *HP/Compaq*, du 31 janvier 2002, c. 32.

338 M.8633 – *Lufthansa/Certain Air Berlin Assets*, du 21 décembre 2017.

339 MONTAG/VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 214a.

future des contremesures prises par l'entreprise concentrée, étaient propres à empêcher tant l'entrée que la croissance sur ledit marché³⁴⁰.

3.3.1.5. *Peu de possibilités de changer de fournisseur*

Des effets non coordonnés peuvent également découler d'une opération de concentration, lorsque des suites de celle-ci, les consommateurs se retrouvent limités dans leur choix, n'ayant plus la possibilité de se tourner vers un produit substitut, le marché étant devenu trop concentré. Dans une telle configuration, l'entité issue de l'opération sera en position d'augmenter ses prix et d'amener de nouveaux effets anticoncurrentiels³⁴¹. On prendra l'exemple type de clients qui avaient pour politique de s'approvisionner auprès des deux parties à l'opération, de façon à obtenir des prix compétitifs³⁴². Ceux-ci se voient désormais empêchés de le faire, subissant le nouveau prix, la possibilité d'avoir plusieurs fournisseurs ayant disparu. On précise encore qu'une telle situation sur un marché est également propre à mener à des limitations quantitatives sur la production³⁴³, menant elles aussi, de manière indirecte, à l'augmentation des prix pour le consommateur. On rajoute encore à la limitation quantitative du nombre d'offrants, l'hypothèse d'une augmentation radicale du prix des offres restantes, menant au même résultat, dès lors que dites offres ne seraient plus compétitives.

Dans le cadre de la décision *Zimmer/Biomet*, une concentration entre deux leaders du marché des implants orthopédiques était au contentieux. La Commission a, dans ce cadre, démontré par plusieurs facteurs, que le changement de fournisseur se serait trouvé impossible des suites de l'opération. En ce sens, elle a retenu que le risque élevé découlant d'un changement de produit, l'influence et la préférence des clients relativement au choix des médecins, ainsi que l'importance sur un tel marché des standards de qualité, auraient mené à une forclusion du marché³⁴⁴, et de ce fait à des effets non coordonnés. Dans beaucoup de décisions successives, la Commission a toutefois déclaré bon nombre de concentrations compatibles avec le marché commun, malgré le petit nombre de concurrents restant sur le marché, dès lors que ces entreprises représentaient encore une forte concurrence sur le marché pour l'entreprise concentrée. On relève en ce sens le cas *HP/Compaq*,

340 M.7878 – *HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia*, du 5 avril 2017.

341 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 189.

342 Lignes directrices, c. 31; MONTAG/VON BONIN, (*cit II*), n. 5-4-182.

343 M.7555 – *Staples/Office Depot*, du 10 février 2016, c. 349ss.

344 M.7265 – *Zimmer/Biomet*, du 30 mars 2015.

dans lequel la Commission a considéré que le concurrent restant, *Dell*, était un concurrent dynamique, proposant des prix agressifs, avec une offre fiable et technologiquement avancée, et qu'*IBM* était une force concurrentielle importante et dynamique³⁴⁵, considérant donc la concurrence restante comme suffisante à empêcher les effets non coordonnés.

Enfin, on précise que la Commission dans sa casuistique, tend plus à se concentrer sur une éventuelle position dominante collective lorsque les marchés se transforment en duopole des suites de l'opération³⁴⁶. On comprend ainsi que ce type d'effet non coordonné à principalement voie à s'appliquer dans le cadre de fusions sur des marchés oligopolistiques dont le nombre de concurrents est plus élevé. Dans le cadre de sa décision *Gencor/Lonrho*, déjà entrevue en amont, la Commission n'a en effet pas examiné en premier lieu le risque de survenance d'effets non coordonnés, mais bien le risque d'apparition d'une position dominante collective entre les deux concurrents restés sur le marché³⁴⁷.

Dans diverses décisions, la Commission a attaché une grande importance à la capacité des concurrents restants à rivaliser avec l'entreprise fusionnée, même s'il n'en restait qu'un petit nombre et que le marché était devenu étroit. Il faudra également, dans l'évaluation des effets unilatéraux, être pragmatique quant à la possibilité concrète, et non seulement théorique, des clients à se tourner vers un autre fournisseur. En ce sens, il faut comprendre qu'un critère de l'évaluation tient dans l'observation des différences de parts de marché entre l'entreprise fusionnée et ses concurrents restants. Il faut noter ici qu'un écart de parts de marché supérieur à 20% laisse planer la possibilité d'effets non coordonnés, la nouvelle entreprise étant susceptible de prendre des mesures, seule. On réserve toutefois encore la possibilité que, comme dans le cas d'un important moteur de la concurrence, les parts de marché d'un acteur ne soit pas représentative de la réalité de sa force économique³⁴⁸. On relève ainsi la décision *Huntsman Corporation / Equity interests hold by Rockwood Holdings*, dans le cadre de laquelle les entreprises parties à la concentration ont dû transférer leur technologie, leur marque, ainsi que du personnel formé à un nouveau concurrent, afin que celui-ci puisse entrer sur le marché et exercer une pression concurrentielle plus rapidement³⁴⁹, faute de quoi les concurrents restants n'auraient pas été réellement aptes à contrer les effets de l'opération.

345 COMP/M.2609 – *HP/Compaq*, du 31 janvier 2002.

346 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 192.

347 M.619 – *Gencor/Lonrho*, du 24 avril 1996.

348 COMP/M.6214 – *Seagate/Samsung*, du 19 octobre 2011, c. 396 à 406.

349 M.7061 – *Huntsman Corporation/Equity interests hold by Rockwood Holdings*, du 10 septembre 2014.

On note ensuite que l'existence de liens structurels entre les parties à une opération, comme des participations croisées, peut également mener à ce que les concurrents non parties à l'opération deviennent une alternative de moins bonne qualité pour les consommateurs. Ainsi, la possibilité de changer de fournisseur reste, mais celle-ci ne sera plus effective, dès lors que l'alternative proposée n'est qualitativement plus aussi bonne, menant, de fait, au même résultat que si la concurrence n'était plus présente. Ainsi, dans le cadre de la décision *Exxon/Mobil*, la Commission a décrété que l'existence de liens structurels entre les opérateurs engendrait cinq conséquences néfastes pour la concurrence. Tout d'abord, de tels liens amènent une modification de la dynamique de concurrence, les deux entreprises ayant moins d'incitation à réellement se porter une concurrence agressive. De plus, il permet l'accès à des informations sensibles sur les concurrents et augmente la transparence entre ceux-ci. Enfin, une participation permet à un concurrent d'avoir une emprise sur la stratégie d'un autre, mais également d'exercer sur lui des effets disciplinaires, dès lors qu'il pourrait être à même d'exercer des représailles³⁵⁰. Il faut ici percevoir que l'accumulation des facilités essentielles à un marché au sein d'une seule et même firme est propre à empêcher les concurrents d'offrir des produits de même qualité, ou à tout le moins sur la base du même tarif. La Commission exige dès lors souvent, par le biais d'engagements, que les parties à la concentration mettent fin à leurs participations dans des entreprises concurrentes, permettant ainsi de diminuer ce risque, comme dans le cadre de la décision *DSM/Roche Vitamins*, la première citée ayant été invitée à arrêter sa participation à une entreprise commune avec un concurrent, aux fins de pouvoir réaliser la concentration³⁵¹. De même dans le cadre de la décision *Volvo/Renault*, dans laquelle les deux entreprises parties ont dû abandonner des participations, dans les entreprises *Scania* et *Iveco*, afin de pouvoir réaliser leur opération et prendre des participations croisées³⁵². Il faut encore relever que la cession de participations croisées d'entreprises concurrentes peut même mener à une augmentation des nouvelles possibilités de changement pour les consommateurs, dans l'hypothèse où celle-ci conduit à l'entrée d'un nouvel acteur sur le marché, comme l'a exprimé la Commission dans le cadre de sa décision *AOL/Time Warner*³⁵³. Enfin, on relève que les concurrents potentiels peuvent eux aussi jouer un rôle, en ce sens que même une participation minoritaire à l'un de ceux-ci pourrait permettre aux parties à une opération de

350 M.1383 – *Exxon/Mobil*, du 29 septembre 1999.

351 COMP/M.2972 – *DSM/Roche Vitamins*, du 23 juillet 2003.

352 COMP/M.1980 – *Volvo/Renault*, du 1^{er} septembre 2000.

353 COMP/M. 1845 – *AOL/Time Warner*, du 11 octobre 2000.

concentration de détourner la concurrence. C'est en effet ce à quoi a conclu la Commission dans le cadre de la décision *Toshiba/Westinghouse*, jugeant que même une part minoritaire à celui-ci aurait permis d'empêcher l'accès au marché du concurrent non encore entré³⁵⁴.

On saisit un facteur qui n'est pas sans rappeler les parts de marchés des parties à l'opération. En effet et comme observé préalablement, plus celles-ci seront élevées, plus l'acteur concentré sera en position d'agir de manière unilatérale, sans avoir à se soucier des conséquences économiques de ses agissements. On comprend, dans une logique similaire, l'importance du nombre d'acteurs restés sur le marché, mais également de leur capacité concrète à se concurrencer, une solution à un coût excessif ne pouvant être retenue comme viable³⁵⁵. Une fois de plus on observe une prise en compte de la situation économique réelle tant en ce qui tient de la viabilité concrète de l'offre, que de la prise en considération effective des parts de marché de chacun des concurrents. Une attention particulière pourra également être mise sur les investissements croisés et autres liens structurels, offrant aux parties une position préférentielle permettant de distordre la concurrence.

3.3.1.6. Peu de probabilité d'expansion de la production par les concurrents en cas d'augmentation du prix

Il y ensuite lieu de constater, dans une pure logique économique, qu'en cas d'augmentation des prix par un concurrent, l'augmentation de la production d'un autre sera propre à rendre nulle la démarche du premier, tant la demande se verra entièrement dérivée vers le second. On en déduit alors que l'apparition d'effets non coordonnés des suites d'une opération de concentration est plus probable lorsque les concurrents restant ne sont pas en position de répondre à une tentative d'augmentation de prix³⁵⁶. Dès lors qu'une augmentation de la production n'est pas envisageable, les parties à l'opération seront incitées à ramener la production en dessous des niveaux atteints avant celle-ci, ce qui aura pour conséquence de faire augmenter les prix du marché. En effet, dans un tel contexte, l'opération de concentration accroît l'incitation à diminuer la production en donnant à l'entité concentrée une base de clientèle élargie, à laquelle sera appliqué une plus grande marge bénéficiaire du fait de la hausse des prix découlant de la réduction de la quantité produite³⁵⁷. Inversement, lorsque la situation sur le marché est telle que les concurrents ont assez de capacités de

354 COMP/M.4153 – *Toshiba/Westinghouse*, du 19 septembre 2006.

355 BOTTERON, p. 182.

356 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 197.

357 Lignes directrices, c. 32; KOKKORIS/SHELANSKI, n. 3.130 et 7.38.

production et qu'une augmentation suffisante de leurs ventes leur serait profitable, il est peu probable que la Commission conclue à de tels effets, ceux-ci pouvant très facilement être compensés par la capacité des autres parties et ne se voyant dès lors pas rentables pour les entreprises parties à la concentration³⁵⁸. La question de savoir si l'entité issue de la concentration disposera d'une telle marge de manœuvre dépendra essentiellement de la faculté des concurrents à disposer de capacités inutilisées, afin de compenser une réduction des ventes par les parties à la concentration, de manière à éviter une augmentation rentable des prix. Ceux-ci pourront également empêcher les effets anticoncurrentiels s'ils sont en mesure de créer des capacités supplémentaires sans encourir de coûts importants, ou du moins dans un délai suffisamment court, estimé entre deux et trois ans³⁵⁹. Il s'agit enfin de déterminer à quel moment l'augmentation de la production semble ne pas être possible. On relève tout particulièrement que celle-ci est improbable lorsque les concurrents ont des contraintes de capacité et que l'accroissement de la production est coûteux ou que l'utilisation des capacités excédentaires existantes reviendrait beaucoup plus cher que les capacités qui sont actuellement mobilisées³⁶⁰. Dans de telles situations, il n'est pas rentable pour les concurrents d'augmenter leur production, permettant à l'entreprise concentrée de profiter de cette diminution³⁶¹.

Dans le cadre de sa décision *CVC/Lenzig*, la Commission a conclu, sur la base des diverses structures de coûts de production, que l'entreprise concentrée aurait été, des suites de l'opération, mieux à même que ses concurrents de faire varier ses capacités de production. Au sens de cette dernière, sur les sites dont les coûts fixes et variables sont élevés, l'entité fusionnée aurait pu augmenter ou réduire les volumes de manière rentable à un coût relativement faible, tandis que d'autres sites de production, dont les coûts fixes sont faibles, auraient pu être utilisés comme capacité d'absorption. Cette possibilité d'utilisation flexible des capacités aurait permis à l'entité fusionnée de maintenir des prix élevés même face à une demande changeante, sans que les concurrents ne puissent s'y opposer³⁶². On relève également dans le cadre de la décision *UCB/Solutia*, que l'autorité a décrété qu'une simple augmentation des prix de 5% n'aurait pas été rentable pour les entreprises concentrées, dès lors que celle-ci

358 Lignes directrices, c. 32 et 33.

359 COMP/M.6570 – *UPS/TNT Express*, du 30 janvier 2013, c. 625.

360 Lignes directrices, c. 34 ; COMP/M.4525 – *Kronospan/Constantina*, du 19 septembre 2007, c. 60 et 61.

361 Lignes directrices, c. 33 et 34.

362 COMP/M.2187 – *CVC/Lenzig*, du 17 octobre 2001.

aurait conduit à une diminution de leurs ventes de l'ordre de 10 à 20%. Au vu des coûts fixes élevés sur ce marché l'entreprise concentrée aurait eu tout intérêt à exploiter sa capacité au maximum, et chaque augmentation de prix ou réduction de la production aurait mené à une possibilité pour les concurrents d'augmenter leurs profits³⁶³, empêchant ainsi la survenance d'effets anticoncurrentiels. Enfin, dans la décision *Outokumpu/Inoxum*, la Commission a conclu à ce que, malgré la surcapacité présente sur le marché, il n'était pas probable que les concurrents étendent leur production en cas de réalisation de la concentration proposée. Certes, ceux-ci auraient eu la possibilité de le faire, mais n'auraient eu aucune incitation à agir de la sorte, dès lors que même avant l'opération ils opéraient sur le marché de manière profitable sans exploiter l'entier de la capacité disponible. En effet, malgré cette disposition de marché, les concurrents non parties à l'opération n'avaient jamais entrepris d'augmenter leur capacité ou de réduire leurs prix. Dès lors, la Commission a conclu à ce que, même en cas de concentration, les autres parties continueraient à agir de la sorte, permettant une augmentation unilatérale du prix³⁶⁴, et ainsi la survenance d'effets non coordonnés.

On précise enfin qu'une telle incapacité peut principalement être un indice du risque d'effets unilatéraux sur un marché de produits homogènes, mais la Commission étend également cette possibilité à des marchés hétérogènes, comme celui des services de télécommunications sur lequel l'autorité, même en l'absence de contraintes de capacité, a jugé d'un manque d'incitation à l'augmentation de l'offre ou à la réduction des prix³⁶⁵. On comprend que la question sous-jacente à ce type d'effet non coordonné tient de l'augmentation de la production et de la quantité offerte, ainsi plus à même de se réaliser sur un marché où les biens offerts sont semblables. On décèle encore la logique purement économique de cette appréciation de marché, tenant cette fois dans la capacité d'une entité concentrée à réduire la production. Il faudra également procéder à une analyse poussée des capacités de production des parties au marché, ainsi que des coûts marginaux de production, propres à déterminer la rentabilité d'une augmentation de la quantité produite et, ainsi, d'une augmentation des prix unilatérale.

3.3.1.7. *Autres participants et autres marchés*

Enfin, et après avoir exposé tous les types d'effets non coordonnés que l'on peut traiter de « directs », en ce sens qu'ils sont inhérents au marché directement

363 COMP/M.3060 – *UCB/Solutia*, du 31 janvier 2003.

364 COMP/M.6471 – *Outokumpu/Inoxum*, du 7 novembre 2012.

365 COMP/M.6497 – *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, du 12 décembre 2012, c. 367ss.

concerné et aux entreprises d'ores et déjà parties à celui-ci, il y aura encore lieu de traiter deux hypothèses. La première a trait aux concurrents potentiels, en ce que ceux-ci ne sont pas encore des concurrents, mais pourraient le devenir des suites de l'opération. Il y aura ensuite lieu d'évoquer les marchés voisins à celui directement concerné par l'opération, la concentration pouvant également mener à la survenance de tels effets sur le marché en amont. Il faut ici comprendre, non pas l'existence d'effets non coordonnés nouveaux relativement à ceux déjà évoqués, mais bien la survenance d'effets de même type, en dehors de la structure initialement analysée, élargissant d'autant la tâche de contrôle de la Commission.

a. Fusion avec un concurrent potentiel

i. *Principe*

Il faut à titre liminaire saisir que les opérations de concentrations réunissant un concurrent potentiel et un acteur déjà présent sur le marché peuvent avoir les mêmes impacts anticoncurrentiels qu'une concentration entre deux concurrents déjà parties au marché³⁶⁶. En ce sens, la Commission aura pour tâche de démontrer que le concurrent potentiel, non encore entré sur le marché au contentieux, remplit les conditions concurrentielles sur dit marché, sans pour autant y être actif. Deux conditions préalables doivent dès lors être remplies aux fins de pouvoir considérer une telle possibilité ; il est d'une part nécessaire que le concurrent potentiel pèse sensiblement sur le comportement des autres entreprises ou, à tout le moins, qu'il existe une forte probabilité que celui devienne un moteur de la concurrence. D'autre part, il faut également que le nombre d'autres concurrents potentiels, capables de maintenir des pressions concurrentielles suffisantes à l'issue de la concentration, soit insuffisant³⁶⁷, faute de quoi ceux-ci seraient à même de compenser la perte de pression, laissant la situation inchangée.

ii. *Probabilité d'entrée – Pressions concurrentielles du concurrent potentiel*

Afin de pouvoir alléguer l'existence de pressions concurrentielles émanant de l'entreprise non encore partie au marché, il faudra mettre en avant un faisceau d'éléments. On note tout d'abord que la preuve de l'exercice d'une pression concurrentielle par un concurrent potentiel se retrouve liée de manière quasi exclusive à l'existence d'effets non coordonnés. Cela semble logique, car l'apparition d'un comportement coordonné avec une entreprise non encore entrée

366 Lignes directrices, c. 58.

367 Lignes directrices, c. 60.

sur un marché paraît des plus irréalistes. Il s'agira ici bien plus d'observer la pression qu'exerce un acteur potentiel sur ses éventuels futurs concurrents, empêchant ceux-ci d'agir librement et d'augmenter leurs prix. On relève ensuite que cette pression est toujours plus propre à se réaliser en présence de produits semblables, détenus par le concurrent potentiel, à ceux déjà offerts sur le marché. Dans une même logique, il s'agira d'observer le niveau de prix que pourrait concrètement appliquer le concurrent potentiel en cas d'entrée. Plus celui-ci sera compétitif, plus l'hypothèse d'une entrée sera réaliste. Quant aux types d'acteurs potentiels, on pensera tout d'abord aux entités actives sur des marchés de produit ou géographique voisins, qui en cas d'opportunité financièrement intéressante pourraient venir chercher des parts de marché plus étendues. On pensera également à certains fournisseurs, dont les produits sont en voie d'être prêts à la distribution³⁶⁸. On développera ces trois types de concurrents hypothétiques au travers de la casuistique ci-après.

Relativement aux marchés de produits voisins tout d'abord, dans sa décision *Lagardère/Natexis/VUP*, la Commission a par exemple admis que la première citée était un concurrent potentiel sur le marché des encyclopédies universelles dites « complexes », dès lors qu'il détenait Hachette, une société déjà intégrée sur celui des encyclopédies universelles dites « simples ». La grande force financière de celle-ci lui aurait permis de rentrer rapidement et très facilement sur ledit marché, dès lors que les canaux de distributions auraient été les mêmes sur les deux marchés³⁶⁹. Dans le cadre d'une décision *Ryanair / Aer Lingus*, la Commission a également tiré une conclusion d'ordre général ; selon elle une entrée sur le marché ne se trouve probable que dès lors que le concurrent potentiel dispose déjà des moyens nécessaires à l'entrée et qu'il ne doit engager aucun coût irrécupérable supplémentaire pour accéder au marché et devenir actif sur celui-ci. En l'espèce, la compagnie aérienne *Aer Lingus* disposant au préalable d'une flotte d'avions exerçait, au sens de l'autorité, bel et bien une pression concurrentielle sur *Ryan Air*, sans être présente sur le marché au contentieux³⁷⁰. Enfin, dans le cadre de sa décision *Tetra Laval / Sidel*, l'autorité a conclu à ce que la première était un concurrent potentiel sur le marché des machines à haute capacité de production de bouteilles en PET et qu'elle se verrait éliminée par l'opération. Bien que celle-ci ne soit pas partie au marché, elle était le deuxième producteur de type de machines, à plus petites capacités, sur le marché des emballages cartons. La

368 MONTAG / VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 272.

369 COMP/M.2978 – *Lagardère/Natexis/VUP*, du 7 janvier 2004.

370 COMP/M.4439 – *Ryanair / Aer Lingus*, du 27 juin 2007.

Commission a estimé que l'acquisition de Sidel par Tetra Laval éliminerait la concurrence potentielle de l'entreprise cible, justifiant l'effet anticoncurrentiel de l'élimination par le fait que les marchés des emballages en PET devaient connaître une forte croissance, au détriment du carton³⁷¹. Cette décision a toutefois été rejetée tant par le Tribunal que par la CJUE, considérant tous deux que Sidel ne constituait pas un concurrent potentiel³⁷². En effet, on considère bien plus que l'entrée d'un concurrent doit être probable et crédible, en ce sens qu'elle exerce une réelle pression sur les concurrents actuels au marché³⁷³. On saisit dans cette casuistique la logique de la Commission, laquelle observe s'il est économiquement réaliste qu'une entreprise s'installe sur un marché, afin de déterminer l'existence d'un concurrent potentiel. Les critères employés reflètent la réalité économique, les autorités cherchant à déterminer si les infrastructures ou canaux de production sont facilement accessibles, voire déjà ouverts au concurrent potentiel. On saisit une volonté de ne pas se limiter à des facteurs théoriques, mais bien plus d'axer la démonstration sur des hypothèses concrètes et économiquement viables. L'entrée devra dès lors être crédible et non seulement utopiste.

En ce qui concerne maintenant les acteurs de marchés géographiques voisins, la Commission, dans une décision *Air Liquide/BOC* a décrété que, malgré la présence de la première uniquement en Europe continentale et de la seconde en Grande-Bretagne et en Irlande, les deux étaient des concurrents potentiels l'une de l'autre sur dits marchés. Pour l'autorité, les entreprises n'avaient pas intégré le marché de l'autre entité à cause de barrières et non par simple choix, la concentration leur permettant dès lors de le faire³⁷⁴. Dans une décision *B Sky B/Kirch Pay-TV*, la Commission a jugé la première concurrente potentielle de la seconde sur le marché des chaînes de télévision payantes en Allemagne. Celle-ci s'est fondée sur divers facteurs d'ordre économique relatifs à la structure de ce marché, comme le contrôle du groupe Kirch sur les infrastructures de décodage ou sur les droits de diffusion de films et d'événements sportifs, considérant que l'existence de ce concurrent avait rendu l'accès à ces éléments plus difficile et contribué à maintenir un haut niveau d'investissements³⁷⁵. La Commission pose enfin la conclusion générale que l'entrée potentielle d'un concurrent voisin doit être probable dans un court délai et

371 COMP/M.2416 – *Tetra Laval/Sidel*, du 30 octobre 2001.

372 Voir T-5/02 – *Commission c. Tetra Laval BV*, du 25 octobre 2002; C-12/03 P – *Commission/Tetra Laval*, du 15 février 2005.

373 COMP/M.3149 – *Procter & Gamble/Wella*, du 30 juillet 2003, c. 44 à 48.

374 COMP/M.1630 – *Air Liquide/BOC*, du 18 janvier 2000.

375 COMP/JV.37 – *B Sky B/Kirch Pay TV*, du 21 mars 2000.

rendue réalisable par de fortes incitations économiques³⁷⁶. Réapparaissent ici les facteurs économiques cités ci-avant et la volonté d'une réelle prise en considération économique des éléments d'espèce. On comprend la volonté de déterminer les intentions réelles de l'entité relativement aux incitatifs et aux pressions exercées sur elle par ces voisins, seules des situations économiquement favorables et envisageables devant être retenues.

Enfin, relativement aux fournisseurs dont les produits sont en voie d'être prêts à la distribution, on relèvera que l'éventualité d'un concurrent potentiel a très largement été discutée dans le domaine de la pharmacologie. En effet, sur ce type de marchés, les entreprises détenant des produits encore au stade de développement ou d'approbation peuvent être considérées comme de potentiels concurrents. On relève encore à titre préalable que cette thématique se chevauche avec celle des concurrents ayant un fort potentiel d'innovation sur le marché. Dans ce cadre, la Commission allègue dans sa décision *Hoffman-La Roche/Boehringer Mannheim* que l'existence d'un tel concurrent potentiel doit être retenue, dès lors que les prix appliqués sur le marché prennent d'ores et déjà en compte son produit. La concentration mènerait à une forte perte de pressions concurrentielles et à l'augmentation des prix³⁷⁷. De même, dans le cadre de la décision *Pfizer/Hospira* déjà citée en amont, la première a été considérée concurrente potentielle de la seconde, dès lors qu'elle produisait un médicament analogue³⁷⁸. Enfin, dans la décision *Johnson & Johnson/Synthes* l'autorité n'a pas considéré l'existence d'un risque pour la concurrence, malgré le fait que la première entité soit un concurrent potentiel de la seconde. En effet, la concurrence supplémentaire et l'innovation à prévoir sur le marché concerné annihileraient les effets anticoncurrentiels de l'opération³⁷⁹. On comprend donc un type de concurrent potentiel sur un marché particulier et resserré. Dans ce domaine il faudra dès lors vérifier avec régularité la présence de concurrents potentiels. Nous pensons que ce constat peut être élargi à tous les domaines de l'innovation, tant les entrées sur ce type de marchés sont fréquentes et représentent la nature même de ceux-ci. La dernière décision permet toutefois de relever l'absence de systématique dans les conclusions de la Commission, celle-ci analysant les situations au cas par cas.

376 M.1439 – *Telia/Telenor*, du 13 octobre 1999, c. 328 ; COMP/M.1853 – *EDF/EnBW*, du 7 février 2001, c. 65.

377 M.950 – *Hoffman-La Roche/Boehringer Mannheim*, du 4 février 1998.

378 COMP/M.7559 – *Pfizer/Hospira*, du 4 août 2015.

379 COMP/M.6266 – *Johnson & Johnson/Synthes*, du 18 avril 2012.

iii. Absence d'autres concurrents potentiels

La deuxième condition propre à retenir des effets non coordonnés relatifs à la disparition d'un concurrent potentiel tient dans ce qu'aucun autre ne soit présent sur le marché³⁸⁰. Il faut comprendre que, si les pressions exercées par celui partie à l'opération restent effectives des suites de l'opération par la présence d'autres entités aux caractéristiques similaires, les effets non coordonnés ne seront pas propres à se réaliser. En effet, il serait dès lors vain d'augmenter les prix, tant les effets de l'entrée de ces concurrents seraient les mêmes qu'avant la concentration. La situation resterait dès lors identique, malgré la concentration d'avec un concurrent potentiel, ne permettant aucune prérogative particulière à l'entité concentrée. Dans la décision *Air Liquide/BOC*, la Commission a conclu à ce que, sur le marché au contentieux, tous les autres concurrents étaient de petite taille et que BOC constituait l'unique concurrent potentiel, concluant à la survenance d'effets non coordonnés³⁸¹. L'autorité est également arrivée à la même conclusion dans le cadre de la décision *EDP/ENI/GDP*. À son sens, l'acquisition du contrôle de l'entité portugaise GDP, active sur le marché du gaz, par les groupes énergétiques EDP et ENI, aurait mené au renforcement de la position dominante déjà détenue par EDP sur le marché de l'électricité au Portugal. En particulier, l'autorité a retenu que GDP détenait un accès privilégié aux infrastructures essentielles du marché du gaz, lui permettant un accès direct, flexible et économiquement viable à ce dernier, lié à celui de l'électricité. De plus, elle a retenu les grands incitatifs que détenaient GDP, en l'absence de concentration, à entrer sur le marché de l'électricité au Portugal, afin de la considérer comme unique concurrente potentielle crédible sur ce marché³⁸². Dans une logique inverse, la Commission, dans ses décisions *RWE/Essent* et *Google/DoubleClick*, a considéré que bien que les opérations comprennent la présence de concurrents potentiels, celles-ci ne créaient aucun risque d'effets non coordonnés, dès lors que plusieurs autres concurrents potentiels existaient encore sur le marché. La première décision est tout particulièrement intéressante car l'autorité de la concurrence a allégué que les concurrents d'ores et déjà présents sur le marché détenaient des plans concrets de développements de leur capacité et que les concurrents potentiels détenaient des plans d'entrée effectifs sur celui-ci, annihilant ainsi tout risque d'effet anti-concurrentiel³⁸³. On réalise encore l'importance des considérations d'espèce,

380 Lignes directrices, c. 60.

381 COMP/M.1630 – *Air Liquide/BOC*, du 18 janvier 2000.

382 COMP/M.3440 – *EDP/ENI/GDP*, du 9 décembre 2004.

383 COMP/M.5467 – *RWE/Essent*, du 23 juin 2009 ; COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, du 11 mars 2008.

prévalant sur toute conclusion *per se*. En effet, la simple participation d'un concurrent potentiel à une opération n'est pas suffisante à établir, seule, l'existence d'effets non coordonnés, la Commission devant démontrer que la réunion de celui-ci avec un concurrent déjà sur le marché sera propre à déclencher des effets non coordonnés. Le constat de la dernière décision susmentionnée semble tout particulièrement intéressant, en ce que la Commission prend en considération non seulement les autres concurrents potentiels, mais également les possibilités de développement effectives des concurrents déjà sur le marché. Ainsi, l'autorité ne se limite pas aux règles préétablies et aux indications des Lignes directrices, mais élargit le spectre de son analyse aux réalités de la situation économique. Cela réitère la question du fardeau de la preuve imputable à la Commission, tant celui-ci semble varier au cas par cas et ne pas pouvoir faire l'objet d'une définition précise, relevant bien plus de principes généraux et de conditions d'espèce.

iv. Opportunité temporelle et étendue de l'entrée

Comme exposé ci-avant, la prise en compte d'un concurrent potentiel se fondera sur sa capacité effective à entrer sur le marché. En ce sens il faut saisir deux critères principaux qui permettront une telle entrée, soit la possibilité de le faire dans un laps de temps rapide, mais également l'étendue de celle-ci, devant être suffisante pour que le concurrent ait un impact réel sur le marché. Ces constats ne sont évidemment pas sans rappeler l'entrée sur le marché, devant être vue comme le pendant de la concurrence potentielle. Bien que la logique des deux éléments soit inversée, l'entrée sur le marché annihilant les éventuels effets concurrentiels, alors que la fusion d'avec un concurrent potentiel est propre à la survenance d'effets non coordonnés, il faut saisir que la possibilité d'entrée est une composante de cette dernière. En ce sens, on rappelle les éléments mis en avant dans le cadre de l'analyse des Lignes directrices, propres à considérer une entrée, soit que celle-ci soit suffisamment profitable, qu'elle soit susceptible d'être réalisée en temps utile, et enfin qu'elle soit suffisante de par son ampleur et son importance, pour rendre nuls les effets anticoncurrentiels engendrés par la concentration³⁸⁴. On saisit le lien intrinsèque unissant ces deux éléments et la nécessité de la réalisation de ces conditions, également dans le cadre de l'analyse de la concurrence potentielle.

v. Conclusion

En conclusion, la notion de concurrent potentiel reflète la prise en considération concrète de la situation économique et de ses effets dans le travail de la

384 Lignes directrices, c. 69, 74 et 75.

Commission. En s'écartant des seules parties au marché, on saisit l'ampleur du contrôle à effectuer et les difficultés que celui-ci peut engendrer, poussant les autorités à étendre leur analyse. On relève également divers types de concurrents potentiels, les trois principaux étant analysés ci-avant, preuve que l'exercice de pressions par des entités non parties au marché peut émaner de causes diverses, image de la diversité de ce domaine du droit. On relève enfin que le rôle clé joué par la temporalité, la possibilité concrète d'une entrée, mais aussi par la puissance financière d'une entité et ses prédispositions à accéder à un marché. Ces facteurs rappellent encore le rôle fondamental du contexte économique, clé de l'analyse. On doit ainsi tirer la conclusion que, dès lors que de telles entrées concernent quasi exclusivement des effets non coordonnés, on doit considérer leur survenance comme uniquement probable sur des marchés de types oligopolistiques, ou à tout le moins très concentrés. On ne voit en effet pas comment un concurrent potentiel ou sa disparition pourraient jouer un rôle concret, sous l'angle des pressions concurrentielles, hors d'un tel marché. Enfin, par cette notion, la tâche de la Commission se voit encore alourdie et le fardeau de preuve supporté par elle, encore intensifié. On saisit ainsi la nécessité de déterminer des principes directeurs, propres à établir les éléments devant être apportés par l'autorité, une preuve trop établie ne pouvant être attendue dans le cadre d'une évaluation *a priori*.

b. Concentrations créant ou renforçant une puissance d'achat sur les marchés en amont

Des effets anticoncurrentiels peuvent également apparaître dès lors que la puissance de marché des entreprises parties à la concentration est créée ou renforcée, en leur qualité d'acheteur sur les marchés en amont de leur propre production. Pour rappeler les Lignes directrices, la nouvelle entité issue de l'opération peut être en mesure d'obtenir de meilleurs prix en diminuant ses achats de biens ou de ressources destinés à la production, réduisant sa production sur le marché. On dénote ici également, dans une telle constellation, la possibilité pour la nouvelle entité de faire usage de sa puissance d'achat vis-à-vis de ses fournisseurs, afin d'évincer ses concurrents, leur empêchant l'accès à ceux-ci. Ce type de concentration peut toutefois avoir l'effet inverse, l'augmentation de la puissance d'achat pouvant, si l'entité concentrée n'est pas en position d'exercer un pouvoir de marché, engendrer des retombées favorables pour la concurrence, baissant les coûts des ressources utilisées et menant à des économies pour le consommateur³⁸⁵. On se concentrera donc sur les marchés annexes à celui au contentieux, tout particulièrement celui

385 Lignes directrices, c. 61 et 62.

de la fourniture en amont, intéressant dès lors que des impacts sur celui-ci peuvent se concrétiser en prérogatives anticoncurrentielles sur le principal.

L'exclusion des concurrents évoquées ci-avant est un effet indirect de la puissance d'achat des parties à la concentration sur le marché en amont. Dès lors, l'effet anticoncurrentiel n'est susceptible de se produire qu'à la suite d'un comportement spécifique de l'entité fusionnée, la Commission devant prouver la possibilité et la probabilité de celui-ci³⁸⁶. Ainsi, dans une décision *REWE/ADEG*, la Commission a émis l'hypothèse type, selon laquelle, des suites d'une opération de ce genre, l'entité fusionnée serait à même de faire pression sur ses fournisseurs pour réduire les prix d'achat. Ceux-ci ne seraient dès lors plus en mesure de l'éviter et fourniraient ainsi des quantités inférieures à celle-ci. Cette dernière offrirait alors des quantités plus faibles sur le marché en aval, ce qui pourrait entraîner une hausse des prix sur celui-ci, engendrant des effets non coordonnés, résultant du nouveau point de maximisation des profits des suites de l'opération³⁸⁷. Toutefois, selon la structure du marché, la concentration de la demande peut également avoir des effets pro-concurrentiels. Ainsi, une puissance d'achat accrue peut, par exemple, conduire à un renforcement de l'innovation du côté des fabricants³⁸⁸. Ainsi, la Commission a conclu, dans sa décision *REWE/Meinl*, que l'exercice de la puissance d'achat pour obtenir de meilleures conditions de vente en amont n'est pas anticoncurrentielle en soi. En effet, lorsque les acheteurs disposant d'une puissance d'achat importante sont confrontés à une concurrence effective sur le marché où ils vendent leurs produits, ceux-ci se trouvent obligés de répercuter les avantages reçus sur leurs propres clients. Toutefois, si l'entreprise disposant d'une telle puissance occupe une position forte sur son propre marché et n'est plus soumise à une concurrence suffisante, elle profitera des prérogatives nouvellement créées par l'opération pour accroître sa marge³⁸⁹. Pour enfin prendre un exemple pratique, la Commission, dans le cadre de sa décision *Boeing/McDonnell Douglas*, craignait que Boeing n'exerce des pressions sur les fournisseurs pour qu'ils cessent de fournir son seul concurrent, Airbus, ou qu'ils ne le fournissent qu'à de mauvaises conditions. Ce constat ne doit toutefois pas être généralisé, au vu de l'enjeu politique de cette décision, mais donne une idée des éléments pouvant être retenus par l'autorité, ainsi que leurs conséquences³⁹⁰.

386 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 280.

387 COMP/M.5047 – *REWE/ADEG*, du 28 mai 2011.

388 INDERST/WEY, *Buyer Power and Supplier Incentives*, Discussion Paper SP II 2003-05, Wissenschaftszentrum Berlin, 2003.

389 M.1221 – *REWE/Meinl*, du 3 février 1999.

390 M.877 – *Boeing/McDonnell Douglas*, du 30 juillet 1997; sur cette décision, voir ég. KËLLEZI, p. 192-195.

On saisit donc un nouvel élargissement du rôle de la Commission, sa tâche s'étendant dès lors également aux conséquences de l'opération sur les marchés de fourniture, en amont. Une complexification en découle évidemment, la prise en considération de marchés annexes appelant de nouvelles interprétations et appréciations. On comprend ici la possible survenance d'effets non coordonnés, car l'opération annihile les pressions concurrentielles entre les entreprises parties et alloue à la nouvelle entité de disposer de plus larges prérogatives en amont. On saisit donc la complexité de la détermination de certains effets et la nécessité de règles plus établies quant à celle-ci.

3.3.1.8. Conclusion

On relève que les divers effets non coordonnés évoqués ci-dessus ont tous pour point commun d'avoir un potentiel effet négatif sur les prix, dégradant la position des consommateurs et la concurrence sur le marché. C'est là toute la particularité des effets non coordonnés, allouant à une entreprise, seule, la faculté d'exercer des contraintes anticoncurrentielles sur le marché, et ce sans même se trouver en position dominante ou passer par le biais d'une entente. On analyse dans ce cadre l'importance fondamentale des circonstances économiques d'espèce, la réelle situation économique prévalant. On peut encore noter, qu'au vu de l'importance de chaque cas concret, il est aujourd'hui impossible de tenir le domaine des effets non coordonnés comme fermé. En effet, la détermination de nouveaux effets anticoncurrentiels, propres à une structure de marché particulière, est envisageable et ne peut être écartée. On saisit donc un grand dynamisme dans ce domaine du droit de la concurrence, mais également un risque d'insécurité juridique. De même, on réalise la difficulté engendrée par les circonstances d'espèce à l'établissement d'un cadre juridique clair. En effet, certains éléments pourront être bénéfiques à la concurrence sous un certain angle et dans un certain contexte, tandis qu'ils pourront être considérés comme anticoncurrentiels dans un autre complexe. On saisit ainsi la difficulté juridique que ces éléments impliquent, ramenant, une fois encore, à la difficulté de l'établissement d'un fardeau de la preuve imputable aux autorités de la concurrence, qui plus est dans le cadre d'une appréciation à futur. Au vu de ce caractère dynamique, nous sommes d'avis que l'établissement d'un seuil de preuve devra l'être également, ne se fondant dès lors pas sur des critères fixes, mais bien sur une notion évolutive et adaptable, propre à convenir à chaque cas d'espèce et ses particularités. Nous chercherons ainsi à offrir une solution juridique relative à celui-ci dans le cadre du présent écrit.

3.3.2. L'arrêt CK TELECOMS UK INVESTMENTS c. COMMISSION³⁹¹

Il y a dès lors lieu de se pencher sur le récent arrêt *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, moteur du présent projet et première décision du Tribunal en matière d'effets non coordonnés dans le cadre du contrôle des concentrations. Tout comme *Airtours* en matière d'effets coordonnés, celui-ci pourrait venir marquer un tournant du contrôle des concentrations, dans le contexte des effets non coordonnés, dès lors qu'il cherche à établir un seuil de preuve imputable à la Commission en la matière, mais revisite également les correctifs à l'incompatibilité d'une opération que sont les engagements et les gains d'efficacité.

Deux opérateurs mobiles Three et O2 ont déposé une notification préalable, dans le cadre d'une opération de concentration, sur le marché des télécommunications mobiles au Royaume-Uni. Celui-ci comprend quatre acteurs clés ; le groupe BT/EE³⁹², O2, Vodafone et Three³⁹³, ainsi que deux sous-marchés (*de gros* et *de détail*), tous deux oligopolistiques, ainsi que des accords de partage de réseau liant les oligopoleurs, BT/EE et Three ayant conclu l'accord *MBNL*, Vodafone et O2 ayant conclu l'accord *Beacon*³⁹⁴. On expose enfin les trois conséquences majeures de cette concentration, en ce que la nouvelle entité créée deviendrait, avec des parts de marché de 30 à 40%, le principal acteur du marché de détail, devant BT/EE et Vodafone³⁹⁵, entraînerait la disparition d'un concurrent, l'oligopole passant de quatre à trois membres et permettrait, pour la nouvelle entité, l'accès à l'entier du système de réseau. La Commission s'est ainsi positionnée de façon négative vis-à-vis de la concentration, la déclarant incompatible avec le marché intérieur³⁹⁶. À cet effet, elle a conclu à l'existence d'effets non-coordonnés sur les marchés³⁹⁷. Elle allègue en premier lieu que la concentration engendrerait l'élimination de fortes contraintes concurrentielles, exposant divers types d'effets non coordonnés, dont principalement, la présence d'importantes parts de marché, la concentration de concurrents particulièrement proches, ainsi que la suppression d'un important moteur de la concurrence en la personne de Three³⁹⁸. Pour elle, les éléments précités, la réduction du nombre d'opérateurs de quatre à trois et la disparition de Three,

391 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020.

392 EE Ltd est une filiale de BT Group Plc., acquise par cette dernière en 2016.

393 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 2.

394 *Ibidem*, par. 4.

395 *Ibidem*, par. 2.

396 *Ibidem*, par. 25.

397 *Ibidem*, par. 18.

398 *Ibidem*, par. 20.

mèneraient à une réduction de dites pressions³⁹⁹. Elle met également en avant des effets non coordonnés découlant du partage de réseau⁴⁰⁰, menant à une diminution générale des pressions concurrentielles et réduisant l'investissement sur le marché. Diverses séries d'engagements ont été proposées par les parties, afin de rendre l'opération compatible avec le marché commun. Cet effort est toutefois resté vain⁴⁰¹, la Commission les considérant insuffisantes à supprimer l'entier des problèmes engendrés par la concentration. Enfin, les oligopoleurs ont fait valoir des gains d'efficacité, mettant en avant, principalement, une amélioration de la capacité du réseau, une réduction des coûts marginaux du réseau, et enfin, des économies de coûts fixes et d'échelle permettant l'investissement. La Commission a toutefois nié leur existence, considérant que les synergies avancées ne pouvaient être retenues⁴⁰², les considérant ni vérifiables, ni spécifiques, ni susceptibles de profiter aux consommateurs⁴⁰³, et remettant également en doute leur réalisation en temps utile.

Un recours a été introduit par la maison mère de Three⁴⁰⁴ (*ci-après : la requérante*), permettant la reddition d'une première décision par le Tribunal en matière d'effets non coordonnés. Dans le cadre de son appréciation, l'autorité pose tout d'abord des appréciations relatives à la charge de la preuve. Pour elle, l'exigence de preuve nécessaire à l'établissement d'effets non coordonnés sur un marché oligopolistique n'est pas différente de celle applicable en matière d'effets coordonnés⁴⁰⁵. Elle précise que les théories avancées par la Commission doivent apparaître comme plausibles et réalistes et non uniquement réalisables théoriquement pour être propres à fonder une entrave significative. Il incombe, selon elle, à la Commission d'établir suffisamment de preuves afin de pouvoir conclure avec une probabilité sérieuse à l'existence d'entraves significatives découlant de la concentration. Ainsi, cette exigence de preuve semble, aux yeux de l'autorité, plus stricte que de démontrer une entrave plus probable qu'improbable, mais moins astreignante que le fait de démontrer l'absence de tout doute raisonnable⁴⁰⁶. Traitant ensuite les arguments de fond, le Tribunal va repousser les divers arguments exposés par la Commission. Tout d'abord, la qualification de Three d'important moteur de la concurrence est rejetée, car

399 *Ibidem*, par. 22.

400 *Ibidem*, par. 21.

401 *Ibidem*, par. 24.

402 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 23.

403 *Ibidem*, par. 23-24.

404 *Ibidem*, par. 1.

405 *Ibidem*, par. 109.

406 *Ibidem*, par. 117 et 118.

retenir un tel élément viendrait à qualifier de la sorte n'importe quel acteur d'un marché oligopolistique, et à interdire de manière générale des concentrations horizontales sur les marchés de ce type⁴⁰⁷. L'autorité relève que tant la croissance des abonnés de Three, que sa politique de prix ou son rôle historique sur le marché n'étaient suffisants à le caractériser d'important moteur de la concurrence⁴⁰⁸. En deuxième lieu, le Tribunal exprime que le simple fait que les deux entreprises parties à la concentration soient des concurrents proches n'est pas suffisant à en déduire la création d'effets non coordonnés sur le marché. Pour lui, sur un tel marché, tous les concurrents doivent être considérés proches⁴⁰⁹. Le fait que les parties à l'opération soient relativement proches sur certains segments de celui-ci n'est ainsi pas suffisant à prouver la suppression de contraintes concurrentielles, faute de quoi toute opération de concentration sur un marché oligopolistique pourrait être interdite sans motivation supplémentaire⁴¹⁰. En ce qui concerne ensuite la hausse des prix, le Tribunal allègue, qu'au vu des conditions de la concurrence sur un marché oligopolistique, une telle augmentation est quasi automatique, et vouée à baisser d'elle-même à moyen terme⁴¹¹. Dès lors, il incombe à la Commission non pas de démontrer une hausse des prix en cas de concentration, mais bien une augmentation significative, liée à l'élimination de fortes contraintes concurrentielles⁴¹². Quant aux gains d'efficacité, l'autorité de recours allègue que toute concentration entraînera des gains d'efficacité. À son sens, ces gains découlent notamment de la rationalisation et de l'intégration des processus de production et de distribution par l'entité concentrée. Le Tribunal argue que celle-ci procédera généralement à l'élimination des structures doubles dans les chaînes de production et de distribution ainsi qu'au redéploiement ou au licenciement de personnel. Selon les circonstances cela peut mener à baisser les prix, soit favoriser la concurrence sur le marché. Le Tribunal déclare ainsi que la Commission n'a, a tort, pas inclus les gains d'efficacité, qualifiés de « standards », dans son analyse quantitative. La Commission confondrait ainsi deux types d'efficacités qui en son sens doivent être clairement distinguées ; celles visées par les Lignes directrices et celles propres à chaque concentration. Pour lui, les premières doivent être prises en considération dans l'appréciation concurrentielle globale de la concentration, afin de vérifier si elles sont susceptibles de contrebalancer

407 *Ibidem*, par. 158.

408 *Ibidem*, par. 191, 200, 218 et 226.

409 *Ibidem*, par. 240.

410 *Ibidem*, par 249.

411 *Ibidem*, par. 276.

412 *Ibidem*, par. 282.

les effets restrictifs de la concentration. Quant aux secondes, elles relèveraient d'une question de preuve entièrement séparée de l'appréciation concurrentielle globale⁴¹³. Le Tribunal se penche ensuite sur l'évaluation globale des effets non coordonnés mis en avant par la Commission. Selon lui, la Commission aurait dû analyser dans quelle mesure les effets non coordonnés étaient propres à entraver le marché de manière significative, la simple détection d'effets non coordonnés n'étant pas suffisante. Pour le Tribunal, l'autorité n'a, à aucun moment, précisé si les effets non coordonnés identifiés aboutissaient, *in concreto*, à une telle entrave⁴¹⁴. Finalement, le Tribunal analyse divers éléments, le premier relatif aux accords de partage de réseau *MBNL* et *Beacon*. Il rejette la position de la Commission, alléguant notamment que, certes, cet accord est bénéfique à la concurrence, mais que la résiliation d'un accord pro-concurrentiel ne peut pas automatiquement être considérée comme une entrave significative à la concurrence⁴¹⁵. Le Tribunal s'est enfin abstenu de revenir sur le rejet des engagements, faisant droit à l'entier des moyens de la recourante et n'en ayant ainsi pas l'intérêt.

On saisit dès lors au travers de cet arrêt nombre de constats qui devront être critiqués dans une phase postérieure de ce travail, ceux-ci se trouvant en contradiction même avec les principes directeurs du contrôle des concentrations. En effet, si les arguments du Tribunal venaient à être pérennisés et instaurés au rang de droit, il en découlerait des conséquences irrémédiables pour le contrôle des concentrations, tant les appréciations de l'autorité semblent dépourvues de tout fondement économique. Il s'agira ainsi, ensuite de la critique précitée, de chercher à proposer des solutions à futur, aptes à corriger les erreurs de l'autorité et à permettre un développement conforme de ce pan du droit de la concurrence. On revisitera donc les divers éléments sur lesquels l'analyse du Tribunal est critiquable en matière d'effets non coordonnés, et visera à offrir des solutions de droit souhaitable pour l'avenir, relativement au fardeau de la preuve imputable à l'autorité dans leur détermination, mais également à la prise en compte de gains d'efficacité et relativement aux engagements.

3.3.3. Conclusion

En conclusion, on perçoit au travers des effets non coordonnés des outils de droit nécessitant la prise en compte des cas d'espèce et dont l'évaluation devra être effectuée relativement à celles-ci. Au surplus, on saisit le rôle essentiel

413 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 277 à 279.

414 *Ibidem*, par. 286 à 290.

415 *Ibidem* par. 340.

que devra jouer la casuistique dans la détermination des conditions propres à leur prise en compte, leur concrétisation devant principalement passer par celle-ci. En effet, dès lors que la mise en place de règles générales et abstraites ne serait en rien compatible avec les caractéristiques desdits effets, les décisions des autorités joueront un rôle prépondérant dans leur développement, à l'image d'*Airtours* en matière d'effets coordonnés. On se concentrera dès lors exclusivement sur ceux-ci dans le cadre de la suite de ce travail, en visant à établir des règles souhaitables à futur pour le bon développement du droit.

Néanmoins aujourd'hui, l'appréciation du Tribunal dans le cadre de l'arrêt précité pose problème relativement à de nombreux points, en ce qu'elle cherche à poser des principes clés totalement infondés, lesquels se verraient répercutés sur l'ensemble de ce domaine du droit. On relève en tout premier lieu un alourdissement du fardeau de la preuve imputable à la Commission en matière d'effets unilatéraux, réduisant notamment les critères de concurrents particulièrement proches ou d'importants moteurs de la concurrence à de simples notions théoriques dont la détermination et la preuve ne seraient dès lors pas atteignables et dont l'effet serait réduit à néant. On relève également une redéfinition inadéquate des gains d'efficacité, le Tribunal considérant une dualité en la matière et révisant cette notion d'une façon qui pourrait venir impacter l'entier du droit de la concurrence dès lors qu'un marché oligopolistique, voire simplement assez concentré, se verrait au contentieux. On peut également s'interroger sur la détermination de l'effet quantitatif d'une opération de concentration sur les prix, le Tribunal ne semblant aujourd'hui plus se contenter de la preuve d'une augmentation de celui-ci, mais requérant bien plus que celui-ci soit établi comme étant significatif et intrinsèquement lié à l'opération.

Il y aura enfin lieu de s'enquérir de l'impact de cet arrêt relativement aux engagements, outil phare de la Commission, dont il s'agirait de ne pas perdre l'effectivité. En effet, la crédibilité de l'autorité est aujourd'hui remise en cause, avec le risque pour celle-ci de se voir repoussée dans ces retranchements lors des prochaines tentatives de concentrations. On est dès lors en droit d'imaginer un fort recul des engagements en la matière, tournant peut-être une page du droit du contrôle des concentrations. On peut évidemment se demander quelle sera la réaction de la Commission, en ce qu'elle dispose aujourd'hui d'outils dont elle ne pouvait pas se targuer aux temps d'*Airtours*, en commençant par les effets coordonnés eux-mêmes. En effet, les situations de marché menant à des effets unilatéraux sont dans l'ensemble très similaires à celles donnant naissance à des positions dominantes collectives. Dès lors, l'autorité pourrait repousser le problème, privilégiant les effets coordonnés, dont les critères sont clairement établis, malgré l'apparition claire d'effets unilatéraux. L'adoption d'une telle solution par la Commission reviendrait en définitive à annihiler

de manière pratique l'entier des apports amenés par le biais de la modification législative de 2004, faisant disparaître les effets non coordonnés de l'analyse de l'autorité.

4. Correctifs à une opération incompatible avec le marché commun

4.1. Engagements ou mesures correctives

Il convient à présent de se pencher sur les engagements, ou mesures correctives, permettant de rendre une opération initialement incompatible avec le marché commun, acceptable pour la Commission. On précise d'emblée que les engagements reposent sur une logique permettant tant à la Commission qu'aux parties de trouver leur compte dans l'opération, leur contenu étant fixé par un processus de négociation entre les entreprises et les autorités, guidées par un intérêt mutuel⁴¹⁶. Ainsi, les entreprises parties pourront voir leur concentration autorisée, tandis que les craintes de la Commission en matière de concurrence se verront évincées par les concessions faites par elles, permettant une modification durable des comportements de celles-ci et le rétablissement d'une concurrence par les mérites⁴¹⁷. Ce sont les art. 6 par. 2, et 8 par. 2 du Règlement qui offrent cette possibilité à l'autorité, lesquels allèguent tous deux que si après modifications apportées par les entreprises concernées, une concentration notifiée ne soulève plus de doutes sérieux, elle doit être déclarée compatible avec le marché commun⁴¹⁸.

À titre liminaire, il sied également d'évoquer le lien direct entre les engagements et les charges et conditions dont peuvent être assorties les opérations aux fins d'être autorisées. En effet, afin de s'assurer de la réalisation des engagements proposés par les parties, la Commission peut accompagner sa décision d'autorisation de tels éléments, propres à inciter la réalisation effective des engagements⁴¹⁹. La signification pratique des résolutions avec conditions ou

416 CARTAPANIS, *Engagements (pratiques anticoncurrentielles)*, Concurrences, Art. n°12301; BONNET, p.344; voir également PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris: Montchrestien, 2013, p. 491.

417 Voir en ce sens COMBE, *La Politique de la Concurrence reste un atout pour l'Europe*, L'ENA hors les murs, 2022, n°511, p. 48 (cit III).

418 Voir R139/2004 art. 6 par. 2 et 8 par. 2.

419 VON KOPPFELS, in *Münchner Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3^e édition, Munich, 2020, ad art. 8, n. 88.

charges est en effet considérable. Depuis septembre 1990 et jusqu'en mai 2022, la Commission a approuvé 483 concentrations sur la base d'engagements assortis de tels éléments (Phases I et II confondues)⁴²⁰. D'autre part, le fait que les autorisations conditionnelles soient beaucoup plus fréquentes que les interdictions démontre que les problèmes de concurrence identifiés dans les procédures de contrôle des concentrations sont dans la majorité des cas limités et peuvent donc être résolus par des engagements sans remettre en cause la concentration en tant que telle. On peut certainement affirmer aujourd'hui que les décisions fondées sur des engagements constituent le principal instrument d'intervention de la Commission dans les affaires de contrôle des concentrations. Au surplus, une telle pratique est également conforme à l'objectif du contrôle des concentrations, car lorsque les problèmes de concurrence causés par une concentration sont limités à certains domaines, l'autorisation assortie d'engagements est une solution efficace et proportionnée ; ce n'est que lorsque, dans de rares cas, la concentration soulève des problèmes de concurrence globale que l'interdiction peut être le seul moyen de maintenir une concurrence effective⁴²¹. Enfin, on distingue divers textes légaux traitant des engagements, dont tout particulièrement la communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement⁴²², utile aux fins de notre analyse.

Dès lors, il conviendra ci-après de passer à une analyse détaillée des caractéristiques des engagements utiles aux fins de notre analyse. On traitera en tout premier lieu du principe même de ceux-ci et évoquera dans ce même cadre le fardeau de la preuve relatif à leur mise en application. Il s'agira dans ce cadre, de saisir la genèse même de cet outil réparateur, mais également d'analyser les inconvénients des parties et de la Commission, relativement à leur allégation. Dans une deuxième étape, il conviendra de mettre en avant les divers types d'engagements aujourd'hui recensés. Cette analyse permettra d'exposer les diverses caractéristiques de ceux-ci, mais également d'en distinguer l'impact effectif sur le marché, propre à répondre aux inquiétudes de la Commission sous l'angle de la concurrence. Ainsi, il tiendra d'analyser ces divers engagements, aux fins de comprendre lesquels parmi ceux-ci, et dans quelle mesure, sont susceptibles de répondre aux effets non coordonnés découlant d'une opération

420 Commission Européenne, *Statistics on Merger Cases*, from 21 September 1990 to 31 May 2022.

421 VON KOPPFELS, *ad art. 8*, n. 26.

422 Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission (2008/C 267/01), (ci-après : *Communication mesures correctives*).

de concentration. Dans le cadre de cette analyse il s'agira finalement de mettre en avant l'importance effective de cet outil dans le cadre du contrôle de la Commission, permettant aujourd'hui de régler la majorité des cas sans avoir recours à des interdictions. On analysera les conséquences concrètes de l'importance de ceux-ci ainsi que les implications de leur éventuel affaiblissement.

4.1.1. Principe et fardeau de la preuve

Si la Commission soulève des problèmes de concurrence concernant la concentration notifiée, il appartient aux parties de répondre à ces préoccupations en proposant des engagements appropriés, visant à rendre la concentration compatible avec le marché intérieur⁴²³. Ces engagements correspondent à des modifications de l'opération soumise, ayant pour but de la rendre compatible avec le marché commun. Elles sont généralement qualifiées de « mesures correctives », leur objectif étant de résoudre les problèmes de concurrence recensés par la Commission⁴²⁴. Il incombe dès lors à cette dernière de communiquer de manière claire les problèmes recensés, afin que les entreprises parties puissent offrir des solutions de ce type, sous peine de violer leurs droits⁴²⁵, cela n'empêchant toutefois pas la Commission d'offrir des conseils relativement aux engagements à proposer, en cours de procédure⁴²⁶. Il s'agira ensuite pour cette dernière d'établir si une concentration, telle que modifiée par les engagements, doit ou non être déclarée compatible avec le marché commun. Une opération de concentration modifiée par des engagements répond donc aux mêmes critères, en ce qui concerne la charge de la preuve, qu'une opération non modifiée⁴²⁷, les solutions proposées devant offrir une résolution complète et effective⁴²⁸. On relève néanmoins que dans le cadre de sa première édition des Communications relatives aux mesures correctives recevables⁴²⁹, de 2001, la Commission voulait imputer aux parties à l'opération le fardeau de la preuve relatif

423 LÜBKING, *Konvergenz und ihre Grenzen bei Zusagen in der EU-Fusionskontrolle und nach Artikel 9 VO (EG) 1/2003*, WuW 2011 (1223), p. 1226.

424 Communication mesures correctives, c. 2; voir ég. BONNET, p. 342; COMP/M.7962 – *China/Syngenta*, du 5 avril 2017, c.1968.

425 Communication mesures correctives, c. 5; T-77/02 – *Schneider Electric c. Commission*, du 22 octobre 2002.

426 DRAUZ/JONES/DE SOUZA/BROCKHOFF, *EU Competition Law, Mergers and Acquisitions*, 2^e édition, Claeys & Casteels, 2012, n. 7.33.

427 Communication mesures correctives, c. 8.

428 ERSBØLL, *Commitments under the Merger Regulation*, European Competition Law Review 22(9), 2001, p. 360.

429 Communication mesures correctives.

au caractère approprié des engagements proposés. Le Tribunal a néanmoins refusé ce retournement du fardeau de la preuve, impliquant qu'il incombe à la Commission de démontrer que l'opération modifiée par les engagements est incompatible avec le marché commun⁴³⁰. On saisit dès lors une double norme de preuve propre à l'acceptation des engagements, ceux-ci devant tant être faisables, qu'aptes à éliminer le problème de concurrence⁴³¹. Pour de clairs motifs d'asymétrie de l'information néanmoins, les informations nécessaires pour permettre à la Commission d'apprécier les mesures correctives présentées devront être amenées par les parties à celle-ci⁴³². Il faut percevoir les engagements comme répondant au principe général de proportionnalité du droit de la concurrence européen, en ce qu'une concentration acceptée sous engagements devra se voir préférée à une interdiction pure et simple. Dans le même temps néanmoins, l'approbation sur la base d'engagements pèse sur les entreprises concernées, dès lors qu'elle leur impute de nouvelles obligations. Celle-ci est donc elle-même soumise au principe de proportionnalité. La Commission ne peut donc imposer comme condition d'autorisation que les engagements qui sont appropriés et nécessaires pour éliminer les problèmes de concurrence identifiés et qui ne sont pas disproportionnés par rapport à ceux-ci⁴³³. Dès lors, il sied de relever deux points importants devant être pris en compte dans ce contexte. D'une part, l'autorisation sous engagements signifie que la concentration peut être mise en œuvre immédiatement, bien que l'élimination du problème de concurrence causé par l'opération de concentration n'aura lieu que dans le futur. On retrouve donc ici les aléas créés par une évaluation *ex ante*, laquelle impliquera des incertitudes et des risques devant être pris en compte lors de l'évaluation de l'adéquation et de la nécessité des engagements. D'autre part, c'est généralement aux parties à la concentration qu'il appartient de décider de la manière dont elles veulent éliminer les problèmes soulevés par la Commission ; elles sont les mieux placées pour juger lequel de plusieurs engagements concevables et également efficaces est le plus susceptible de répondre à leurs intérêts économiques⁴³⁴. On saisit donc une certaine incertitude qui devra être anticipée, mais également un besoin

430 T-87/05 – *EDP c. Commission*, du 21 septembre 2005, c. 61ss.

431 VON KOPPENFELS, *ad art.* 8, n. 36.

432 Communication mesures correctives, c. 7.

433 SCHWARZE, *Die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit bei der Behandlung von Verpflichtungszusagen nach der europäischen Fusionskontrollverordnung*, in SCHWARZE, *Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*, 2002(75), p. 90 ; CRAIG / DE BÚRCA, p. 372.

434 LÜBKING, p. 1229 ; voir ég. BONNET, p. 342.

essentiel de collaboration avec les entreprises parties à l'opération, lesquelles seront les mieux à même de définir les engagements propres à compenser les problèmes de concurrence soulevés.

On relève ensuite que la communication sur les mesures correctives évoque les conditions de base, nécessaires à la prise en compte d'engagements de la part de l'autorité. En ce sens, cette dernière n'est habilitée à accepter que les engagements qu'elle estime de nature à rendre la concentration notifiée compatible avec le marché commun, autrement dit, propre à empêcher une entrave significative sur celui-ci. Les engagements doivent dès lors résoudre l'entier des problèmes de concurrence engendrés par l'opération et être complets et efficaces à tous points de vue. Ils doivent en outre pouvoir être exécutés de façon effective et dans des délais rapides, les conditions de concurrence sur le marché n'étant pas préservées tant qu'ils ne sont pas réalisés⁴³⁵. Pour ce faire, la Commission doit examiner tous les éléments pertinents relatifs à la mesure proposée proprement dite, comme, notamment, le type, l'ampleur et la portée de celle-ci, appréciés en fonction de la structure et des caractéristiques particulières du marché sur lequel les problèmes de concurrence se posent⁴³⁶. Au surplus, pour que les engagements remplissent ces critères, ils doivent pouvoir être exécutés et contrôlés efficacement, certains types d'engagements requérant des mécanismes de surveillance efficaces afin de garantir leur efficacité, faute de quoi ils ne constitueraient pas des obligations contraignantes⁴³⁷. Ainsi, lorsque les parties proposent des mesures correctives d'une ampleur et d'une complexité telles que la Commission se trouve dans l'impossibilité de déterminer si elles seront pleinement mises en œuvre et susceptibles de maintenir une concurrence effective sur le marché, une décision d'autorisation ne peut être arrêtée⁴³⁸.

Pour ce qui a trait au caractère approprié des engagements, l'objectif premier de ceux-ci est de garantir des structures de marché compétitives. En conséquence, ceux de type structurel, tel que l'engagement de vendre une activité, sont généralement préférables, dans la mesure où ils empêchent durablement les problèmes de concurrence qui résulteraient de la concentration notifiée et, en outre, ne nécessitent pas de mesures de surveillance à moyen ou long terme. Néanmoins, d'autres types d'engagements peuvent également avoir

435 Communication mesures correctives, c. 9.

436 *Ibidem*, c. 12.

437 Communication mesures correctives, c. 13 ; voir ég. Autorité de la concurrence, *Les engagements comportementaux*, Direction de l'information légale et administrative, Paris 2019, p. 66.

438 Communication mesures correctives, c. 14.

pour finalité d'empêcher une distorsion de concurrence sur le marché⁴³⁹. La Commission souligne en ce sens qu'il convient de déterminer au cas par cas si une mesure corrective est susceptible de résoudre les problèmes de concurrence recensés, et plus particulièrement le type de mesure pouvant conduire à un tel résultat⁴⁴⁰. On peut néanmoins établir une distinction générale entre les cessions, les autres mesures correctives à caractère structurel, et les engagements relatifs au comportement futur de l'entité issue de la concentration. Les engagements de cession offrent en effet la meilleure réponse aux problèmes de concurrence résultant de chevauchements horizontaux. Les engagements relatifs au comportement futur de l'entité issue de la concentration, quant à eux, ne peuvent être recevables qu'exceptionnellement, dans des circonstances très spécifiques. En effet, ceux-ci ne feront généralement pas disparaître les problèmes de concurrence recensés. Néanmoins, si leur applicabilité est pleinement garantie par une mise en œuvre et des contrôles efficaces, ils peuvent également entrer en jeu et avoir une place dans le cadre du contrôle de la Commission⁴⁴¹. On peut enfin relever deux points, qui semblent intéressants en ce qu'ils permettent la réalisation effective des engagements et semblent faire de ceux-ci des mesures effectives et non seulement des éléments de nature théorique. Tout d'abord, ceux-ci s'accompagneront généralement d'une clause de réexamen, ce qui pourra permettre à la Commission, sur demande dûment motivée des parties, d'accorder une prolongation des délais ou de lever, modifier ou remplacer les engagements, dans des cas exceptionnels⁴⁴². D'autre part, les engagements doivent également prévoir que, pendant les dix ans suivant la décision d'acceptation, la Commission pourra demander des informations aux parties, lui permettant de contrôler la mise en œuvre de la mesure corrective⁴⁴³.

Dès lors, on peut tirer diverses conclusions préalables de cette analyse générale des engagements. On relève tout d'abord le fardeau de la preuve aujourd'hui applicable à ceux-ci, lequel ne diffère en rien de celui usuellement imputable à la Commission dans le cadre de son contrôle et de son appréciation des concentrations. Néanmoins, dès lors que l'on saisit une importante asymétrie de l'information, les parties à l'opération auront un rôle clé à jouer, devant

439 Communication mesures correctives, c. 15 ; pour une étude détaillée des types de mesures correctives voir KËLLEZI, p. 75ss ; voir également COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, p. 54 (cit IV) ; pour une critique de cette préférence donnée aux mesures structurelles, voir PAPON, *Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A case-by-case Analysis*, *European Competition Law Review* 29(12), 2009.

440 Communication mesures correctives, c. 17.

441 Communication mesures correctives, c. 18.

442 *Ibidem*, c. 71.

443 *Ibidem*, c. 128.

amener tous les éléments nécessaires à démontrer le réel impact des engagements proposés, faisant de ceux-ci un réel outil pro-concurrentiel et non de simples allégations purement théoriques. On relève également le rôle clé joué par cet instrument dans le cadre du droit de la concurrence. En effet, aujourd'hui, seul un nombre infime de concentrations se voient interdites de manière pure et simple par l'autorité. Cette pratique favorable au libre marché, mais répondant également au principe de proportionnalité qui découle du droit de la concurrence est le fruit de cet outil essentiel, permettant de trouver des compromis entre parties à l'opération et autorités de la concurrence. On saisit d'emblée l'importance des engagements, mais également les conséquences tragiques qu'impliquerait une diminution, voire une disparition de l'impact effectif de ceux-ci. On ajoute encore que le contrôle d'effectivité des mesures proposées s'avère extrêmement développé, en ce que le caractère concret des engagements devra effectivement être démontré. On repère le contrôle effectif à futur, permettant la correction des mécanismes mis en place, mais également des systèmes de contrôle. Il faut à notre sens saisir par ces différents moyens une tentative de compensation de l'incertitude découlant du fait de l'appréciation à futur des opérations. En effet, de tels outils permettront, à tout le moins partiellement, de diminuer l'inconnue régnant autour de l'opération et de ses conséquences effectives sur le marché. Finalement, on a déjà pu entrevoir l'existence de divers types d'engagements, relativement à leur structure. C'est ici un élément fondamental qu'il s'agira de retenir pour la suite de notre analyse, laquelle se penchera de manière plus détaillée sur les diverses formes que ceux-ci peuvent prendre. On retiendra à titre préalable que ce sont essentiellement les engagements de types structurels qui pourront jouer un rôle clé, apportant des certitudes quant à la structure du marché. Quant aux engagements de type comportemental, ceux-ci seront, dans certaines circonstances, également à même de répondre aux inquiétudes de la Commission, leur impact restant toutefois moindre et devant être établi. On met particulièrement en avant cette distinction en ce qu'elle sera utile dans le cadre de notre étude spécifique des effets non coordonnés, aux fins de déterminer si, *a fortiori* dans ce domaine spécifique du droit de la concurrence, une telle distinction doit être établie.

4.1.2. Diverses formes d'engagements

Il convient dès lors de nous pencher plus en détail sur les différentes formes que peuvent prendre les engagements, lesquelles nous permettront d'évaluer leur impact sur le marché, mais également du type de preuve devant être apporté relativement à chacune d'elles.

4.1.2.1. Engagements structurels et comportementaux

Il s'agit tout premièrement de distinguer les engagements structurels, des engagements comportementaux. En ce sens, les premiers doivent être vus comme préférables⁴⁴⁴, dès lors qu'ils viennent empêcher une entrave à la concurrence de manière définitive, ou à tout le moins pour le long terme⁴⁴⁵. Ceux-ci incluent en particulier la cession de tout ou partie d'une activité commerciale à un tiers et l'élimination de liens avec les concurrents⁴⁴⁶. Néanmoins, on rappelle que le caractère approprié des engagements ne doit être évalué que relativement aux circonstances d'espèce⁴⁴⁷, et que dès lors, même des engagements comportementaux peuvent se révéler aptes à empêcher des atteintes anticoncurrentielles.

Les engagements structurels visent à maintenir ou à rétablir des conditions de concurrence suffisante sur un marché donné en transférant certains actifs commerciaux auxquels est attachée une position sur le marché, ainsi que cette position sur le marché, à un tiers indépendant ; en d'autres termes, une structure de marché concurrentielle est maintenue ou rétablie, ce qui réduit le pouvoir de marché de l'entité fusionnée et atteint ainsi le but visé par la loi⁴⁴⁸. Le cas le plus important d'engagements structurels est la vente d'une filiale ou d'une partie juridiquement dépendante d'une société ; toutefois, selon le cas, la vente d'autres actifs tels que des droits de propriété industrielle ou des marques peut également transférer directement une certaine position sur le marché et donc être considérée comme un engagement structurel⁴⁴⁹. Enfin, d'autres engagements structurels peuvent être adéquats afin de résoudre les atteintes anticoncurrentielles, pour autant que ces engagements soient équivalents, en termes d'effets, à des cessions⁴⁵⁰. Quant aux engagements de comportement, ils

444 CANAPA, p. 238 ; KWOKA/MOSS, *Behavioral Merger Remedies : Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement*, The Antitrust Bulletin 979, 2012, p. 996ss ; COMBE, n. 25 ; EKLOU, p. 62.

445 Cet avis que nous partageons reflète le point de vue traditionnel des autorités antitrust, en ce sens : FELS/GANS/KING, *The Role of Undertakings in Regulatory Decision-Making*, Australian Economic Review 33(1), 2000, p. 7 ; ZÄCH, *Rechtliche Aspekte der Anwendung des Kartellgesetzes auf die Bankwirtschaft*, in Borghi/Caini, *La nuova legge sui cartelli*, CFPG, 1999, p. 185.

446 VASCONCELOS, *Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control*, The Journal of Industrial Economics, Volume 5, n°4, 2010, p. 743 ; voir également BACCICHETI/REY/CUSCUSA, *Contrôle des opérations de concentration : comment concilier la procédure avec le calendrier de l'opération ?*, Revue Lamy de la Concurrence, n°127, RLC 4428, mai 2023.

447 Communication mesures correctives, c. 16.

448 DRAUZ/JONES/DE SOUZA/BROCKHOFF, n. 7.94 ; voir ég. KËLLEZI, p. 81 ; IDOT/MOMÈGE, *Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique*, Revue Lamy Droit des affaires, 2011, p. 9 ; Commission, *Merger Remedies Study*, DG COMP, European Commission, 2005.

449 VON KOPPEFELS, *ad art. 8*, n. 45.

450 Communication mesures correctives, c. 17.

peuvent également viser à maintenir ou à rétablir les conditions d'une concurrence effective, par exemple en permettant ou en facilitant l'accès à un marché ou à une infrastructure ou une ressource essentielle. Dans de telles hypothèses, on peut également parler d'engagements comportementaux axés sur la structure, similaires en finalité à leurs voisins. Dans la pratique, la frontière entre ces deux types d'engagements est d'ailleurs ténue. Par exemple, l'octroi d'une licence⁴⁵¹ sur les droits de propriété intellectuelle peut être qualifiée d'engagement structurel, dès lors qu'il s'agit d'une licence exclusive accordée pour une période indéfinie ou prolongée. Dans le cas contraire, en revanche, dès lors que des licences non exclusives sont accordées pour une période limitée, il s'agit d'un engagement comportemental visant simplement à accorder l'accès au marché. On précise à l'égard des licences, que celles-ci doivent généralement être considérées comme inappropriées dès lors qu'un transfert effectif du droit se révélerait possible⁴⁵², démontrant une fois encore l'impact prépondérant des engagements structurels. Enfin, bien que la transmission de parts de marché doive généralement être réalisée par le biais d'une vente, ce dernier peut exceptionnellement aussi être réalisé par un accès contractuel aux capacités de production⁴⁵³. Les engagements purement comportementaux sont ceux qui portent exclusivement sur la promesse d'un certain comportement concurrentiel ou sur l'abstention d'un comportement donné, dans le but d'éviter ou de réduire les conséquences négatives des entraves significatives à la concurrence causées par la concentration, agissant sur les comportements stratégiques d'une entreprise⁴⁵⁴. L'entrave en question ne se voit pas annihilée par l'engagement, l'entité se contentant de s'engager à ne pas exploiter la prérogative nouvelle. La Commission n'accepte de tels engagements que dans des cas exceptionnels⁴⁵⁵, dès lors qu'ils doivent être vus comme dépendants de l'entité concentrée.

On saisit ainsi qu'il va s'agir de différencier les engagements selon la façon dont ils règlent le problème concurrentiel découlant de l'opération⁴⁵⁶. Il faudra distinguer ceux permettant effectivement de rétablir la situation

451 Pour une définition du contrat de licence, TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Schulthess, 2^{ème} édition, 1995, p. 720ss.

452 CANAPA, p. 244.

453 VON KOPPFELDS, *ad art.* 8, n. 46.

454 CRANDALL, *The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases*, Oregon Law Review 80, 2001, p. 114 ; SULLIVAN, *Antitrust Remedies in The U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality*, The Antitrust Bulletin 48(2), 2003, p. 396.

455 Communication mesures correctives, c. 17.

456 À cet effet, relativement à la pratique de la Commission relativement aux engagements comportementaux, voir LINDSAY, *The EC Merger Regulation : Substantive Issues*, 2003, §§9-05ss ; LEVY/COOK, §§18.05ss.

concurrentielle précédant l'opération, des cas dans lesquels les entités vont simplement s'engager à ne pas disposer des prérogatives à eux offertes dans ce cadre. On comprend la difficulté du travail analytique devant être opéré par la Commission, laquelle ne pourra pas se contenter de recevoir les engagements, mais devra se charger d'analyser les effets de ceux-ci sur la structure même du marché, se devant d'anticiper les effets de l'opération sur celui-ci⁴⁵⁷. Au surplus, la nuance, parfois ténue, entre les types d'engagements viendra complexifier cette tâche d'autant. On saisit la distinction essentielle d'entre ces deux éléments. Il s'avérera, une fois encore, de mettre en application les divers éléments allégués, relativement à la situation d'espèce. Ainsi, une règle d'ordre général ne peut être établie, mais on peut tout de même tenir pour donné, que si certains engagements structurels doivent être reconnus comme ayant, *per se*, un effet positif sur le marché, au contraire des engagements purement comportementaux.

4.1.2.2. Cession d'une activité à un acquéreur approprié

L'engagement le plus efficace, propre à préserver la concurrence sur le marché, tient dans la création des conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants par le biais d'une cession opérée par les parties à la concentration⁴⁵⁸. Mesure favorite de la Commission⁴⁵⁹, elle implique diverses conditions qui devront être remplies afin de pouvoir considérer l'engagement comme propre à empêcher la survenance d'une entrave au marché⁴⁶⁰, les actifs cédés devant continuer à opérer, comme avant la concentration, à des prix compétitifs⁴⁶¹. Il conviendra ci-après de les énumérer brièvement.

Les éléments cédés doivent tout d'abord constituer une activité viable qui, si elle est exploitée par un acquéreur approprié, devra pouvoir concurrencer effectivement et durablement l'entité issue de la concentration, et qui est cédée en tant qu'entreprise en activité⁴⁶². De plus, lorsqu'il est proposé de céder une activité viable, il convient de tenir compte des incertitudes et

457 BOUGETTE, *Négociation d'engagements en matière de concentrations : Une perspective d'économiste*, *Revue Internationale de droit économique*, 2011 (4), p. 2 (cit. II).

458 Communication mesures correctives, c. 24 ; FEDERICO/MOTTA/PAPANDROPOULOS, *Recent Developments at DG Competition 2014*, Springer, 2015, p. 413.

459 MOSSO, *Merger Enforcement : Getting the Priorities Right*, Bruxelles 2017, p. 15.

460 À cet effet, voir BOTTERON, p. 236-240.

461 STEPTOE/BALTO, *Finding the right prescription : the FTC's use of innovative merger remedies*, *Antitrust* (10), 1995, p. 16.

462 Communication mesures correctives, c. 23 ; KOKKORIS/SHELANSKI, n°6.01 et 6.03 ; ROSENTHAL/THOMAS, n.14.27.

des risques liés au transfert d'une activité à un nouveau propriétaire. Ceux-ci peuvent limiter l'impact sur la concurrence de l'activité cédée et aboutir ainsi à une situation qui ne serait pas nécessairement de nature à supprimer les problèmes de concurrence⁴⁶³. On ajoute à cela que le choix de l'acquéreur approprié s'avère plus complexe sur un marché en situation d'oligopole, pouvant potentiellement mener à une position dominante collective⁴⁶⁴. Enfin, en ce qui a trait à l'étendue des éléments devant être cédés, afin que ceux-ci soient effectivement propres à déployer les effets escomptés, l'activité doit inclure tous les actifs qui contribuent à son fonctionnement du moment ou qui sont nécessaires pour garantir sa viabilité et sa compétitivité, de même que l'ensemble des membres de son personnel nécessaires à cette fin⁴⁶⁵. Il s'agira ensuite également que l'activité puisse être considérée comme autonome, c'est-à-dire qu'elle soit exploitable indépendamment des parties à la concentration pour ce qui est, notamment, de l'approvisionnement en matières premières ou d'autres formes de coopération nécessaires à son fonctionnement⁴⁶⁶. Bien que la Commission privilégie la cession d'une activité autonome déjà existante⁴⁶⁷, des exceptions restent néanmoins possibles, car la possibilité de céder des éléments par le biais de dissociations d'actifs intégrés ou d'autres éléments, telles des marques ou licences, reste néanmoins envisageable. Dans de telles constellations, il sera évidemment attendu en tout état de cause que la cession donne effectivement lieu au transfert d'une activité viable et autonome⁴⁶⁸. Les cédants doivent également être empêchés de récupérer les éléments abandonnés à court ou moyen terme. En ce sens, une clause de non rachat devra également être intégrée à l'opération. En principe, il doit être prévu dans les engagements qu'il ne sera pas possible, pour l'entité concentrée, pendant une période relativement longue, en général de dix ans, d'acquérir à nouveau une influence notable sur l'activité cédée⁴⁶⁹. Finalement, c'est la condition de la cession à un acquéreur approprié qui jouera un rôle essentiel dans l'évaluation de la Commission. En ce sens, la cession n'aura effectivement l'effet recherché que si transférée à un tiers en position de devenir une force concurrentielle effective et active sur le marché.

463 Communication mesures correctives, c. 24.

464 MOTTA/POLO/VASCONCELOS, *Merger Remedies in the EU: An Overview*, Guidelines for merger remedies – prospects and principles, CERNA (Paris), 2002, p. 9.

465 Communication mesures correctives, c. 27.

466 Communication mesures correctives, c. 32; KËLLEZI, p. 86.

467 BOTTERON, p. 237.

468 Communication mesures correctives, c. 35-37.

469 *Ibidem*, c. 43.

La capacité d'une activité à attirer un acquéreur approprié constitue l'un des principaux éléments dont la Commission doit tenir compte pour apprécier le caractère adéquat des engagements. En ce sens, l'acquéreur devra être indépendant, en ce qu'il n'aura pas de lien avec les parties à l'opération, posséder des ressources, des compétences et des aptitudes propres à développer le commerce de manière viable, mais également ne pas être à même d'engendrer d'autres problèmes concurrentiels ou de retarder la réalisation des engagements⁴⁷⁰.

En définitive, on saisit la recherche, par l'autorité, d'un transfert effectif d'éléments, propre à entraîner l'émergence d'une concurrence nouvelle. On relève au travers de ces conditions, la recherche d'une certaine effectivité, en ce qu'il s'agira de vérifier l'apparition effective de la concurrence au travers de celles-ci. Une fois encore, par le biais de facteurs propres à contrôler la mise en place effective d'une nouvelle concurrence *post* concentration, l'autorité cherche à combler au maximum les risques inhérents au contrôle *ex ante* effectué par elle. Ainsi, on retient la cession comme engagement le plus effectif, celle-ci devant néanmoins remplir des critères propres à démontrer sa capacité à réellement engendrer les conséquences attendues d'elle sur le marché.

4.1.2.3. Élimination de liens avec les concurrents

Il convient à présent de traiter d'un second engagement purement structurel : l'élimination de liens avec les concurrents. En effet, lorsque ces liens contribuent aux problèmes de concurrence posés par la concentration, il peut s'avérer nécessaire de céder une participation minoritaire dans une entreprise commune en vue de trancher un lien structurel avec un concurrent important ou, de la même manière, de céder une participation minoritaire chez un concurrent. Dans de tels cas, les parties devront bien évidemment renoncer à tous les droits liés à cette participation ayant une influence quelconque sur le comportement concurrentiel, notamment la représentation au conseil d'administration, les droits de veto et les droits à l'information⁴⁷¹, permettant l'élimination de l'influence d'une entité sur l'autre, et ainsi le risque de pratiques anticoncurrentielles⁴⁷². Enfin, lorsque des problèmes de concurrence résultent d'accords avec des entreprises fournissant des produits ou des services identiques, une mesure corrective appropriée peut consister à mettre fin aux accords en ques-

470 *Ibidem*, c. 47 et 48.

471 *Ibidem*, c. 58 et 59.

472 COMP/M.2431 – *Allianz/Dresdner*, du 19 juillet 2001, c. 31ss; MONTI, *The Commission Notice on Merger Remedies – One Year after*, Guidelines for Merger Remedies – Prospects and Principles, CERNA, Paris, 2002, p. 5.

tion, par exemple aux accords de distribution⁴⁷³. Dès lors, des engagements de ce type auront pour effet d'être effectifs notamment dans les cas où la dissolution des liens structurels entre concurrents vise à réduire ou à éliminer la coordination entre eux⁴⁷⁴. En définitive on saisit un type d'engagement pouvant certes jouer un rôle dans certaines situations particulières, lorsque les liens structurels sont à l'origine des inquiétudes de l'autorité. Il sied néanmoins de constater qu'ils ne peuvent être perçus qu'avec peu d'intérêts dans le cadre du contrôle des effets non coordonnés, dès lors qu'ils semblent requérir des distorsions de concurrence découlant de coordination entre les parties. Il sera toutefois intéressant de les évoquer brièvement dans le cadre de notre analyse à venir, afin de pouvoir déterminer s'ils peuvent être écartés de manière définitive de notre étude.

4.1.2.4. *Autres mesures correctives*

Finalement, et à titre plus secondaire, la Commission peut également accepter d'autres types d'engagements, lorsque la mesure corrective alternative équivaut, dans ses effets, au moins à une cession⁴⁷⁵. Lorsque l'accès à un marché est difficile en raison de facteurs spécifiques tels que des accords d'exclusivité, des droits de propriété intellectuelle ou des effets de réseau, et que ces circonstances font que la position sur le marché de l'entité concentrée devient trop importante après celle-ci, la Commission peut accepter des engagements visant à contrecarrer les effets de verrouillage et à rendre le marché à nouveau accessible. Dès lors, ces engagements pourront prendre diverses formes, tendant à mettre fin aux accords exclusifs⁴⁷⁶, à accorder l'accès à une infrastructure essentielle ou à accorder des licences sur des technologies clés⁴⁷⁷.

Relativement aux autorisations d'accès tout d'abord, la Commission a déjà eu accepté des mesures correctives prévoyant l'octroi d'un accès aux infrastructures, réseaux et technologies clés, notamment aux brevets, au savoir-faire ou à d'autres droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'aux intrants indispensables. Des engagements de ce type peuvent être proposés afin de faciliter l'entrée des concurrents sur le marché. Ils peuvent être acceptés par la Commission en présence d'une indication suffisamment claire, démontrant qu'une telle démarche permettra une entrée future effective de nouveaux concurrents,

473 Communication mesures correctives, c. 60.

474 VON KOPPFELDS, *ad art.* 8, n. 63.

475 Communication mesures correctives, c. 61; BOTTERON, p. 242.

476 Voir notamment les décisions M.877 – *Boeing/McDonnell Douglas*, du 30 juillet 1997; M.938 – *Guinness/Grand Metropolitan*, du 15 octobre 1997.

477 VON KOPPFELDS, *ad art.* 8, n. 66; BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR, n. 5.1086.

susceptibles d'éliminer toute entrave à la concurrence sur celui-ci⁴⁷⁸. Ceux-ci peuvent encore être proposés afin de garantir que la concurrence ne soit pas entravée par le verrouillage du marché⁴⁷⁹. De même, le contrôle d'une technologie clé ou de droits de propriété intellectuelle peut causer des problèmes de verrouillage du marché aux concurrents, lesquels dépendent de la technologie ou des droits en question, en tant qu'intrants indispensables à leurs activités sur un marché en aval⁴⁸⁰. On relève ensuite la possibilité, bien que celle-ci ne soit pas mentionnée expressément dans le cadre de la communication de la Commission, d'engagements d'accès contractuel aux capacités de production. Ceux-ci sont en principe acceptés lorsqu'une cession des capacités est rendue impossible pour des raisons juridiques ou factuelles⁴⁸¹. Une forme particulière d'accès contractuel aux capacités de production sera par exemple l'engagement de fabriquer en sous-traitance certains produits au profit de concurrents⁴⁸². Toujours dans ce complexe, apparaissent également les engagements tendant à la modification des contrats d'exclusivité à long terme, la modification des conditions structurelles consécutive à un projet de concentration pouvant rendre des arrangements contractuels existants défavorables à une concurrence effective. Cela vaut en particulier pour les accords de fourniture exclusive de longue durée, lorsque ces accords restreignent la participation des concurrents en amont ou leur accès aux clients en aval⁴⁸³. Dans de tels cas, une résiliation ou une modification des accords d'exclusivité existants peut être jugée appropriée pour résoudre les problèmes de concurrence⁴⁸⁴.

On relève enfin les mesures qui n'ont pas la forme d'une cession, tant dans leur structure que dans leur effet. On traite ici des purs engagements comportementaux. Ces types de mesures correctives à caractère non structurel ne feront généralement pas disparaître les problèmes de concurrence résultant de l'opération. Il est en général difficile d'obtenir les effets requis avec ce type de mesure corrective du fait de l'absence d'un contrôle efficace de leur mise en œuvre. En effet, il peut s'avérer impossible pour la Commission de vérifier si l'engagement a ou non été respecté et d'établir avec le degré de certitude requis si les parties satisfont aux conditions de l'engagement. En conséquence, la Commission ne peut envisager ces formes de mesures correctives qu'à titre

478 Communication mesures correctives, c. 62 et 63.

479 Communication mesures correctives, c. 64 ; BOTTERON, p. 243.

480 Communication mesures correctives, c. 65.

481 VON KOPPENFELS, *ad art.* 8, n. 70.

482 Voir en ce sens M.1517 – *Rhodia/Donau Chemie/Albright & Wilson*, du 13 juillet 1999.

483 Communication mesures correctives, c. 67 ; VOGEL, (*cit II*), p. 620.

484 Communication mesures correctives, c. 68.

exceptionnel, dans des circonstances spécifiques⁴⁸⁵. Dès lors, l'autorité fait la distinction entre les opérations qui entraînent un changement structurel immédiat sur le marché et celles où une position dominante n'est acquise que postérieurement⁴⁸⁶, les premières n'étant ainsi pas aptes à être résolues par ce genre d'engagements. La Commission reste donc, à juste titre, sceptique quant aux engagements concernant les comportements futurs⁴⁸⁷.

En conclusion, on saisit des engagements dont l'effectivité et l'aptitude à contrer les effets anticoncurrentiels d'une opération se voient dépendre de conditions supplémentaires, selon la situation d'espèce. On comprend que ceux-ci doivent être perçus comme secondaires et impropres à jouer un rôle concret dans certaines constellations. Dans le cadre de la partie analytique qui suivra, il s'agira ainsi de se questionner quant à la propension de ceux-ci à réellement trouver application dans le cadre d'opérations engendrant des effets coordonnés.

4.1.3. Rôle fondamental et risques pratiques en cas d'évincement

Il conviendra finalement de rentrer plus en détail sur le rôle essentiel joué par les engagements dans la pratique, dès lors que ceux-ci permettent à la Commission d'éviter, dans une très large majorité des cas, de ne devoir recourir à l'interdiction d'une opération. On relève à ce titre que l'utilisation des engagements dans la pratique communautaire du contrôle des concentrations n'a cessé de se développer depuis la fin des années 90. Ainsi, les décisions de la Commission européenne autorisant une opération sous réserve d'engagements ont doublé entre 1997 et 2000⁴⁸⁸. On note un essor de cette méthodologie, aujourd'hui vieille de plus de vingt ans, que l'on peut ainsi qualifier de pratique confortablement établie. Celle-ci respecte en effet les principes du droit de la concurrence, en ce qu'elle privilégie le libre marché et la proportionnalité à des interdictions limitant les droits des entreprises. À l'aune des statistiques officielles publiées par la Commission, le constat est d'autant plus frappant. En effet, on relève que sur l'ensemble des procédures de Phase II engagées par devant l'autorité de la concurrence de 1990 jusqu'en mai 2022, 63 concentrations ont fait l'objet d'une autorisation sans engagements, tandis que dans le même

485 *Ibidem*, c. 69.

486 À cet effet, voir T-102/96 – *Gencor Ltd c. Commission*, du 25 mars 1999 ; T-158/00 – *ARD c. Commission*, du 30 septembre 2003.

487 VON KOPPFELDS, *ad art.* 8, n. 81.

488 FRENEAUX, *L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations*, De Boeck Supérieur « Revue internationale de droit économique », 2007/1 t. XXI, 1, p. 44.

temps, 31 se sont vues purement et simplement interdites, alors que c'est une majorité de 143 opérations qui ont été autorisées sous engagements. Cette statistique doit être vue comme d'autant plus probante de la pratique actuelle de l'autorité que, depuis 2002, toujours relativement à la phase II uniquement, ce sont uniquement 13 opérations qui ont été interdites par la Commission, tandis qu'un total de 88 concentrations a été validé ensuite d'engagements. Enfin, si l'on élargit notre analyse aux opérations dont le sort a été réglé en Phase I et en Phase II, ce sont 349 opérations qui se sont vues autorisées sous engagements entre 2002 et mai 2022, pour un total de seulement 13 opérations devant être interdites par la Commission⁴⁸⁹. On saisit par ces données chiffrées que les engagements jouent un rôle essentiel dans le contrôle de la Commission. En effet, la pratique actuelle tend en apparence vers une disparition des cas d'interdiction, permettant une autorisation quasi-systématique des opérations en Phase I ou II, des suites de la proposition d'engagements. Cet élément doit être perçu d'un très bon œil, dès lors que les autorisations sous engagement correspondent bien plus à la téléologie du contrôle des concentrations qu'une interdiction pure et simple. Au-delà de cette considération, il faut saisir que les engagements sont le fruit d'une négociation entre les autorités de concurrence et les parties notifiantes. La négociation est, en elle-même, un gage d'efficacité des mesures correctives, les parties étant intéressées à exécuter des mesures qu'elles ont proposées et négociées⁴⁹⁰. Ainsi, on comprend l'énorme intérêt de cet outil, permettant de respecter le principe de proportionnalité, mais allouant également la possibilité, tant aux entités parties à l'opération de réaliser leur concentration, qu'à l'autorité de respecter les implications du contrôle.

4.1.4. Conclusion

En définitive, il sied principalement de distinguer deux formes principales d'engagements, les structurels et les comportementaux, les premiers ayant un impact bien plus important sur le marché, dès lors qu'ils sont à même d'en modifier la structure directement. Néanmoins et dès lors que les seconds peuvent également jouer un rôle clé, on comprend que c'est en réalité les circonstances spécifiques d'espèce qui joueront un rôle prépondérant et qui devront être examinées par l'autorité dans le cadre de son évaluation. Pour ce qui a trait au fardeau de la preuve de l'allégation des engagements, il paraît lui aussi requérir une certaine mise en contexte. La Commission devra les prendre en compte

489 Pour ces différentes statistiques, voir Commission Européenne, *Statistics on Merger Cases*, from 21 September 1990 to 31 May 2022.

490 FRENEAUX, p. 48.

dans son analyse de la concentration modifiée et devra respecter les mêmes principes que lors de son appréciation première, impliquant la démonstration des effets non coordonnés déclenchés par l'opération. Néanmoins, il sera attendu des parties l'apport de tous les éléments nécessaires à la prise en compte effective desdits engagements, tout particulièrement de leur caractère réalisable et concret. Enfin, c'est le rôle clé joué par les engagements dans le cadre du contrôle de la Commission qui doit être souligné, faisant office de mécanisme de transaction⁴⁹¹. En effet, on saisit que cet outil est au centre de celui-ci, permettant la réalisation des opérations, mais également leur mise en conformité avec le système en place. Cette solution que l'on pourrait presque traiter d'amicable ou de quasi-conventionnelle, permet aujourd'hui un fonctionnement pacifique du système en place, permettant d'éviter les conflits, mais également de longues procédures onéreuses⁴⁹². De plus, au vu du caractère individuel de chaque cas en matière de concentrations d'entreprises, l'absence de décisions des autorités ne semble pas être un problème majeur aujourd'hui.

Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, on ne peut dès lors que venir critiquer l'approche du Tribunal dans le cadre de sa décision *CK Telecoms*. En effet, dans le cadre de celle-ci, l'autorité tend vers un affaiblissement de la procédure d'engagements. Une telle solution aurait toutefois des implications tragiques à moyen terme, dès lors qu'elle viendrait réduire à néant des années d'une croissance extrêmement positive pour la concurrence, de cet outil aujourd'hui incontournable de la pratique de l'autorité. On y reviendra ainsi en détail dans le cadre de l'analyse qui suivra, cherchant à mettre en évidence les conséquences de la disparition ou de l'amointrissement des procédures d'engagements.

4.2. L'entrée sur le marché

Il convient désormais de brièvement se pencher sur la possibilité d'entrée sur le marché d'acteurs non encore parties à celui-ci. Il sera ici renoncé à entrer dans le détail sur cet élément pouvant permettre d'empêcher la survenance d'effets anticoncurrentiels, dès lors qu'il ne fera pas partie, en tant que tel, de notre analyse de droit souhaitable à futur. De plus, celui-ci se rapporte très intime-

491 PETIT/NEYRINCK, *Les fonctions de la procédure en droit européen de la concurrence*, Revue internationale de droit économique, 2015/4, p. 494.

492 On prendra notamment comme exemple l'arrêt COMP/C-3/37.990 – *Intel*, du 13 mai 2009, lequel s'est étendu sur plus de 9 ans ; PETIT/NEYRINCK, p. 493 ; pour plus de détails sur l'arrêt, voir IDOT/RATO/DAVILLA/LUGARD/CAFFARRA/NEVEN/SEVY, *Intel: The long awaited ECJ Ruling*, Concurrences n°1-2018.

ment à l'étude des concurrents potentiels et a, de ce fait, d'ores et déjà été traité en amont. Il convient toutefois de procéder à une analyse de points choisis, relatifs à celle-ci, en ce qu'elle jouera un rôle clé dans la détermination de la survenance d'effets non coordonnés sur le marché. On passera ainsi à une étude des critères d'appréciation permettant de considérer une entrée sur le marché, et surtout, des diverses barrières pouvant empêcher l'avènement d'une entreprise à celui-ci. Ce dernier élément jouera un rôle plus étendu que la simple détermination de la possibilité d'entrée, dès lors qu'il permettra de juger du degré de concentration d'un marché, mais également de l'impact effectif d'une concentration sur celui, et ainsi, de l'ampleur des éléments réparateurs pouvant être attendus de l'autorité.

4.2.1. Critères à l'appréciation de l'entrée

La Commission allègue dès lors qu'il faut considérer l'entrée sur le marché comme probable, lorsqu'elle semble viable économiquement pour l'entrant. En ce sens, elle doit être suffisamment profitable en tenant compte des effets que la production complémentaire mise sur le marché pourrait avoir sur les prix ainsi que des réactions éventuelles des entreprises en place. La Commission précise en ce sens qu'une entrée sera moins probable, dès lors que les entreprises déjà en place sont en position de conserver leurs parts de marché à long terme ou d'accorder des réductions de prix ciblées à leurs clients, propres à évincer le nouvel entrant. Il y aura ici lieu de considérer l'entier des coûts et des risques encourus par l'acteur pour évaluer sa propension à intégrer le marché, mais également à y être un acteur économiquement viable⁴⁹³. Une telle opération doit également être susceptible de se réaliser en temps utile, en ce qu'elle devrait être suffisamment rapide et durable pour dissuader ou empêcher l'exercice d'un pouvoir de marché⁴⁹⁴. Finalement, l'entrée se doit également d'être suffisante de par son ampleur et son importance, pour réduire à néant les effets anticoncurrentiels engendrés par la concentration⁴⁹⁵. Dès lors ces trois critères réalisés, on peut admettre que le marché est suffisamment ouvert pour empêcher tout comportement de l'entité issue de la concentration tendant à restreindre la concurrence, en raison de l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché⁴⁹⁶. Il y aura dès lors lieu de tenir compte de divers critères

493 Lignes directrices, c. 69.

494 *Ibidem*, c. 74.

495 Lignes directrices, c. 75 ; voir BONNET, note en bas de page 2041 et T-177/04 – *easyJet Airline Co. Ltd c. Commission*, du 4 juillet 2006.

496 NAVARRO/FONT/FOLGUERA/BRIONES, *Merger Control in the European Union: Law, Theory and Practice*, 2^e édition, 2005, n. 8.26.

et autres indices, propres à établir si une entrée sur le marché n'est pas seulement possible, mais également bel et bien probable. Ainsi, on relève tout d'abord comme étant favorable à une telle entrée, l'existence d'entités offrant soit des produits similaires sur des marchés géographiques voisins, soit des produits comparables, sur le marché géographique au contentieux. En particulier, une entreprise peut être considérée comme un concurrent potentiel important si elle propose déjà les produits en cause sur d'autres marchés géographiques, si elle est active en tant que fournisseur sur des marchés de produits voisins ou si elle est au moins capable de procéder à un changement de production nécessaire. Cette dernière hypothèse peut être retenue en particulier si les entreprises utilisent une technologie largement commune et peuvent donc facilement changer de production⁴⁹⁷. On repère ainsi le lien intrinsèque entre la notion d'entrée sur le marché et celle de concurrent potentiel, interdépendantes et ne portant pas de réel intérêt lorsque séparées. Au surplus, il conviendra encore d'examiner la rentabilité et les risques de l'entrée pour l'entité. En ce sens, pour savoir si l'entrée sur le marché sera ou non profitable, il faut tenir compte de l'évolution prévisible du marché. Les probabilités que l'entrée soit rentable sont en effet plus grandes sur un marché qui devrait connaître une forte croissance dans les prochaines années que sur un marché arrivé à maturité ou voué à décliner⁴⁹⁸. En parallèle à la question de la rentabilité, doit également être posée celle des risques encourus par l'entité du fait d'une entrée éventuelle, pour estimer de la probabilité de celle-ci. En ce sens, les coûts irrécupérables joueront un rôle essentiel. Une entrée est effectivement plus probable si les fournisseurs disposent déjà d'installations de production, propres à approvisionner d'autres marchés et pouvant également être utilisées sur le nouveau, réduisant ou supprimant les coûts d'entrée. Il sera enfin intéressant d'analyser les entrées récentes sur le marché et ses développements des suites de celles-ci⁴⁹⁹.

Ainsi, on saisit l'importance des circonstances d'espèce propres à établir la possibilité effective d'une entrée. En effet, relativement à chaque opération, il s'agira de déterminer si le marché se prête effectivement à celle-ci, les conditions susmentionnées permettant de se donner une idée réaliste de sa probabilité. On saisit que l'étude des barrières à une telle entrée sera essentielle, en ce que celles-ci auront pour effet de dissuader les entités de pénétrer sur le marché, confirmant le problème de concurrence préalablement recensé.

497 BARDONG/KÄSEBERG, in LANGEN/BUNTE: *Kartellrecht, Kommentar*, 13^e édition, 2018, Band 2, *ad art.* 2 FKVO, n. 222; MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 301.

498 Lignes directrices, c. 72.

499 NAVARRO/FONT/FOLGUERA/BRIONES, n. 255; M.190 – *Nestlé/Perrier*, du 22 juillet 1992, c. 34, 221 et 225.

4.2.2. Les barrières à l'entrée sur le marché

La Commission relève le caractère fondamental des barrières à l'entrée sur un marché, susceptibles d'empêcher l'arrivée d'un nouvel entrant. Lorsqu'il en existe peu, il y a davantage de chances que la perspective d'une entrée de nouveaux concurrents exerce une contrainte sur les parties à la concentration, permettant de conserver le niveau de concurrence. Inversement, lorsque les barrières à l'accès au marché sont élevées, il est peu probable que la perspective d'une entrée exerce une contrainte significative sur les parties à la concentration et les dissuade d'augmenter leurs prix⁵⁰⁰. L'importance que la Commission porte à l'analyse des barrières démontre de la nécessité d'observer les atteintes à la concurrence sur le long terme, de tels empêchements d'accès au marché créant des effets anticoncurrentiels voués à perdurer⁵⁰¹. Ces barrières peuvent prendre plusieurs formes, étant de nature tant juridique, technique, de réputation, que financière⁵⁰² et constituant un obstacle majeur à l'entrée d'une nouvelle entreprise. Enfin, on peut en déduire que sur un marché oligopolistique, l'existence de barrières à l'entrée peut être, dans de très nombreux cas, considérée comme implicite. En effet la structure même du marché, limitée à quelques concurrents aux parts de marché élevées, rendra difficile l'entrée et l'expansion d'une nouvelle firme sur le marché. Par surabondance, on note que les diverses économies d'échelle qui découleront de l'opération de concentration sur un tel marché ne feront qu'accentuer cette difficulté d'entrée, sans même évoquer les barrières techniques, susceptibles d'apparaître dans des domaines nécessitant des facilités essentielles spécifiques⁵⁰³. On distinguera ainsi, en particulier, les barrières juridiques, financières et d'ordre technique, propres à empêcher l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents⁵⁰⁴ et dont il conviendra de tenir compte dans l'établissement de la pression concurrentielle effective sur le marché.

500 Lignes directrices, 70.

501 BRODLEY, *Economic Goals of Antitrust : Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress*, New York University Law Review 62, 1987, p. 1024.

502 Lignes directrices, c. 71 ; pour une étude des barrières à l'entrée, voir HARBORD/HOEHN, *Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy*, International Review of Law and Economics 14, 1994 ; voir également KËLLEZI, tableau p. 53 ; LEVIN, *Technical change, barriers to entry, and market structure*, *Economica* 45, 1978 ; WHISH, *Competition Law*, Butterworths, Londres, 6^{ème} édition, 2009, p. 179ss ; COOK/KERSE, *E.C. Merger Control*, Sweet & Maxwell, 3^{ème} édition, 2000, p. 158ss.

503 À ce sujet, voir Commission européenne, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne*, Direction générale de la concurrence, Bruxelles, Juillet 2002, p. 26.

504 Pour approfondir les thèmes relatifs aux barrières à l'entrée, MONTAG/VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 294 à 298 ; Lignes directrices, c. 71 ; COMP/M.5153 – *Arsenal/DSP*, du 9 janvier 2009 ; M.873 – *Bank Austria/Creditanstalt*, du 11 mars 1997.

4.3. Les gains d'efficacité

Il sied à présent de se concentrer sur les gains d'efficacité pouvant potentiellement émaner d'une opération de concentration. Ces derniers consistent en des effets pro-concurrentiels découlant de l'opération de concentration, propres à rendre celle-ci compatible avec le marché commun. Ceux-ci peuvent dès lors, dans certaines circonstances, contrebalancer les effets anticoncurrentiels découlant d'une opération de concentration, les retombées pro-concurrentielles venant compenser les effets anticoncurrentiels engendrés par celle-ci⁵⁰⁵. On rappelle que dans le cadre de la réforme de 2004, les gains d'efficacité ont fait l'objet de discussions importantes⁵⁰⁶, visant leur prise en compte effective et cherchant à établir un changement important dans l'appréciation des concentrations. En effet, pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est ainsi possible que ceux résultant de la concentration contrebalancent le préjudice potentiel pour les consommateurs et que, de ce fait, elle n'entrave pas de manière significative la concurrence effective sur le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci⁵⁰⁷. On comprend alors la logique économique inhérente à ces éléments, lesquels doivent être pris en considération dans le travail d'appréciation de la Commission, aux fins d'obtenir un résultat global de l'impact de la concentration sur le marché au contentieux. Nous chercherons dès lors à analyser la prise en considération de ceux-ci par la Commission, ainsi que les critères considérés par elle à cette fin. Nous aurons également pour but d'en distinguer les divers types et leurs effets sur le marché en général, cherchant à comprendre lesquels doivent être retenus et lesquels doivent être écartés. Les gains d'efficacité ne semblent aujourd'hui être retenus que de manière bien trop relative et restrictive, l'autorité considérant dans nombre de cas que ceux-ci viendront à profiter à l'entité concentrée et non au consommateur⁵⁰⁸.

505 VALLINDAS, p. 193-194.

506 MONTAG, *Effizienz und Wettbewerb in der rechtlichen Praxis am Beispiel der europäischen Fusionskontrolle*, in Oberender, *Effizienz und Wettbewerb*, 2005(95), p. 95 à 111; RAKOVSKY/VEROUDEN, *Comments on the Role of Efficiencies in EC Merger Control*, in Drauz/Reynolds, IBA, *EC Merger Control: A Major Reform in Progress*, 2002, 203ss; CAMESACA, *The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?*, ECLRev. 1999 (14); HEINEKE, *Entlastungsgründe in der europäischen und US-Amerikanischen Zusammenschlusskontrolle*, Nomos, 2004, p. 96ss; WOLF, *Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle*, Nomos, 2009, p. 51 à 79.

507 R139/2004, c. 29.

508 VALLINDAS, p. 211 et p. 195ss pour le développement historique de la prise en compte des efficiences.

Il sied donc, en premier lieu, de constater un échec assez considérable des modifications entreprises dans le cadre de la réforme de 2004, dont le but ne semble aucunement atteint. Dans l'optique, dans une phase postérieure de ce travail, de proposer des améliorations à ce système, propres à rendre la prise en compte des gains d'efficacité effective, nous chercherons ci-après à analyser ces éléments. Nous les examinerons en premier lieu sous l'angle de critères économiques. Il conviendra ensuite de différencier les divers types de gains d'efficacité susceptibles d'apparaître. Il conviendra enfin d'analyser les conditions, émanant des Lignes directrices, aujourd'hui propres à la prise en compte de gains d'efficacité, ainsi que le fardeau de la preuve y relatif.

4.3.1. Généralités et raison d'être économique

Au-delà des effets anticoncurrentiels pouvant découler d'une opération de concentration, il se peut également, dans certaines constellations, que celle-ci déclenche des effets pro-concurrentiels, tout particulièrement sous la forme d'économies de coûts, menant à l'amélioration du bien-être global sur le marché⁵⁰⁹. Se posera ainsi la question délicate de savoir ce qui doit être considéré comme tel, les théories du « *Total Welfare Model* » et du « *Consumer Welfare Model* »⁵¹⁰ menant à deux solutions distinctes et ne se recoupant pas dans leur finalité. Il sied néanmoins de percevoir que, dans le cadre de notre analyse, une économie découlant d'une opération de concentration ne pourra être retenue si elle ne vient à profiter qu'aux fournisseurs, dès lors que la condition d'un avantage pour le consommateur ressort explicitement des Lignes directrices⁵¹¹. On écartera ainsi l'hypothèse de gains d'efficience ne permettant des écono-

509 SCHWALBE/ZIMMER, *Kartellrecht und Ökonomie*, 2^e édition, 2011, p. 420ss (cit. II).

510 Sur ces deux éléments, voir notamment : NEVEN/RÖLLER, *Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control*, *International Journal of Industrial Organization*, Discussion Papers FS IV 00-15, 200, Wissenschaftszentrum Berlin, 2005 ; BOTTERON, p. 19-23 ; pour plus de précisions, voir, pour le *consumer welfare* BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sermann Act*, *The Journal of Law and Economics*, Volume 9, 1966, p. 11 (cit II) ; MARTY, *Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de la concurrence. Une mise en perspective sur la base de l'antitrust américain*, *Revue internationale de droit économique*, 2014/4, Tome XXVIII, p. 480 (cit. III) ; WU, *After Consumer Welfare, Now What? The « Protection of Competition » Standard in Practice*, New York, 2018, p. 4 ; pour une critique, ASHENFELTER/HOSKEN/WEINBERG, *Did Robert Bork Understate The Competitive Impact Of Mergers? Evidence From Consummated Mergers*, Cambridge 2014, p. 8 ; GINSBURG, *Bork's « Legislative Intent » and the Courts*, *Antitrust Law Journal*, Volume 79, No. 3, p. 947ss ; et pour le *total welfare* HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law, The European School*, 4^{ème} édition, Alphen-sur-le-Rhin, 2016, p. 23 ; KOKKORIS, *Merger Control, Substantive Issues*, in *Lianos/Geradin*, *Handbook on European Competition Law, Substantive Aspects*, Cheltenham 2013, p. 536.

511 Lignes directrices, c. 79ss

mies qu'aux entités fusionnées⁵¹². Dans une logique inversée, on peut même se questionner sur les potentiels effets anticoncurrentiels découlant de gains d'efficacité ne profitant qu'aux entreprises concentrées, lesquelles pourraient évidemment disposer de prérogatives unilatérales. En définitive, on saisit la nécessité de la survenance d'avantages dans le cadre des gains d'efficacité, allant dans le sens des consommateurs, faute de quoi ceux-ci ne devront pas être retenus par l'autorité. On pose ainsi la première hypothèse de notre analyse, qui semble évidente aujourd'hui, tant des gains d'efficacité ne se répercutant pas sur le consommateur seraient impropres à mener à des effets positifs sur la concurrence. Néanmoins et comme nous le rappelle Körber, le Règlement vise principalement à protéger la concurrence en tant que telle. Le consommateur est quant à lui protégé par la concurrence en général et non à l'encontre de celle-ci. Cela implique, que dans certaines circonstances, une opération, bien que menant à des restrictions de la concurrence, peut se révéler favorable, à court terme, pour le consommateur et ainsi être justifiée. Dans le sens inverse, on comprend que c'est la concurrence globale qui doit être protégée et qu'ainsi, le simple fait qu'une opération mène à des prix plus bas pour le consommateur ne peut pas non plus suffire à justifier d'effets anticoncurrentiels menant à la création ou au renforcement d'une position dominante⁵¹³. Dans cette dernière constellation en effet, d'autres effets négatifs, notamment sous l'angle de l'innovation, pourraient distordre la concurrence. On perçoit donc que c'est une réelle évaluation globale de la concurrence qui devra être faite, profitant au consommateur, mais étant également bénéfique à la concurrence globale sur le marché. On observe donc une dualité de facteurs, et réalise que l'élément ultime de l'analyse tient dans la protection de la concurrence elle-même sur le marché.

Il convient ainsi de percevoir les gains d'efficacité comme des facteurs comparatifs, propres à évaluer en quoi les effets pro-concurrentiels émanant de l'opération sont à même de compenser les divers effets anticoncurrentiels découlant de celle-ci⁵¹⁴. En effet, il conviendra pour que ceux-ci soient retenus, qu'ils contrebalancent concrètement les effets anticoncurrentiels de l'opération. On voit apparaître, dans le cadre de l'analyse de cet élément «réparateur», la mise en place d'une réelle pondération, la concentration pouvant certes mener à des dispositions contraires à la concurrence, mais les effets positifs en émanant pouvant être à même de compenser ce facteur négatif. Le droit de la concurrence met effectivement en balance les effets négatifs de la restriction de concurrence avec ceux, positifs, des gains d'efficacité. C'est ce qu'on appelle la

512 MONTAG/VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 314.

513 KÖRBER, *ad art. 2 FKVO*, n. 353.

514 KÖRBER, *ad art. 2 FKVO*, n. 353.

méthode du bilan économique d'ensemble, qui s'applique au contrôle des concentrations⁵¹⁵. Toutefois et comme déjà évoqué, la prise en compte des gains d'efficacité n'est que très relative en pratique. Longtemps, la Commission s'est refusée à rendre des décisions autorisant une fusion sur la base de ceux-ci, lesquels étaient bien plus employés *prima facie* pour déterminer si une opération était susceptible de créer des problèmes, de manière générale, sous l'angle de la concurrence⁵¹⁶. On relève que cet élément à tout de même pris une certaine importance aujourd'hui dans l'analyse de la Commission, laquelle les a partiellement acceptés dans le cadre de certaines décisions⁵¹⁷. Il n'en reste pas moins que leur emploi est toujours très restreint, créant de grosses critiques en doctrine⁵¹⁸.

Malgré un progrès certain ces dernières années, on comprend que la mise en œuvre des gains d'efficacité constitue une lacune de la mise en œuvre du Règlement. On cherchera ainsi, dans une partie postérieure de ce travail, à établir des règles spécifiques, permettant une meilleure mise en application des gains d'efficacité, et cherchant à concrétiser ceux-ci. Il conviendra particulièrement de se poser la question des efficiences propres à contrebalancer concrètement les effets anticoncurrentiels. On visera également à établir dans quelle mesure les effets néfastes d'une opération de concentration sur le marché pourront être considérés comme étant compensés. Il faudra se poser la question concrète du balancement, en ce sens qu'il s'agira de chercher à pondérer les conséquences de l'opération sur le marché. On relève encore, que bien qu'intimement liées, la protection de la concurrence et du consommateur, celles-ci peuvent ne pas se recouper en tous points, facteur qu'il s'agira de garder à l'esprit à l'heure de proposer des solutions pour le futur du droit.

4.3.2. Types de gains d'efficacité

Les gains d'efficacité se matérialisent de manière générale sous la forme de rationalisations ou de synergies. Il n'est en effet pas rare que les parties à une opération allèguent des coûts y relatifs. Néanmoins, les avantages allégués peuvent également prendre la forme d'avantages liés à la recherche ou au développement⁵¹⁹. On peut dès lors distinguer ceux menant à une réduction des

515 FLOCHÉL, *La Prise en compte des gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations horizontales*, n. 1, Droit & économie, Concurrences 2010-2.

516 Voir not. COMP/M.4057 – *Korsnäs / Assidomän Cartonboard*, du 12 mai 2006.

517 Voir not. COMP/M.6570 – *UPS / TNT Express*, du 30 janvier 2013.

518 THOMAS, *The Known Unknown: in Search of a Legal Structure of the Significance Criterion of the SIEC Test*, *Journal of Competition Law & Economics*, 13(2), 346 (348ss); VALLINDAS, p. 205-206 et BONNET, p.127.

519 KÖRBER, *ad art. 2 FKVO*, Rn 353.

coûts, de ceux qui permettent une plus-value liée à de nouveaux produits ou à l'amélioration de ceux-ci, ou encore à de nouveaux services ou prestations⁵²⁰.

Il convient à présent et à titre préalable de tracer un parallèle important entre les gains d'efficacité et leur prise en considération dans le cadre de l'art. 2 par. 3 du Règlement et l'art. 101 al. 3 TFUE. Au sens de ce dernier, dans le cadre de l'interdiction des cartels, accords et autres pratiques concertées, figurant à l'article 101 al. 1 TFUE, la Commission accepte certaines restrictions, permettant de considérer certaines pratiques comme justifiées. En ce sens, dites exceptions, faisant référence à des effets pro-concurrentiels déclenchés sur le marché, peuvent être appliquées par analogie en matière de gains d'efficacité dans le cadre du contrôle des concentrations. On précise d'emblée que celles-ci ne doivent toutefois pas être perçues comme ayant un caractère exhaustif. On trouve ici un outil utile à l'analyse de ces efficacités, propre à permettre une première approche analytique. Il sied néanmoins de nuancer ce propos, en ce sens que pour d'aucuns ce parallèle reste limité. En effet, cette comparaison d'avec l'article 101 al. 3 TFUE semble, pour certains, ne pas être entièrement réalisable, en ce que la portée de celui-ci et de l'art. 2 du Règlement ne semblent pas identiques en ce qui a trait à la réduction de la concurrence sur le marché⁵²¹. Néanmoins, au vu de l'importance pratique de cet article ainsi que des Lignes directrices relatives à celui-ci⁵²², il conviendra de procéder à une analyse de ces éléments, aux fins de pouvoir tirer des conclusions concrètes relatives aux différents types de gains d'efficacité pouvant être allégués. On constatera dès lors que les précisions faites dans le cadre des Lignes directrices ne se limitent pas aux réductions de coûts, s'étendant également aux gains d'efficacité qualitatifs, toutefois moins étayés.

4.3.2.1. Les réductions de coûts

Des gains d'efficacité consistent le plus souvent en une amélioration de l'efficacité productive, c'est-à-dire qu'avec le même nombre d'inputs, l'entreprise va pouvoir produire plus d'outputs ou, de façon équivalente, va utiliser moins d'inputs pour produire le même nombre d'outputs. Techniquement, ceci se formalise par un déplacement de la fonction de production de l'entreprise⁵²³. On relève en tout premier lieu que les gains sur coûts résultant de concentrations entre entreprises, peuvent avoir des origines diverses. Une source très

520 MONTAG / VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 318 ; pour une distinction dite « qualitative/quantitative » ou « statique/dynamique », voir BONNET, p. 582.

521 KÖRBER, *ad art.* 2 FKVO, Rn 361.

522 Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité (ci-après : *Lignes directrices 81 par 3*).

523 FLOCHÉL, n. 6.

importante en est la mise au point de nouvelles techniques et méthodes de fabrication⁵²⁴. On comprend ici que celles-ci doivent être considérées comme propres à permettre une réduction des coûts engendrés lors de la production, une amélioration technique apparaissant ainsi. C'est en effet la conséquence type pouvant émaner de la mise en commun d'entités, lesquelles sont à même de partager leurs méthodes et de réduire leurs coûts d'autant. Une autre source très importante de réduction des coûts réside dans les synergies résultant de l'intégration d'actifs existants. Lorsque les parties conjuguent leurs actifs respectifs, elles peuvent être en mesure d'obtenir une configuration coûts/production qui, sinon, serait impossible. La conjonction de deux technologies possédant des atouts complémentaires peut réduire les coûts de production ou permettre la fabrication d'un produit de meilleure qualité⁵²⁵. On perçoit parfaitement la logique inhérente à cette considération, en ce que les divers points forts de chacune des entités à l'opération se voient réunis en une seule, lui permettant une meilleure allocation des ressources ou des dispositions pour elle impossible avant l'opération. C'est ici encore un cas type des implications d'une opération de concentration, à même de permettre à l'entité concentrée de réduire ses coûts.

On relève ensuite que les gains d'efficacité réalisés sur les coûts peuvent aussi résulter d'économies d'échelle, c'est-à-dire un coût par unité de production qui baisse à mesure que la production augmente. Ainsi, il arrive souvent que l'investissement dans des équipements et autres actifs doive être effectué dans un bloc indivisible. Si une entreprise ne peut pas exploiter le bloc dans son intégralité, ses coûts moyens seront plus élevés que si elle pouvait le faire⁵²⁶. Le terme d'économies d'échelle désigne la baisse du coût moyen de production d'un produit ou service résultant de l'augmentation des quantités produites⁵²⁷. Ici, on comprend des économies réalisées sous l'angle de la taille de la production. En effet, une exploitation intégrale ne se trouve pas réalisable avant l'opération et s'en voit rendue possible, permettant de produire une quantité plus importante pour les mêmes dépenses, et ainsi de réduire le coût de production. Il sied, toujours relativement aux économies d'échelle, de saisir une différence notable entre les internes et les externes. Les premières émanent d'une réorganisation à l'intérieur même de l'entreprise, ne dépendant en rien du marché mais de simples incitatifs organisationnels. Les secondes, pour

524 Lignes directrices 81 par 3.

525 Lignes directrices 81 par 3, c. 65.

526 *Ibidem*, c. 66.

527 MAUGUET, *Economies d'échelle : définition et tout ce qu'il faut savoir*, AGICAP, 21 mai 2019 ; voir ég. BONNET, note en bas de page 56.

leur part, sont celles qui nous intéressent, dès lors qu'elles sont entraînées par des facteurs externes à l'entreprise et liés au marché⁵²⁸. On comprend la survenance d'une meilleure organisation, permettant une meilleure rentabilité et menant à la réduction des coûts. Viennent ensuite les économies de gamme, lesquelles se produisent lorsque des entreprises réduisent leurs coûts en produisant des biens différents avec les mêmes facteurs de production. Ces gains d'efficacité résultent du fait qu'il est possible d'utiliser les mêmes composants, les mêmes installations et le même personnel pour fabriquer une diversité de produits. De même, des économies de gamme peuvent être réalisées au niveau de la distribution lorsque plusieurs types de produits sont distribués par les mêmes véhicules⁵²⁹. On saisit ici une diversification de la production ou de la distribution sur la base de matériel et de dispositif déjà à disposition. Ainsi, les revenus se voient augmentés, sans que cela ne soit le cas des charges, permettant une réduction globale des coûts. On saisit que de telles économies se voient permises par le biais de l'opération, laquelle alloue la mise en commun des capacités de chacune des entités à celle-ci. Enfin et de manière certes plus générale, il sied encore de relever deux constellations pouvant mener à des réductions de coûts ; celles permettant une meilleure planification de la production, réduisant d'autant le besoin d'avoir un stock coûteux et permettant une meilleure utilisation de la capacité de production, ainsi que celles allouant aux parties la faculté de rationaliser leur production⁵³⁰. On comprend une logique inhérente de rationalisation, relative à la réduction des coûts. Celle-ci permet à la nouvelle entité de mieux allouer ses ressources, d'éviter des pertes inutiles, et ainsi, de réduire, de manière globale, le coût de production.

En conclusion, l'entier des éléments mis en avant ci-dessus permettent à la nouvelle entité, d'une manière ou d'une autre, de réduire ses coûts, lui allouant la faculté de produire, de distribuer ou de s'organiser de manière plus rentable. Dès lors que ces économies ne semblent en elles-mêmes pas des plus complexes à démontrer, les facteurs de réduction semblant assez logiques une fois exposés, il conviendra bien plus de chercher à déterminer si ces réductions seront propres à réellement se concrétiser en gains d'efficacité. En ce sens, il faut en effet comprendre que les économies mises en avant constituent certes la première étape de notre raisonnement, mais que celles-ci n'ont de portée que dès lors qu'elles ne bénéficieront pas de manière intégrale à l'entité concentrée. En effet, un tel constat réduirait à néant les effets pro-concurrentiels éventuels, dès lors que l'entité concentrée n'aurait aucun intérêt à les

528 BONNET, note en bas de page 57.

529 Lignes directrices 81 par 3, c. 67.

530 Lignes directrices 81 par 3, c. 68.

reporter sur le consommateur et viendrait à conserver les profits supplémentaires. Ainsi, dans une partie postérieure de ce travail, on cherchera à établir les critères permettant, non seulement, de constater dites économies, mais également de considérer que celles-ci bénéficieront effectivement à la concurrence globale.

4.3.2.2. *Les gains d'efficacité qualitatifs*

Dans une deuxième étape, les Lignes directrices exposent les autres efficacités, celles ne découlant pas de réductions de coûts. En ce sens, les opérations de concentration peuvent générer différents gains d'efficacité de nature qualitative. Le progrès technique et technologique constitue un élément essentiel et dynamique de l'économie, en apportant des avantages importants sous la forme de produits et services nouveaux ou meilleurs. Par leur mise en commun, des entreprises peuvent être en mesure de susciter des gains d'efficacité qui n'auraient pas été possibles en l'absence de celle-ci. Ceux-ci constituent une importante source d'avantages économiques⁵³¹, qu'il s'agira d'exposer, de manière non exhaustive, ci-après.

On saisit tout d'abord que la réunion d'actifs peut certes entraîner une réduction des coûts, comme exposé en amont, mais que celle-ci peut également créer des synergies qui entraîneront des gains d'efficacité de nature qualitative. En ce sens, la réunion d'actifs de production peut entraîner la production de produits de meilleure qualité ou de produits ayant des caractéristiques nouvelles. Ainsi, on peut notamment imaginer la diffusion plus rapide d'une nouvelle technologie dans la Communauté, une mise sur le marché de nouveaux produits, de produits améliorés, ou encore l'utilisation de nouvelles techniques de production entraînant des améliorations qualitatives. On comprend ici le double enjeu de la réunion en une seule de l'entité, permettant tant des réductions de coûts que des améliorations techniques, menant à un accroissement de la qualité de produit offerte. D'autre part, et à l'image de ce qui prévaut en matière d'accords de distribution, la concentration peut également être à même d'entraîner des gains d'efficacité qualitatifs, dès lors que la fourniture de services pourrait se révéler mieux adaptée aux besoins des clients, assurant une livraison plus rapide ou une meilleure assurance qualité⁵³². On identifie ici un tout autre type d'efficacité, permettant d'améliorer la qualité du service fourni et ainsi d'offrir un produit ou une prestation de meilleure qualité.

On perçoit que les considérations mises en avant en matière de gains d'efficacité qualitatifs se trouvent bien plus limitées que celles relatives aux

531 *Ibidem*, c. 69 et 70.

532 Lignes directrices 81 par 3, c. 71 et 72.

réductions de coûts. Une fois encore, la perception de ceux-ci est certes essentielle, mais une phase postérieure sera néanmoins essentielle à la détermination de leur affectation, laquelle sera réellement à même de déterminer à qui bénéficieront ces prérogatives. On continuera ainsi en retenant cette distinction essentielle, utile dans le cadre de la partie analytique de ce travail.

4.3.2.3. Autre distinction – Economie de coûts fixes ou variables

Il sied à présent de passer à une distinction essentielle dans le cadre de ce travail, soit celle mettant en opposition les économies de coûts fixes et celles de coûts variables. En effet, la politique de la concurrence favorise les réductions de coûts, afin d'améliorer la productivité des entreprises en place⁵³³. Il sied donc en premier lieu de séparer les réductions de coûts dans ces deux catégories distinctes. Celles relatives aux coûts variables sont obtenues par la mise en œuvre d'une technologie supérieure ou par une redistribution des activités de production des entreprises parties prenantes à la concentration entre les sites de production de façon à réallouer plus efficacement la production. Elles ont une incidence directe sur les prix et les quantités choisies par les entreprises à l'équilibre, puisqu'elles interviennent directement dans l'expression du profit et dépendent des choix stratégiques des entreprises qui affectent les prix et les quantités produites⁵³⁴. Au contraire, les réductions de coûts fixes, qui découlent plutôt de la suppression des doublons, ont pour conséquence de ne pas être affectés par les choix des variables comme les prix ou quantités, et n'ont donc en sens inverse aucune influence sur ceux-ci. Un gain d'efficacité qui se traduit par une réduction de coût fixe a donc pour conséquence de ne pas être transmis aux consommateurs et de se répercuter sur les seuls profits des entreprises bénéficiaires, d'où son traitement différencié par les autorités en charge du contrôle des concentrations⁵³⁵. En d'autres termes, alors qu'une économie de coûts variables aura une incidence sur le prix payé par le consommateur, une économie de coûts fixes n'en aura pas, l'entreprise concentrée étant libre d'agir de manière discrétionnaire⁵³⁶. Il faut ici saisir qu'une entreprise choisit son prix en maximisant son profit. Ceci la conduit à égaliser son coût marginal et son revenu marginal. En effet, si le revenu marginal était supérieur au coût marginal, cela voudrait dire qu'en vendant une unité supplémentaire,

533 BUCCIROSSI/CIARI/DUSO/SPAGNOLO/VITALE, *Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment*, CAMBRIDGE: The MIT Press, The review of economics and statistics, 2013-10-01, Vol.95 (4), p. 1325.

534 PERROT, *Les gains d'efficacité et les arguments pro-concurrentiels en matière de concentrations et de pratiques unilatérales*, n. 11, Droit & économie, Concurrence 2-2010.

535 VALLINDAS, p. 206 et TIRALONGO, p. 198.

536 MOTTA, p. 241.

l'entreprise augmenterait son profit, puisque le gain de cette unité additionnelle serait supérieur au coût pour la produire. La conséquence est que seul un gain d'efficacité qui affecte le coût marginal aura une influence sur le choix de tarification de l'entreprise. Un gain d'efficacité qui affecte le coût fixe modifiera le profit de l'entreprise, mais n'aura aucune influence sur le prix qui maximise son profit⁵³⁷.

On comprend la logique inhérente à cette distinction. D'une part, les économies de coûts variables sont propres à se reporter sur les consommateurs et sur les prix offerts à ceux-ci, menant à un réel effet pro-concurrentiel sur le marché et non simplement à des marges bénéficiaires supplémentaires. D'autre part, les économies de coûts fixes créeront une situation totalement opposée, dans laquelle l'entité n'aura aucune motivation à reporter le bénéfice sur le consommateur. En effet, dans un tel contexte, l'économie engendrée par l'opération ne dépendra en rien de son allocation, de la production ou du prix choisi, ce qui lui permettra d'en profiter entièrement. Dès lors et dans une telle constellation, il y a bel et bien lieu de parler de rationalisation, mais en aucun cas de gains d'efficacité au sens du droit de la concurrence, dès lors que celle-ci ne vient en rien contrebalancer les effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration. Dès lors, on saisit diverses allocations selon le type d'efficience retenu. Les constats mis en avant ci-dessus ne peuvent que rappeler ceux faits dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms* allant à l'encontre de l'entier des affirmations mises en avant en amont. On cherchera, par la suite, à mettre en lumière les critiques évidentes qui semblent découler de cet arrêt relativement aux gains d'efficacité et tentera de proposer des solutions innovantes, permettant d'écarter les solutions douteuses adoptées par le Tribunal.

4.3.3. Les conditions de reconnaissance

Les Lignes directrices évoquent trois conditions cumulatives, propres à ce que des gains d'efficacité puissent être pris en considération dans le cadre de l'évaluation de la Commission. La première sera d'être à l'avantage des consommateurs. Les gains d'efficacité devront dans un deuxième temps être propres à la concentration, mais également vérifiables⁵³⁸. Nous étudierons dès lors ci-après

537 FLOCHEL, n. 11.

538 Voir par ex. BONNET, p. 128; VALLINDAS, p. 203; RAINELLI, *À propos du Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité*, Revue internationale de droit économique, 2006/1 t. XX, 1, p. 52-53; Direction des Affaires Financières et des entreprises – Comité de la concurrence, *Table ronde sur le rôle des allégations de gains d'efficience dans les procédures d'application du droit de la concurrence*, DAF/COMP(2012)16, du 20 décembre 2012, p. 23-24.

ces conditions de manière plus détaillée. Il convient encore de relever que deux conditions supplémentaires peuvent être perçues, en ce que les gains d'efficacité devront être propres à se concrétiser en temps utile et être d'une importance suffisante. On traitera dès lors également de ces éléments, mais également du fardeau de la preuve relatif à ces conditions et de l'évolution de la casuistique y relative.

4.3.3.1. À l'avantage du consommateur

On relève en tout premier lieu qu'afin de considérer des gains d'efficacité, ceux-ci doivent être à l'avantage du consommateur. En ce sens ils devront être susceptibles de conduire à une baisse des prix ou à d'autres avantages pour celui-ci⁵³⁹. On précise à cet égard que le fait que les gains d'efficacité se repercutent sur les consommateurs est intrinsèquement lié aux pressions concurrentielles exercées sur le marché, en ce qu'en l'absence de celles-ci, les économies réalisées ne se reporteront pas sur le consommateur. Dès lors, la pression de concurrents est nécessaire à considérer ces gains comme étant à l'avantage des consommateurs, d'énormes économies ou réductions de coûts engendrées par l'opération n'étant pas suffisantes à contrebalancer une position dominante proche du monopole⁵⁴⁰. Comme exposé ci-dessus, cet avantage peut certes se concrétiser sous la forme d'un prix plus avantageux, mais peut également consister en un élargissement ou en une amélioration de l'offre⁵⁴¹. En ce sens, d'autres gains d'efficacité peuvent donc également résulter d'une amélioration de l'entreprise concentrée dans le cadre de la recherche et du développement⁵⁴². Cette question a fait l'objet de plusieurs décisions de la Commission, au cœur de la détermination même de l'existence d'éventuelles efficacités. Au sens de la casuistique de l'autorité, il faut principalement retenir que l'apport de la preuve d'économies, seule, ne suffit pas. En effet, dans nombre de décisions successives, l'autorité a contesté l'allocation de dites économies aux consommateurs, dès lors que l'entreprise concentrée se trouvait en position dominante des suites de l'opération⁵⁴³, ce constat étant d'autant plus va-

539 Lignes directrices, c. 80 ; RAINELLI, p. 53.

540 Lignes directrices, c. 84.

541 *Ibidem*, c. 80 et 81.

542 SCHWALBE, *Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle – Ökonomische Aspekte*, in Oberender, *Effizienz und Wettbewerb*, 2005 (63), n. 113ss.

543 voir notamment M.126 – ACCOR/Wagons-Lits, du 28 avril 1992 ; M.774 – Saint-Gobain/Wacker-Chemie/Nom, du 4 décembre 1996 ; COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus, du 27 juin 2007, c. 1148 et 1149 ; COMP/M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext, du 1^{er} février 2012, c. 1235ss. ; voir ég. DYEUVRE, *La prise en considération de critères « extra-concurrentiels » dans le droit communautaire de la concurrence*, Revue Internationale de droit économique, 2007(4), p. 433 à 436.

lable en cas de monopole découlant de celle-ci⁵⁴⁴. On comprend dès lors la logique de la Commission dans son approche, cette dernière considérant qu'en cas de position dominante sur le marché, les économies réalisées par les parties à la concentration ne seront pas propres à se répercuter sur le consommateur. On ne peut en effet qu'aller dans le sens de l'autorité en l'espèce, dès lors que de trop larges prérogatives sur le marché enlèveraient tout incitatif aux parties d'appliquer cette réduction aux consommateurs, en rien contraintes. Ainsi, dans l'hypothèse d'une position dominante allouant de larges prérogatives à l'entité concentrée des suites de l'opération, les gains d'efficacité ne pourront que difficilement être retenus, dès lors qu'ils auront une forte tendance à profiter à l'entité elle-même et non au consommateur.

4.3.3.2. *Spécifiques à l'opération*

Les gains d'efficacité doivent ensuite être propres à la concentration, en ce sens qu'ils doivent être la conséquence directe de l'opération notifiée mais également ne pas pouvoir être atteints dans une mesure similaire, au moyen d'alternatives moins contraignantes à la concurrence. Au sens des Lignes directrices, la preuve de ce dernier élément incombe aux parties à l'opération, celles-ci devant démontrer qu'aucune alternative moins dommageable à la concurrence n'existe⁵⁴⁵. Il sied toutefois de relativiser cette information, en ce qu'il ne sera pas attendu des parties d'envisager l'entier des alternatives possibles, mais uniquement celles relatives aux pratiques courantes, qui ne soient pas extraordinaires, coûteuses ou difficiles à mettre en œuvre. Ainsi, on pense notamment à la croissance interne d'une entreprise partie, à la possibilité d'une *Joint Venture* ou à d'autres accords d'achat ou de recherche, qui ne doivent pas être propres à engendrer les mêmes effets, faute de quoi ces derniers ne seraient pas spécifiques à l'opération⁵⁴⁶. Cette question a également fait l'objet de diverses décisions de la Commission par le passé. Dans le cadre de sa décision *Danish Crown / Vestjyske Slagterier*, celle-ci a notamment refusé de prendre en compte des gains d'efficacité, dès lors qu'ils auraient pu être obtenus, à tout le moins partiellement, sans opération de concentration⁵⁴⁷. De même, dans le cadre de sa décision *Telefonica Deutschland / E-Plus*, elle a certes décrété que l'emploi commun d'un réseau par deux entreprises de télécommunications

544 Voir à cet effet M.053 – *Aerospatiale/Alenia/de Havilland*, du 2 octobre 1991.

545 Lignes directrices, c. 85; RAINELLI, p. 53.

546 MONTAG / VON BONIN, *ad art.* 2 FKVO, n. 325.

547 M.1313 – *Danish Crown / Vestjyske Slagterier*, du 9 mars 1999.

était propre à mener à des économies, mais que cette forme de coopération pouvait être atteinte par des opérations moins contraire à la concurrence qu'une concentration. Ainsi, elle a considéré que cet emploi commun ne pouvait pas constituer un gain d'efficacité automatique, la nécessité d'une fusion pour l'obtenir n'étant pas démontrée⁵⁴⁸. On saisit ici que pour l'autorité, l'opération de concentration doit consister en une *ultima ratio*, propre à atteindre l'efficacité alléguée, faute de quoi elle pourrait être obtenue par des moyens moins incisifs. On ne peut que se rallier au point de vue de celle-ci, tant il serait hypocrite et contraire au contrôle des concentrations, que de venir alléguer des gains d'efficacité ne découlant en rien de l'opération et pouvant être obtenus par d'autres biais, conformes à la concurrence.

4.3.3.3. Vérifiabilité

Les Lignes directrices impliquent ensuite que les gains d'efficacité soient vérifiables, ce qui signifie que la Commission doit être en mesure de constater que les gains d'efficacité se produiront sous une haute probabilité⁵⁴⁹. Cela nécessitera des preuves suffisantes, permettant à la Commission d'avoir la certitude, dans une mesure raisonnable, que la concrétisation de ces gains est probable et qu'ils seront suffisamment importants pour contrebalancer l'effet dommageable potentiel de la concentration pour les consommateurs. Dans la mesure des possibilités, les gains d'efficacité et le bénéfice en résultant pour les consommateurs devront donc être quantifiés. Si cela s'avère impossible, il devra néanmoins être possible de prévoir un effet positif sur les consommateurs clairement identifiable et non uniquement marginal⁵⁵⁰. Les Lignes directrices précisent que seules les parties à la concentration détiennent les éléments propres à cette preuve et qu'il leur incombe de démontrer en quoi les gains d'efficacité allégués sont susceptibles de contrer les effets négatifs que l'opération pourrait, à défaut, produire sur la concurrence, et ainsi profiter aux consommateurs⁵⁵¹. La production de documents internes, d'expertises extérieures réalisées dans le cadre de l'opération ou de gains d'efficacité constatés par le passé pourront servir de moyens utiles⁵⁵². On atténue néanmoins les propos qui précèdent en ce que cet examen, comme de manière générale dans le cadre du contrôle des concentrations, est effectué *ex ante* et n'impliquera

548 M.7018 – *Telefonica Deutschland/E-Plus*, du 2 juillet 2014.

549 Lignes directrices, c. 86ss.

550 Lignes directrices, c. 86; voir ég. RAINELLI, p. 53.

551 Lignes directrices, c. 87.

552 Lignes directrices, c. 88; voir ég. RAINELLI, p. 53.

dès lors pas la nécessité d'apporter la preuve de la certitude de la réalisation des efficacités, ni même de l'intensité de celle-ci⁵⁵³. Il faut même voir cette dernière comme impossible dès lors qu'il ne sera pas réalisable pour une entité de déterminer avec exactitude l'impact de l'opération à futur. C'est dès lors bien plus un faisceau d'indices propre à démontrer les gains d'efficacité qui doit être apporté⁵⁵⁴. Enfin, le Règlement d'exécution du R139/2004, traite des gains d'efficacité à sa section 9⁵⁵⁵. Cette dernière, sans qu'il n'y ait besoin de l'analyser en détail, reprend les divers éléments devant être apportés par les entreprises parties, dont notamment la quantification des efficacités. On réalise ainsi le problème que constitue le fardeau de la preuve en matière d'évaluation à futur, ainsi que la difficulté l'entourant dans le cadre des efficacités en général, devant faire l'objet d'une démonstration suffisante des entités à l'opération⁵⁵⁶.

4.3.3.4. *Temporalité, importance et fardeau de la preuve*

Concernant la réalisation des effets en temps utile, on perçoit que les gains d'efficacité doivent être propres à se matérialiser en temps utile, plus ceux-ci seront éloignés dans le temps, moins la Commission pourra leur accorder de poids⁵⁵⁷. Ils doivent dès lors être à même de se réaliser dans un avenir prévisible, aux fins de servir de contrepoids crédible, ceux prévus dans une perspective trop lointaine ne pouvant être considérés comme certains⁵⁵⁸. Pour ce qui a trait à l'importance des gains d'efficacité, et en observant la casuistique de la Commission relative à ce critère, celle-ci emploie ce dernier de manière assez générale. On doit ici comprendre une évaluation et une estimation des allégations apportées par les parties dans le cadre des gains d'efficacité, permettant tant de jauger ceux-ci que d'évaluer leur propension à compenser les effets négatifs de l'opération⁵⁵⁹. On perçoit un critère d'ordre plus général, permettant un contrôle global des éléments allégués et de leur impact effectif sur le marché. En ce qui touche enfin au fardeau de la preuve relatif aux gains d'efficacité en général, on relève que la preuve en incombe aux entreprises parties à

553 RÖLLER/STENNECK/VERBOVEN, *Efficiency gains from merger*, in Ilzkovitz/Meiklejohn, *European Merger Control – Do We Need an Efficiency Defence?*, 2006, p.84ss.

554 KÖRBER, *ad* Art. 2 FKVO, Rn 372.

555 Règlement d'exécution (UE) No 1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013, concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après : *Règlement d'exécution 1269/2013*).

556 Voir RAINELLI, p. 53.

557 Règlement d'exécution 1269/2013, c. 79 et 83.

558 Lignes directrices, c. 79 et 83.

559 À cet effet voir notamment M.053 – *Aerospatiale/Alenia/de Havilland*, du 2 octobre 1991, c. 65 et COMP/M.4439 – *Ryanair / Aer Lingus*, du 27 juin 2007, c. 1151.

l'opération et non à la Commission. Dès lors que les gains d'efficacité dépendent majoritairement d'éléments détenus par les parties, il ne saurait être attendu de l'autorité qu'elle vienne les démontrer. De même, ceux-ci doivent être vus comme une sorte d'exceptions aux effets anticoncurrentiels découlant de l'opération et devront être soulevés par celle-ci. On saisit dès lors que, bien que l'autorité exerce un contrôle général des effets de l'opération, il ne s'agira ainsi pas pour elle d'amener la preuve de l'éventualité de retombées positives de l'opération.

4.3.4. Evolution de la pratique décisionnelle de la Commission

Dès lors tous les éléments théoriques abordés à suffisance ci-avant, il convient de rentrer plus en détail dans le développement de la pratique décisionnelle relative à la prise en considération des gains d'efficacité. Cette étape permettra de fonder une hypothèse sur le droit souhaitable pour l'avenir. Comme déjà exposé en précédence, la réforme de 2004 avait pour objectif de permettre une grande refonte des gains d'efficacité et de leur prise en considération. Bien que des améliorations aient pu être constatées suite à l'adoption du nouveau Règlement, il sied de constater un résultat insatisfaisant aujourd'hui, ne permettant pas leur prise en compte concrète. On distinguera donc ci-après les décisions antérieures à celui-ci, et celles publiées de manière postérieure à son entrée en vigueur.

Pour ce qui a trait tout d'abord à la pratique précédant la modification légale, elle est évidemment très restrictive. On prendra ici l'exemple de la décision *Gencor/Lonrho*⁵⁶⁰, dans le cadre de laquelle l'autorité a conclu à ce que les synergies découlant de la concentration n'iraient dans tous les cas pas à l'avantage du consommateur, dès lors que l'opération de concentration menait à une position dominante ainsi qu'à une réduction de la concurrence. Le même constat a été établi d'office dans le cadre de la décision *Danish Crown / Vestjyske Slagterier*⁵⁶¹, la concentration engendrant la création d'une position dominante. Les gains d'efficacité, à cette époque, étaient perçus de manière anticoncurrentielle en permanence, soit comme « *efficiency offense* », dès lors que l'autorité considérait cette prérogative comme permettant à l'entité concentrée de disposer d'une position préférentielle vis-à-vis des autres concurrents restés sur le marché. Ainsi, l'autorité ne percevait à cette époque pas la capacité pro-concurrentielle pouvant découler de ces éléments, les considérant comme propres à allouer une prérogative anticoncurrentielle unilatérale à l'entité

560 M.619 – *Gencor/Lonrho*, du 24 avril 1996.

561 M.1313 – *Danish Crown / Vestjyske Slagterier*, du 9 mars 1999.

concentrée. Avec le temps et le développement de la casuistique, l'autorité a néanmoins commencé à évaluer les gains d'efficacité au cas par cas et selon les circonstances d'espèce⁵⁶².

En ce qui concerne les décisions *post* réforme légale, si on peut constater une évolution sur le moyen terme, il faut noter que l'admission de gains d'efficacité est restée très modérée des suites de l'apparition du Règlement, peut-être également à cause de ce que ceux-ci n'ont que peu été mis en avant par les entreprises parties. Dans le cadre de la décision *Inco/Falconbridge*⁵⁶³ par exemple, la Commission a refusé d'entrer en matière sur ceux-ci, dès lors que leur effectivité ne pouvait pas être démontrée en l'absence de fortes réductions concurrentielles et que la preuve de leur impact sur les consommateurs n'était pas amenée. Dans le cadre de la décision *Ryanair / Aer Lingus*⁵⁶⁴, l'autorité a décrété que les gains d'efficacité, bien qu'admis, n'étaient pas propres à équilibrer et de ce fait contrebalancer les effets anticoncurrentiels découlant de l'opération. Enfin, dans le cadre de la décision *Metso / Aker Kvaerner*⁵⁶⁵, l'autorité a également décrété que les gains d'efficacité n'étaient pas à même de compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération. On saisit dans cette première étape une grande méfiance de la part de l'autorité, préférant ne pas admettre les effets pro-concurrentiels, percevant souvent ceux-ci comme insuffisants à contrebalancer les effets anticoncurrentiels. Dans d'autres cas moins nombreux, la Commission a accepté d'entrer en matière sur les efficacités. Dans la décision *UPS / TNT Express*⁵⁶⁶, l'autorité a notamment décrété que les diminutions de coûts variables étaient bien plus susceptibles de mener à de tels effets que les économies de coûts fixes. De même, dans le cadre de sa décision *Ineos/Solvay/JV*⁵⁶⁷, elle a accepté la prise en compte de réductions de coûts variables comme gains d'efficacité, considérant néanmoins que ceux-ci n'étaient pas suffisants à compenser l'entier des effets anticoncurrentiels et que des engagements étaient également nécessaires à cette fin⁵⁶⁸.

On observe donc relativement à cet historique de la casuistique, que les gains d'efficacité n'ont jamais semblé suffisants, seuls, à permettre l'autorisation d'une opération de concentration menant à des effets anticoncurrentiels sur le marché. Néanmoins, leur impact a déjà permis de servir de facteur par-

562 KÖRBER, *ad art.* 2 FKVO, n. 377, p. 309.

563 M.4000 – *Inco/Falconbridge*, du 4 juillet 2006.

564 COMP/M.4439 – *Ryanair / Aer Lingus*, du 27 juin 2007.

565 M.4187 – *Metso/Aker Kvaerner*, du 12 décembre 2006.

566 COMP/M.6570 – *UPS/TNT Express*, du 30 janvier 2013.

567 M.6905 – *Ineos/Solvay/JV*, du 8 mai 2014.

568 KÖRBER, *ad art.* 2 FKVO, n. 380.

tiel à une telle autorisation, démontrant tout de même une certaine incidence sur le contrôle de l'autorité. Il convient désormais d'attendre le développement à futur de la pratique décisionnelle des autorités, pour saisir à quel point ils seront susceptibles de jouer un impact plus important dans l'avenir. La doctrine semble néanmoins considérer que ceux-ci ne seront pas aptes, en eux-mêmes, à légitimer une opération de concentration entraînant des réductions importantes de concurrence sur le marché, permettant néanmoins à l'autorité de requérir des engagements allégés de la part des parties⁵⁶⁹.

4.3.5. Conclusion

À titre de conclusion, on constate que les gains d'efficacité comportent d'importantes inconnues dans leur détermination, à l'instar de l'évaluation globale des opérations sur le marché⁵⁷⁰. On note l'existence de divers types d'économies pouvant être alléguées par les parties à une opération de concentration, les retombées positives sur le marché pouvant être diverses et devant être amenées par elles. On tire aussi le constat de certains types d'économies devant être retenus comme impropres, de par leur nature même, à engendrer des inefficiences sur les marchés au contentieux. Il conviendra de traiter de celles-ci, en visant à les écarter du contrôle effectué par la Commission, n'amenant pas de prérogatives pro-concurrentielles sur le marché. Enfin, nous avons examiné l'existence de diverses conditions, propres à démontrer la survenance de gains d'efficacité sur un marché donné. Il s'agira encore de revenir sur celles-ci dans le cadre de la partie analytique de cet écrit, pour traiter de leur opportunité. Finalement, dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*, le Tribunal souhaite aujourd'hui redessiner, par le biais de la casuistique, le contour de l'appréciation des gains d'efficacité. On pense ici tout spécifiquement à leurs conditions de prise en compte, mais également et en parallèle à l'impact effectif des engagements, lesquels pourraient se voir redimensionnés. Dans le cadre de l'analyse qui va suivre, il s'agira ainsi tout d'abord d'observer l'impact effectif de telles modifications sur le droit, mais également d'en ériger une critique, propre à mettre en avant les conséquences négatives pour le contrôle des concentrations en général. Dans un second temps, il sera procédé à une analyse du droit souhaitable à futur, dans le cadre de laquelle on cherchera à déterminer de quelle manière ces éléments devraient effectivement être développés, aux fins d'apporter une plus-value à ce pan du droit de la concurrence et à rendre l'appréciation des concentrations plus conforme à la réalité économique d'espèce.

⁵⁶⁹ *Ibidem*.

⁵⁷⁰ À cet effet, voir RAINELLI, p. 53-54.

5. Futur des effets non coordonnés dans les concentrations horizontales

5.1. Analyse critique des enseignements de CK Telecoms – Moment Airtours

La décision *CK Telecoms* pourrait marquer un tournant, d'aucuns la qualifiant de « moment *Airtours* »⁵⁷¹. Comme exposé précédemment, les contestations en matière d'effets non coordonnés risquent aujourd'hui de se multiplier, donnant naissance à nombre de décisions du Tribunal. On rappellera en ce sens qu'*Airtours* n'avait pas servi de première base aux théories aujourd'hui connues en matière d'effets coordonnés, mais avait bien plus constitué l'arrêt conclusif, définissant avec précision le contour de ce domaine. Il n'est dès lors pas sans intérêt à nos yeux de rappeler les arrêts *Kali und Salz* et *Gencor*. On peut en effet considérer que le premier, source d'applicabilité des positions dominantes au contrôle des concentrations, est encore d'actualité aujourd'hui, en ce que l'existence d'effets unilatéraux ne dépend que de l'hypothèse d'une position dominante. Quant au second, il sied de se demander si les experts n'auraient pas meilleur temps de parler de « moment *Gencor* », en lieu et place de la nomenclature employée. En effet, on retrouve dans l'arrêt *CK Telecoms*, une très grande similitude avec cette dernière décision, et ce tout particulièrement en ce qui a trait à la détermination des effets anticoncurrentiels ainsi qu'aux éléments nécessaires à leur démonstration. On relève en revanche que ce n'est que par le biais d'arrêts successifs, dont *Airtours* aura été le dernier et le plus important, que les critères propres aux positions dominantes collectives ont été tracés. On peut aujourd'hui envisager une nouvelle série de décisions en matière d'effets non coordonnés, à même d'amener des affinements de celle précédemment évoquée, jusqu'à arriver à une décision topique qui, elle, pourrait avoir l'impact de son homologue, en matière d'effets non coordonnés. Ainsi, celui-ci

571 Voir IBAÑEZ COLOMO, *Case T-399/16, CK Telecoms v Commission: a new Airtours Moment and the Future of Effects Analysis*, Chillin'Competition, 28 mai 2020.

pourrait déterminer avec précision les éléments devant être prouvés par la Commission afin de retenir de tels effets dans le cadre du contrôle d'une opération de concentration.

On commencera par étudier les principales implications de l'arrêt, quant aux effets non coordonnés eux-mêmes. On visera ensuite à aborder les implications de celui-ci relativement aux engagements et à l'impact de cet outil de la Commission. On érigera par la suite un avis critique mettant en exergue les lacunes de la réflexion exposée par le Tribunal, avant de finalement évoquer l'éventualité d'un recours auprès de la CJUE et des finalités souhaitées de celui-ci, cherchant à exprimer le droit souhaitable. En effet, l'arrêt du Tribunal ne semble aujourd'hui pas tenable et il s'agira d'en exposer les erreurs et les risques qu'impliquerait une confirmation de celui-ci, pour le futur du droit.

5.1.1. Conséquences de l'arrêt CK Telecoms sur la notion d'effets non-coordonnés

5.1.1.1. Fardeau de la preuve

On constate comme première conséquence de l'arrêt l'alourdissement du fardeau de la preuve imputable à la Commission en matière d'effets non coordonnés. Tout comme cela avait été le cas en 2002, des suites d'*Airtours* et relativement aux effets coordonnés, l'autorité se voit élever ses standards utiles à des fins de détermination d'effets anticoncurrentiels. Le Tribunal fait désormais état de la nécessité, pour la Commission, de déterminer en quoi l'opération concernée viendrait à modifier la structure de la concurrence sur le marché affecté⁵⁷², impliquant de devoir démontrer que des effets négatifs importants sur la concurrence sont à prévoir avec un degré élevé de probabilité⁵⁷³. Toutefois et comme le soulève Till Steinvoth, ce fardeau n'impose pas l'obligation d'une preuve absolue, la modification de la structure du marché et ses effets devant uniquement être rendus réalistes et plausibles. Selon celui-ci, le fardeau de la preuve en matière d'effets non-coordonnés ne serait dès lors pas différent de celui appliqué en matière d'effets coordonnés et permettrait d'avoir des règles plus claires, permettant un test transparent⁵⁷⁴. De son côté, l'économiste Arno Rasek distingue les situations dans lesquelles une entreprise se trouverait en position dominante sur le marché, des autres. Selon lui, dans les premières, le fardeau de la preuve resterait inchangé, la dominance sur le marché

572 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 108.

573 ZIMMER, p. 354.

574 STEINVORTH, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

ou son renforcement tendant dans tous les cas à des effets unilatéraux. C'est uniquement hors position dominante que le fardeau de la preuve viendrait à varier, impliquant une charge de preuve plus lourde pour la Commission⁵⁷⁵. Pour celui-ci, cette distinction en implique une autre ; celle du nombre de participants à un marché oligopolistique. En effet, une opération déclenchant un passage de quatre à trois concurrents a moins de chance de mener à une situation de position dominante qu'un marché où n'apparaîtraient que trois concurrents (sans même évoquer le cas d'un duopole). Dès lors, cette modification du fardeau de la preuve aura trait à s'appliquer tout particulièrement aux marchés ayant une telle structure. Pour Rasek, le Tribunal cherche à démontrer que les opérations de concentration sur de tels marchés n'impliquent pas automatiquement des effets anticoncurrentiels, bien que pour lui, la pratique de l'auto-rité dans cet arrêt ne soit pas conforme avec la vision mondiale du test SIEC⁵⁷⁶. En conclusion, on note que par sa première décision en matière d'effets non-coordonnés, le Tribunal a fixé la barre relative au fardeau de la preuve à un niveau élevé. La Commission aura pour tâche de démontrer non seulement une modification de la structure du marché, liée à la concentration, mais également un risque, non uniquement hypothétique, mais bien plausible et réaliste, des effets unilatéraux qui découleront de cette restructuration, le nouvel arrêt impliquant la même norme de preuve qu'en matière d'effets coordonnés⁵⁷⁷.

5.1.1.2. Limitation de la notion d'important moteur de la concurrence

Le Tribunal allègue ensuite, qu'afin de pouvoir admettre l'existence d'effets non coordonnés des suites de la disparition d'un important moteur de la concurrence, il est également nécessaire que celle-ci entraîne la suppression d'une forte contrainte concurrentielle dans les rapports de concurrence⁵⁷⁸. Il pose ici la thèse que, la simple suppression d'une telle entité n'est pas suffisante, nécessitant encore de la Commission qu'elle démontre une modification dans la pression concurrentielle, des suites de l'opération. Il s'agira de se référer au considérant 25 du Règlement, qui atteste que l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties exerçaient entre elles ou la réduction des pressions concurrentielles pour les autres concurrents peuvent mener à des effets non-coordonnés⁵⁷⁹. Pour le Tribunal, l'élimination d'un important

575 RASEK, in *WuWDialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

576 *Ibidem*.

577 ZIMMER, p. 354.

578 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 172.

579 R139/2004, c. 25.

moteur de la concurrence ne doit toutefois pas être perçue comme impliquant automatiquement une telle réduction des pressions concurrentielles sur les acteurs. Pour la Commission en revanche, le facteur décisif tient dans la contribution substantielle et durable à la concurrence de l'acteur, sur la base de paramètres tels que le prix, le choix et l'innovation. Toutefois, aux yeux du Tribunal, les éléments mis en avant par la Commission n'étaient pas suffisants à démontrer que l'opération de concentration avait éliminé une pression concurrentielle considérable et entravé, de manière significative, une concurrence effective au sens du Règlement. Dès lors, pour l'autorité, le fait qu'une entité applique des prix inférieurs à ceux de ses concurrents dans certains segments du marché n'est pas suffisant à prouver une force concurrentielle significative, nécessitant encore que la politique de prix de l'entreprise soit capable de modifier de manière significative la dynamique concurrentielle sur le marché⁵⁸⁰.

Steinvorth note qu'une telle conclusion implique l'examen de la nouvelle structure du marché par la Commission, ainsi que l'analyse des nouveaux rapports entre les concurrents restants⁵⁸¹. Quant à Rasek, il considère que cette analyse n'a aucune justification économique. Pour lui, la réalisation du test SIEC tient dans la détermination d'effets unilatéraux, ceux-ci pouvant émaner de diverses sources. À ses yeux, le Tribunal limite l'analyse de la notion d'important moteur de la concurrence à celle de *Maverick firm* (*franc-tireur*), au sens du droit américain. Certes cette notion est un cas particulier englobé par la première, mais limite l'analyse de la Commission à un cas spécifique d'effets unilatéraux⁵⁸². On observe encore un alourdissement du fardeau de la preuve pour la Commission, celle-ci ne pouvant plus se contenter de démontrer la disparition d'un important moteur de la concurrence, mais devant également démontrer la perte de pression concurrentielle entre les acteurs restants. On comprend que la simple démonstration de la tendance disruptive d'un acteur du marché et de son caractère innovant ne seront plus suffisants à prouver les effets non coordonnés, la preuve devant également tendre à démontrer les conséquences immédiates de la disparition de cet acteur.

5.1.1.3. *Limitation de la notion de concurrents particulièrement proches*

En troisième lieu, la décision du Tribunal tend à rendre plus étroite la notion de concurrents particulièrement proches. Pour l'autorité, au sein d'un marché oligopolistique sur lequel les produits proposés sont homogènes, tous sont

580 ZIMMER, p. 354 et 355.

581 STEINVORTH, in *WuW Dialog*.

582 RASEK, in *WuW Dialog*.

substituts et, de ce fait, proches. Il serait à son sens trop simple de considérer Three et O2 comme des concurrents particulièrement proches, faute de quoi il serait aisé d'interdire toutes les concentrations sur des marchés semblables⁵⁸³ et mènerait à une interdiction *per se* des concentrations sur les marchés en situation d'oligopole⁵⁸⁴. Dès lors, même si les parties à l'opération sont des concurrents relativement proches dans certains segments d'un marché, cela ne suffit pas à admettre que la concentration engendre des effets non-coordonnés⁵⁸⁵.

Pour Rasek, cette conclusion manque une nouvelle fois de légitimation économique. Selon lui, il importe peu, sur un marché de produits homogènes, de déterminer l'étroitesse des rapports entre concurrents. En effet, il semble bien plus déterminant de chercher à exposer, purement et simplement, l'existence d'effets unilatéraux. À cette fin, l'on devrait employer des facteurs comme la capacité d'entrée sur le marché ou les capacités de distribution des acteurs. La proximité des concurrents entre eux ne devrait en revanche jouer aucun rôle, les produits étant homogènes et tous substituts, tant dans l'espace que de par leur qualités intrinsèques⁵⁸⁶. Quant à Steinvorth, il suit l'avis mentionné ci-dessus, considérant qu'une telle approche peut notamment être propice en ce qui a trait aux marchés de produits hétérogènes, mais ne peut guère jouer de rôle dans le cadre d'un test SIEC relatif à un marché ayant les caractéristiques de celui au contentieux⁵⁸⁷. Par cet argumentaire, le Tribunal hausse donc encore le fardeau de la preuve en défaveur de la Commission. Afin de démontrer la proximité d'un rapport de concurrence, le Tribunal pose désormais des exigences élevées : il ne suffit pas que la Commission prouve un rapport de concurrence relativement étroit, indiquant la probabilité d'une augmentation des prix liée à la concentration, mais bien plus qu'elle démontre que les parties à la concentration sont également des concurrents particulièrement proches, ce qui équivaldrait éventuellement à prouver qu'ils sont les

583 T-399/16 – CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 249.

584 MARQUES DE CARVALHO / PEREIRA, *Hitting the Mark or Setting the Bar too High? The "Merger Gap" and Prospective Analysis in the Aftermath of CK Hutchison / Telefónica*, LEXXION, 16.06.2020.

585 T-399/16 – CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 249 ; ZIMMER, p. 356 ; pour des avis en contradiction avec cette conclusion voir KUHN, *The 15th Anniversary of the SIEC Test under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand?*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2020 (1) ; DETHMERS, *EU Merger Control: Out of Control?*, European Competition Law Review, 2016 (37) ; CASPARY/GÖRLITZ, *EU Merger Control and Mobiler Telecoms – Consolidation at the Cost of Competition or Regulation Hampering the Creation of European Champions*, European Competition Law Review, 2015 (36).

586 RASEK, in *WuW Dialog*.

587 STEINVORTH, in *WuW Dialog*.

concurrents les plus proches⁵⁸⁸. Faute d'une telle preuve, le Tribunal ne viendrait pas à considérer les concurrents comme particulièrement proches, excluant les effets non coordonnés.

5.1.1.4. *L'évaluation des effets quantitatifs et gains d'efficacité intrinsèques*

Les effets quantitatifs sur le prix visent à établir l'effet de la concentration sur le prix global d'un bien sur un marché. Dans ce cadre, la Commission a décrété que l'opération de concentration examinée viendrait à inciter les concurrents restants à hausser leurs prix de manière importante⁵⁸⁹. Cette appréciation a toutefois également été rejetée par le Tribunal. L'autorité de recours exprime une incompréhension de la Commission, non pas de démontrer une hausse des prix en cas de concentration, mais bien une augmentation significative, liée à l'élimination de fortes contraintes concurrentielles⁵⁹⁰. En ce sens, aux yeux de l'autorité et sur un marché oligopolistique, une augmentation des prix est inhérente à la réduction du nombre de concurrents. Il faut dès lors bien plus que l'augmentation des prix en découlant dépasse ce qui peut être attendu pour que l'on puisse considérer un effet unilatéral. Une simple augmentation des prix ne peut dès lors plus être considérée comme entrave significative à la concurrence. Dans un second temps et en ce qui a trait aux gains d'efficacité, rejetés par la Commission, le Tribunal va émettre une approche nouvelle, considérant que les économies découlant de structures doubles n'auraient pas dû être repoussées par la Commission. À son sens, toute concentration est propre à entraîner des gains d'efficacité, de par la rationalisation des processus de production et de distribution, permettant des économies dans la confection des produits, pouvant mener à une baisse des prix. Pour elle, de tels standards auraient dû être intégrés à l'analyse quantitative des prix futurs. Ainsi, le Tribunal distingue deux types de gains d'efficacité, les premiers, inhérents à l'opération et ne devant pas faire l'objet d'une preuve par les parties, étant directement intégrés à l'analyse quantitative et, les seconds, conformes aux lignes directrices et devant être démontrés, tant ils ont pour but de contrebalancer les effets anticoncurrentiels globaux d'une opération⁵⁹¹.

Rasek relève en premier lieu que l'analyse du Tribunal est fautive. Il fait valoir que bien que des gains d'efficacité puissent être réalisés dans le cadre

588 ZIMMER, p.356.

589 *Ibidem*.

590 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 282.

591 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 277 à 279.

d'opérations de concentration, il reste néanmoins possible que l'ensemble des effets de l'opération mène à un résultat global négatif, repoussant l'idée d'économies inhérentes aux concentrations. Pour lui, il se justifie bien plus, dans le cadre d'une analyse prospective sur les prix, d'établir une simulation tenant compte de tous les effets probables de l'opération et d'exclure tous ceux trop peu certains de cette analyse⁵⁹². Steinvorth rappelle pour sa part la nuance, existant aujourd'hui, entre le test de dominance et le test SIEC. Dans le cadre du premier, les gains d'efficacité n'avaient pour fonction que de contrebalancer et justifier une situation de dominance. Sous l'égide du second, il sera nécessaire d'analyser la modification de la structure du marché⁵⁹³. Dès lors, les efficiences auront un rôle plus large à jouer, entrant en compte dans l'entier de l'analyse de la situation future et devant être prises en considération, dès lors que probables. Cette fois, le Tribunal ne corse pas la tâche de la Commission en matière de fardeau de la preuve, mais allège celle des parties. En ce sens et dans le cadre d'une analyse prospective des effets de l'opération sur les prix, la Commission devrait, d'office, prendre en considération les efficiences structurelles découlant de concentrations. Or, au-delà du fait de ne pas être présentes lors de chaque concentration, celles-ci n'ont pas nécessairement pour effet de profiter aux consommateurs. Enfin, le Tribunal vient poser la nécessité d'une augmentation significative des prix, une simple hausse n'emmenant dès lors plus d'effets non coordonnés à son sens.

5.1.2. Avis critique : les incohérences de l'arrêt CK Telecoms et ses conséquences

Les conséquences *in concreto* de l'arrêt exposées ci-dessus, il sied à présent d'en ériger la critique. De notre point de vue, la décision du Tribunal contient nombre d'incohérences, tant sous un angle purement économique que dans une logique globale d'appréciation des concentrations. En effet, le résultat même de l'arrêt semble contraire à la genèse de ce domaine du droit, allouant aux entités fusionnées la possibilité de distordre la concurrence et empêchant toute intervention de la Commission. On mettra dès lors en avant divers arguments nous permettant de considérer que celui-ci s'écarte de la solution qui aurait dû être adoptée.

592 RASEK, in *WuWDialog*.

593 STEINVORTH, in *WuWDialog*.

5.1.2.1. *Un fardeau de la preuve disproportionné et des engagements affaiblis*

La première critique pouvant être adressée à l'instance de recours a trait à l'augmentation globale du fardeau de la preuve imputé à la Commission. Pour le Tribunal, dans le cadre de l'analyse d'une entrave significative, l'autorité est tenue de produire suffisamment de preuves pour démontrer l'existence avec une probabilité sérieuse, à la suite de la concentration⁵⁹⁴. Cette affirmation soulève tout d'abord une lourde contradiction dans l'approche des deux autorités, tant la Commission considère bien plus devoir employer une balance des probabilités, propre à supposer la survenance future de tels effets⁵⁹⁵. Dès lors, ce nouveau standard dépasse le nécessaire utile à démontrer les effets unilatéraux découlant de la fusion. En effet, il sera souvent difficile, voire impossible, de démontrer avec précision les conséquences à futur déclenchées par une opération de concentration. Au surplus, d'un point de vue économique, ces implications se veulent évidentes et d'une probabilité élevée. Le fardeau de la preuve semble dès lors rempli par l'emploi d'une balance des probabilités, permettant à la Commission d'alléguer des effets économiques qui auront une grande éventualité de se réaliser. L'emploi du nouveau standard, quant à lui, semble disproportionné, tendant à rendre bien trop complexe la détermination d'effets unilatéraux pour la Commission et affaiblissant la position de celle-ci. C'est encore sous ce dernier angle que peut être critiquée la décision du Tribunal, l'alourdissement du fardeau de la preuve tendant à fragiliser le statut de la Commission et, de ce fait, à potentiellement réduire les possibilités d'engagements. En effet, le pouvoir actuel de la Commission permet une forte pression sur les entités parties à des opérations de concentration. Les prérogatives de l'autorité, ainsi que le fardeau de la preuve employé jusqu'ici, relativement accessibles, permettent de faire peser un poids conséquent sur la tête de celles-ci. Ces acteurs, également tiraillés par les enjeux économiques des opérations, se trouvent alors dans une position délicate, les poussant à devoir se conformer au droit. On comprend dès lors le nombre très important d'engagements, mais également l'élément crucial que constitue actuellement l'ouverture d'une enquête par la Commission. Si le nouveau standard relatif au fardeau de la preuve venait à être confirmé, se poserait dès lors la question de la mise en cause de ce système de résolution amiable des entraves à la concurrence⁵⁹⁶.

594 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 118 ; *MARQUES DE CARVALHO / PEREIRA, LEXXION*.

595 Voir C-12/03 P – *Commission/Tetra Laval*, du 15 février 2005, par. 39 à 41 ; *MARQUES DE CARVALHO / PEREIRA, LEXXION*.

596 *ZIMMER*, p. 357.

On comprend dès lors non seulement que le nouveau standard décrit par le Tribunal affaiblit de manière directe la position de la Commission, requérant de cette dernière une preuve bien plus étayée et parfois inaccessible, mais également de manière indirecte, amoindrissant l'outil incontournable à sa pratique et au règlement amiable des conflits : les engagements. Les conclusions du Tribunal en la matière ne peuvent dès lors être perçues que comme erronées, tant le faible niveau d'intervention de la Commission repose en grande partie sur le système des engagements et sur la dynamique de concession créée par eux. Suivre une telle position viendrait à rendre bien trop complexe la démonstration d'effets unilatéraux par la Commission et à renier ces derniers de manière informelle. Enfin, la notion de valeur seuil d'augmentation des prix, exposée par le Tribunal, semble manquer de cohérence, comme indiqué par Zimmer⁵⁹⁷. Le Tribunal argue en effet que la Commission n'aurait pas démontré une augmentation des prix significative. Selon l'instance, et dès lors que l'augmentation des prix est inférieure à celle des précédents cités, l'augmentation ne fonderait pas une entrave significative⁵⁹⁸. On relèvera ici la logique douteuse de ce raisonnement et l'exclura d'emblée, tant la notion d'entrave significative est indépendante du niveau d'augmentation des prix et doit être mesurée dans un contexte global, propre à un cas d'espèce précis. S'arrêter à cette conclusion reviendrait à priver le test SIEC de sa substance, propre à évaluer une situation dans ses circonstances d'ensemble, sans égard à de simples chiffres.

5.1.2.2. *Des appréciations économiques infondées*

Dans un deuxième temps, il paraît essentiel de critiquer l'approche économique du Tribunal. En effet, et de l'avis de Zimmer, l'arrêt révèle une faible compréhension des relations économiques dans le détail⁵⁹⁹. On rappelle ici encore une fois l'importance de ces notions dans le contrôle des concentrations, jouant un rôle prépondérant et déterminant le résultat d'une analyse. Les carences du jugement sont rédhitoires, dès lors qu'elles mènent à une mauvaise appréciation de la situation réelle.

L'appréciation la plus critiquable semble résider dans les considérations nouvelles des gains d'efficacité que voudrait imposer le Tribunal. En effet, comme indiqué dans l'arrêt, l'autorité veut prendre en considération les avantages de rationalisation liés à l'opération, tel l'évitement des structures de production et de distribution doubles, permis par le regroupement des parties

597 ZIMMER, p. 357.

598 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 273-274.

599 ZIMMER, p. 357.

au sein d'une seule et unique entité⁶⁰⁰. Or, force est de constater que, bien que probables, ces efficiences ne sont toutefois pas assurées. Dès lors qu'elles sont toutefois envisageables, le principal problème réside bien plus dans leur attribution. En effet, au contraire des réductions de coûts variables, les réductions de coûts fixes ne sont pas régulièrement répercutées sur les consommateurs sous la forme de prix plus bas. Dès lors que ces économies ne se répercutent pas sur le consommateur, il semble absurde et inadapté de les considérer dans le cadre d'un examen généralisé⁶⁰¹. Ainsi, par une telle appréciation, le Tribunal admet la prise en compte d'effets qui ne bénéficieront qu'aux entreprises en question et aucunement aux consommateurs. On perçoit l'absence de toute logique économique, introduisant un facteur dépourvu de toute légitimation dans le cadre du contrôle. L'appréciation des résultats économiques et, tout particulièrement, des effets unilatéraux, s'en voit dès lors faussée. Si une telle application venait à constituer la règle pour le futur, il deviendrait extrêmement compliqué pour la Commission de réussir à démontrer une hausse des prix successives à la concentration, essentielle à la détermination d'effets non coordonnés.

Dans un deuxième temps, il paraît également essentiel de noter l'incohérence du Tribunal dans sa nouvelle qualification de concurrents particulièrement proches. Il semble peu utile en effet de chercher à déterminer le degré d'étroitesse des parties sur un marché oligopolistique homogène, le facteur prépondérant devant bien plus résider dans la détermination d'effets unilatéraux⁶⁰². Pour l'instance de recours, considérer que toute opération entre concurrents proches devrait être interdite, reviendrait à interdire ces opérations *per se* sur les marchés oligopolistiques. Cette argumentation du Tribunal ne peut être considérée comme convaincante. En effet, si au sein d'un oligopole particulier de quatre membres, chaque fusion devait entraîner des augmentations de prix considérables en raison de la diminution de la concurrence entre les parties à la fusion et des réactions attendues des autres acteurs sur le marché, il semblerait logique, d'un point de vue économique et du point de vue de la protection de la concurrence, d'interdire chacune d'entre elles⁶⁰³. Le Tribunal retient une distinction subtile entre les relations de concurrence «relativement» et «particulièrement» étroites, mais cette ségrégation ne fait pas sens, ne pouvant être déduite du libellé de l'article 2, par. 3 Règlement ou même du considérant 25 des Lignes directrices. Par surabondance, on notera encore la difficulté d'estimer une notion si précise. En effet, par une telle appréciation,

600 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, par. 277-279.

601 MOTTA, p. 241 ; ZIMMER, p. 357.

602 RASEK, in *WuW Dialog*.

603 ZIMMER, p. 357.

seules deux entités étant considérées comme premier et second choix par les consommateurs pourraient se voir interdire leur concentration. Le champ d'application de la Commission se verrait dès lors largement réduit. Cette estimation tiendrait également d'une preuve bien trop complexe, tant démontrer de tels rapports sur un marché oligopolistique et homogène relèvera quasiment de l'utopie. On relève alors l'hérésie de la prise en considération de telles nuances par le Tribunal, annihilant tout impact de la notion de concurrence particulièrement étroite en matière d'effets unilatéraux⁶⁰⁴. Le Tribunal, par cette approche, perd donc de vue le but ultime de l'analyse, soit la détermination d'effets non coordonnés, se concentrant sur des questions de relation entre les parties, non pertinentes à l'heure de juger des effets anticoncurrentiels d'une opération.

Il s'agira ensuite d'élever une critique quant à la limitation, faite par le Tribunal, de la notion d'important moteur de la concurrence. On rappellera le point de vue de Rasek, pour qui le Tribunal perd de vue l'essence même de l'appréciation, soit la détermination d'effets unilatéraux⁶⁰⁵. L'instance considère en effet, que la simple disparition d'un acteur exerçant des prix disruptifs sur le marché n'est pas suffisante à fonder une entrave significative, nécessitant selon elle, que l'entité soit capable d'exercer une pression concurrentielle considérable⁶⁰⁶. Ici encore le Tribunal commet une erreur fondamentale d'appréciation. Certes, *Three* ne peut exercer de force disruptive dans l'entier des domaines auxquels s'étend son activité, mais n'en reste pas moins une entité propre à faire baisser les prix sur un marché déjà très concentré. L'instance de recours pose encore une fois un standard bien trop élevé relativement à cette notion, la rapprochant de celle de franc-tireur (*Maverick Firm*), certes comprise dans celle d'important moteur de la concurrence, mais toutefois plus étroite. On ne peut donc ici que considérer que le Tribunal omet le réel enjeu de l'analyse : les effets non coordonnés. En effet, que *Three* ait été une *Maverick Firm* ou non ne doit aucunement entrer en matière, tant la réelle question repose dans la création d'effets non coordonnés. Le cas du franc-tireur doit être perçu comme faisant partie des divers effets unilatéraux retenus dans le Règlement et n'en est dès lors qu'un exemple. Par la disparition de *Three*, la concurrence sur le marché se retrouve réellement entravée, les prix étant voués à augmenter. Cette simple conclusion aurait dû suffire au Tribunal pour déterminer l'existence d'effets unilatéraux. On conclut en notant que l'autorité de recours élève le fardeau de la preuve nécessaire à démontrer la

604 Lignes directrices, c. 28-30.

605 RASEK, in *WuW Dialog*.

606 ZIMMER, p. 355.

disparition d'un important moteur de la concurrence et limite le champ d'intervention de la Commission, relatif à cette notion, perdant de vue le but ultime du test SIEC.

Enfin, on relèvera qu'il s'agit d'une hérésie complète de considérer comme insuffisant, afin de prouver des effets non coordonnés, le fait qu'une opération de concentration entrave les investissements d'un acteur du marché. Certes, la Commission se doit de démontrer des effets unilatéraux directement sur le marché et non sur les acteurs, mais une telle entrave directe à un concurrent implique de manière implicite, qui plus est sur un marché oligopolistique, une réduction de la concurrence. De même, on a du mal à saisir comment, sur un marché déjà considéré par le passé comme impropre à l'augmentation de l'offre ou à la réduction des prix, une telle concentration ne peut être perçue comme affectant la concurrence de manière inappropriée. Finalement, on ne peut que noter la contradiction dont fait preuve le Tribunal au moment d'évoquer les accords de partage de réseau. Au sens de celui-ci, la nouvelle transparence sur le marché de gros, amenée par la concentration, ne pose pas problème, tant l'un des deux accords est voué à disparaître à moyen terme. Cette conclusion tient encore de l'absurde, tant la disparition même de l'un des deux accords doit être considérée comme une réduction de la pression concurrentielle et, de ce fait, comme un potentiel effet non coordonné.

5.1.2.3. La résurgence des effets coordonnés dans l'analyse de la Commission

Les nouveaux standards érigés par le Tribunal posent la question d'une éventuelle résurgence des effets coordonnés dans l'analyse de la Commission. En effet, les critères mis en avant par l'autorité de recours, s'ils venaient à être confirmés, imposeraient un fardeau de la preuve trop conséquent à la Commission et pourraient pousser l'autorité à se tourner vers l'emploi des effets coordonnés⁶⁰⁷. Bien que l'on ne se trouve ici que face à des spéculations, celles-ci semblent toutefois réalistes. Il y a lieu de brièvement relever ici l'aberration que constituerait une telle solution, forçant les autorités de la concurrence à détourner leur méthode de contrôle, afin de pouvoir faire respecter le droit de la concurrence. On perçoit alors parfaitement tout l'impact négatif de la décision du Tribunal. Les concentrations sur des marchés oligopolistiques peuvent, même si une coordination entre les membres de l'oligopole est peu probable, avoir également pour effet d'entraver de manière significative la concurrence⁶⁰⁸. Dès lors, on réalise que par l'exclusion de l'emploi des effets non coordonnés, l'instance de recours de l'Union Européenne annihile la majeure

607 ZIMMER, p. 357.

608 Lignes directrices, c. 25.

partie des effets positifs apportés par la modification législative de 2004. La validation de cette décision viendrait à empêcher l'emploi des effets non coordonnés par la Commission, introduits, on le rappelle, par le biais du test SIEC. Dite réduction aurait alors pour effet de vider ce test de sa nature, ramenant l'analyse des opérations de concentration à une situation, non limitée mais presque, aux situations de positions dominantes, critère dépassé ce jour et non conforme à la volonté du législateur européen.

5.1.3. La nécessité d'une décision de principe de la CJUE

À titre conclusif, on abordera la question d'une décision correctrice émanant de la Cour de Justice de l'Union Européenne. On considère qu'une telle décision serait aujourd'hui plus que nécessaire à l'éclaircissement du droit. Il semble en effet primordial qu'il soit fait droit au pourvoi formé auprès de la CJUE par la Commission, le 7 août 2020, à l'encontre de l'arrêt *CK Telecoms*⁶⁰⁹, dans l'éventualité future de sentences similaires de la part du Tribunal. En effet, l'avenir du contrôle des concentrations et, tout particulièrement des effets non coordonnés, en dépend aujourd'hui. En ce sens, cette décision devra servir à déterminer le cadre précis de la prise en considération des effets unilatéraux dans le domaine du contrôle des concentrations, encore trop incertain aujourd'hui. Certes, la décision du Tribunal contient bon nombre de défauts, qu'il s'agira, pour la Cour, de corriger. Il ne faut toutefois pas retirer à cette décision ce qu'elle a de positif, en ce qu'elle cherche à uniformiser et à éclaircir les lignes d'une pratique encore trop vague aujourd'hui.

L'aspect principal de la décision devra donc tenir en la détermination du seuil de preuve propre à démontrer des effets non coordonnés, ainsi que de ceux utiles à définir les notions d'important moteur de la concurrence, de concurrents particulièrement proches ou d'effets quantitatifs sur les prix, évoquées ci-avant et encore trop incertaines quant à leur propension à déclencher une entrave significative à la concurrence. Dans le même sens, il semblera nécessaire de poser une définition claire et précise de la notion de gains d'efficacité, mais également de rejeter celle nouvellement, adoptée par le Tribunal, impropre à mettre en avant les véritables facteurs contrebalançant les effets anticoncurrentiels d'une opération. Il s'agira ensuite de redéfinir l'idée d'entrave significative, au sens du test SIEC, dans le cadre d'un marché oligopolistique et ce afin de permettre une pratique future claire, ainsi qu'une certaine

609 Pourvoi formé le 7 août 2020 par la Commission européenne contre l'arrêt du Tribunal (première chambre élargie) rendu le 28 mai 2020 dans l'affaire T-399/16 - CK Telecoms UK Investments Ltd contre Commission européenne, publié au Journal officiel de l'Union Européenne du 16 novembre 2020, C390/20.

transparence du droit. En effet, c'est tout spécialement ce type de marchés qui était visé par les effets unilatéraux lors de l'entrée en vigueur du nouveau Règlement, mais force est toutefois de constater que la mise en œuvre du droit y relative n'est encore que douteuse. Dès lors et afin de réaliser la volonté du législateur européen, il semble plus que souhaitable d'adapter le droit aux marchés oligopolistiques et à leurs caractéristiques. Il faudra enfin, tout spécialement, que la décision de la plus haute instance européenne mette en place un emploi limpide des règles érigées en 2004, permettant aux autorités de la concurrence de ne pas faire un saut dans le passé, lequel annihilerait les effets non coordonnés et limiterait l'intervention de la Commission aux coordonnés. Il faudra à cette fin que la Cour définisse un champ d'application plus clair des effets unilatéraux, permettant de les appliquer sur une base purement économique. C'est donc dans un espoir d'uniformisation du droit des effets non coordonnés, que l'on souhaite, dans le cadre des décisions à venir voir un recours formé auprès de la CJUE, permettant à celle-ci de rectifier les erreurs du Tribunal, tout en apportant la clarté aujourd'hui nécessaire à ce pilier essentiel, mais encore que trop peu régulé, du droit de la concurrence.

Dès lors, il s'agira dans la partie analytique et créatrice à venir de ce travail de chercher à ériger les règles auxquelles l'on souhaiterait voir aboutir une telle décision de la plus haute instance européenne. Ainsi, on cherchera à faire valoir notre opinion sur les diverses questions juridiques litigieuses mises en avant ci-dessus et visera à formuler des propositions légales plus adéquates à la genèse même des effets non coordonnés, pour le futur. On tendra de la sorte à une proposition juridique *de lege ferenda*, but ultime de ce travail, laquelle aura pour but de régler l'insécurité juridique aujourd'hui présente dans le cadre du contrôle de l'autorité, relativement à ce type d'effets anticoncurrentiels.

5.2. De Lege Ferenda

5.2.1. Introduction

Dès lors les éléments en amont exposés à suffisance, et les trois questions centrales qui se trouveront au cœur de la suite de ce travail abordées, soit le fardeau de la preuve, les gains d'efficacité et les engagements, il s'agira d'entrer dans le détail dans ce que l'on pourra percevoir comme notre proposition personnelle d'un droit souhaitable à futur, *de lege ferenda*. Il conviendra ci-après, dans le cadre de la partie créatrice de cet écrit, de chercher à amener des solutions aux problèmes exposés en précédence et voués à se présenter de manière récurrente, dans le futur, dans le cadre du contrôle des effets non coordonnés. On cherchera donc à poser une réglementation et des principes clairs, relatifs

aux points centraux qui posent aujourd'hui problème. On essaiera dans ce cadre de mettre en avant diverses alternatives, propres à améliorer le fonctionnement du contrôle des concentrations. On précise d'emblée qu'au vu de l'étendue du domaine concerné et du fait que les thèmes évoqués précédemment ont fait l'objet d'une sélection, on ne prétendra pas ici à une quelconque exhaustivité. L'idée de cet écrit tient bien plus dans le recensement de ceux qui peuvent être perçus comme points faibles du contrôle des concentrations, et d'une tentative, par des propositions novatrices, de les améliorer, par la suggestion d'un droit souhaitable à futur. Ainsi, ce domaine du droit de la concurrence, voué à largement se développer des suites de l'arrêt *CK Telecoms*, se doit de disposer de règles juridiques et principes directeurs plus clairs, qui permettront tant la sécurité et la transparence du droit pour les entreprises parties, qu'une marge de manœuvre et d'interprétation claire pour la Commission.

On entrera donc en détail en tout premier lieu sur une tentative de définition du fardeau de la preuve imputable à la Commission en matière d'effets non coordonnés, cherchant à en définir les diverses composantes, son étendue, mais aussi à mettre en avant, dans le cadre de chaque type d'effet non coordonné, les éléments devant être démontrés par l'autorité de la concurrence. Il s'agira ainsi de chercher à définir le rôle de l'autorité et les dispositions pouvant être attendues d'elle dans le cadre d'un contrôle à futur, le fardeau devant prendre en compte cet élément, créant une inconnue certaine, mais également assurer une légitimation juridique aux injonctions de l'autorité. On visera en finalité à établir une clause générale et résiduelle, propre à couvrir la surveillance de l'entier des cas d'effets non coordonnés susceptibles de se réaliser sur un marché. Il sera ainsi procédé à une tentative de définition du fardeau de preuve relatif aux effets non coordonnés, lequel est aujourd'hui incertain et viole la sécurité du droit, mais également à l'élaboration d'une proposition juridique, propre à assurer, à futur, la prise en considération effective de l'entier des effets non coordonnés.

Dans une deuxième étape, il sera passé à l'analyse des gains d'efficacité dans le cadre des effets non coordonnés. Une fois encore, les éléments exposés précédemment permettent de recenser nombre d'inconnues en la matière, que l'on tentera de réguler par des propositions novatrices. Dans ce cadre, l'on cherchera notamment et en premier lieu à établir des règles claires relatives à la prise en compte des efficiences, dans le cadre de l'appréciation d'une concentration par l'autorité. Il conviendra dans un deuxième temps de traiter de l'évaluation *in concreto* de ces efficiences, cherchant à déterminer le poids possible de chacune d'elles sur le marché en général, mais également relativement à chaque type d'effets non coordonnés susceptible de se réaliser. Il s'agira enfin de traiter des conditions actuelles, propres à retenir de tels facteurs, mais

également du fardeau de la preuve relatif à ceux-ci. L'ensemble de cette étude aura pour but final d'apporter des constats nouveaux, de façon à mettre en avant des considérations innovantes pour le futur des gains d'efficacité, à même de réorienter leur prise en considération ainsi que leur emploi. On cherchera ainsi à déterminer si les efficiences sont effectivement propres à jouer un rôle en matière d'effets unilatéraux, ou si, au contraire, leur prise en compte doit faire l'objet d'une refonte complète, impliquant une modification substantielle du système aujourd'hui appliqué.

Il sera enfin procédé à une étude des engagements et de leur rôle à futur dans le cadre du contrôle des concentrations. Une fois encore, on cherchera à exposer des propositions pour l'avenir, tendant au bon fonctionnement du système, mais également et surtout à la survie de l'outil le plus employé par la Commission aux fins du règlement amiable des conflits. Ainsi, dans ce cadre, on visera notamment à analyser le fardeau de la preuve relatif aux engagements, mais également à traiter de ceux-ci de manière spécifique relativement aux divers effets non coordonnés recensés. À titre substantiel, c'est l'hypothèse d'un nouveau critère d'appréciation de cette mesure correctrice qui sera mis en avant, propre à mieux prendre en considération les diverses caractéristiques des situations d'espèce et à refléter de manière plus fiable la réelle situation économique et concurrentielle du marché. Enfin, il sera procédé à une étude des conséquences de l'éventuel amoindrissement, respectivement disparition, de cet outil à futur, aux fins d'en démontrer le caractère prépondérant dans la bonne tenue du système actuel. Par cette analyse on identifiera, une fois encore, la nécessité de repenser le mécanisme de contrôle actuellement en place, et visera à offrir des solutions propres à le rendre plus adapté aux effets non coordonnés.

Il sera enfin procédé à une mise en commun de ces divers éléments aux fins de tirer une conclusion générale, sous l'angle des propositions exposées en précédence. On tentera dans ce cadre de mettre en commun les multiples enseignements issus des analyses susmentionnées et de formuler une proposition globale, propre à offrir un droit plus approprié aux effets non coordonnés pour l'avenir. Par ce biais, il conviendra donc de séparer de manière définitive l'appréciation des effets coordonnés de celle relative aux effets unilatéraux, en ce que la méthodologie relative à ces deux éléments devra être distinguée. On aura pour but ultime d'établir un droit souhaitable relatif au contrôle de la Commission, lequel serait conçu pour l'hypothèse même de la survenance d'effets non coordonnés, et permettrait ainsi une prise en compte effective et appropriée de ceux-ci, corrigeant le vide juridique aujourd'hui constaté.

5.2.2. Fardeau de la preuve

5.2.2.1. Introduction

Dans une première et principale étape, il y aura lieu de chercher à établir des règles claires relatives au fardeau de la preuve imputable à la Commission dans le cadre de la détermination d'effets non coordonnés. Se poseront tout d'abord, à ce titre, nombre de questions relatives à l'étendue de celui-ci. Il s'agira en premier lieu de chercher à déterminer la balance nécessaire entre une marge d'appréciation élargie, permettant à l'autorité de s'adapter aux circonstances de chaque cas d'espèce, et un fardeau de la preuve clair et détaillé, limitant ses prérogatives et emportant avec lui certaines limites à une mise en pratique concrète. Se posera ensuite la question fondamentale de l'éventuelle limitation de ce fardeau à des facteurs économiquement établis et reconnus, mais également de la détermination de ceux-ci. En effet, le contrôle des concentrations ayant de très larges tenants économiques, une telle approche pourrait être envisageable, les circonstances concrètes d'espèce pouvant s'avérer d'une importance majeure.

Dans une deuxième étape de notre raisonnement, il s'agira de mettre en avant la solution adoptée dans le cadre des effets coordonnés. On dénote en effet que la solution issue de la succession d'arrêts étudiés préalablement et conclue par *Airtours* mène à une solution très pragmatique et à l'établissement de critères précis. Il s'agira dès lors de se demander si une solution similaire est réellement souhaitable dans le cadre du contrôle des effets non coordonnés. En effet, ceux-ci diffèrent en grande partie des effets coordonnés et semblent bien plus variés, dès lors que la création ou le renforcement de position dominante ne semblent pas en être les uniques causes. Il conviendra donc ici de se questionner sur l'opportunité de la création de tels critères jurisprudentiels dans le cadre des effets unilatéraux. Dans ce cadre, on se demandera si la mise en place de critères d'ordre plus général ne se verrait pas plus en adéquation avec la nature desdits effets, permettant, une fois encore, de se poser la question de la mise en place de critères purement économiques. On précise que l'on ne tendra aucunement à déterminer les facteurs eux-mêmes, mais cherchera à mettre en avant la solution la plus opportune, aux fins de créer un système de contrôle unifié, permettant un contrôle approprié à la réalité économique du marché en cause. En ce sens se posera la question centrale de chercher à établir le juste entre-deux, distinguant d'une part les critères de contrôle précis, permettant une plus grande sécurité juridique comme la transparence du droit, et les principes plus larges, allouant une grande flexibilité à l'autorité et une grande adaptabilité aux cas particuliers. En effet la refonte du droit arrivée en 2004 à certes permis la prise en compte des effets non coordonnés mais a,

collatéralement, entraîné une insécurité juridique certaine, relative à la notion d'entrave significative, dont la portée reste encore indéfinie aujourd'hui. On cherchera donc à proposer une solution apte à combler cette lacune et à définir un cadre, à tout le moins plus précis, visant à établir le contour de celle-ci.

Dans une phase subséquente, il conviendra encore de reprendre les éléments du Test SIEC, et plus particulièrement ceux relatifs au pronostic *ex ante* effectué par la Commission. Ce dernier accentue en effet la difficulté de l'établissement d'un fardeau de la preuve clair, tant nombre d'éléments tiendront de l'appréciation à futur et de la réalisation d'éléments non encore concrets au jour de la décision de l'autorité. Il s'agira donc de chercher à établir quelles modifications du marché sont à même de mener à la création d'effets non coordonnés, mais aussi de chercher à déterminer lesquelles peuvent être considérées comme suffisamment certaines et établies des suites de l'opération, pour être propres à engendrer des effets non coordonnés. Ne se limitant pas aux conséquences de l'opération sur le marché lui-même, il s'agira dans une phase postérieure également de poser un pronostic sur l'impact de l'opération sur les relations de concurrence internes au marché lui-même. En ce sens, il s'agira de chercher à déterminer ce que les autorités doivent considérer comme preuves claires et concluantes, ramenant à la question de l'appréciation à futur et de la certitude de la réalisation de certains éléments. En ce sens, on se penchera encore sur les divers outils économiques à disposition de la Commission et cherchera à déterminer dans quelle mesure ceux-ci peuvent constituer une source efficace. On comprend ici un retour à la question initiale de la place et de l'importance de l'analyse économique dans le cadre de la décision de la Commission, démontrant une fois encore le rôle essentiel de ce domaine dans ce secteur du droit. On se demandera donc si une prolifération de ces outils et leur expansion pourrait constituer une solution, ou si une utilisation abusive de ceux-ci ne mènerait qu'à une déshumanisation complète du contrôle. Il s'agira donc une fois encore de chercher à établir un juste milieu, aux fins de mêler les outils économiques à disposition, mais également le pragmatisme juridique, nécessaire à l'analyse de ce domaine du droit et à la prise en compte des spécificités d'espèce.

Ils s'agira également de se poser la question de la proportionnalité en général et relativement au fardeau de la preuve. En effet, un fardeau trop lourd viendrait à priver le droit de sa téléologie, laquelle consiste à condamner les opérations effectivement contraires à la concurrence et non uniquement celles répondant à un schéma théorique type, tandis qu'une charge éphémère pour la Commission correspondrait à un abus ne pouvant se justifier sous l'angle de la liberté économique. Sous l'angle de cette dernière justement, il conviendra de définir les limites imposées par les libertés fondamentales, cherchant à

déterminer dans quelles proportions le seuil de preuve proposé permet de les respecter et d'éviter l'entrave à celles-ci. En effet, un seuil trop bas viendrait à largement la compromettre, permettant des prérogatives bien trop étendues à l'autorité et lui allouant le loisir de décréter des entraves, dans des contextes toutefois qui en sont dépourvus. On en viendra à tenter de poser une appréciation d'ordre général, visant à établir un fardeau de la preuve permettant le respect des libertés fondamentales, mais également leur contrôle, se devant d'allouer une analyse appropriée et, encore une fois, adaptée aux cas d'espèces et à la réalité économique.

Enfin, cette étude du fardeau de la preuve sera étendue à une tentative d'élaboration de clause générale et abstraite, cherchant à recouvrir la prise en considération de l'entier des cas d'effets non coordonnés résiduels par la Commission. Ainsi, on cherchera dans ce cadre à faire une proposition légale qui, à notre sens, serait à même de comprendre l'entier des différents types d'effets anticoncurrentiels, et d'assurer leur prise en considération dans le cadre du contrôle. On essaiera ainsi d'aboutir à une solution globale générale en matière de fardeau de la preuve imputable à l'autorité, permettant une prise en compte de l'ensemble des constellations.

5.2.2.2. Marge d'appréciation ou critères précis

Il sied dès lors de chercher à déterminer les conséquences, entendons en ce sens les prérogatives et risques de chacun des systèmes, engendrés par les types de législations envisageables. Il faut en ce sens distinguer un fardeau de la preuve laissant une marge d'appréciation complète à l'autorité, de critères purement établis et fermés, imposant le respect de certaines conditions aux fins d'empêcher une opération. Il paraît d'ores et déjà évident que c'est une solution intermédiaire qui devra dans tous les cas prévaloir, dès lors que les deux hypothèses exposées ci-avant ne semblent pas répondre aux exigences du droit européen. En effet, un système laissant carte blanche à la Commission ne permettrait aucune sécurité juridique et engendrerait la méfiance complète des entreprises. Au surplus, un tel système rendrait le droit imprévisible et créerait avec certitude une forme d'arbitraire à moyen terme. Tel serait en effet le cas si l'on s'en tenait littéralement à l'art. 2 par. 3 du Règlement, sans chercher aucunement à le mettre en contexte et à le développer en fonction des cas d'espèce. En effet, celui-ci, employant une notion juridique indéfinie, pourrait ne pas servir le droit si la pratique ne venait pas à l'affiner. D'autre part, la création de notions étroites et ténues, menant à l'instauration d'un cadre précis propre à prouver une entrave significative et par conséquent, à empêcher une opération, permettrait l'effet inverse. Un tel mécanisme, trop restreint, mènerait à une manipulation certaine du système par les parties au marché,

qui s'empresseraient de détourner les règles établies, aux fins de ne pas pouvoir se voir interdire leur concentration. Au surplus, il convient évidemment encore de relever qu'un système octroyant une plus grande marge d'appréciation à la Commission permet une bien meilleure adaptabilité aux divers cas d'espèce, tandis qu'une liste de critères n'allouerait pas à l'autorité le loisir de saisir les finesses de chaque contexte présenté à elle. Reste encore, dans ce cadre, à aborder la sécurité et la prévisibilité du droit. En vertu de celles-ci et le fardeau de la preuve se doit d'être accessible, mais doit pouvoir laisser une marge d'appréciation à une autorité, pour autant que les critères la fondant soient reconnaissables. Dès lors on perçoit la nécessité d'un fardeau de la preuve à mi-chemin entre ces deux idéaux, permettant tant aux entreprises parties à une opération de se conformer aux éléments attendus d'elle, qu'aux autorités de la concurrence d'adapter leurs appréciations aux contextes spécifiques, sans être automatiquement limités par des règles éphémères. On cherchera donc ci-après à tenter d'établir cet entre-deux ténu, qui permettrait, selon nous, de créer une pratique linéaire, compréhensible et plus adaptée aux circonstances concrètes.

Se pose dès lors la question du rôle des théories économiques, dans la détermination du fardeau de la preuve. En effet, la présence d'un pronostic établi à futur par l'autorité implique la nécessité, non pas de certitudes, mais d'hypothèses grandement envisageables d'un point de vue purement rationnel. En effet, les théories économiques permettent une telle approche, allouant aux autorités la faculté d'anticiper les conséquences de certains mouvements sur les marchés, ainsi que leurs impacts sur la concurrence et la santé d'un marché de manière générale. Il paraît dès lors évident que l'emploi de telles prérogatives semble indiqué. Il conviendra toutefois de se demander dans quelles proportions les éléments devant être apportés de la part de l'autorité peuvent, respectivement doivent, être limités à de tels éléments. D'une part, il semble d'abord opportun de rappeler que les éléments chiffrés ne permettent pas, à eux seuls, de saisir l'entier des risques liés à une opération de concentration. En ce sens, on rappellera l'exemple type de l'important moteur de la concurrence, cher au contrôle des effets non coordonnés, mais plus difficilement identifiable sous un angle économique pur. En effet, les problèmes liés aux parts de marché se verraient très facilement résolus, mais les relations de concurrence, dépendant majoritairement d'autres critères, n'en seraient pas réglées pour autant. On comprend l'impossibilité de limiter l'établissement d'un seuil de preuves aux seuls éléments économiques d'espèce. En revanche, il sied également de noter leur grande utilité dans nombre de relations de concurrence, propre à définir les conséquences probables d'une concentration. Il conviendra donc de chercher une solution mêlant ses théories et les autres outils, permettant

de percevoir et d'identifier les cas particuliers, à même d'échapper aux pures théories mathématiques. Ainsi on visera un système en mesure de couvrir l'immense majorité, si ce n'est l'entier des cas d'opérations de concentration menant à des effets non coordonnés.

En ce sens, on ne peut que confirmer la nécessité de la présence humaine dans le travail d'analyse de la Commission. En effet, si celle-ci se limitait à des analyses économiques pour fonder ses décisions, cela reviendrait à aller droit dans le mur et à ouvrir la porte à tout type d'abus, se trouvant limitée dans ce qu'elle serait à même de démontrer. Ainsi, les effets non coordonnés connus aujourd'hui semblent constituer un point de départ intéressant. En effet, ceux-ci couvrent tant les cas généraux comme les importantes parts de marché, que les relations de concurrence particulières, comme la réunion de concurrents particulièrement proches ou la disparition d'un important moteur de la concurrence. Toutefois, ces dernières notions semblent aujourd'hui trop larges, dès lors que leur cadre juridique exact n'est pas défini. En effet, un développement des critères propres à mener à de telles situations serait à même de rendre la situation juridique claire. Il conviendrait alors de définir les différentes hypothèses avec précision et de déterminer, par exemple, dans quelles circonstances une relation de concurrence entre deux parties à une opération doit être considérée de proche, ou encore, sous quelles propensions, il peut être considéré qu'un acteur du marché aurait, des suites d'une fusion, peu de possibilités de changer de fournisseur. Au surplus, l'ajout de certains liens de concurrence semble nécessaire. Certes, bon nombre des hypothèses semblent couvertes par les constellations mises en avant dans les Lignes Directrices, mais l'existence d'une clause d'ordre général, basée sur une perte de concurrence globale semblerait la bienvenue pour compléter ce texte et concrétiser l'art. 2 du Règlement. Ainsi, on serait en mesure de couvrir l'entier des cas résiduels et on ne dépendrait plus de la correspondance d'un cas d'espèce à une situation économique prédéfinie.

En somme, il ne nous semblerait pas opportun en l'espèce de préconiser l'utilisation exclusive de théories économiques dans le cadre du contrôle de la Commission. Le fardeau de la preuve imputable à celle-ci serait certes facilement atteignable dans les cas clairs de violations, mais le pouvoir d'action de la Commission s'en verrait limité à des cas où les parts de marché seraient particulièrement élevées ; soit à des cas liés à la théorie de la dominance de manière quasi-exclusive. Il faut à notre sens bien plus viser l'emploi des théories économiques mentionnées en amont dans le cadre précis de chaque type d'effet unilatéral. Ainsi, on pourrait imaginer une incombeance pour la Commission de déterminer un lien de concurrence particulier entre les entités, sur la base de théories économiques. Le travail de l'autorité serait en permanence appuyé

par des théories confirmées, et les différents effets unilatéraux pourraient être mis en contexte dans chaque cas d'espèce. Il convient donc d'exiger de la Commission, afin qu'elle démontre la survenance d'un effet unilatéral, qu'elle soit à même de démontrer une justification économique liée à celui-ci, permettant d'établir une vraisemblance concrète de la survenance de ces effets, une preuve absolue ne semblant pas adaptée et même excessive. On précise enfin que l'élargissement des types d'effets non coordonnés par une clause d'ordre général permettrait selon nous une plus grande couverture des diverses hypothèses, permettant à l'autorité de recenser la quasi-entièreté des effets non coordonnés, y compris les cas résiduels n'entrant pas dans les définitions aujourd'hui connues et ressortant des Lignes directrices.

5.2.2.3. *Parallèle avec les solutions en matière d'effets coordonnés*

Il sied désormais de venir comparer les solutions envisagées ci-avant avec celles créées par la jurisprudence successive en matière d'effets coordonnés. Pour rappel, les arrêts clés dans la construction des critères propres à la détermination d'effets coordonnés qu'ont été *Kali und Salz*, *Gencor* et enfin *Airtours*, ont mené au développement de quatre conditions propres à prouver la survenance de tels effets. Au sens des Lignes directrices, la preuve de ceux-ci est dès lors amenée par la Commission lorsqu'elle démontre une compréhension mutuelle des modalités de la coordination, une possibilité de surveillance des comportements déviants, l'existence de mécanismes de dissuasion crédibles et enfin l'impossibilité de réactions d'entreprises étrangères à la concentration⁶¹⁰. On comprend donc les conditions devant être amenées par l'autorité aux fins d'établir la survenance de tels effets, fixant ainsi le seuil de preuves par elle requis. Il sied de constater à titre liminaire l'étroitesse de tels critères, créant un cadre précis à la Commission, lui permettant de démontrer facilement les cas clairs, mais risquant également de la limiter en matière de cas spécifiques, parfois plus complexes. Dans une autre logique, une telle approche permet d'assurer la sécurité du droit. En effet, les règles étant clairement établies, une grande prévisibilité s'installe et permet à une situation de se réaliser. Vu sous un autre angle toutefois, force est de constater que la marge d'appréciation de la Commission ayant disparu, cette solution ne semble pas très flexible. Il sied enfin de rappeler la grande différence et diversité entre les effets coordonnés et les non coordonnés. En effet, les premiers, bien que non limités à ceux-ci, se trouvent majoritairement réalisés dans le cadre de positions dominantes, qu'elles soient collectives ou non. Tel n'est en revanche aucunement le cas des effets

610 Lignes Directrices, c. 41-42, 44 à 57; JONES/SUFRIN/DUNNE, p. 1131; CLERC/KËLLEZI, *ad art.* 4 al. 2 LCart, n. 219.

non coordonnés, lesquels semblent bien plus disparates dans leurs natures respectives. Ainsi, il convient de bien saisir la différence entre ces divers types d'effets anticoncurrentiels, aux fins de chercher à comprendre si des éléments préétablis et aussi précis que ceux mis en place par l'arrêt *Airtours* seraient vraiment opportuns dans le cadre des effets non coordonnés.

Se pose dès lors la question de l'opportunité de poser de tels critères en matière d'effets non coordonnés également. Ceux-ci auraient certes pour avantage de tracer un fardeau de la preuve clair et précis à l'égard de la Commission, mais il convient surtout de se demander si la nature de ceux-ci se prête réellement à un tel encadrement. En effet, une telle limitation des critères propres à mener à des effets anticoncurrentiels semble envisageable en ce qui a trait aux effets coordonnés, tant ceux-ci ne semblent pas être hétéroclites dans leur nature, à tout le moins de manière générale. Cela semble en revanche bien plus complexe en ce qui a trait aux effets non coordonnés dès lors que ceux-ci se déclinent en nombre d'éléments différents, tant de par leur nature que de par leur impact sur la concurrence. Pour ces derniers, il convient donc de réfléchir sous un spectre plus large que pour leurs voisins. On pense, comme exposé précédemment, à l'emploi de purs critères économiques, permettant l'appréciation très cartésienne d'effets sur un marché. Toutefois, cette solution, bien qu'efficace dans les cas que l'on pourrait traiter de «classiques», trouvera ses limites au travers des exceptions. Comme évoqué au sous-chapitre précédent, c'est l'important moteur de la concurrence qui semble venir en tête comme meilleur exemple des lacunes d'un tel système. Dès lors, on comprend une certaine insécurité du droit qui découlerait d'une telle solution, ne permettant pas de couvrir l'entier des cas d'espèce et créant des inégalités sur les divers marchés. Au surplus, on précise encore que c'est dans la nature même des effets que l'on constate l'impossibilité de poser des critères fixes. En effet, une coordination est, de par sa nature, un élément défini sur lequel peuvent se voir imputées des règles fixes. Un effet non coordonné en revanche, consiste dans l'entier des effets qui ne correspondent pas à une coordination. Il faut ainsi comprendre que l'on traite ici d'une multitudes d'autres effets, sous un angle résiduel, excluant uniquement la coordination elle-même, mais laissant place à tout un faisceau d'éléments. On ne peut ainsi que légitimer l'absence complète de législation similaire à celle existant aujourd'hui en matière d'effets coordonnés, tant une approche sur la base de critères précis et déterminés semble impossible et ne mènerait pas à un résultat satisfaisant.

Il sied donc d'envisager un système se trouvant à mi-chemin entre le principe des critères fixes, applicables aux effets coordonnés, et celui de la libre appréciation économique. On arrive en ce sens à la conclusion que c'est un système hybride qui devra être privilégié en l'espèce, permettant tant d'assurer

la sécurité du droit que de laisser une large marge d'appréciation à la Commission dans son analyse. Une telle solution permettrait en effet d'assurer une ligne de conduite claire aux entreprises parties, mais également de pouvoir couvrir la multitude de types d'effets anticoncurrentiels que recouvrent les effets non coordonnés. Ainsi, la solution la plus adaptée à de tels effets nous semble consister en la création de critères, certes définis, mais laissant une large marge d'appréciation à la Commission dans son appréciation de la survenance d'effets non coordonnés. On comprend en effet que l'établissement d'un critère précis semble irréalisable, tant ce n'est pas le seul et unique type de lésion qui apparaît possible. Ce sont dès lors des critères visant directement la détérioration des relations de concurrence et leurs impacts sur le marché qui devraient être établis. En ce sens, on pourrait imaginer, à l'instar des effets coordonnés types cités dans les Lignes Directrices, poser un fardeau de la preuve impliquant de la Commission qu'elle démontre tant l'intensité d'une relation de concurrence particulière, que sa détérioration, puis, sur la base de théories économiques, qu'elle en tire les conclusions pour l'ensemble du marché. Un tel mécanisme pourrait ainsi être opposé aux divers types d'effets unilatéraux. Ainsi, on conserverait les définitions initiales des effets non coordonnés, tout en leur intégrant les prérequis d'une analyse économique effective. En effet, on constate que, tant la détermination des relations concurrentielles, que leur détérioration, tiennent de l'analyse du marché, ce qui vaut *a fortiori* pour l'analyse de l'impact de l'opération sur le marché en général. Une telle solution serait dès lors propre à conserver le caractère adaptable des clauses, mais également à leur intégrer un facteur économique, légitimant ainsi leur application.

En somme, on comprend que la mise en place de critères prédéfinis et précis n'est, de manière inhérente et relativement à leur nature, pas applicable aux effets non coordonnés. Il s'agira dès lors de réfléchir sous une perspective bien plus technique. Toutefois, s'en tenir uniquement à une telle approche reviendrait à laisser carte blanche à la Commission et à enlever toute sécurité et transparence au droit. C'est dès lors cette situation hybride qui, à nos yeux, doit prévaloir, pour assurer tant la sécurité du droit et sa prévisibilité, que pour donner à la Commission la flexibilité dont elle a besoin pour s'adapter à chaque situation d'espèce.

5.2.2.4. Conditions du pronostic à futur

Il convient à présent de traiter du pronostic à futur devant être établi par la Commission ainsi que des conditions de ce dernier. Pour rappel, il revient tout d'abord de la Commission d'anticiper une modification de la structure du marché en cas de réalisation de la concentration, permettant de baser le pronostic sur le marché adéquat, parfois différent de celui existant préalablement à

l'opération⁶¹¹. C'est dans un deuxième temps en revanche qu'il incombera à l'autorité d'évaluer les effets des opérations à proprement parler, ayant pour tâche de poser un pronostic relatif aux diverses relations de concurrence sur un marché, en prêtant une attention toute particulière au développement des positions de marché des parties à l'opération⁶¹².

Il sera dès lors, ci-après, procédé à une double distinction aux fins analytiques du présent chapitre. Il s'agira tout d'abord de séparer le pronostic de la Commission et les déterminations par celle-ci des effets d'une opération sur le marché en général, des effets créés sur les rapports de concurrence entre parties au marché elles-mêmes. Toutefois, cette distinction ne suffisant pas, il s'agit encore d'examiner les divers types d'effets non coordonnés, ceux-ci se trouvant diviser en deux catégories distinctes ; ceux découlant d'une détérioration de la concurrence générale sur le marché de ceux émanant de la modification d'un rapport de concurrence interne au marché. Il est encore précisé que l'effet unilatéral type des importantes parts de marché sera écarté du cadre de cette analyse, tant il représente le cas type d'effet anticoncurrentiel menant à une position dominante et que celui-ci ne porte dès lors que trop peu d'intérêt pour la présente étude. On précise néanmoins à cet égard que celui-ci aurait pu trouver sa place dans l'une comme l'autre des deux catégories, tant l'augmentation des parts de marché peut être perçue comme une détérioration globale de la concurrence sur le marché, mais également comme une annihilation des rapports de concurrence internes, permettant à l'entité concentrée des prérogatives préalablement impossibles vis-à-vis de ses concurrents.

Il faut ainsi comprendre, dans le groupe des effets non coordonnés découlant d'une détérioration du niveau de concurrence sur le marché en général, la suppression d'un important moteur de la concurrence, le peu de possibilités de changer de fournisseur, le peu de probabilité d'expansion de la production par les concurrents en cas d'augmentation du prix, mais également les deux cas particuliers que sont la fusion avec un concurrent potentiel et les concentrations créant ou renforçant une puissance d'achat sur le marché en amont. On saisit que cette première catégorie d'effets implique une modification de la structure générale du marché, ne reposant pas sur un unique rapport interne. Quant aux effets que nous considérerons comme découlant de la modification d'un rapport interne de concurrence entre parties au marché, ceux-ci englobent la réunion de concurrents particulièrement proches, mais également les hypothèses dans lesquelles l'entreprise concentrée bénéficierait d'une faculté à

611 COMP/M.5483 – *Toshiba / Fujitsu HDD Business*, du 11 mai 2009, c. 18-22.

612 MONTAG / VON BONIN, *ad art. 2, n. 484* ; à ce titre, se référer à 3.1.2 *Pronostic de la Commission*.

freiner l'expansion de ses concurrents. On précise, relativement à cette dernière notion, qu'elle doit être vue comme hybride, mais que nous faisons le choix de la classer dans la deuxième catégorie, tant c'est en réalité bien plus le nouveau lien concurrentiel qui nous intéressera dans ce type de configurations.

L'hypothèse de cette classification, menant à la scission des divers effets non coordonnés en deux catégories distinctes étant dès lors posée, il conviendra ci-après de procéder à une étude des implications, pour la Commission, des divers types d'effets, en vertu de leur classification et de la nécessité de démontrer certains éléments types. Ainsi, on cherchera dans les paragraphes qui suivront à établir un fardeau de la preuve propre à chaque type d'effets non coordonnés, relativement à leur classification.

a. Sur le marché en général

Pour ce qui a trait, premièrement, à la modification générale du marché, il convient tout particulièrement de s'arrêter sur le cas type de l'oligopole. Dès lors que celui-ci nous intéresse de manière quasi-exclusive en l'espèce, il s'agira de se poser la question des effets d'une opération de concentration sur des marchés déjà concentrés. Il est en ce sens certain, que la réunion de concurrents « usuels » à un tel marché emporte avec elle une augmentation significative des parts de marché. En effet, hormis dans les cas particuliers de concurrents à ce type de marché dont les parts individuelles ne reflètent pas l'impact effectif qu'elles détiennent sur le marché, une opération de concentration sur un oligopole mène à une telle augmentation. Cette dernière entraîne dès lors dans de nombreuses situations des cas de renforcement, voire de création de position dominante. Comme déjà exposé *in extenso*, une telle modification du marché constitue le cas type d'entrave significative à la concurrence et ne nécessite pas de développements complémentaires dans le présent chapitre. Ce sont dès lors les cas d'espèce moins clairement établis qui devront être analysés ci-après, ne menant pas à une telle position des suites de l'opération. En effet, il s'agira ici de chercher à établir les critères devant être mis en avant par l'autorité, dès lors que celle-ci allègue qu'une opération à un tel marché, bien que ne menant pas à une telle position pour l'entreprise nouvellement créée, déclenche tout de même une entrave significative au marché. On cherchera ci-après à mettre en avant les diverses hypothèses propres à mener à une telle configuration et tentera de déterminer pour chacune d'elles, les éléments devant être amenés, mais également l'éventualité d'éléments communs aux divers types d'effets.

i. Important moteur de la concurrence

Se pose tout d'abord la question fondamentale de l'important moteur de la concurrence. En effet, l'union de ce type d'acteur à une autre partie au marché

ne mènera pas nécessairement à une position de dominance sur celui-ci. Dans cette hypothèse justement, se pose la question de la détermination d'une entrave significative et de son établissement par la Commission. On constate tout d'abord que de par sa nature particulière, c'est la position d'important moteur de la concurrence elle-même qui doit être prouvée. On rappelle à titre liminaire qu'une telle situation appert en cas d'acquisition d'entreprises entrées depuis peu sur un marché et desquelles il est attendu une forte pression concurrentielle dans le futur, plus élevée que celle actuellement exercée⁶¹³, valant également et *a fortiori* relativement aux « francs-tireurs » (*Maverick firms*)⁶¹⁴. Il sied encore de rappeler et de mettre particulièrement en exergue, que l'union d'un acteur aussi disruptif à une autre entité détenant une plus grande puissance financière peut, inversement, être bénéfique au marché, dès lors que la force innovatrice de l'un pourrait être valorisée par la puissance financière de la seconde⁶¹⁵. Dès lors, on perçoit déjà ici un rôle double imputable à la Commission, celle-ci se devant premièrement de déterminer l'existence d'une telle position, mais également d'être capable d'exclure l'éventualité d'un effet bénéfique à la concurrence des suites de l'opération. Ainsi, on saisit qu'il s'agira pour l'autorité tant de déterminer les éléments propres à amener les effets anti-concurrentiels, mais également d'écarter toute hypothèse de retombées positives, lesquelles créeraient une situation sans effets négatifs pour le marché. On perçoit, par cette approche, la prise en compte des conséquences effectives et non seulement théoriques de la situation d'espèce.

On commencera dès lors par chercher à établir ce qu'incombe, pour la Commission, la détermination de l'existence préalable à l'opération d'un important moteur de la concurrence. En effet, cette notion est définie de manière large et imprécise, laissant une grande marge d'appréciation à l'autorité, mais réduisant d'autant la sécurité et la prévisibilité du droit. En vertu de la pratique décisionnelle évoquée plus haut, on peut déjà supputer que certains domaines seront particulièrement enclins à voir apparaître de tels acteurs. On pense notamment au domaine de l'innovation, où la concentration peut être propre à venir réduire la force de développement sur le marché concerné et, de fait, réduire la concurrence⁶¹⁶. Au-delà de ce facteur pouvant tout au plus servir d'indice pour l'autorité, on comprend que c'est une analyse *in concreto* du

613 COMP/M.2016 – *France Telecom/Orange*, du 11 août 2000, c. 23 à 28; COMP/M.4141 – *Linde/BOC*, du 6 juin 2006, c. 161 à 167; Lignes directrices, c. 37; KILLICK/SCHULZ, p. 461; ROSENTHAL/THOMAS, p. 131.

614 Voir notamment BROMFIELD/OLCZAK, p. 2; KWOKA, (*cit. II*), 7: 403-11.

615 En ce sens not. COMP/M.7275 – *Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business*, du 28 janvier 2015; COMP/M.7559 – *Pfizer/Hospira*, du 4 août 2015.

616 Lignes directrices, c. 38; BOTTERON, p. 184.

marché qui s'impose, impliquant une étude de l'impact de la concentration sur celui-ci de manière générale. Il s'agira en effet de chercher à évaluer les implications du concurrent concerné et de démontrer son impact réel sur le marché, mais également en quoi il contraint ses concurrents à se conformer à un certain comportement. À titre d'exemple, et malgré que la commission ne l'ait pas retenu comme tel, on ne saurait que mettre en avant l'exemple type de *Three*, dans le cadre de la décision *CK Telecoms*, lequel a eu un comportement novateur, offrant le réseau 4G à des tarifs défiant toute concurrence et forçant ses concurrents à s'aligner⁶¹⁷. On comprend le raisonnement devant être établi par la Commission, reposant sur la situation d'espèce et ses implications. Il appert dès lors essentiel de laisser une grande marge d'appréciation à l'autorité dans le cadre de la détermination d'une telle prérogative sur un marché, mais il sied toutefois également de noter que le vide juridique connu aujourd'hui semble insoutenable. Il nous paraît dès lors opportun de proposer une solution intermédiaire, en deux étapes distinctes, qui comprendrait, pour la Commission, la nécessité de démontrer un comportement disruptif sur le marché, qui ne serait réalisé par aucune autre entité en l'absence de celle concernée, mais également de prouver la contrainte créée par dit comportement, sur ses concurrents ou une partie majoritaire de ceux-ci. Ainsi, sur la base d'indice et d'une vraisemblance prépondérante, l'autorité serait à même de démontrer tant le rôle perturbateur d'un acteur au marché, mais également les conséquences de ce comportement. Il est en effet complètement logique que si l'attitude d'une entité, bien qu'opposée à celle de ses concurrents, ne la mène qu'à engendrer des pertes supplémentaires, sans contraindre ces derniers à se conformer, celle-ci ne remplirait en rien les conditions d'une telle position, aucune conséquence anticoncurrentielle ne se produisant. On prônera donc une approche pragmatique, visant à prendre en compte les retombées concrètes de l'opération, ne se limitant pas au rôle disruptif que pourrait jouer cet acteur, mais appréciant bien plus les incitatifs créés par lui.

Se pose enfin la question de l'intensité de l'impact amené par l'entité. Il paraîtrait en ce sens absurde de considérer un acteur comme tel dès lors qu'il aurait un impact disruptif sur le marché, ne menant qu'à une contrainte minimale pour ses concurrents. Il sera donc attendu, de la part de l'autorité, non seulement la détermination de dite position et de son impact sur les autres parties au marché, mais également d'une certaine intensité dans la pression par elle créée. En ce sens, on attendra non seulement de la Commission qu'elle arrive à démontrer un impact concret sur la concurrence, menant à une réduction nette sur le marché au bénéfice du consommateur, mais également un impact sur,

617 T-399/16-*CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, c. 213.

à tout le moins, une majorité des parties restées au marché. En effet, si la pression concurrentielle exercée par l'important moteur de la concurrence ne venait qu'à impacter une seule entreprise concurrente, la première ne devrait pas être considérée comme telle, mais bien plus comme une entreprise en relation de concurrence particulière avec la seconde. En définitive, on pose ici l'hypothèse de la détermination par la Commission de la position particulière, de l'impact de celle-ci et enfin de son intensité, facteurs nécessaires à retenir la survenance d'un tel effet non coordonné et en l'absence desquels on peine à percevoir comment l'entité partie à l'opération et sa disparition pourraient, de manière effective et concrète, impacter le niveau de concurrence sur le marché. Faute de l'apport de ces éléments, l'existence d'un effet non coordonné de ce type ne peut être considéré comme établi.

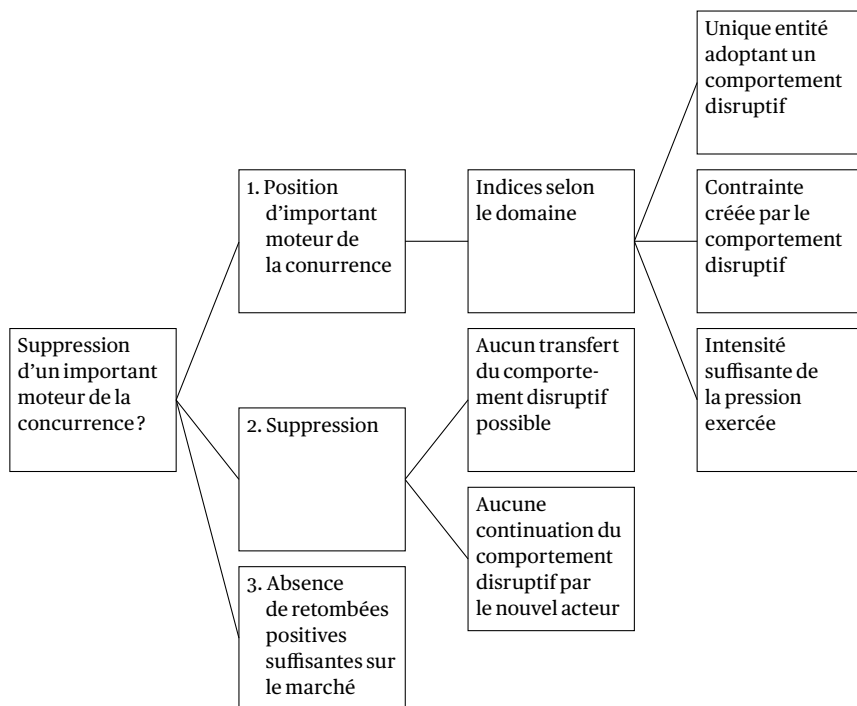
Il s'agira ensuite de chercher à établir les critères de la suppression d'une telle position. La simple réunion de l'entreprise décrite comme telle avec un concurrent ne peut suffire à décréter la disparition de cet acteur. En effet, on peut très bien imaginer diverses hypothèses dans lesquelles l'acteur disruptif persisterait malgré l'opération. En ce sens, on peut tout d'abord poser l'hypothèse de la transmission de ce rôle à un autre acteur au marché, profitant de la disparition du premier pour s'installer comme tel et reprendre le rôle disruptif et créateur de concurrence. Il sied également d'envisager la situation dans laquelle la nouvelle entité concentrée, contenant l'important moteur de la concurrence, continuerait à jouer son rôle, prenant simplement une nouvelle ampleur. On comprend dès lors que c'est la disparition concrète, *post* opération qui doit prévaloir. En ce sens, il s'agira pour l'autorité de démontrer une disparition effective de tout acteur disruptif sur le marché et non seulement le transfert de cette prérogative ou la modification de la structure de l'acteur la détenant. Ainsi, l'incombance imputable à la Commission est à notre sens celle de démontrer une perte de concurrence nette sur le marché, émanant de la disparition même de l'acteur concerné. Ainsi, il s'agira pour celle-ci de démontrer l'absence de maintien de ladite prérogative après l'opération, mais également l'impossibilité de reprise de celle-ci par une entité tierce, des suites de la concentration. Faute de remplir de tels critères, le comportement disruptif ne serait en effet pas supprimé et continuerait à être exercé, menant de fait à une situation tout au plus inchangée et dans laquelle aucune prérogative anti-concurrentielle nouvelle n'apparaîtrait.

On pose ainsi que le fardeau devant être imputé dans une telle situation à la Commission dépasse la simple démonstration de l'existence d'un important moteur de la concurrence et de sa participation à une opération de concentration. Ainsi, le rôle de l'autorité tiendrait en définitive à établir, successivement, la position concurrentielle particulière de l'entité sur le marché ainsi que son

caractère concurrentiel, créant une contrainte pour les autres parties à celui-ci, son implication pratique dans l'opération, puis enfin sa disparition effective. On tendrait ainsi à la prise en compte des effets concrets et non seulement théoriques de l'opération sur le marché au contentieux, réussissant de la sorte à réaliser le contrôle des concentrations de manière pragmatique et en ne considérant que les effets anticoncurrentiels découlant effectivement de l'opération de concentration.

Enfin, dans certaines constellations particulières, tout particulièrement lorsqu'une grande puissance financière vient permettre de développer très largement la force innovatrice d'un important moteur de la concurrence, la concentration peut avoir des effets pro-concurrentiels bénéfiques au marché concerné. Ainsi, il s'agira encore pour l'autorité de démontrer l'absence de retombées positives sur le marché. On peut ici se poser la question de savoir si un tel élément ne doit pas être perçu comme une simple exception, soulevable par les entités parties à l'opération comme telle. Cette question pourra rester ouverte tant on ne cherche pas ici à se pencher sur l'application concrète d'une telle prérogative, mais que l'on se concentre sur le principe de sa prise en considération. Il s'agit également encore de relever que, dans tous les cas, le fardeau de la preuve imputable à l'autorité ne se verra pas relevé de beaucoup, dès lors que les cas pouvant mener à une telle situation consistent en des exceptions rares et très rapidement identifiables. Dès lors, l'apport de ce dernier élément, soit la preuve d'absence de retombées positives de la disparition de l'important moteur de la concurrence, tiendra de la simple formalité dans la grande majorité des cas. On peut enfin préciser que le fardeau imputable à l'autorité se verra d'autant plus allégé, que même en cas de survenance de telles retombées, il faudra encore que celles-ci soient suffisantes à annihiler l'entier des effets anticoncurrentiels engendrés par la disparition de l'acteur. En d'autres termes, il faudra que les effets positifs découlant de la concentration soient à tout le moins égaux aux effets non coordonnés qui viendraient à être déclenchés des suites de l'opération au contentieux, ce qui paraît utopiste dans le cadre de marchés oligopolistiques. Il sied dès lors de mettre en avant un bref schéma récapitulatif des éléments exposés en amont :

Figure 1 : Suppression d'un important moteur de la concurrence



ii. Concentration avec un concurrent potentiel

Il convient ensuite d'étudier l'hypothèse de l'existence d'un concurrent potentiel, habilité à entrer sur le marché dans le cas d'une réalisation de l'opération. On comprend ici que ce n'est pas l'existence d'un tel acteur, propre à favoriser la concurrence qui posera problème, mais bien la réunion de celui-ci avec une partie d'ores et déjà active sur le marché et, de fait, la disparition. Il s'agira toutefois, pour l'autorité, de démontrer l'existence de cet acteur ainsi que ses prérogatives, aux fins de faire valoir des effets anticoncurrentiels découlant de sa concentration d'avec un acteur du marché. À titre liminaire, il sied de noter qu'en la matière, les critères et conditions devant être démontrés par la Commission sont plus largement établis, la part d'incertitude et la marge d'appréciation s'en trouvant notablement réduites. Comme exposé précédemment, la Commission a pour tâche de démontrer que le concurrent potentiel, non encore entré sur le marché, remplit les conditions concurrentielles sur celui-ci, sans

pour autant y être actif⁶¹⁸. Deux conditions préalables doivent être remplies afin de pouvoir considérer une telle constellation ; que le concurrent potentiel pèse sensiblement sur le comportement des autres entreprises ou, à tout le moins, qu'il existe une forte probabilité que celui devienne un moteur de la concurrence. D'autre part, il faut encore que le nombre d'autres concurrents potentiels, capables de maintenir des pressions concurrentielles suffisantes à l'issue de la concentration, soit insuffisant⁶¹⁹. On rappelle également les trois cas types de concurrents potentiels que sont les acteurs de marchés, géographiques ou de produit, voisins, mais également les fournisseurs dont les produits sont en voie d'être prêts à l'entrée sur le marché⁶²⁰. Il n'y aura ici pas lieu de revenir sur les critères précédemment établis, tant ceux-ci semblent déjà faire l'objet d'une pratique développée⁶²¹. Comme exposé en précédence, la notion de concurrent potentiel connaît un lien intrinsèque avec celle d'entrée sur le marché ainsi que les trois conditions qui la composent. C'est en effet, bien plus les questions relatives à la profitabilité, à la rapidité et l'ampleur de celle-ci qui devront ainsi être discutées ci-après. Dans cette optique il faut percevoir qu'un concurrent, pour être traité de potentiel, doit remplir les conditions précitées, propres à permettre son entrée sur le marché.

On peut d'emblée régler la question, assez évidente, de la profitabilité de l'entrée. En effet, la preuve de celle-ci par la Commission peut se baser sur des ratios de diversion, permettant d'estimer de manière hypothétique les parts de marché que récupérerait la nouvelle entité. On peut dès lors envisager une simple comparaison des coûts qu'engendrerait une telle prise de position d'avec les recettes possibles pour savoir si dite entrée semble économiquement fondée. Toutefois, on ne peut s'empêcher de réaliser à quel point les éléments nécessaires à une telle analyse de l'autorité semblent ne pas être publiquement accessibles, nécessitant, à tout le moins en partie, le concours de l'entité concernée. En faisant peu de cas du moyen, le fardeau imputable à la Commission semble ici toutefois suffisamment simple à établir, celui-ci devant être considéré comme atteint, dès lors que l'opération semble économiquement viable. C'est dès lors sur une logique purement chiffrée que l'on peut s'ar-

618 MONTAG/VON BONIN, *ad art. 2*, n. 268 ; voir également Lignes directrices, c. 69-70.

619 Lignes directrices, c. 60.

620 MONTAG/VON BONIN, *ad art. 2*, n. 272 ; à ce titre se référer à 3.3.1.7 a) ii) *Autres participants et autres marchés – Probabilité d'entrée – Pressions concurrentielles du concurrent potentiel*.

621 Voir not. les décisions citées précédemment sous 3.3.1.7 a) ii), dont notamment COMP/M.2978 – *Lagardère/Natexis/VUP*, du 7 janvier 2004 ; COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, du 27 juin 2007 ; COMP/M.1630 – *Air Liquide/BOC*, du 18 janvier 2000 ; COMP/JV.37 – *BSkyB/KirchPayTV*, du 21 mars 2000 ; COMP/M.7559 – *Pfizer/Hospira*, du 4 août 2015 ; COMP/M.6266 – *Johnson & Johnson/Synthes*.

rêter dans le cadre de cette analyse. Il s'agira dès lors de se demander concrètement si une telle entrée permettrait à l'entité de dégager des bénéfices, faute de quoi elle n'aurait aucun incitatif à intégrer le marché. On peut considérer que, dès lors que celle-ci se verrait en meilleure position économique des suites de sa prise de position sur le marché qu'elle ne l'était précédemment, elle doit être vue comme rentable. Ainsi on peut attendre de l'autorité cette simple détermination, amenée dès lors que les investissements nécessaires seraient inférieurs aux revenus générés.

Quant à la rapidité de l'entrée, elle semble elle aussi facilement déterminable, car seules des entreprises ayant la faculté de se projeter à court ou moyen terme sur un marché rempliront ce critère. À ce titre, on relève néanmoins qu'une entrée générant, en premier lieu, des pertes puis devenant largement rentable, pourrait être vue comme souhaitable pour certaines entreprises. Toutefois, on ne peut retenir de telles constellations, dès lors qu'elles représentent un trop gros risque et que les entreprises seront, de manière générale, largement dissuadée d'intégrer le marché dans pareil cas. On peut néanmoins réserver l'exception d'entreprises détenant une très grande puissance financière et pouvant se permettre de grandes pertes à moyen terme, tant celles-ci n'auraient pas à craindre de problèmes de trésorerie et pourraient voir d'un bon œil une entrée, permettant des revenus supplémentaires à long terme. Cette exception relevée, il faudra comprendre que le marché au contentieux aura un rôle prépondérant à jouer. Si celui-ci nécessite la mise en place de facilités essentielles d'envergure, ne se trouvant pas déjà à disposition, l'entrée se verra d'emblée irréalisable. En effet, l'autorité ne saurait considérer un concurrent comme potentiel dès lors que le temps nécessaire à son entrée équivaldrait à un handicap l'excluant rédhibitoirement. Il faudra prendre l'entier des caractéristiques du marché en considération pour évaluer le temps nécessaire à l'entrée, permettant de se faire une image concrète de la situation. Il sera dès lors attendu de l'autorité, la démonstration de la possibilité rapide de celle-ci. Ainsi, en relativisant le poids de cette preuve, qui semble dans la majorité des cas suffisamment simple, on attendra de celle-ci qu'elle soit à même de démontrer un accès au marché ne présentant pas de difficultés particulières et sur lequel la nouvelle entité pourrait faire valoir des prérogatives dans un laps de temps ne la dissuadant pas de s'engager. Une fois encore, cette preuve tient dans l'apport d'éléments assez simples relatifs à la structure du marché. On perçoit ici la limite d'une approche purement économique, dès lors que des facteurs juridiques, sociaux et humains semblent être à l'origine de la démonstration attendue de l'autorité dans ce cadre.

C'est enfin bien plus l'ampleur de l'entrée du concurrent potentiel qui devra être développée. Il faudrait en effet, qu'en cas d'entrée, celle-ci annihile

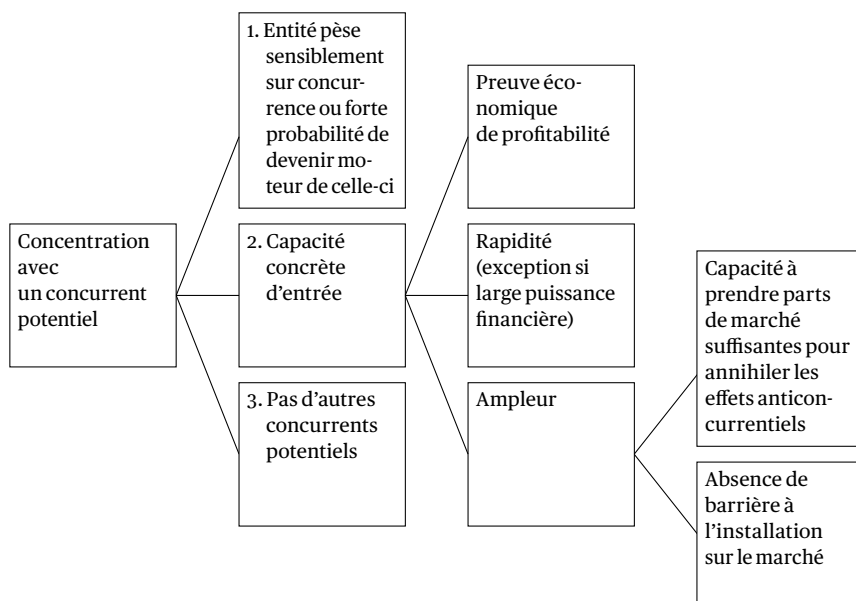
les effets anticoncurrentiels voulus par l'entité déjà partie au marché. Ainsi, l'alliance entre les deux permettrait de se débarrasser d'une barrière protectrice et de faire valoir des prix excessifs sur les consommateurs. Il sied ainsi de se demander dans quelles circonstances l'autorité peut être suffisamment légitimée à décréter que l'entrée annihile les effets anticoncurrentiels. En effet, une telle démarche semble complexe, l'ensemble des effets ne sera pas chiffré avec précision, mais laissera place à une marge d'incertitude. On pense dès lors que la voie économique, certes utile à une estimation, ne peut être suffisante seule. On préconise dès lors l'emploi d'indices supplémentaires, basés notamment sur l'homogénéité du produit en cause, mais également sur l'élasticité croisée du produit en question et de ceux offerts par les concurrents. En effet, une telle possibilité d'entrée semble irréalisable dans les cas de produits hétérogènes, tout comme dans ceux de produits ayant une très faible élasticité croisée. Dans de telles circonstances, un ratio de diversion trop peu important apparaîtrait, impropre à détourner les consommateurs d'un produit à un autre. À cela s'ajoute qu'il incombe également à la Commission de démontrer qu'aucune barrière à l'entrée n'existe pour le concurrent potentiel, celui-ci bénéficiant d'une voie libre pour prendre des parts de marché. Il semblerait ainsi très hypothétique de considérer un tel effet, dès lors que l'entreprise non encore partie au marché ne serait pas à même de prendre place sur celui-ci. On attendra dès lors la preuve de la possibilité d'une prise de parts de marché, prouvant que cette dernière est à même d'offrir un substitut concret pour le consommateur. On perçoit derrière cette logique la volonté permanente et répétée de faire valoir les circonstances concrètes d'espèce, propres à déterminer si les effets mis en avant sont effectivement réalisables, l'entrée devant ainsi être effectivement possible. Il s'agira enfin de démontrer que l'entrée est suffisante à annihiler les effets anticoncurrentiels découlant de l'opération, sur la base des outils économiques et des indices mis en avant ci-dessus. En effet, faute de cette démonstration, une entrée, bien que possible, serait inapte à réduire les incitatifs de l'entreprise déjà sur le marché. Ainsi, c'est non seulement la démonstration d'une capacité d'entrée effective qui sera attendue de la part de l'autorité, mais également l'absence de limite trop astreignante à l'étendue de celle-ci. On relativise encore une fois ici le fardeau imputable à l'autorité, en ce que dès qu'une entrée semble possible, c'est seulement exceptionnellement qu'elle pourrait se voir limitée, à tout le moins sur des marchés de produits homogènes, lesquelles n'impliquent pas de barrières d'accès particulières.

On précise encore à titre final qu'un dernier facteur suffisamment simple à régler subsiste, en ce qu'il ne doit pas exister d'autres concurrents potentiels sur le marché, faute de quoi, la pression exercée resterait similaire et les effets non coordonnés s'en verraient impossibles. Cette précision développée à suffi-

sance en amont ne semble pas nécessiter de commentaires particuliers. On dénote toutefois que cette condition semble encore limiter le spectre du concurrent potentiel, tant l'homogénéité excessive d'un produit et l'accessibilité facile à la production de celui-ci emporteraient avec elles le risque d'un nombre indéterminé de concurrents. En effet, on peut dénoter que plus un marché semble simple, plus celui-ci semble propice à l'existence de tels concurrents.

En conclusion, on comprend que la question de la concurrence potentielle, prise sous l'angle de la Commission, dépend essentiellement de l'ampleur de l'entrée sur le marché. C'est le principal élément que devra chercher à déterminer l'autorité, les autres conditions pouvant être établies de manière relativement simple sur la base de critères économiques, mais également relativement à la structure du marché. On constate enfin qu'une telle constellation est à même de se développer, quasi exclusivement, sur un marché de produits homogènes, étant toutefois précisé qu'une homogénéité excessive tendrait à rendre l'entrée facile pour tous, et ainsi, à nouveau à annuler l'éventualité d'un tel effet non coordonné. On met en avant ci-après un schéma récapitulatif des éléments exposés en amont :

Figure 2 : Concentration avec un concurrent potentiel



iii. Peu de possibilités de changer de fournisseur

Il convient ensuite d'analyser les preuves incombant à la Commission propres à déterminer le manque d'alternatives pour le consommateur, des suites d'une opération de concentration. On précise tout d'abord que l'on se concentrera à déterminer le fardeau de la preuve imputable à l'autorité dans le contexte d'un oligopole à plus de trois membres. En effet, se concentrer sur des marchés plus restreints n'aurait pas de réelle portée, dès lors que, comme nous l'avons exposé, la question semble être réglée sous l'angle de la position dominante collective si l'opération engendre un duopole⁶²². On visera donc à établir un schéma propre des éléments nécessaires à la démonstration de l'incapacité des consommateurs à changer de fournisseur, malgré la présence de certains concurrents encore parties au marché. On traitera ainsi des cas dans lesquels les alternatives ne sont plus viables et vouées à disparaître du fait de la nouvelle puissance de l'entité fusionnée. Dans ce cadre, l'élément central de notre analyse sera la perte d'alternative offerte au consommateur, les concurrents restants n'étant plus capables de concurrencer l'entité concentrée et ne proposant plus d'alternatives intéressantes, voire n'étant plus du tout à même d'offrir un produit substitut. Il faut percevoir diverses raisons à même de restreindre ce dernier dans son choix et propres à le limiter. La principale reste toutefois la différence de parts de marché entre l'entité nouvelle et les restantes, donnant à la première la faculté de se comporter de manière quasi indépendante, ne subissant plus la pression de ses rivales. En effet, une telle prérogative semble inhérente à une situation contenant de grands écarts dans les parts de marché, le pouvoir de l'entité sur celui-ci s'en voyant largement accru. On rappelle l'hypothèse exposée auparavant, au sens de laquelle un écart de parts de marché de plus de 20% laisse planer un risque important de forclusion du marché pour le consommateur⁶²³.

Dès lors que la question des parts de marché ne pose pas de questions particulières relatives au fardeau de la preuve imputable à la Commission, le mode de détermination de celles-ci relativement aux marchés en cause étant largement établi, il s'agira de se concentrer sur la détermination d'autres facteurs propres à mener à une entrave à l'accès à d'autres concurrents. On ne prétendra pas en l'espèce être exhaustif, dès lors que les constellations propres à permettre ce genre de prérogatives peuvent se révéler très variées, mais on

622 COMP/M.2201 – *MAN/Auwärter*, du 20 juin 2001, c. 27ss ; M.619 – *Gencor/Lonrho*, du 24 avril 1996, c. 179ss.

623 Voir COMP/M.6214 – *Seagate/Samsung*, du 19 octobre 2011, c. 396 à 406 ; MONTAG / VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 192.

se concentrera sur certaines hypothèses centrales. En ce sens on pensera tout d'abord aux préférences des consommateurs, pouvant jouer un rôle clé en la matière. En effet, si deux produits aux ratios de diversion quasi parfaits sur un marché venaient à s'allier, la survie des autres concurrents s'en verrait largement compromise. On peut évidemment rajouter à cette catégorie les types de marchés nécessitant la mise en place de facilités essentielles ou la dépense de coûts fixes importants. Ainsi, si des parties disposant de celles-ci devaient s'unir, les concurrents restants, ne disposant pas de telles prérogatives, seraient sans aucun doute amoindris et en incapacité de porter une réelle concurrence à la nouvelle entité. On mentionnera enfin le problème également présent de la détention de participations aux entreprises restées sur le marché. Dès lors que l'entreprise concentrée peut, du fait de parts chez ses concurrents, anticiper et prévoir les actions de ceux-ci, la concurrence n'en est plus que théorique.

Il sied désormais d'aborder les éléments devant faire partie de l'analyse de l'autorité, successivement, et relativement aux diverses hypothèses mises en exergue ci-avant. Pour ce qui a tout d'abord trait aux préférences des consommateurs, celles-ci ne semblent pas poser de problèmes majeurs. En effet, dès lors que les ratios de diversion semblent être de bons indicateurs, les divers sondages et autres outils propres à déterminer les préférences humaines et du public existent. Au surplus, l'effet de marque et les divers droits de propriété intellectuelle y liés peuvent avoir une influence sur le choix des consommateurs. Ces éléments, certes reconnaissables, ne peuvent toutefois pas toujours être démontrés de manière formelle par la Commission. On devra donc se contenter d'une vraisemblance de ces faits, axée sur les préférences démontrées du grand public et sur les réactions de ce dernier à une éventuelle concentration. On comprend le rôle des facteurs sociaux et juridiques déterminants, propres à influencer sur la possibilité de survenance d'effets anticoncurrentiels. On saisit également que les outils économiques connus semblent ici suffisants à démontrer les éléments nécessaires à l'allégation d'une telle structure de marché.

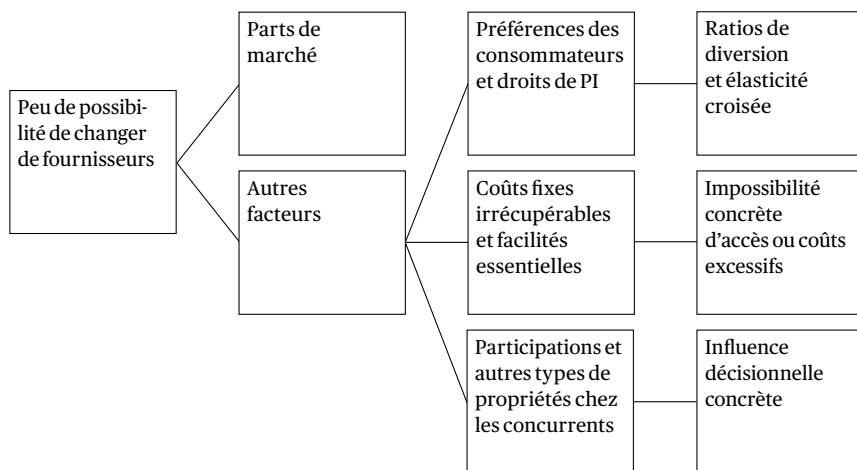
Pour ce qui est des marchés nécessitant des dépenses fixes irrécupérables, la démonstration de la nécessité desdites dépenses incombe à la Commission, mais il s'agit également pour celle-ci de prouver que la nouvelle union permettra à l'entité fusionnée de bénéficier d'un avantage concret sur ses concurrents. En effet, que les infrastructures existent ne doit pas suffire à pouvoir déterminer un tel effet. C'est bien plus l'accès et l'emploi effectif de la facilité, impossible pour les concurrents restants, qui doit servir de preuve de l'avantage découlant de l'opération. Dans le cadre d'une appréciation à futur, on n'attendra pas de l'autorité la démonstration de l'utilisation d'une telle prérogative, mais bien de la vraisemblance que celle-ci sera employée, dès lors

qu'accessible et économiquement viable. En effet, la Commission doit démontrer que le blocage de l'accès aux facilités aurait bien plus de chances d'être rendu effectif qu'il n'y en aurait qu'il ne le soit pas, atteignant ainsi le seuil de preuve à elle imputable. On peut ainsi attendre de l'autorité qu'elle prouve l'effectivité de la dépense sur le marché en cause, mais également l'incapacité pour les concurrents restants d'y avoir accès, ou à tout le moins sans consentir à de gros investissements.

Enfin, il convient de traiter la détention de parts et autres participations. En ce sens, celles-ci ne peuvent servir, seules, à la Commission aux fins de créer l'existence d'un tel effet non coordonné. C'est bien plus dans l'analyse du type de participations que se trouve la clé du fardeau de la preuve. En effet, une participation minoritaire, n'impliquant aucun droit de vote et ne permettant aucune transparence supplémentaire sur l'exploitation de l'entreprise en question ne serait d'aucune utilité. Il faudra bien plus se fonder sur le critère décisionnel, qui permet directement à une entreprise d'influer sur l'attitude de ses concurrents. On choisit donc une approche pragmatique, fondée sur la réelle possibilité de fausser la concurrence et sur les cas concrets, plutôt que de considérer la détention de parts comme nuisible *per se*. Dans ce cadre, l'établissement de seuils de participation permettrait de conclure à une telle constellation de façon simplifiée, tout comme l'existence des droits de vote particuliers, offrant une certaine puissance décisionnelle même en l'absence de parts prépondérantes. Ces éléments ne seront en revanche pas définis individuellement ici, dès lors qu'ils tiennent du développement de la casuistique et ne peuvent faire l'objet d'une estimation abstraite, chaque cas d'espèce étant différent. Enfin, reste à traiter l'hypothèse de participations cachées, détenues par des succursales d'entité à l'opération, par exemple. Celles-ci, également, sont à même d'engendrer des effets similaires sur le marché, tant ce sont leurs conséquences concrètes qui nous intéressent. Une fois encore, il conviendrait de tenir compte de celles-ci de manière effective, sans poser de règles formelles, et en analysant le type de participations ainsi que leur impact. Dès lors que l'apport de certaines de ces preuves semble tenir en grande partie de l'entité elle-même, une certaine marge de manœuvre devra être laissée à l'autorité, celle-ci devant pouvoir se contenter de la vraisemblance de certains éléments. On saisit bien dans le cadre de cette analyse, que l'on devra tenir compte de l'impact concret offert par celles-ci à l'entreprise les détenant. On se concentrera dès lors sur les effets réels et les prérogatives découlant de ces participations et non sur de simples chiffres. Si la Commission est à même de prouver un impact concret émanant de cette détention, la survenance d'effets anticoncurrentiels pourra être retenue, dès lors que largement probable.

En conclusion et en écartant les opérations menant à la création d'un duopole, on constate que divers facteurs peuvent mener à la forclusion des consommateurs. Au-delà du cas des parts de marché, lequel semble d'une grande évidence, la perception des éléments propres à déclencher de tels effets non coordonnés semble parfois délicate. Il s'agira donc pour la Commission d'établir la probabilité de la restriction à l'accès pour le consommateur et d'en amener une certaine vraisemblance. Celle-ci sera déjà établie, dès lors que l'autorité sera à même de démontrer que les concurrents restés au marché ne sont plus en situation de concurrencer de manière effective l'entité concentrée. Une telle preuve suffirait en effet à démontrer une perte de concurrence générale sur le marché, propre à favoriser la nouvelle entité. On peut mettre en exergue le schéma récapitulatif suivant :

Figure 3 : Peu de possibilité de changer de fournisseur



iv. Peu de probabilité d'expansion de la production par les concurrents en cas d'augmentation du prix

Il sied à présent d'étudier l'hypothèse d'une augmentation de prix par l'entité concentrée, sans que les concurrents restant ne soient en position d'y répondre. À titre introductif, il convient de préciser que la survenance d'effets non coordonnés des suites d'une opération est plus probable lorsque les concurrents restant ne sont pas en position de répondre à une tentative d'augmentation de

prix⁶²⁴. En effet, c'est le cas type même d'effets non coordonnés qui se reflète ici, une nouvelle entité détenant une puissance nouvelle des suites d'une opération et pouvant se permettre une augmentation des prix unilatérale. On s'intéressera dès lors à l'incapacité des concurrents restants à contrer l'augmentation des prix. En effet, dans un marché en concurrence, ceux-ci pourraient se réjouir d'une telle augmentation, récupérant de manière quasi-automatique des parts de marché provenant de l'entité cherchant à augmenter sa marge. On devra donc se demander ce qui peut empêcher dites entreprises d'exploiter cette prérogative et permet à l'augmentation du concurrent concentré de lui être favorable. On cherchera donc, ci-après, à déterminer et discuter les diverses causes menant à un tel empêchement et allouant la faculté à l'entité concentrée de percevoir une marge, sans qu'aucun concurrent ne soit à même de dévier ses parts. Une fois les diverses raisons établies et développées, on visera, sur la base des éléments préétablis, à mettre en exergue les éléments essentiels devant être démontrés par l'autorité, aux fins de pouvoir alléguer une telle incapacité des entreprises restantes. On précise enfin que la présente analyse sera axée sur l'incapacité des autres entreprises à augmenter leur capacité. En effet, une telle approche, en cas d'augmentation du prix par un concurrent, est propre à permettre la récupération de parts de marché de ce dernier. Il faut comprendre que l'augmentation de prix de l'entité concentrée se traduit par une diminution de la capacité produite, menant de manière automatique à des prix plus élevés. Ainsi, les entreprises restantes, aux fins de rendre dite augmentation inopérante, auront pour but d'accroître leur production, et ainsi de laisser la situation inchangée sur le marché, ces derniers récupérant les ventes délaissées par la nouvelle entité. On cherchera donc à établir les raisons menant à un empêchement d'augmentation de capacité par les entreprises restantes, excluant, dans le cadre de cette analyse, les autres motifs pouvant mener à une incapacité de réponse à une augmentation unilatérale des prix.

Il s'agira ainsi de se concentrer sur deux éléments clés ; on devra tout d'abord analyser si les entreprises restées au marché disposent de capacités supplémentaires, encore inutilisées. D'autre part, en l'absence de capacités supplémentaires directement disponibles, il conviendra de se demander si les concurrents sont en mesure de créer des capacités supplémentaires sans encourir de coûts importants, ou du moins dans un délai suffisamment court. En effet, cette solution alternative mènerait au même résultat, en ce que la production pourrait, en fin de compte, se voir augmentée, sans frais particuliers et aux mêmes conditions que si les capacités étaient immédiatement

624 MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2, n. 197 ; à cet effet se référer à 3.3.1.6 *Peu de probabilité d'expansion de la production par les concurrents en cas d'augmentation de prix.*

disponibles. En définitive et pour prendre cette analyse sous l'angle, non pas de la capacité, mais de l'incapacité à agir ; lorsque les concurrents ont des contraintes de capacité et que l'accroissement de la production est coûteux, long, ou que l'utilisation des capacités excédentaires existantes reviendrait beaucoup plus cher que les capacités qui sont actuellement mobilisées, une augmentation du prix par l'entreprise concentrée doit être considérée comme rentable. Se poseront dès lors diverses questions dans le cadre du fardeau de la preuve devant être supporté par la Commission. La première permettra la détermination de l'absence de capacités supplémentaires directement disponibles. Il s'agira également pour l'autorité, en cas de capacités supplémentaires existantes, de démontrer une incapacité des entités restantes à accroître leur production. En ce sens, celle-ci devra démontrer que les coûts de développement de la production seraient trop élevés, menant à une activité qui conduirait à des pertes. Il sied encore de mettre en avant le cas particulier dans lequel, malgré la présence de capacités supplémentaires chez les entités restantes, l'exploitation de celles-ci peut s'avérer trop coûteux. En effet, c'est la simple utilisation de ces éléments qui, dans ce contexte, s'avère excessivement onéreux et forclos les concurrents restants dans leurs prérogatives. Dès lors ces éléments d'ordre général exposés, il convient de passer à une analyse détaillée des éléments de preuve pouvant être attendus de la Commission dans chacune des étapes ou circonstances décrites ci-dessus.

Pour ce qui a trait, premièrement, à la détermination de l'absence de capacités supplémentaires chez les concurrents non parties à l'opération, on prendra une approche basée sur la capacité générale du marché. En effet, si des biens restent à libre disposition sur celui-ci, on ne pourra que très difficilement conclure à ce que les entreprises restantes n'ont pas de possibilité d'obtenir plus de capacité, la question tenant bien plus de l'opportunité économique que constituerait son exploitation. C'est ainsi uniquement face à des biens limités en nombre que l'on pourrait se trouver dans une telle situation. On imagine des produits se trouvant en quantité limitée sur un territoire et dont la production supplémentaire se trouve impossible, mais également des produits dont la création ne dépend pas de la volonté humaine. On comprend dès lors que l'on se trouve face à des cas particuliers, ne constituant pas l'entier des hypothèses pouvant mener à ce type d'effets unilatéraux. En effet, on imagine bien plus la principale raison de cette incapacité à répondre à une augmentation du prix comme étant la rentabilité économique de l'augmentation de capacité, que l'on étudiera en conséquence en détail ci-après. Néanmoins, reste que cette constellation, bien qu'anodine, est susceptible de se réaliser dans certaines circonstances. À titre d'exemple, on prendra le cas de denrées alimentaires rares, dont l'exploitation et la découverte ne dépend pas de l'homme et

peut être limitée de manière aléatoire. Dans un tel contexte on ne saurait attendre de la Commission autre chose que la preuve, suffisamment simple et souvent notoire, de l'absence de capacité excédentaire générale sur le marché.

Il s'agit à présent et à titre principal de mettre en avant les motifs économiques pouvant mener à une incapacité d'exploiter davantage. Se posera tout premièrement la question de la rentabilité de l'activité. Celle-ci ne crée toutefois pas de problèmes particuliers, dès lors qu'il convient de la déterminer sur la base de simples calculs de revient, lesquels permettent à une entreprise de juger d'elle-même si l'extension de son activité est propre à générer de plus larges bénéfices. Dès lors, ce sont bien plus les constellations propres à dissuader une entité à augmenter son activité qui nous intéresseront. En effet, sur un marché de produits homogènes n'engendrant aucun coût fixe, il paraît évident que l'entité cherchera à exploiter son activité à un niveau maximal, le bénéfice s'en voyant augmenter d'autant. On exclut donc de notre analyse les biens dont la production ne requière pas de facilités particulières et dont la production ne semble que difficilement limitable. Il faudra donc procéder à une analyse des constellations dans lesquelles les coûts augmentent drastiquement, passé un certain seuil de production. Ainsi, on analysera tout d'abord les marchés de produits dont la mise en place dépend d'infrastructures essentielles. Mettons le cas type d'une usine ayant atteint son seuil de production maximal et ne pouvant être exploitée davantage. L'élargissement de la production d'un tel bien par un concurrent nécessiterait dès lors la création d'une nouvelle infrastructure similaire, bien trop onéreuse pour l'entité concernée. Il s'agira dans ce cadre de s'enquérir tout particulièrement de la question des coûts fixes liés à la production, lesquels impacteront indéniablement la quantité produite. Il incombera dès lors à la Commission, d'établir la nécessité de coûts fixes trop élevés, empêchant la production supplémentaire. On identifie encore que l'investissement dans des facilités essentielles peut certes s'avérer onéreux à court terme, mais doit être vu comme un investissement à long terme, permettant, sur une plus longue période, de devenir bénéficiaire. Toutefois, il ne faut pas ici oublier que l'on requiert de la Commission qu'elle analyse les incitatifs concrets des parties au marché, et non uniquement les possibilités de celles-ci. En effet, il ne serait que trop hypothétique de décréter que tous les concurrents restants prendraient le risque de mettre, provisoirement, leurs comptes dans le rouge pour chercher à prospérer sur le plus long terme. En effet, une telle initiative, laquelle comporte bien trop de risques et d'inconnues, ne sera pas privilégiée par la majorité de celles-ci, préférant une prospérité, certes moindre, mais assurée à court et moyen terme. De plus, comme exposé dans le cadre des concurrents potentiels, une large puissance financière pourrait permettre un investissement risqué et sur le long terme.

Bien que cette hypothèse particulière doive être réservée, on ne la traitera pas plus en détail ici, tenant de l'exception. En définitive, il incombe donc à la Commission, sous l'égide de situations de ce type, de démontrer l'obligation pour les concurrents restés sur le marché d'investir une quantité conséquente de coûts fixes aux fins de pouvoir étendre leur exploitation. Ainsi, par l'apport d'un tel élément, l'autorité démontre la haute improbabilité de l'extension des activités, et, de ce fait, la rentabilité de l'augmentation de prix.

La question de la demande variable doit également être exposée dans ce cadre. En effet, certains biens, de par leurs caractéristiques respectives, ne disposent pas d'une demande stable et constante, mais dépendant de facteurs externes. Il faut ainsi comprendre que l'augmentation de la production sur des marchés de ce type reviendrait à la prise d'un pari, parfois très risqué. C'est dès lors un indice supplémentaire qui peut servir à la commission, dès lors que sur de tels marchés, les entreprises restantes n'auront pas d'incitatif particulier à prendre de risques, ceux-ci pouvant lui être fatals. Dans le cas contraire, lorsqu'une entreprise dispose de facilités lui permettant d'aisément réduire ses coûts fixes et variables, celle-ci sera à même de gérer la variation de production, s'adaptant de manière plus simple à la demande. On rappelle en ce sens la décision *CVC/Lenzig*⁶²⁵, dans le cadre de laquelle la Commission a conclu à ce qu'une telle prérogative, à disposition de l'entité concentrée, allouait la possibilité de mettre en place des effets anticoncurrentiels. On saisit en définitive que les coûts engendrés par une production excessive, menant à des pertes, empêchera l'entité d'agir librement, tandis qu'une autre, pouvant facilement faire varier la quantité produite, bénéficiera d'un avantage.

Il sied ensuite de distinguer certains cas particuliers. En ce sens, on pensera aux biens dont le coût de production se trouve peu onéreux, mais augmente drastiquement, ou encore aux produits dont la conservation en trop grande quantité peut s'avérer problématique. Il faut rajouter à ces catégories les biens nécessitant des autorisations particulières ou régulés de manière spécifique. Pour ces derniers, les barrières juridiques peuvent s'avérer être un facteur déterminant, nécessitant parfois de nouvelles autorisations, mais également de nouvelles infrastructures ou même la mise en place de systèmes de sécurité. Il s'agira dès lors dans ces divers contextes, de se baser sur des calculs de coûts marginaux de production. Dès lors que la production d'une unité supplémentaire se verrait économiquement inintéressante pour l'entité, on admet que la Commission peut établir un manque d'incitatif à augmenter la production. Dans un cadre entièrement différent, on peut finalement relever le cas d'un marché dont la surcapacité est évidente, mais n'a jamais

625 COMP/M.2187 – *CVC/Lenzig*, du 17 octobre 2001, c. 164ss.

été exploitée, pour des raisons diverses. Une fois encore, l'absence d'exploitation passée sur un tel marché doit être prise en considération par l'autorité comme un indice, propre à indiquer que la situation ne sera pas différente dans le futur, impliquant un grand risque de rentabilité de l'augmentation de prix⁶²⁶. On précise enfin que cette analyse porte sur les cas les plus évidents et ne doit pas être considérée comme exhaustive.

Vient enfin la question de la mise en place temporelle, estimée à un délai de l'ordre de deux à trois ans⁶²⁷. On ne saurait toutefois s'aligner ici avec cette approche, qui semble aller bien trop à l'avantage des parties concentrées. En effet, un tel délai, bien que n'étant pas extrêmement long à l'échelle de la vie d'une entreprise, semble déjà suffisamment étendu pour que l'opération devienne rentable sur le court terme, permettant une distorsion de la concurrence. Au surplus, même si avec l'emploi d'une telle marge temporelle cette entrave à la concurrence semble pouvoir être corrigée à moyen terme, force est de constater que les bénéficiaires intermédiaires de l'entreprise concentrée lui offriront la possibilité de s'étendre de manière supplémentaire sur le marché, mais également d'obtenir une place préférentielle auprès des consommateurs, créant des dommages irréversibles à la concurrence. On prônera dès lors l'emploi d'un délai plus court, dont la durée devra être suffisante pour permettre une augmentation de capacité effective, mais ne pas excéder ce qui permettrait aux parties à l'opération de tirer bénéfice de celle-ci.

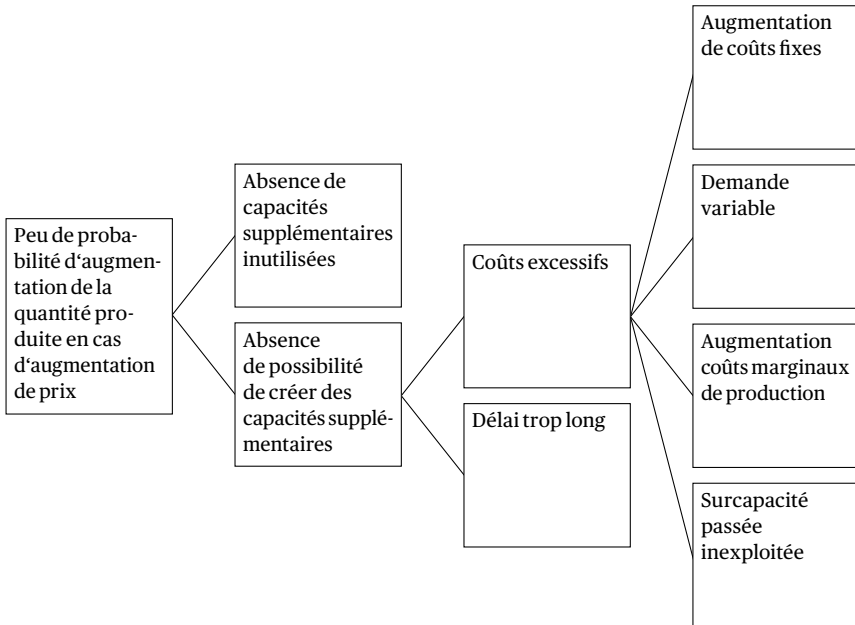
En définitive et selon nos hypothèses, il sied d'observer les incitatifs des entreprises non concentrées à augmenter leur production. On dénote un faisceau d'éléments difficilement perceptibles dans leur ensemble, et dont la mise en exergue complète ne peut dès lors être attendue de la Commission. Il conviendra ainsi de requérir de celle-ci, dans le cadre de ce type d'effets non coordonnés, qu'elle démontre l'absence d'incitatifs économiques à court terme pour les entreprises restées au marché à augmenter leur production. Ainsi, elle arrivera à établir la rentabilité de l'augmentation de prix voulue par les parties à l'opération litigieuse. Excepté dans le cadre d'une absence complète de capacité supplémentaire, l'autorité aura tout d'abord pour tâche de démontrer les coûts impliqués par l'augmentation de production, puis le fait que ceux-ci engendreraient, à moyen terme, des pertes pour les entreprises concernées. Elle pourra s'appuyer dans son analyse sur les divers éléments

626 COMP/M.6471 – *Outokumpu/Inoxum*, du 7 novembre 2012, c. 702, 740, 788 ; pour la prise en compte de l'évolution historique du marché, voir not. BOTTERON, p. 171.

627 COMP/M.6570 – *UPS/TNT Express*, du 30 janvier 2013, c. 625 ; relativement à la temporalité de la position dominante voir BONNET, note en bas de page 1684.

exposés précédemment, ne devant pas démontrer une perte financière absolue, mais l'absence d'intérêt concret et actuel des entités à augmenter leur capacité dans l'immédiat, ou à moyen terme. Ainsi, ce sont bien les circonstances globales et les incitatifs concrets sous l'angle de la raison qui devront être pris en considération par l'autorité, celle-ci ne se trouvant pas limitée à une analyse économique pure, laquelle serait ici dépourvue de tout fondement. Dans le sens inverse et pour une question claire de respect de liberté économique et de libre marché, une situation menant à de clairs avantages pour les entreprises non parties à l'opération ne pourra être vue que comme favorable à celles-ci, leur permettant d'annihiler l'ensemble des effets anticoncurrentiels de l'opération et n'engendrant pas de risque d'atteinte au marché. Le schéma suivant résume les éléments mis en exergue ci-dessus :

Figure 4 : Peu de probabilités d'augmentation de la quantité produite en cas d'augmentation du prix



v. *Concentrations créant ou renforçant une puissance d'achat sur le marché en amont*

Enfin, il conviendra ci-dessous d'observer le fardeau de preuve imputable à la Commission dans l'hypothèse particulière d'effets anticoncurrentiels indirects, ne se déclarant pas sur le marché principal, mais sur celui en amont et impactant le premier de manière dérivée. On rappelle qu'une telle constellation est à même de se réaliser de diverses manières, deux situations types étant mises en avant dans les Lignes directrices. La première tient dans la possibilité pour l'entité nouvellement créée de réduire ses prix d'achat de par sa nouvelle puissance économique sur le marché. En ce sens, il faut saisir la faculté pour l'entreprise à contraindre ses fournisseurs à lui donner des avantages uniques et excessifs, tant elle est devenue importante économiquement. On note d'emblée qu'une telle prérogative ne doit pas être vue comme illicite en elle-même, dès lors qu'elle n'est que l'expression du libre marché. La seconde hypothèse mise en avant tient dans la volonté d'évincement de ses concurrents par l'entreprise concentrée⁶²⁸. En ce sens, celle-ci étant devenue bien plus importante pour ses fournisseurs, pourrait chercher à dissuader ces derniers de traiter avec d'autres entités, détenant ainsi une forme d'exclusivité et de monopole caché sur le fournisseur. Enfin, il sied de rappeler également qu'une telle réunion d'entreprises est également susceptible de produire des retombées économiques favorables pour le consommateur⁶²⁹. En ce sens, l'union des entités peut, dans certaines circonstances, mener à des économies d'échelle, elles-mêmes propres à réduire le prix sur le marché. Il conviendra ainsi, dans les paragraphes qui suivront, de déterminer dans quels contextes une entreprise doit être considérée comme apte à avoir un tel impact sur les fournisseurs. Il sied également de se demander, dans le cadre de cette analyse, si une telle prérogative émane effectivement de l'opération, faute de quoi la concentration ne serait pas attaquable. Il y aura ensuite lieu d'envisager les alternatives pour les entreprises concurrentes restées sur le marché. En effet, si celles-ci venaient à pouvoir se tourner librement vers un autre fournisseur, aucun effet anticoncurrentiel ne pourrait être retenu. On précise néanmoins que cette dernière remarque ne vaut pas en matière de réduction du prix d'achat par l'entreprise concentrée. Enfin, il s'agira également de se poser la question des retombées économiques favorables et des économies d'échelle, lesquelles devront être exclues, pour que les prérogatives de la nouvelle entité soient considérées comme anticoncurrentielles.

628 Lignes directrices, c. 61.

629 *Ibidem*, c. 62.

Il sied en premier lieu de se pencher sur le contrôle exercé par l'entreprise concentrée sur son fournisseur des suites de l'opération. Il s'agira dans ce cadre à l'autorité de démontrer l'emprise sur celui-ci, permettant de le contraindre économiquement. On abordera tout d'abord la question des avantages pouvant être perçus par la nouvelle entreprise, car pour se voir accorder de tels privilèges, cette dernière doit disposer d'une force économique exceptionnelle et constituer un acteur détenant des parts de marché élevées, ou à tout le moins être un acheteur important. En effet, faute d'une telle constellation, on ne peut imaginer un fournisseur qui serait forcé de réduire ses prix de manière significative face à des pressions. On peut tirer la même hypothèse relativement à des pressions exercées aux fins d'empêcher la fourniture d'autres concurrents. *A fortiori*, une telle possibilité ne semble envisageable que lorsque l'entité concentrée constitue le client principal du fournisseur, mais également essentiel à sa prospérité économique. On peut certes imaginer des réductions accordées de manière assez souples, mais on peine à concevoir un acteur économique abandonnant des clients sans y être contraint. Peu importe en réalité, dès lors qu'il incombe à la Commission de démontrer le contrôle, *post* concentration, qu'exerce la nouvelle entité sur son fournisseur. En ce sens, il s'agira simplement d'établir l'énorme manque à gagner que constituerait la perte de celui-ci. On se refusera en revanche à dire que l'entreprise doit être le seul client du fournisseur, ou même que sa survie économique dépende de sa présence, cela revenant à requérir une preuve excessive et en aucun cas représentative des réels impacts économiques de l'opération. La démonstration de l'importance économique du lien commercial, sera ainsi suffisante.

Se pose dans une deuxième étape la question de l'accès à d'autres fournisseurs. En effet, dans le cadre de la seconde hypothèse évoquée, le contrôle exercé sur un de ceux-ci se verrait vide de tout intérêt dès lors que d'autres producteurs seraient accessibles pour les concurrents restés au marché, à des prix similaires. Dans une idée semblable, si d'autres fournisseurs venaient à proposer des prix extrêmement bas, les réductions faites à l'entité concentrée ne constitueraient plus un problème. On constate que dans de telles hypothèses, on se trouverait simplement dans une concurrence féroce, opérant à tous les niveaux et réduisant les prix en faveur du consommateur. Il incombera dès lors à l'autorité de démontrer également l'absence d'alternatives et d'offres similaires pour les concurrents, faute de quoi l'on ne serait pas en présence d'effets anticoncurrentiels, mais sur un marché où la concurrence est parfaitement opérante. On précise qu'aucun ajout ne paraît nécessaire relativement à l'établissement de cette preuve, tant elle découle d'une analyse du marché et des offres sur celui-ci.

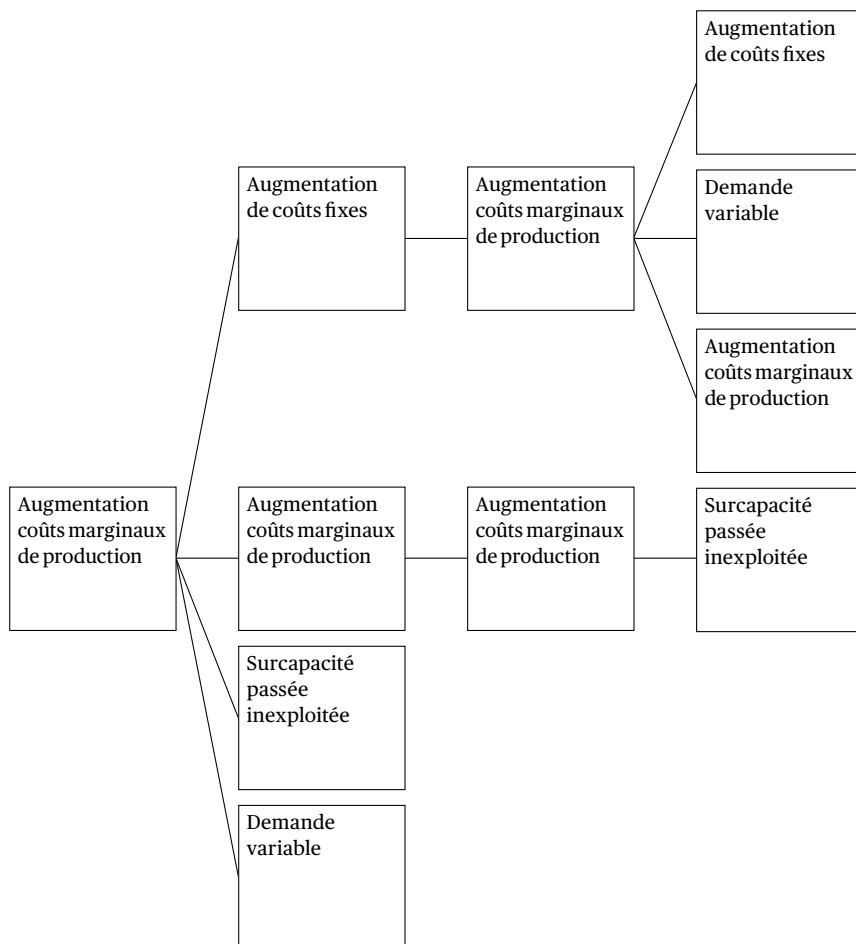
Restera encore à se questionner sur l'origine de cette prérogative. C'est ici peut-être une des délicatesses de l'exercice requis de la part de la Commission. En effet, il s'agira de se demander si le pouvoir détenu sur les fournisseurs découle effectivement de l'opération ou si celui-ci lui était antérieur à l'opération. C'est certes une question qui peut être appliquée de manière parallèle à nombre d'autres effets non coordonnés, mais qui prévaut d'autant plus dans ce contexte, dès lors qu'elle est à l'origine même de l'effet anticoncurrentiel. En effet, on ne saurait venir interdire une opération si celle-ci ne donnait pas elle-même naissance à de nouvelles prérogatives anticoncurrentielles. Se pose dès lors la question pour l'autorité d'une telle démonstration, semblant complexe, les prérogatives n'étant pas exercées *a priori*. C'est dès lors pourquoi on imagine bien plus cette composante comme une exception, devant être invoquée et démontrée par les entreprises concentrées. On ne saurait en effet attendre de l'autorité qu'elle vienne démontrer des éléments de ce type. En effet, on ne voit pas pour quelles raisons une entreprise se refuserait à exploiter un pouvoir de marché légitime pour obtenir des prix favorables et étendre ses activités. On se contentera donc ici de poser cette règle en qualité d'exception, pouvant être soulevée par les parties concernées, dès lors que le cas de figure d'une puissance inexploitée semble tenir du paradoxe et ne représente pas la réaction usuelle d'une entreprise détenant une telle position.

Enfin, il conviendra de démontrer l'absence de retombées économiques positives sur les consommateurs. En effet, des prérogatives de pression sur les fournisseurs peuvent également être propres à favoriser les consommateurs, réduisant d'autant le prix offert par le concurrent concentré. Dans un tel cas il sied évidemment de saisir l'absence de toute entrave significative à la concurrence, dès lors que celle-ci ne s'en voit que dynamisée à l'avantage du consommateur. Le droit de la concurrence n'a ainsi pas pour but de venir protéger les concurrents qui se verraient évincés de par leur manque de compétitivité, mais bien les consommateurs. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où la marge supplémentaire engendrée par les nouveaux rapports de concurrence ne se verrait pas reportée chez le consommateur, mais conservée par l'entité concentrée, que celle-ci se trouve problématique. On précise enfin que ces éléments ne valent que dans le contexte d'un prix préférentiel obtenu de la part des fournisseurs et aucunement lorsque ceux-ci se voient simplement forcés de renoncer à d'autres clients, situation semblant contraire à la concurrence de manière générale et ne pouvant consister en un facteur pro-concurrentiel. En ce sens, il s'agira à la Commission de démontrer que les avantages économiques se reportent bel et bien sur l'entreprise concentrée. Dès lors, il s'agit pour cette dernière de faire valoir l'absence de toute pression concurrentielle, allouant à cette dernière de conserver l'entier de la marge supplémentaire. Les alléga-

tions qui précèdent étant d'ordre très général, il conviendra encore de définir certains indices permettant d'y parvenir. L'absence de préférences du consommateur, l'universalité d'un produit donné, ou même la prédominance d'un produit sur le marché, en font notamment parties. Il serait ici utopiste de vouloir être exhaustif, mais il convient de percevoir que plus le contrôle de l'entreprise sur le marché sera large, plus celle-ci sera à même de dévier l'entier du bénéfice nouvellement créé. On comprend que le rôle concret de l'autorité tiendra dans l'établissement de la puissance de marché effective de l'entité concentrée, aux fins de juger si celle-ci se retrouverait contrainte, en cas de réalisation de l'opération, de rediriger les bénéfices sur les consommateurs. On pourra également se concentrer sur l'ampleur des autres parties au marché, l'existence d'un concurrent de taille conséquente étant plus à même d'empêcher une hégémonie complète. Il s'agira donc à la Commission d'analyser la situation *in concreto* sur le marché et d'évaluer dans quelles propensions l'entité fusionnée bénéficierait de prérogatives anticoncurrentielles. On note enfin que par l'établissement même d'un contrôle sur le principal fournisseur, l'autorité apporte de manière quasi-automatique une indication de dominance sur le reste des acteurs du marché. En effet, si elle détient un tel pouvoir sur le principal acteur en amont on ne saurait comprendre comment elle ne pourrait détenir le même sur l'entier du marché. La preuve s'en retrouve dès lors largement allégée, les cas particuliers devant toutefois être réservés.

En définitive, on se trouve face à un cas particulier, nécessitant de déterminer les prérogatives de l'entreprise concentrée sur un marché autre que celui directement au contentieux, mais analysant les effets et les retombées de l'opération sur ce dernier. Ainsi cela impliquera une analyse plus contraignante pour l'autorité, devant étudier tant le marché des fournisseurs, en amont, que celui directement au contentieux. On pose dès lors l'hypothèse d'une obligation de contrôle sur le fournisseur, mais également de l'impossibilité, pour le consommateur, de se tourner vers d'autres alternatives. Cette puissance démontrée, elle devra encore se trouver apte à être employée de manière contraire à la concurrence. L'incombance la plus lourde requise de la Commission sera dès lors bien celle tenant à démontrer les prérogatives de l'entité concentrée sur les acteurs du marché en amont, réel facteur clé de cet effet non coordonné. La figure ci-après résume les éléments exposés à ce titre :

Figure 5 : Concentration créant ou renforçant un pouvoir d'achat sur le marché en amont



b. Relativement aux relations de concurrence entre les parties au marché

Concernant ensuite les changements relatifs aux rapports de concurrence entre les acteurs du marché, il faut saisir une altération, non plus uniquement générale, mais bien *intra* concurrents, des rapports et autres pressions concurrentielles. Certes, la perte de pression exercée entre acteurs du marché mènera à une perte de compétitivité générale, mais on distingue, par la présente analyse, les rapports de concurrence particuliers, altérés du fait de l'opération. En

effet, ce sont le redimensionnement de ces rapports et la modification de ceux-ci dans leur nature qui nous intéresseront. On comprend que le rôle de la Commission en matière de fardeau de la preuve sera dès lors différent en nature de ce qu'il a pu être dans notre analyse précédente. En effet, il s'agira tout d'abord pour l'autorité d'établir l'état de la concurrence avant l'opération, mais également, l'état de certains rapports de concurrence internes entre acteurs du marché, aux fins de pouvoir estimer les conséquences de leur modification. Cette phase supplémentaire semble nécessaire à distinguer certains aspects tenus de la réduction de la concurrence sur le marché, mais surtout à la démontrer. Ainsi, cette étape intermédiaire sera tout particulièrement nécessaire dans deux cas types d'effets non coordonnés ; les concurrents particulièrement proches, les cas où l'entreprise concentrée se trouve en mesure de freiner l'expansion de ses concurrents. On rappelle encore que cette dernière catégorie tend à se positionner dans les deux catégories prédéfinies. Par choix et de par ses aspects particuliers, nous avons toutefois décidé de la classer dans la seconde.

i. Concurrents particulièrement proches

La première catégorie d'effets non coordonnés tient dans la proximité particulière de concurrents au marché, et plus précisément, de leur réunion en une seule entité. On rappelle en premier lieu la genèse même de cet effet anti-concurrentiel, car si les entreprises parties à une opération de concentration venaient, dans le cas le plus extrême, à être les uniques substituts parfaits pour un produit donné, de sorte que le ratio de diversion de l'un à l'autre serait quasiment entier, l'entité concentrée disposerait des pleins pouvoirs, propres à augmenter les prix unilatéralement. Il sied toutefois de ne pas prendre uniquement en considération le cas exposé ci-avant, qui semble tenir bien plus du duopole que d'un marché en situation d'oligopole. Il faut en effet saisir que l'existence d'un rapport de concurrence particulier et sa disparition, sans que celui-ci ne soit aussi intense que décrit en précédence, peuvent suffire à altérer la concurrence de manière significative sur le marché. On comprend dès lors que si deux entités offrent des biens pour lesquels les consommateurs donnent leur préférence, considérés par eux, ou tout du moins une partie d'entre eux, substituts évidents l'un de l'autre, la nouvelle entité disposera d'une puissance de marché largement augmentée. Ainsi, un ratio de diversion élevé, ou la preuve d'une élasticité croisée du prix de certains produits, sont propres à donner certaines prérogatives à l'entité nouvellement créée. On saisit que ce n'est pas la concurrence générale qui se voit directement affectée, mais un rapport interne particulier qui disparaît, lequel favorisait la concurrence sur le marché. Ainsi, l'absence de rapport impacte l'entier de la concurrence sur le marché. Il s'agira dès lors de chercher à déterminer de quelle manière la Commission

devra, à la fois, chercher à démontrer l'existence de ce rapport préalable, tenant d'une concurrence particulière, et en même temps démontrer l'impact général de la disparition de celui-ci sur la concurrence globale. Il conviendra également pour l'autorité d'apporter la preuve de l'effacement de ce lien de concurrence, qui dans bien des cas sera inhérente à la concentration elle-même. On cherchera ci-après à poser certaines hypothèses, propres à démontrer ces éléments et aptes à atteindre le fardeau de la preuve imputable à l'autorité.

La première étape permettra dès lors d'examiner le rapport de concurrence spécifique entre les parties à l'opération. Il conviendra de démontrer la spécificité du lien unissant les parties et les distinguant des autres concurrents. Comme exposé en amont, lorsque les conditions le permettent, il pourra être procédé à l'emploi de ratios de diversion et d'analyse de l'élasticité croisée de l'offre des produits, permettant une analyse de substituabilité⁶³⁰. Cette solution semble certes optimale, mais une fois encore, peut s'avérer impossible en cas d'absence de données. Il conviendra dès lors, dans ces situations, d'employer d'autres outils, l'analyse purement économique s'en trouvant limitée. On se concentrera ainsi dans les paragraphes qui vont suivre sur les alternatives à une analyse purement chiffrée. En effet, cette dernière ne relève pas d'un immense intérêt sous l'angle du fardeau de la preuve, dès lors qu'il semble pouvoir être largement établi que les éléments précités semblent suffisants à admettre la substituabilité des produits, et ainsi leur proximité sur le marché. Dès lors, la preuve concrète ayant trait à cet effet non coordonné tient substantiellement dans la substituabilité des produits offerts par les parties à la concentration. On analysera ci-après d'autres moyens propres à établir un rapport de substituabilité entre les produits, permettant à l'autorité de pouvoir admettre les mêmes conclusions, en l'absence de données chiffrées.

L'analyse du rapport de concurrence particulier devra être fondée sur un faisceau d'indices, propre à établir la substituabilité particulière des produits concernés. On procédera ainsi en premier lieu à une analyse basée sur les localisations géographiques des parties. Il conviendra ainsi d'identifier certains critères propres au produit lui-même et susceptibles d'y limiter l'accès de certains concurrents. On pensera notamment aux difficultés de transport de certains biens, aux coûts de déplacement, ou encore aux réputations locales, qui seront susceptibles de jouer un rôle et de mener à la préférence, par le consommateur, d'un bien sur un autre. Bien que cette dernière étape semble utile, notre analyse nous pousse tout de même à nous questionner sur sa nature. En effet,

630 Lignes directrices, c. 28 ; Communication définition du marché, c. 38 ; BISHOP/WALKER, *The Economics of EC Competition Law, Concepts, Application and Measurement*, 3^{ème} édition, Londres 2010, n. 13-001 ; voir ég. BOTTERON, p. 158-160, 178.

elle ressemble en réalité plus à une correction du marché géographique qu'à un réel critère d'analyse individuel, lequel permettrait d'identifier un *micro* marché au sein d'un autre plus large. La même analyse peut d'ailleurs être faite relativement au marché de produit, dès lors que deux entreprises pourraient spécialiser leur offre de manière similaire, créant un marché particulier. Vient ensuite la nécessité d'analyser les préférences du consommateur, lesquelles auront un impact certain sur les rapports de concurrence entre produits sur le marché. On ne traitera pas ici de ratio de diversions, ceux-ci n'étant pas accessibles dans notre hypothèse. Il faudra en ce sens bien plus se focaliser sur les indices de préférence, tels les marques et réputations. On peut enfin évoquer la possibilité d'examiner la courbe d'élasticité des produits offerts par les entreprises parties. En effet, dans l'hypothèse où un tel examen mènerait à constater une très faible élasticité, il faudrait conclure à une difficulté inhérente au produit à considérer de réels substituts. Ainsi, la thèse d'une substituabilité plus faible se verrait renforcée. On relève toutefois encore que l'analyse de la préférence des consommateurs se ramène grandement à un établissement des ratios de diversion, tandis que l'analyse de l'élasticité simple d'un produit nécessite également la détention de certaines données. On observe relativement aux éléments mis en avant, les très maigres options propres à déterminer un rapport de concurrence particulièrement étroit en l'absence de données établissant des ratios de diversion concrets ou une élasticité croisée du prix des produits. On comprend dès lors que l'obtention de tels résultats, semble être, *in concreto*, la seule et unique solution pour la Commission d'établir un tel rapport. En effet, les indices mentionnés ci-avant, paraissent certes intéressants, mais semblent en finalité insuffisants à déterminer de tels rapports de concurrence. Il conviendra ainsi de considérer que l'unique démonstration possible par l'autorité tient dans l'établissement de ces données. Quant aux indices évoquer précédemment, ils peuvent servir de point d'appui à la Commission, l'aidant à étayer sa thèse et servant, ensemble, de facteurs supplémentaires dans l'analyse de cette dernière.

Dès lors le rapport de concurrence particulier établi, il s'agira de démontrer sa disparition. La constellation type réside dans ce que les entreprises concernées s'unissent et que le principe même de la concurrence entre elles disparaît. Il convient toutefois de relever d'autres hypothèses envisageables. On relèvera en premier lieu que l'opération de concentration peut faire disparaître un acteur pour d'autres motifs, celui-ci se retrouvant, des suites de l'opération, incapable de poursuivre son activité. De même, un concurrent pourrait, ensuite d'une concentration sur le marché, se retrouver diminuer dans sa capacité concurrentielle et ne plus être à même de porter une concurrence similaire. On prendra encore l'hypothèse d'un concurrent prenant une

ampleur particulière et dont le rival, anciennement proche, décidera de changer de ligne d'action pour ne pas être confronté à sa nouvelle puissance économique. Il s'agit de comprendre le principe de l'analyse à laquelle est confrontée la Commission dans ce cadre ; celle-ci se doit de démontrer la disparition du rapport préalablement établi, éventuellement son altération, menant à un rapport de concurrence usuel. Elle ne devra donc pas se limiter à vérifier la disparition d'un acteur ou l'union de concurrents proches, mais devra bien s'enquérir du lien entre les deux parties au marché et de l'impact de l'opération sur celui-ci. Si cette relation vient à disparaître ou à perdre de sa pression particulière, des suites de la concentration, la Commission doit pouvoir en déduire la survenance d'effets non coordonnés.

Dès lors que la Commission a démontré le rapport de concurrence particulier, mais également la disparition ou la réduction de celui-ci, il s'agit encore pour cette dernière que soit prouvé l'impact de cette perte sur le marché en général. On rappellera tout d'abord que l'on base l'entier de nos thèses sur le prérequis de marchés oligopolistiques, dès lors déjà fortement concentrés. En ce sens, il faut saisir que l'union d'entreprises étant les seules à se porter une concurrence particulière au sein d'un même marché peut rapidement se révéler néfaste pour la concurrence. Il conviendra toutefois de déterminer les facteurs propres à pouvoir établir une perte de concurrence générale. En effet, il ne suffit pas ici de poser la thèse que les entreprises parties ont une ligne d'action similaire pour pouvoir empêcher leur concentration, faute de quoi des prérogatives bien trop larges seraient données à la Commission. Il conviendra ainsi de chercher à identifier des critères de similitudes particuliers entre les entités, propres à mener à la réduction de la concurrence globale. On distinguera dès lors ci-après des constellations types permettant de mener à un tel constat, de cas d'ordre général, dans lesquels la Commission se verra imputer de plus larges incombances.

On mettra dès lors un accent particulier sur les concentrations d'acteurs ayant un trait particulier à l'innovation sur un marché. En effet, cette dernière permet le maintien de la concurrence sur le marché et empêche une augmentation des prix, forçant les parties à un marché à se renouveler en permanence. Il nous semble essentiel de noter que l'union de deux parties, parmi les plus innovantes et aux comportements les plus disruptifs, doit être vue comme ayant de fortes chances de mener à une entrave significative⁶³¹. Dans une même logique, on peut estimer que la concentration de deux entreprises à un marché, connues pour se faire concurrence directement à l'établissement de prix cassés, peut se révéler anticoncurrentielle. Ce constat amène évidemment à celui de la

631 À ce titre, voir not. M.7932 – *Dow/Dupont*, du 27 mars 2017.

réduction de la production, elle aussi anticoncurrentielle. En ce sens, on saisit que ce type d'entreprises, pour pouvoir lutter et offrir de tels prix préférentiels, se doit de produire en plus large quantité. La lutte par les prix s'en voyant réduite, c'est sans aucun doute la production qui se verrait également tirée vers le bas. On peut enfin réfléchir en termes de produits créant un effet de réseau. Dans de tels marchés l'appartenance audit réseau, ainsi que le nombre d'autres participants à celui-ci, se trouvent fondamentaux pour ses usagers, lesquels perdent tout intérêt à la prestation dès lors que les autres utilisateurs ne l'emploient plus. En ce sens, l'union des deux entités détenant un nombre d'usagers conséquent, lequel se verrait encore augmenté de par leur association, doit être vu comme anticoncurrentiel. Ces trois hypothèses ne doivent dès lors pas être considérées comme exhaustives, mais composent les cas types dans lesquels une réduction générale de la concurrence doit pouvoir être établie sans apport de preuve supplémentaire par l'autorité. En effet, on ne saurait attendre d'éléments complémentaire de l'autorité dans de tels cas. Il s'agira toutefois de saisir que tous les marchés ne se prêtent pas à de tels constats et impliquent parfois une analyse plus détaillée. Dans de tels cas, il sera attendu de l'autorité d'établir une analyse usuelle, basée sur l'ensemble des théories économiques. On saisit que le travail de celle-ci hors des cas spécifiques mentionnés plus haut se révélera plus exigeant, nécessitant une analyse approfondie et ne pouvant se limiter à des conclusions d'ordre général. On peut donc, en définitive, poser l'hypothèse d'un allègement du fardeau de la preuve imputable à l'autorité dans certaines circonstances particulières, que l'on pourrait traiter d'anticoncurrentielles *prima facie* et qui resteraient à définir de manière précise, au fil du développement de la pratique. Pour les constellations hors de cette sphère, il s'agira toutefois de remplir entièrement le fardeau de la preuve, propre à démontrer, sur une base économique, les incidences concrètes de l'opération. On précise toutefois à l'égard de ces dernières, que le fardeau de la preuve imputable à l'autorité doit être vu comme largement réduit. En effet, sur un marché oligopolistique et dès lors qu'un rapport de concurrence particulièrement intense est établi entre deux entités à celui-ci, la disparition de celui-ci implique, de manière quasi automatique, la survenance d'effets non coordonnés.

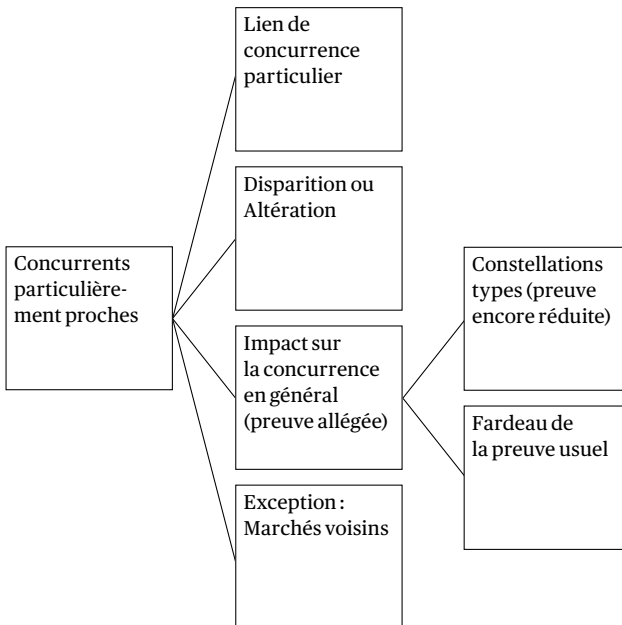
Dans une dernière étape de l'analyse se posera encore une question fondamentale et d'ordre plus général pour l'autorité, tenant de l'impact des marchés voisins. En effet, le risque inhérent à l'union de concurrents particulièrement proches tient en l'absence de pression concurrentielle qui pèserait sur eux des suites de l'opération. Toutefois et comme exposé dans la partie théorique de ce travail, cet effet peut être annihilé dès lors que des marchés voisins, n'offrant certes pas des produits en tous points exacts, sont accessibles. Ainsi, l'augmentation de prix se verrait impossible, les consommateurs pouvant

dévier, non pas sur un produit concurrent, mais sur un produit voisin. On voit ici une hypothèse imposant d'étudier les ratios de diversion en dehors du cadre du marché lui-même. On s'abstiendra ici de répéter les réflexions préalables relatives à la diversion des consommateurs, mais on cherchera à mettre en avant les caractéristiques de ce type de marché. En tout premier lieu, il sied de comprendre qu'une hypothèse de ce type ne pourra dans tous les cas pas se révéler effective sur des marchés de produits de première nécessité. En effet, la renonciation à certains biens se trouve impossible et ne pourra être envisagée. On traite dès lors uniquement de biens de luxe, lesquels peuvent être remplacés par une alternative d'un autre type en cas d'augmentation excessive de prix. De plus, on pose l'hypothèse de biens devant être facilement accessibles, tant un effort supplémentaire dans leur acquisition représenterait une barrière à une quelconque diversion. Enfin, on suppose que le bien en question doit être considéré comme substitut concret du bien au contentieux, sur un marché de produit plus large, faute de quoi une telle hypothèse ne pourra être posée. Dès lors l'une de ces hypothèses remplies, l'on considère que la Commission se doit de considérer l'entrée en jeu de marchés voisins. On précise néanmoins qu'un tel cas doit être vu comme une exception, tant le rapport de concurrence particulièrement proche initial implique, en principe, une grande similitude des produits, laquelle crée ce rapport de concurrence spécial. Faute de celle-ci, on saisit mal comment un produit pourrait entrer dans un tel rapport de concurrence. Cet élément semble tenir tout au plus de l'hypothèse et ne doit pas alourdir trop fortement le fardeau de la preuve imputable à la Commission. Ainsi, s'ils pourront certes être pris en compte dans l'analyse de l'autorité, on ne saurait attendre de celle-ci qu'elle cherche à déterminer les impacts exacts des marchés voisins. On émet ici la réserve que lui incombe toutefois la définition correcte des marchés, et qu'elle ne saurait se dédouaner de ses obligations en définissant le marché de manière trop étroite. On se contentera donc de poser l'hypothèse d'une exception devant être soulevée par les parties à une opération et non vérifiée d'office par la Commission. Une telle constellation devra néanmoins rester une exception, faute de quoi toute atteinte à la concurrence pourrait être justifiée par l'existence de marchés voisins. L'établissement correct du marché géographique suffira donc à emporter le fardeau de la preuve devant être atteint par l'autorité.

En conclusion, on dénote la nécessité d'une analyse en deux étapes, la première consistant à établir le lien de concurrence particulier entre deux entités, ainsi que sa disparition ou son érosion, et la seconde tendant à établir l'impact de cette dernière sur le marché en général. On rappelle à l'égard de la première étape le caractère essentiel des outils économiques dans le rôle de la Commission, devant déterminer la substituabilité de biens et de produits,

sur la base de ratios de diversion et de notions comme l'élasticité croisée du prix des produits. On dénote donc un effet unilatéral se distinguant des autres et nécessitant de l'autorité l'apport d'une preuve souvent basée sur un faisceau d'indices. Quant à la seconde étape, on ne saura toutefois que réduire l'incombeance imputée à la Commission. En effet, sur des marchés oligopolistiques, l'existence même d'un lien de concurrence particulier sera, dans la grande majorité des cas, propre à mener à la survenance d'effets non coordonnés. C'est dès lors selon nous une preuve assez simple qui sera attendue de la Commission, une analyse approfondie n'étant attendue d'elle que dans des circonstances particulières et bien plus anodines. Il pourra ainsi être admis un fardeau de la preuve assez léger, lui permettant de considérer, en cas de disparition d'un lien de concurrence particulier sur un marché oligopolistique, la survenance d'effets non coordonnés. Le schéma ci-après permet une vue d'ensemble :

Figure 6 : Concurrents particulièrement proches



ii. *Capacité de l'entreprise concentrée à freiner l'expansion de concurrents*

Dans l'analyse de ce dernier effet non coordonné, il s'agira de mettre en avant tant la modification des rapports de concurrence particuliers que de celle générale sur le marché. On mettra toutefois plus l'accent sur la première, tant elle paraît plus spécifique à cet effet anticoncurrentiel. Il s'agira dès lors dans un premier temps de rappeler que ce type d'effets non coordonnés émane de la possibilité pour l'entreprise fusionnée de bloquer le développement de petites entreprises, de compliquer celui de concurrents potentiels ou de limiter la capacité concurrentielle d'autres acteurs du marché. Ainsi, celle-ci se trouve dans une nouvelle position vis-à-vis de ses concurrents, lui permettant une emprise sur eux et lui allouant la possibilité d'exercer un pouvoir de marché disproportionné. On remet également en avant une condition qui semble assez évidente, en ce que le contrôle détenu par l'entité fusionnée doit être nouvellement créé et découler de l'opération de concentration⁶³². Au sens de ce dernier élément, il s'agira d'établir que cette puissance n'est pas effective *ante* concentration. On entrera dès lors en détail sur l'examen de l'existence, pour les entreprises parties à l'opération, d'une capacité à réduire les activités de leurs concurrents. À cette fin, on reprendra successivement les différents cas types pouvant mener à une telle constellation. On cherchera pour chacun d'eux à déterminer le rôle imputable à la Commission et les devoirs s'imposant à elle dans le but de démontrer la survenance d'effets non coordonnés.

On commencera par traiter des conséquences de l'intégration verticale découlant d'une concentration. De par sa genèse même, celle-ci peut être une source évidente d'effets anticoncurrentiels, donnant justement la possibilité à une entité concentrée de bloquer certains accès à ses concurrents, dès lors qu'elle prendrait, par exemple, le contrôle de facilités essentielles ou de fournisseurs clés. Bien que dès lors allégée en la matière, la preuve imputable à la Commission ne doit toutefois pas être considérée comme nulle. En effet, il conviendra encore pour celle-ci, une fois l'intégration verticale constatée, de démontrer qu'elle permet un avantage concret, permettant de limiter les concurrents. Une telle concentration, si elle n'alloue aucun contrôle sur les autres acteurs du marché, peut en effet se révéler avantageuse pour la concurrence. Il faut en ce sens comprendre que la mise en commun de deux échelons de la production permettrait des économies de coûts non négligeables, qui en situation de concurrence effective profiteraient au consommateur. Il sera dès lors attendu de la Commission qu'elle démontre la faculté de contraindre les

632 Lignes directrices, c. 36; MONTAG/VON BONIN, *ad art. 2 FKVO*, n. 200.

parties restées sur le marché, bien plus qu'elle ne doit prouver l'intégration verticale elle-même. On pose dès lors l'hypothèse d'une nécessité, pour l'autorité, de démontrer la détention d'une prérogative par la nouvelle entité, celle-ci se munissant, par la concentration d'un accès privilégié à la production. Ainsi, on pense à la concentration d'un distributeur avec le fournisseur principal du marché, ou avec une entité détenant l'unique moyen de production d'un bien. La simple obtention, par l'entité, d'une meilleure rentabilité et de plus larges économies d'échelle ne sera pas suffisant, dès lors que ces éléments vont à l'avantage de la concurrence. On attendra donc de l'autorité la démonstration d'une capacité à exercer des pressions sur ses concurrents directs, tant par l'application de prix supraconcurrentiels, que de blocages complets à l'accès au marché, empêchant la viabilité économique des concurrents. On précise enfin que, dans le cadre d'une analyse à futur, la simple possibilité d'entraver le développement ou la bonne marche des concurrents devra suffire à établir de tels effets non coordonnés.

Apparaît ensuite la question de l'acquisition de droits de propriété intellectuelle par le biais de l'opération. En ce sens, ces droits exclusifs et *erga omnes* vont, comme dans le cadre de prérogatives découlant de l'intégration verticale, permettre à l'entité concentrée de détenir un contrôle sur les autres acteurs du marché. Une délicatesse se pose immédiatement car le principe même de ces droits est entièrement légal et justifié, mais que c'est leur acquisition dans le cadre d'une opération de concentration qui pose problème. En effet, ils ne confèrent pas, *per se*, un pouvoir de marché ou une position dominante à leur détenteur⁶³³. C'est ainsi bien plus la question de l'impact de ces droits sur le marché qui posera problème. En effet, la simple obtention de droits de propriété intellectuelle ne peut suffire, seule, à juger une opération incompatible avec le marché commun. Il faut bien plus que les droits acquis permettent un certain contrôle et une emprise sur les concurrents restés au marché. On se limitera ci-après à traiter brièvement de droit des marques et des brevets. Relativement aux marques, leur détention, lorsque celles-ci connaissent la préférence des consommateurs, est propre à offrir un avantage considérable. Ainsi, il y aura lieu, pour la Commission, de chercher à établir une telle préférence ainsi que l'avantage en découlant. Dans une même logique, la détention d'un brevet est propre à permettre, pour une durée certes limitée, à la nouvelle entité d'empêcher certaines prérogatives à ses concurrents. On comprend en ce sens que la Commission aura pour rôle de montrer que le domaine d'activité prohibé touche directement les concurrents restants dans leur capacité à porter une concurrence concrète sur le marché. Ainsi et comme en matière d'intégration

633 CANAPA, p. 47.

verticale, la preuve imputable à la commission semble assez simple, mais ne peut consister en la simple détention de nouveaux droits de propriété intellectuelle, ceux-ci devant encore avoir un impact sur les relations de concurrence.

Toujours dans un même ordre d'idée, il semble utile de mettre en avant les marchés dont la structure est particulière, tout spécialement ceux sur lesquels existe une interopérabilité entre infrastructures ou plateformes. On pense tout particulièrement aux marchés de télécommunications, au sein desquels les fournisseurs doivent permettre l'accès à un réseau. Cela n'est évidemment pas sans rappeler les éléments mis en avant dans le cadre de l'intégration verticale. En effet, la détention d'un accès privilégié à une plateforme ou infrastructure particulière doit être vue comme telle. À l'instar des observations faites ci-dessus, il ne faudra pas oublier de démontrer le caractère essentiel de la prérogative nouvellement détenue. Ainsi, obtenir un accès privilégié à un tel élément pourrait s'avérer tout à fait conforme à la concurrence, si celui-ci n'est pas le seul à libre disposition des concurrents. C'est toutefois bien la détention, à titre individuel, ou à tout le moins sous un contrôle certain, qui paraît contraire au droit de la concurrence, allouant à l'entité concentrée de freiner ses concurrents. Comme évoqué ci-avant, c'est cette prérogative qui doit permettre de conclure à la survenance d'effets non coordonnés, la détention de la plateforme ne suffisant pas.

Vient ensuite un élément d'ordre beaucoup plus général, qu'il faudra, à notre sens, analyser avec plus de retenue : la puissance financière des entreprises concentrées. Celle-ci peut en effet constituer un facteur propre à permettre de tels effets anticoncurrentiels. Ce constat semble toutefois être d'ordre très général, tant l'augmentation de puissance économique permettra dans tous les cas à une entité d'être plus indépendante dans son activité et de se libérer de pressions concurrentielles. Au vu du caractère très général de cet élément, on considère qu'il doit servir tout au plus d'indice propre à renforcer les éléments traités ci-avant. Il n'empêche toutefois que la détention d'une grande puissance économique, seule, ne peut être vue comme suffisante à établir la survenance d'effets non coordonnés.

Enfin, il y a lieu de revenir sur les éléments issus de la pratique décisionnelle des autorités. À ce titre, on mentionnera les économies d'échelle incitant à la hausse des prix⁶³⁴, ainsi que les contrats de distribution donnant des prérogatives spéciales à l'entité concentrée⁶³⁵. On perçoit ici des réductions obte-

634 Voir COMP/M.1693 – *Alcoa/Reynolds*, du 3 mai 2000 et M.2420 – *Mitsui/CVRD/Caemi*, du 30 octobre 2001.

635 Voir M.8633 – *Lufthansa / Certain Air Berlin Assets*, du 21 décembre 2017.

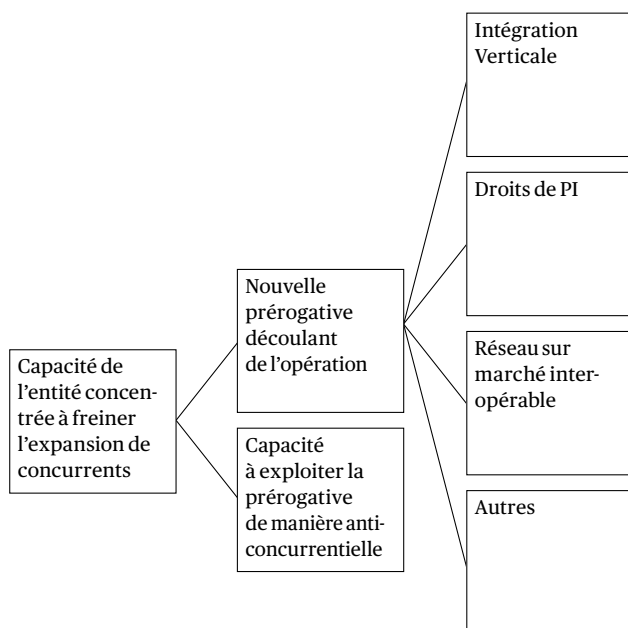
nues par l'entité au niveau de l'échelon de production supérieur. On rappelle les remarques faites dans le cadre de l'intégration verticale, en ce que de telles prérogatives à elles seules ne sont pas anticoncurrentielles. Elles le deviennent en revanche lorsque celui qui les détient est en mesure de reporter le bénéfice sur sa personne, excluant tout avantage pour le consommateur. Ainsi, c'est l'incitatif de l'entité concentrée à ne pas réduire ses prix en cas d'économies de ce type qui devra être démontrée. Ces éléments ne peuvent suffire, seuls, à la détermination d'effets non coordonnés, mais la faculté, pour les parties à la concentration, de profiter des avantages acquis le permet. En ce sens, il faut comprendre que la Commission devra être à même de démontrer que l'exploitation des nouvelles prérogatives sera possible, sans risque de réactions d'un concurrent. Ainsi, sur la base des théories économiques, l'autorité devra être à même d'établir que les effets anticoncurrentiels, s'ils sont appliqués par l'entité concentrée, lui seront bénéfiques et ne pourront pas être rendus nuls par une entrée potentielle ou la déviation des consommateurs.

En définitive et au vu de l'ampleur de ce type d'effets anticoncurrentiels, on ne saurait prétendre à une quelconque exhaustivité dans le cadre de notre analyse. Un élément central et commun à l'ensemble des diverses constellations se distingue toutefois, car ce ne sont pas les prérogatives acquises du fait de l'opération qui posent problème en elles-mêmes, pouvant être à l'avantage de la concurrence, mais bien la faculté pour l'entité concentrée de les exploiter de manière contraire à celle-ci. Ainsi, c'est la position et la puissance de marché de la nouvelle entité, découlant de l'opération, qui devra être analysée par la Commission. Celle-ci devra, en ce sens, amener la preuve d'une simple possibilité de léser les concurrents restants, sans avoir à démontrer une volonté de le faire. En effet, on peut partir de l'idée que la simple possibilité d'agir de la sorte est suffisante, dès lors que l'inexploitation d'une certaine puissance de marché semble et peu probable. On précise encore que cette prérogative devra naître de l'opération et ne pas lui être antérieure, faute de quoi la question perdrait tout rapport avec le contrôle des concentrations.

Enfin, on s'est concentré ici sur la détérioration des rapports entre concurrents, respectivement la capacité nouvelle d'une entité à restreindre les prérogatives d'une autre. On réalise néanmoins que celle-ci implique de manière inhérente la réduction de la concurrence sur le marché en général, tant la perte de rapports de concurrence internes sur des marchés oligopolistiques induit inéluctablement le déclin de la concurrence générale. Il sied toutefois de mentionner à cet égard, que la simple détérioration d'un rapport de concurrence ne nous semble pas, seule, suffisante à pouvoir décréter ce type d'effets. C'est bien plus la perte de concurrence sur le marché lui-même qui se doit d'être démontrée. On mettra rapidement fin à ce débat, dès lors que la détérioration

d'un tel rapport interne doit être vue comme une atteinte à la concurrence sur le marché, *per se*, dans le cadre de marchés oligopolistiques. Ci-après un schéma résumant les éléments exposés en amont :

Figure 7 : Capacité de l'entité concentrée à freiner l'expansion de concurrents



5.2.2.5. Proportionnalité et liberté économique

Il convient à présent de traiter de la proportionnalité des mesures prises par l'autorité de la concurrence dans le cadre de ses décisions, laquelle devra être mise en comparaison avec le droit à la liberté économique qui doit être reconnu aux acteurs du marché. En ce sens, l'entier de la légitimité de la Commission à interdire une opération de concentration se recoupe dans ce que celle-ci n'exécède pas les mesures qui peuvent légitimement être attendues d'elle. En effet, le droit de la concurrence a pour but d'empêcher les distorsions illicites sur le marché, mais celui-ci ne saurait permettre à la Commission de pouvoir entraver des opérations n'allouant aucune prérogative anticoncurrentielle. Ainsi, l'autorité a certes pour but de protéger le marché, mais n'est en aucun cas légitimée

à le faire lorsque celui-ci se concentre seul, par le cours naturel des choses. Il faut ainsi comprendre que la liberté économique des acteurs aux marchés devra être respectée dès lors que ceux-ci doivent être libres dans leurs démarches, les seules opérations de concentration pouvant être interdites étant celles ayant un tenant anticoncurrentiel. Il sied également de saisir que bien que l'autorité soit légitimée à entrer en matière, il incombera encore à celle-ci de le faire de façon proportionnée et sans excéder ses prérogatives. L'interdiction pure et simple d'une opération devra par exemple être une *ultima ratio* à laquelle devront être préférées les solutions moins dommageables à la liberté économique que sont principalement les engagements. En ce sens, il faut comprendre un besoin général de proportionnalité dans les mesures de l'autorité, laquelle se devra d'agir en conséquence des réalités concrètes et des cas d'espèce déterminés, sans excéder ses prérogatives. Ces éléments se rapportant intimement et de manière directe au fardeau de la preuve, il conviendra d'en faire un bref exposé et de chercher à déterminer leurs implications exactes pour la Commission. Ceux-ci définissent en effet les marges de l'exercice du contrôle de l'autorité et posent certaines limites, tout comme ils permettent de définir la marge d'action de celle-ci. En ce sens justement, il ne faut pas percevoir la liberté économique uniquement comme une limitation du champ d'activité de la Commission, mais également comme sa justification même, permettant, dans le même temps, l'intervention de l'autorité. Dans le cadre de l'analyse qui va suivre, nous avons dès lors choisi d'employer la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (ci-après : *la Charte*)⁶³⁶ comme base de notre étude. En effet, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, cette Charte est devenue une liste de droits fondamentaux juridiquement contraignante dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union Européenne⁶³⁷, menant à une nouvelle étape de la protection desdits droits au sein de celle-ci⁶³⁸ et permettant leur développement par le biais de la jurisprudence de la CJUE.

636 Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne 2000/C364/01, du 18 décembre 2000 (ci-après : *Charte*).

637 FERRARO/CARMONA, *Les Droits fondamentaux dans l'Union européenne – Le rôle de la Charte après le traité de Lisbonne*, EPRS – Service de recherche du Parlement européen, PE554.180, mars 2015, p. 10 ; DE VRIES/BERNITZ/WEATHERILL, *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument: five years old and growing*, Hart Publishing, Oxford 2015, p. 1.

638 DE VRIES/BERNITZ/WEATHERILL, *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing, London 2013, p. 1 (*cit II*); GROUSSOT/THOR PETURSSON, *The Emergence of a New Constitutional Framework?*, in De Vries/ Bernitz/ Weatherill, *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing, London 2013, p. 135.

Ainsi, c'est l'art. 16 de cette dernière qui consacre la liberté d'entreprise. Toutefois, celui-ci ne la décrit que comme étant *reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales*⁶³⁹. Au vu de cette disposition qui ne peut être qualifiée que de trop vague, il convient de se pencher sur la jurisprudence de la CJUE afin de pouvoir en déduire la réelle portée. En ce sens, on se concentrera ici sur le récent arrêt de la Cour *Bank Mellî Iran c. Telekom Deutschland GmbH*⁶⁴⁰, lequel reprend nombre de constats déjà établis dans des décisions antérieures de l'autorité. Au sens des considérants de cet arrêt, l'art. 16 de la Charte comporte la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, la liberté contractuelle et la concurrence libre⁶⁴¹. Elle vise, notamment, le libre choix du partenaire économique ainsi que la liberté de déterminer le prix demandé pour une prestation⁶⁴². Partant, la liberté d'entreprise consacrée à l'art. 16 de la Charte doit effectivement être perçue comme le pendant de la liberté économique des entreprises dans l'UE. L'arrêt susmentionné précise toutefois d'emblée⁶⁴³ que la liberté d'entreprise consacrée à l'article 16 de la Charte ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit, d'une part, être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société⁶⁴⁴ et, d'autre part, être mise en balance avec les autres intérêts protégés par l'ordre juridique de l'Union⁶⁴⁵ ainsi que les droits et les libertés d'autrui⁶⁴⁶. En conclusion, cette liberté peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique⁶⁴⁷. Ainsi, dans le cadre de notre étude, on saisit qu'une opération de concentration doit être perçue comme l'exercice de prérogatives économiques liées à l'exercice d'une activité lucrative et rentrant dans le cadre de la liberté conférée à l'art. 16 de la Charte. Partant, il peut en être déduit une protection effective de la liberté économique des entreprises dans l'Union Européenne, celle-ci pouvant toutefois être limitée.

639 Charte, art. 12.

640 C-124/20 – *Bank Mellî Iran c. Telekom Deutschland GmbH*, du 21 décembre 2021.

641 C-124/20 – *Bank Mellî Iran c. Telekom Deutschland GmbH*, du 21 décembre 2021, c. 50; voir ég. C-686/18 – *Adusbefe.a. c. Banca d'Italia*, du 16 juillet 2020, c. 82.

642 C-124/20 – *Bank Mellî Iran c. Telekom Deutschland GmbH*, du 21 décembre 2021, c. 79; voir ég. C-798/18 et C-799/18 – *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettro-niche (Anie) e.a. c. Ministero dello Sviluppo economico*, du 15 avril 2021, c. 57.

643 C-124/20 – *Bank Mellî Iran c. Telekom Deutschland GmbH*, du 21 décembre 2021, c. 80.

644 C-277/16 – *Polkomtel c. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, du 20 décembre 2017, c. 50.

645 C-101/12 – *Schaible c. Land Baden-Württemberg*, du 17 octobre 2013, c. 60.

646 C-283/11 – *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, du 22 janvier 2013, c. 48.

647 C-124/20 – *Bank Mellî Iran c. Telekom Deutschland GmbH*, du 21 décembre 2021, c. 81.; C-283/11 – *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, du 22 janvier 2013, c. 46.

Il convient dans une deuxième étape de se questionner sur la protection conférée par cette liberté, en ce qu'elle permet tant l'effectivité d'une base de contrôle pour l'autorité, qu'elle ne limite ses prérogatives. Il sera ainsi nécessaire de procéder à l'analyse des inconvénients de la Commission liée à cette liberté fondamentale. On se tiendra ici à une étude globale, renonçant à une exhaustivité, tant la liberté économique n'est pas au centre de notre recherche. On tire ainsi le constat d'une obligation pour l'autorité de ne pas s'immiscer dans les transactions d'ordre économique d'entreprises sans légitimation. En ce sens et dans le cadre restreint du contrôle des concentrations, on conclura purement à ce que l'autorité doit se charger d'établir la démonstration d'effets non coordonnés, aux fins de pouvoir empêcher la réalisation d'une opération de concentration, faute de quoi dite liberté se verrait violée. Dans le sens inverse, c'est cette liberté elle-même qui pourrait servir de base aux prérogatives de l'autorité, en ce que les entraves significatives au marché, affectant d'autres entreprises, pourront servir de moyens propres à démontrer une violation. On prendra ici l'exemple des opérations créant une capacité, pour l'entreprise concentrée, à freiner l'expansion de concurrents. On comprend, dans une telle constellation, l'impact de la liberté économique comme facteur fondant les prérogatives de la Commission, tant l'opération de concentration engendre des entraves aux entreprises restées au marché.

En ce qui touche à présent à la proportionnalité des mesures prises par la Commission, il va de soi que l'autorité aura pour tâche d'en faire un point d'orgue et de ne pas se laisser emporter par des véhémences mal placées. Il sied en premier lieu de rappeler que le principe de proportionnalité est intimement lié à la restriction de droits fondamentaux et doit être analysé sous cet angle. En ce sens, c'est l'art. 52 al. 1 de la Charte qui doit être mis en avant, clause de limitation générale, applicable de manière horizontale à l'intégralité de celle-ci⁶⁴⁸. Au sens de ce dernier, *toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui*⁶⁴⁹. D'après cet article, toute limitation des droits fondamentaux doit ainsi remplir trois conditions globales, soit, être prévue par la loi, respecter le contenu essentiel des droits, ainsi que le principe de proportionnalité⁶⁵⁰. À celles-ci s'ajoute encore, à lecture du texte légal, la

648 GROUSSOT/THORPÉTURSSON, p. 137.

649 Charte, art. 52 al. 1.

650 FERRARO/CARMONA, p. 21.

nécessité de répondre à un objectif d'intérêt public reconnu. La CJUE a ainsi développé ces principes dans trois arrêts récents, prononcés depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne⁶⁵¹, soit *Schecke*⁶⁵², *Test-Achats*⁶⁵³ et *Digital Rights Ireland*⁶⁵⁴. C'est particulièrement ce dernier arrêt qui nous intéressera, en ce qu'il développe le principe de proportionnalité. Au sens des enseignements clés devant être retenus, ladite décision indique qu'une atteinte doit être adaptée à atteindre le but recherché, délimitée, dans la mesure où particulièrement étendue et grave, qu'elle ne doit pas être excessive, fournir des critères objectifs et se limiter au strict nécessaire⁶⁵⁵. En d'autres termes, on pose la thèse d'un principe de proportionnalité impliquant qu'une restriction soit apte à atteindre le but visé, nécessaire, en ce qu'aucune solution moins dommageable ne soit envisageable, et enfin, proportionnée au sens étroit du terme, en ce qu'elle n'excède pas ce qui est nécessaire à atteindre le résultat cherché. Il sied ensuite de brièvement évoquer les autres principes nécessaires à assurer la proportionnalité d'une limitation des droits fondamentaux. Il pourra en premier lieu être renoncé à l'analyse de la condition de l'intérêt public, laquelle n'appelle pas de commentaire particulier. Pour ce qui a trait à la nécessité d'une base légale, on précise simplement à cet effet que ce n'est pas le rang de la loi permettant la limitation qui importe, mais bien la qualité de celle-ci⁶⁵⁶. On pose en ce sens l'hypothèse, assez évidente, de ce que les bases légales supérieures émanant directement du droit européen doivent être considérées comme propres à remplir ce critère. Relativement enfin au respect du contenu essentiel des libertés, ce critère est vu par une partie de la doctrine comme faisant partie du critère de proportionnalité au sens large⁶⁵⁷, peu importe en réalité dans le cadre de notre étude, dès lors qu'il faut uniquement retenir de celle-ci qu'elle implique que la limitation des droits ne soit pas une interférence intolérable et disproportionnée à la substance du droit qui se trouve restreint⁶⁵⁸.

Dès lors ces derniers critères établis et développés, il convient à présent de les examiner dans le contexte spécifique de l'interdiction d'une opération de concentration. Pour ce qui a tout d'abord trait à la base légale, c'est l'art. 2 du

651 *Ibidem*.

652 C-92/09 et C-93/09 – *Volker und Markus Schecke GbR c. Land Hessen*, du 17 juin 2010.

653 C-236/09 – *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a. c. Conseil des ministres*, du 1^{er} mars 2011.

654 C-293/12 et C-594/12 – *Digital Rights Ireland Ltd. c. Minister for Communications*, du 8 avril 2014.

655 FERRARO/CARMONA, p. 23.

656 GROUSSOT / THOR PETURSSON, p. 139.

657 Voir notamment GROUSSOT / THOR PETURSSON, p. 144.

658 GROUSSOT / THOR PETURSSON, p. 143.

Règlement qui doit être perçu comme permettant une telle limitation des prérogatives des entreprises. Cette disposition, certes d'ordre très général, doit néanmoins être considérée comme suffisante à limiter les opérations, dès lors que ce domaine du droit nécessite la flexibilité qu'elle emporte. Au surplus, on ne peut exiger du législateur qu'il renonce totalement à recourir à des notions générales comportant une part nécessaire d'interprétation⁶⁵⁹. L'intérêt public semble quant à lui évident, la libre concurrence sur le marché étant l'élément en jeu. Enfin, rien n'indique que l'essence même de la liberté économique des entreprises ne soit touchée d'une manière insoutenable en l'espèce par de telles limitations, tant ce ne sont pas l'entier des concentrations qui se voient prohibées. On laissera dès lors ces trois notions de côté dans le cadre de notre étude postérieure, l'analyse devant bien plus se porter sur la proportionnalité des mesures prises par la Commission.

Ainsi, au vu des éléments exposés ci-dessus, le contrôle de la proportionnalité des décisions de la Commission implique de s'assurer que celles-ci soient aptes à protéger la libre concurrence sur le marché, qu'elles soient nécessaires à le faire, étant de ce fait les solutions les moins incisives à disposition, mais également qu'elles soient proportionnées, au sens littéral du terme, en ce qu'elles n'excèdent pas la mesure nécessaire à obtenir dite protection. On ne se concentrera pas en l'espèce sur le premier facteur mais uniquement sur les deux derniers, tant l'aptitude des mesures prises par la Commission semble appropriée et ne pas nécessiter de développements supplémentaires. En ce qui touche premièrement à la nécessité de la mesure, toute solution moins incisive devra être préférée, créant une obligation pour l'autorité de ne mettre certaines prérogatives à exécution que dans certains contextes. Comme évoqué auparavant, l'interdiction d'une opération de concentration devra, sur cette base, être vue comme une *ultima ratio*. On comprend dès lors que ces principes sont employés de manière tacite et continue par l'autorité dans le cadre de son contrôle, devant privilégier les engagements à des interdictions pures et simples. Quant à la question de la proportionnalité au sens étroit, elle impliquera de la part de la Commission de mettre en balance la gravité des effets de la restriction choisie et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public⁶⁶⁰. On peut ainsi poser l'hypothèse, sur la base de cette balance des intérêts, que l'autorité, dans sa démonstration des effets non coordonnés, devrait être tenue d'établir, à suffisance, les impacts anticoncurrentiels de la concentration sur le marché,

659 SCHMIDT NOEL, *La limitation des droits constitutionnels fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2011, p. 50.

660 SCHMIDT NOEL, *La limitation des droits constitutionnels fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2011, p. 80; sur la proportionnalité, KËLLEZI, p. 133-134.

afin de justifier une mesure. C'est aujourd'hui bien la question de l'étendue de cette démonstration qui se pose, l'intensité des effets anticoncurrentiels devant être suffisante à appuyer des limitations prises par l'autorité. La réponse à cette interrogation semble toutefois évidente au vu de l'impact extrême des effets unilatéraux, exposé plus en amont dans cet écrit. En effet, contrairement à ce qui a pu émaner d'une certaine casuistique⁶⁶¹, c'est le principe même d'une violation de la concurrence sur la base de prérogatives unilatérales des suites d'une opération de concentration qui doit être condamné, indépendamment de son étendue effective. Qu'importe l'intensité de la mesure, qui plus est pas toujours simple à jauger, c'est le principe même d'une violation du droit qui engendre la détérioration de la concurrence. Ainsi, la réduction de la concurrence, *a fortiori* sur des marchés oligopolistiques, constitue en elle-même une violation suffisante pour remplir la condition de proportionnalité au sens étroit et constituer une justification à la restriction de la liberté économique des entités parties à l'opération de concentration. Faute d'une telle approche, on ne pourrait en effet plus condamner toute attaque au libre marché et imputerait un fardeau de la preuve bien trop lourd à la Commission dans le cadre d'une évaluation à futur. De la sorte, celle-ci devrait, en plus de démontrer des effets anticoncurrentiels, estimer avec une précision qui ne peut être attendue d'elle, ses impacts effectifs sur le marché, ce qui ne peut raisonnablement être requis de sa part. Partant, la simple détermination d'effets non coordonnés est suffisante à justifier de la proportionnalité de mesures restrictives prises par la Commission.

En définitive, on comprend que la notion de liberté économique est intimement liée au contrôle des opérations de concentration, dès lors que la limitation de celles-ci correspond à une entrave à cette liberté fondamentale. C'est cet élément même qui implique la nécessité de l'apport de la preuve d'une atteinte à la concurrence par la Commission, fondant le cœur même de cet écrit. Quant à la proportionnalité, notion d'intérêt général en droit, elle semble remplie, au vu des conclusions prises ci-avant, dès lors simplement que l'autorité se charge de démontrer la survenance d'effets non coordonnés, sans avoir, au surplus, à en démontrer l'étendue. C'est ce dernier constat qui semble ici novateur, tant dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms* notamment, le Tribunal a reproché à la Commission le fait de ne pas démontrer avec une exactitude suffisante l'impact des effets non coordonnés. C'est toutefois une preuve insoutenable qui est requise de la part de l'autorité de la concurrence dans de tels cas, et qui devra, dans le futur ne plus être attendue d'elle. En effet, il serait contraire au contrôle des concentrations lui-même de maintenir une telle exigence de

661 En particulier T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020.

preuve de la part de l'autorité, faute de quoi cette dernière se trouverait sans cesse dans l'incapacité de déterminer de tels effets anticoncurrentiels. On pose dès lors le souhait, à futur, de voir ce pan du droit de la concurrence se développer, en ce sens que le simple apport de la preuve d'un effet non coordonné, devra être suffisant à permettre l'intervention de la Commission, laquelle se devra toutefois rester la moins incisive possible.

5.2.2.6. D'une nouvelle clause générale et résiduelle

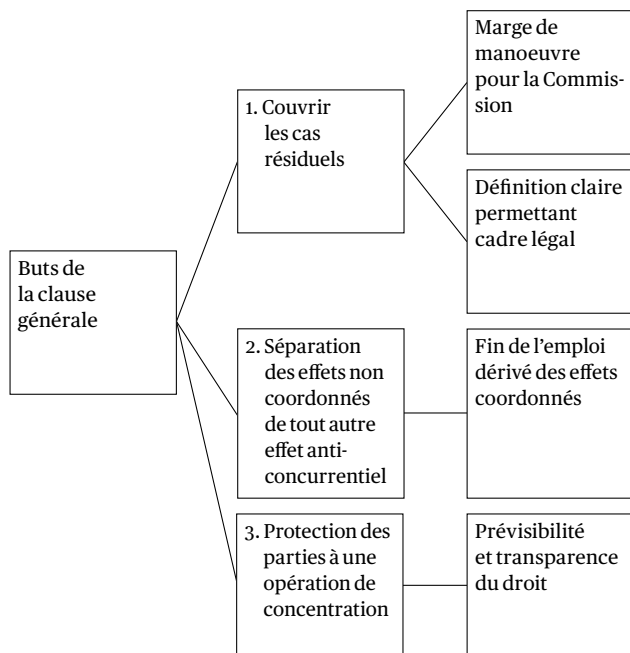
a. Généralités

On rappelle enfin la proposition, faite à titre préalable, tendant à la possibilité d'insérer une clause générale des effets non coordonnés aux fins de permettre à la Commission la prise en considération des cas résiduels. Il s'agira ici de chercher à établir les conditions d'une telle cautelle et de venir proposer une solution novatrice permettant de lever l'incertitude qui demeure dans la prise en compte de certains effets non coordonnés. En effet, on perçoit à certains égards, une obligation, pour la Commission, de créer des mécanismes ambigus aux fins de pouvoir justifier de l'interdiction d'une concentration, quand bien même celle-ci semble en tous points contraire à la concurrence. On prendra ici pour point d'orgue la difficulté qu'implique la détermination d'effets non coordonnés, incitant l'autorité à se tourner vers les coordonnés, dont les conditions sont établies en détail. Certes, les propositions faites en amont dans ce chapitre devraient être à même de permettre une meilleure définition du fardeau imputé à la Commission et ainsi une meilleure utilisation de ce type d'effets anticoncurrentiels, mais l'ajout d'une clause générale nous semble essentielle à la prise en compte des cas non encadrés. Il faudra néanmoins que les conditions d'applicabilité d'une telle clause soient clairement définies, faute de quoi c'est la sécurité du droit qui en pâtirait, permettant à l'autorité de décréter l'existence d'effets non coordonnés de manière contraire à la liberté économique. Ainsi, on cherchera, ci-après, à exposer des propositions d'ordre général, sur une clause générale des effets non coordonnés souhaitable, aux fins d'assurer la prise en considération de chacun de ceux-ci, d'éviter les vides juridiques, mais également d'assurer une sécurité et une prévisibilité du droit. Par la même occasion, ladite clause permettra de protéger également les entreprises parties à des opérations, fixant les limites du cadre permettant l'intervention de l'autorité.

Il convient tout d'abord d'envisager le champ d'application de la clause générale, propre à déterminer son incidence concrète sur les effets non coordonnés. On pose tout d'abord ici l'hypothèse d'une clause résiduelle, uniquement subsidiaire aux éléments déjà connus et analysés en précédence. Il convient dès lors de saisir une obligation d'analyse inversée de la part de la

Commission, en ce que l'autorité aurait tout d'abord pour tâche de chercher à prouver un effet non coordonné spécifique. Ce n'est que dans une seconde étape, dans l'éventualité d'une impossibilité de démontrer un effet non coordonné du type de ceux analysés en amont, que la Commission devra se tourner vers cette clause. Ainsi, celle-ci permettra tout d'abord de couvrir l'ensemble des cas d'effets non coordonnés, comprenant également ceux non encore définis ou répertoriés mais susceptibles d'apparaître à court ou moyen terme. Sous un second angle, elle offrira également à l'autorité un outil lui permettant de ne pas devoir se tourner vers d'autres prérogatives du droit de la concurrence, notamment les effets coordonnés. Cette dernière faculté permettra dès lors de réellement distinguer les divers effets anticoncurrentiels sur un marché, allouant à la Commission le luxe de ne plus devoir faire correspondre certains effets anticoncurrentiels à des effets coordonnés. Comme exposé en amont dans le cadre de notre analyse de la liberté économique, il y aura ainsi simplement lieu pour la Commission de démontrer que cette clause est remplie, pour faire valoir des effets anticoncurrentiels sur le marché, la survenance d'effets non coordonnés devant suffire. Dès lors, celle-ci se devra d'également respecter les droits des parties à une opération de concentration et de ne pas excéder les prérogatives de l'autorité. Il s'agira désormais de chercher à définir les composantes de cette clause d'ordre général. Il faudra évidemment que celles-ci soient suffisamment large pour permettre d'englober tous les cas résiduels, se devant dès lors d'être générale par endroit, et de laisser place à une large marge d'appréciation et d'interprétation, tout comme elle devra, pour la sécurité du droit et l'assurance du bon développement de celui-ci, assurer certaines prérogatives minimales, sans lesquelles le fardeau de la clause générale ne se verrait jamais rempli. Il faudra dès lors balancer ces deux éléments dans notre tentative d'élaboration de cette cautelle, cherchant à trouver une solution idéale, permettant tant une application souple par l'autorité, mais ne lui allouant que la possibilité de sanctionner des cas concrets et effectifs de survenance d'effets non coordonnés. Le schéma ci-après résume les buts de la clause d'ordre général proposée :

Figure 8 : Buts de la clause générale de recensement des effets non coordonnés



b. Les éléments constitutifs des effets non coordonnés

Il s'agira dès lors ici de distinguer les divers critères généraux constitutifs d'une réduction de concurrence liée à des effets non coordonnés. On mettra en avant dans ce contexte la définition des effets non coordonnés pouvant découler d'opérations de concentration horizontales, contenue dans les Lignes directrices, qui devra servir de point d'appui dans le présent contexte, soit la suppression d'importantes pressions concurrentielles pesant sur une ou plusieurs entreprises, lesquelles auraient, ensuite de la réalisation de l'opération, un pouvoir de marché accru, sans recourir à une coordination des comportements⁶⁶². À l'image de l'exercice connu en droit pénal, on cherchera, sur la base de cette définition, à extraire les éléments constitutifs objectifs d'un effet non coordonné, visant à séparer ses diverses composantes essentielles. On visera ainsi

662 Lignes directrices, c.22.

à diviser la définition susmentionnée en quatre éléments distincts que l'on analysera aux fins de de l'élaboration d'une clause générale⁶⁶³.

À ce titre on observe en tout premier lieu la suppression d'importantes pressions concurrentielles pesant sur une ou plusieurs entreprises. Le principal écueil relatif à ce premier élément constitutif semble tenir tant dans la définition de pressions concurrentielles, que dans la détermination de leur intensité, ainsi que dans l'affirmation de leur suppression. On ne se penchera en revanche pas en détail sur l'exercice de dites pressions sur une ou plusieurs entreprises au marché, tant l'analyse même des effets non coordonnés l'implique et qu'un tel fait peut être tenu comme donné. Pour traiter en premier lieu des pressions concurrentielles elles-mêmes, il faut saisir tout rapport de concurrence particulier sur le marché donné. On comprendra par cela les rapports de concurrence internes empêchant les entités d'appliquer, de manière libre, des prérogatives anticoncurrentielles. Dès lors que ces pressions doivent être tenues pour existantes sur tout type de marché qui ne serait pas un monopole, il n'y aura pas lieu pour la Commission d'en amener la preuve même. En effet, sur le type de marchés visés, généralement oligopolistiques, il pourra être retenu comme donné que le nombre restreint de concurrents se porte, de manière générale, concurrence. Cela découle également en notre sens de la définition même du marché en cause, laquelle ne comprend en principe que des entreprises se portant concurrence entre elles, faute de quoi la détermination même du marché devrait être ajustée. C'est dès lors uniquement l'intensité et la suppression de telles pressions qui nous intéresseront en l'espèce, tant sous l'angle de la définition de ces éléments que de leur implication en matière de preuve pour l'autorité.

Concernant l'intensité des pressions concurrentielles devant être alléguées, celles-ci doivent être considérées comme importantes, soit relever d'un rapport de concurrence particulier. On pourrait premièrement poser la thèse, selon laquelle, sur des marchés aussi concentrés, les rapports de concurrence seront, dans la majorité des cas, d'une grande intensité au vu du nombre réduit de parties. Toutefois, bien que cette affirmation allège le fardeau de la preuve imputable à la Commission, elle ne le réduit pas à néant. Celle-ci devra dès lors se charger de confirmer le caractère important d'un rapport particulier, démontrant un lien de concurrence spécial sur un point donné. On peut ici envisager divers facteurs, comme des entreprises particulièrement actives sur une zone géographique restreinte du marché donné, dont les produits contiennent

663 Pour une méthodologie similaire, voir RUGGIERO, *L'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce*, Thèse de licence présentée à la faculté de droit de l'Université de Lausanne, Chabloz S.A., 1994, p. 29.

des caractéristiques particulières communes ou dont la ligne de prix est similaire. Il ne sera toutefois pas nécessaire qu'il s'agisse de caractéristiques qui se distinguent des autres acteurs du marché, tant la prise en compte d'un tel facteur reviendrait simplement à élargir la notion de concurrents particulièrement proches, étudiée en amont. Il faudra en réalité bien plus que l'autorité se contente de prouver que les entités en question sont bel et bien concurrentes sur le marché au contentieux et que celles-ci ne sont pas simplement deux entités qui ne se portent aucune concurrence. Ainsi, l'on considère le nombre très réduit de concurrents, additionné à la démonstration d'un réel rapport de concurrence doit pouvoir suffire à attester de l'existence d'un important rapport de concurrence entre les parties.

C'est dès lors sur l'analyse de la suppression desdites pressions qu'il faut se pencher. Il sied en ce sens de percevoir que diverses causes peuvent engendrer une telle conséquence, la plus évidente semblant être l'union directe des deux entités concernées. Toutefois, cette hypothèse ne doit pas être vue comme l'unique risque de suppression d'un rapport de concurrence interne. Ainsi, d'autres circonstances découlant d'une opération de concentration pourraient mener à la disparition de l'intense concurrence préalablement établie. On pensera par exemple à la dominance, par la nouvelle entité, sur la zone géographique d'un concurrent tiers, en la limitation de certaines prérogatives de production ne permettant plus une lutte par les prix aussi intense qu'avant l'opération, ou même en la prérogative nouvelle, pour une entité restée sur le marché, de ne plus trouver de concurrent sur certaines caractéristiques de ses produits. En effet, il ne faut jamais écarter l'hypothèse, certes plus rare, d'effets non coordonnés exercés, non pas par l'entité concentrée, mais par une autre, restée au marché. Ces hypothèses ne sont pas exhaustives et doivent être considérées comme bien plus nombreuses. À notre sens, il s'agit dès lors pour l'autorité dans de telles constellations, de reprendre le rapport de concurrence intense préalablement établi et d'en démontrer la disparition, des suites de l'opération. On précisera à cet effet que le terme de suppression paraît trompeur, car ce n'est pas la preuve de la disparition du rapport de concurrence intégral qui devra être amenée, mais bien plus la démonstration de la disparition du rapport intense préalablement établi, soit, en d'autres termes, une réduction du rapport de concurrence particulier entre les parties. On comprend ici la diminution de l'intensité et non la suppression de toute concurrence, laquelle serait un cas d'autant plus grave, mais qui ne doit pas être atteint pour considérer des effets anticoncurrentiels sur le marché. Ainsi, il peut être attendu de l'autorité une simple démonstration d'un risque de perte du rapport préalablement établi. Une fois encore, au vu du type de marchés concernés et de l'impact immédiat de tout changement structurel sur ceux-ci, une preuve

des conséquences exactes, d'ailleurs impossible, ne sera pas attendue de cette dernière. Il conviendra bien plus qu'elle soit en situation de démontrer en quoi deux entités à un marché se livrent concurrence avant l'opération, ainsi que le fait que ladite concurrence sera très vraisemblablement, à tout le moins, réduite après la concentration.

Il convient dans un deuxième temps de percevoir que la diminution de pressions évoquée ci-avant doit être postérieure à l'opération, en ce qu'elle doit en être la cause. C'est en effet le fondement même du contrôle des concentrations et du droit de la concurrence en général qui l'implique, tant l'opération doit être interdite uniquement si elle est la cause de la réduction de concurrence sur le marché. En effet, une prérogative anticoncurrentielle ne découlant pas de l'opération ne pourra être perçue que comme émanant du libre marché. C'est donc la détermination de l'impact négatif de la concentration sur le marché qui nous intéressera ci-après. Il incombera à la Commission de démontrer que les effets non coordonnés recensés et mis en avant par elle sont bel et bien le fait de la réunion des entités au marché et qu'ils ne découlent pas d'autres facteurs. On relativise immédiatement l'ampleur de cette preuve, en ce qu'elle sera dans une très large majorité des cas évidente et très simple à apporter. En effet, en fonction des effets anticoncurrentiels allégués par l'autorité, la connexité entre l'opération de concentration attaquée et les effets retenus semblera d'une grande évidence. Prenons l'exemple simple d'une concentration entre deux concurrents, la perte de pressions concurrentielles alléguée entre ceux-ci sera reconnue comme découlant directement de leur union. Reste toutefois certains cas plus complexes, laissant une marge de doute. C'est en particulier dans le cadre de ceux-ci qu'il sera attendu de l'autorité qu'elle démontre que la cause principale des effets retenus se trouve être l'opération de concentration au contentieux. Il faut donc ici comprendre que l'on traite de cas particuliers, où d'autres facteurs entrent en jeu de manière concomitante, ou à tout le moins à proche intervalle de l'opération. On attendra dès lors dans de tels contextes, de l'autorité, qu'elle étaye son raisonnement, cherchant à démontrer un rapport de cause à effet entre l'opération et les pertes de pression alléguées. Ainsi, elle pourra à établir un lien de causalité entre les éléments, mais également tenter de démontrer que les effets non coordonnés ne peuvent être le fait d'un autre élément survenu sur le marché. Une grande vraisemblance semblera dès lors suffisante, l'autorité devant se contenter de démontrer que sous une grande probabilité, c'est l'opération de concentration qui est à l'origine des nouvelles prérogatives anticoncurrentielles. On rappelle encore le côté très hypothétique de ce type de situations, le rapport de causalité entre les effets non coordonnés et l'opération au contentieux étant, de manière globale, très facilement établi, dès lors que l'opération en est la cause la plus probable.

Il s'agit ensuite d'analyser l'augmentation de pouvoir de marché des entreprises bénéficiant de la perte de pression concurrentielle. On comprend en ce sens que les entités, parties à la concentration ou non, qui se voient avantagées par la réduction de pression concurrentielle doivent se trouver en position préférentielle pour exercer des effets non coordonnés sur le marché. Ainsi, du fait de cette diminution de concurrence, celles-ci disposent d'un pouvoir de marché amplifié, leur allouant de nouvelles prérogatives, propres à distordre la concurrence. Il faut ainsi comprendre, par les termes de « pouvoir de marché accru », la capacité de disposer de prérogatives unilatérales sur celui-ci. Se poseront dès lors deux questions qui feront l'objet de notre étude, la première ayant trait à l'accroissement du pouvoir de marché, propre à permettre ces dispositions, mais également la capacité de l'entité concernée à déployer, concrètement, des effets non coordonnés sur le marché.

Pour ce qui a trait tout d'abord à l'accroissement du pouvoir de marché, il est le pendant direct des pertes de pression, établies en amont. Une fois la réduction de pression démontrée, restera encore pour l'autorité à prouver un réel accroissement des prérogatives de l'entreprise en bénéficiant. En ce sens, il faut saisir que certes, une telle diminution de la pression est propre, dans de très nombreux cas, à lui permettre l'application d'effets anticoncurrentiels, mais que dans certaines hypothèses, des effets simultanés de l'opération peuvent annihiler dites prérogatives. Dès lors, on convient qu'il s'agit pour la Commission de démontrer que les entités concernées sont bel et bien en position plus favorables qu'elles ne l'étaient précédemment, des suites de l'opération. Dans ce cadre, un recensement intégral de tous les effets découlant de l'opération serait évidemment utopiste. On pose dès lors la thèse d'une incombance pour l'autorité de relever les avantages évidents de celle-ci sur les entités au marché, mais également les inconvénients certains qu'elle engendre pour elles. On requiert en ce sens de l'autorité qu'elle joue pleinement son rôle d'acteur neutre, cherchant certes à démontrer la survenance d'effets non coordonnés, mais se devant également de démontrer les contre-effets, bénéfiques à la concurrence, pouvant être amenés par l'opération. Ainsi, si des suites de celle-ci, les entreprises restantes sont poussées à l'innovation ou à une production supplémentaire, dit élément devra être pris en considération et balancé avec l'effet anticoncurrentiel avancé. Il serait en effet absurde de venir prétendre qu'une entreprise se trouve dans une position préférentielle sur le marché si uniquement l'une de ses prérogatives s'est légèrement développées, tandis qu'elle subit des pressions concurrentielles nouvelles ou largement amplifiées relativement aux autres. On attendra dès lors ici de l'autorité un contrôle objectif, permettant d'établir un accroissement de pouvoir de marché global. Celui-ci devra prendre acte de tous les impacts de l'opération pour l'entité du point de

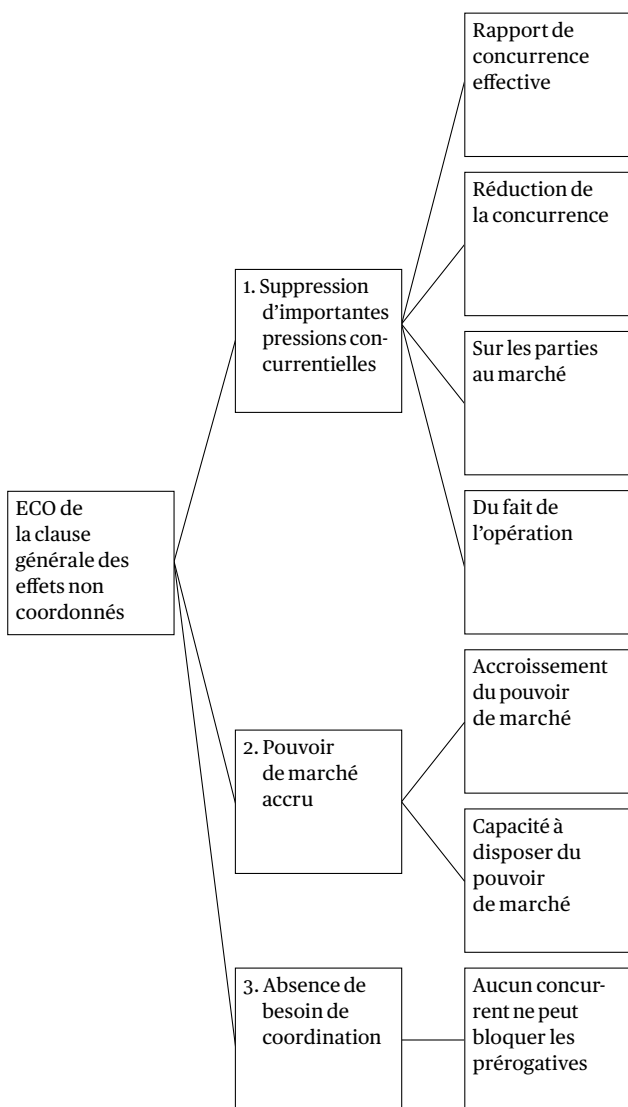
vue de la concurrence et les pondérer. Ainsi, seul un résultat démontrant une augmentation concrète du pouvoir de marché sera propre à retenir une telle augmentation des prérogatives anticoncurrentielles. On relativise néanmoins ce fardeau, pouvant sembler lourd au vu des affirmations ci-dessus. En effet, sur un marché oligopolistique, la disparition de pressions, préalablement établie, sera dans de nombreux cas propre à engendrer cette crue générale du pouvoir de marché, ne nécessitant que quelques constatations d'ordre général.

Dans un second temps, il s'agira encore de démontrer que l'entité, voire les entités concernées, sont en position d'appliquer de telles dispositions, *in concreto*. En effet, il serait absurde de condamner une opération du simple fait qu'elle permettrait, théoriquement, certains effets. Il faudra bien plus que ceux-ci soient réalisables à court ou moyen terme, faute de quoi l'opération n'aura aucun effet anticoncurrentiel sur le marché, mais relèvera bien plus d'une opération de globalisation, pouvant être avantageuse pour le consommateur. Il s'agira dès lors de chercher à démontrer une capacité de ces entités à exploiter les effets à son avantage. Une approche contraire serait en conflit avec le principe même du droit de la concurrence, voulant bien plus condamner les opérations venant réellement distordre le marché que celles théoriquement propres à le faire. On reprend ici une approche économique basée sur l'effectivité des prérogatives anticoncurrentielles et non seulement sur les théories économique-légales. La preuve de cette capacité devant être amenée par l'autorité variera selon le cas d'espèce. À titre d'exemple, on notera que l'accroissement de pouvoir de marché exprimé par une plus grande part de clientèle, sera propre à être exploité dès lors que l'entité en bénéficiant disposera des moyens financiers et des infrastructures propres à le faire. On comprend dès lors qu'il s'agira une fois encore d'une analyse au cas par cas, dans le cadre de laquelle il incombera à l'autorité de démontrer la capacité de l'entité concernée à exploiter la nouvelle faculté permise par l'opération. On attendra donc qu'elle démontre cette prérogative concrète et indique de quelle manière elle pourrait être exploitée. Il sied néanmoins de relever que ce fardeau de preuve se verra, dans de nombreux cas, largement allégé. En effet, lorsque les effets non coordonnés tiendront, par exemple, dans une diminution de la production permettant l'augmentation des prix, cela ne nécessitera pas d'autre disposition particulière. Enfin, l'autorité devra démontrer une possibilité d'exploitation rapide des prérogatives offertes par l'opération. En effet, un avantage à long terme, impliquant de longues pertes préalables, ne semble qu'hypothétique et peu réaliste. En définitive, c'est bien la preuve de la capacité d'exploiter une nouvelle prérogative anticoncurrentielle qui doit être amenée par l'autorité, laquelle aura pour tâche de justifier de cette faculté à brève échéance pour l'entité augmentant son pouvoir de marché.

Enfin, le dernier élément constitutif des effets non coordonnés semble résider dans l'absence de besoin de recours à la coordination aux fins de déployer les prérogatives anticoncurrentielles. En effet, dans le cadre de cette analyse, il nous tient aujourd'hui à cœur d'appuyer cette dernière condition, tant une séparation plus marquée entre les différents effets anticoncurrentiels semble nécessaire. Il va sans dire que ceux-ci sont déjà, en théorie, largement séparés. Toutefois, leurs caractéristiques se recoupent dans certaines circonstances, créant un possible amalgame. Dès lors que les effets coordonnés sont largement définis, tant par les Lignes directrices que par la casuistique des autorités de la concurrence, ceux-ci sont toutefois plus accessibles aux autorités, permettant de sanctionner une opération avec plus de facilité et moins d'incombances sous l'angle du fardeau de la preuve. Dès lors néanmoins que ces éléments sont de natures différentes, il sied qu'ils soient, dans le futur, clairement séparés, écartant la possibilité de monter une construction juridique leur alternance. En effet, le développement des effets non coordonnés passe par leur individualisation, ayant trop souvent fait défaut. On peut d'ailleurs se demander si l'absence de critères propres permettant l'application de ces derniers ne découle pas de la zone d'ombre créée par les effets coordonnés. On devra donc ici tracer une ligne propre à séparer ce type d'effets anticoncurrentiels des autres. Dès lors, il s'agira, pour démontrer la survenance d'effets non coordonnés, de prouver la capacité, pour l'entité bénéficiant d'un pouvoir de marché accru, d'exploiter dite prérogative sans avoir à coordonner son comportement avec un concurrent. Ainsi, elle doit être en position, seule, d'assouvir ses nouvelles prérogatives. Cela permettra dès lors une séparation claire entre les deux types d'effets, avec l'espoir, à futur, d'avoir une ségrégation claire entre ces deux éléments. Il s'agira dès lors ci-dessous de chercher à établir les critères concrets permettant d'alléguer une telle capacité individuelle. Ainsi, la capacité d'exploiter l'augmentation de pouvoir de marché devra être le fait d'une entreprise elle-même. À l'inverse, si une entité est en mesure de bloquer la prérogative mise en avant par l'autorité, la possibilité d'effets non coordonnés tombe avec elle. On prendra l'exemple type d'une capacité *post* opération à augmenter les prix ; si un concurrent est à même de l'empêcher par une augmentation de capacité, l'effet anticoncurrentiel ne sera pas propre à se réaliser, nécessitant le concours de cet acteur. On saisit que cela n'empêche pas la survenance absolue d'effets anticoncurrentiels, mais que cela annihile la possibilité d'effets exercés de manière unilatérale. On se retrouve une fois de plus face à une approche concrète, par laquelle on cherche à déterminer les effets exacts d'une opération. En conclusion, il s'agit pour l'autorité de démontrer qu'aucune entrave à l'application unilatérale des nouvelles prérogatives ne pourra être exercée par un autre concurrent, faute de quoi son concours sera impérativement

nécessaire, et ne pourra permettre que la survenance d'effets coordonnés, à l'exclusion de prérogatives unilatérales. Ci-dessous un schéma récapitulatif des éléments constitutifs objectifs des effets non coordonnés :

Figure 9 : CEO de la clause générale de recensement des effets non coordonnés



c. Concentration de marché et perte de concurrence globale

Une fois les éléments constitutifs de l'effet non coordonné type analysés, il sied de rappeler les conclusions prises en amont dans ce travail, au sens desquels ce type d'effets n'est propre à se réaliser que sur des marchés de types oligopolistiques. Il faudra ainsi se poser la question de la prise en compte de ce facteur dans la clause d'ordre générale, mais surtout de la manière de l'intégrer dans la cautelle que nous cherchons à établir. À notre sens, la prise en considération d'éléments chiffrés tels des niveaux de concentration IHH, où un calcul de la concentration effective sur le marché ne répondrait pas aux exigences du contrôle recherché par celle-ci. En effet, la genèse de cette clause tient dans un certain pragmatisme, une applicabilité à l'entier des situations d'espèce, et dans une certaine flexibilité. Or, les données du type des parts de marché ne semblent tout d'abord pas accessibles dans l'entier des cas, également parfois peu simples à déterminer dès lors qu'elles dépendent de la définition des marchés, mais surtout très contraignantes, en ce qu'elles impliquent une perte de temps, mais aussi la possibilité de contestations par les entreprises parties. On se tournera dès lors plutôt vers des déterminations d'ordre général, reprenant l'idée d'un marché oligopolistique, mais ne posant pas les conditions de celui-ci, permettant à la Commission une certaine souplesse, mais assurant également que seul ce type de marché soit couvert par la clause. Ainsi, il faudrait en ce sens non pas parler de parts de marché ou de marchés oligopolistiques, mais à notre avis, de marchés sur lesquels la concentration est déjà passablement élevée et/ou sur lesquels la concurrence est déjà notablement réduite. De telle manière, des seuils indices pourraient se voir postérieurement établis, une définition de ce type permettant également une grande souplesse relativement aux cas particuliers. On partira dès lors sur une allégation générale du type de celle proposée préalablement, laquelle imputera un certain fardeau de preuve à l'autorité, impliquant de démontrer une telle structure de marché. On pense en ce sens que la démonstration d'un oligopole devrait être suffisante à remplir la condition de concurrence réduite ou de concentration élevée, les deux se recoupant. C'est dès lors bien là l'objet de la preuve qui devrait être amenée par l'autorité, et non celle des effets eux-mêmes. Ainsi, c'est dans l'apport de la preuve subséquente de la détérioration de la concurrence, soit de la réalisation des éléments constitutifs objectifs étudiés en précédence, que se jouera l'effectivité de l'effet non coordonné, cette étape préalable ne consistant qu'à analyser la structure du marché et à déterminer si celui-ci se prête, en lui-même, à la survenance de tels effets. Faute de l'apport de celle-ci, il ne pourra pas même être entré en matière sur l'emploi de la clause générale, tant elle se doit de couvrir uniquement ce type de cas. Un marché ne présentant

pas cette structure devra ainsi être purement et simplement exclu du champ d'application de la clause générale, celle-ci devant s'en tenir à la couverture de ces marchés, faute de quoi sa portée serait excessive et donnerait des prérogatives infondées à l'autorité.

Enfin, une simple modification des rapports de concurrence internes à un marché, n'entraînant pas une perte de concurrence globale, ne peut être vue comme anticoncurrentielle. En effet, celle-ci consiste simplement en la redistribution de certaines prérogatives. Il faudra dès lors que la clause générale requiert la survenance d'une réduction générale de la concurrence sur le marché, découlant elle-même de la détérioration d'un rapport interne et de la disparition des pressions concurrentielles inhérentes à celui-ci. Ainsi, il faut saisir, pour l'autorité, la nécessité d'apporter la preuve d'une détérioration globale de la concurrence sur le marché, but même de l'analyse. Toutefois, ce critère ne devrait pas amener d'implications supplémentaires pour l'autorité. En effet, en observant les remarques posées à titre préalable, on observe que la Commission a déjà pour incombance de démontrer la détérioration d'un rapport interne de concurrence, permettant un pouvoir de marché accru aux entreprises concernées, mais également la forte concentration préalable du marché. On comprend dès lors que ces éléments, ajoutés au fait que l'autorité a également pour tâche de démontrer que l'opération de concentration elle-même est à l'origine d'une telle modification de la structure du marché, sont en eux-mêmes propres à attester d'une détérioration de la concurrence sur le marché général, sans qu'il ne soit nécessaire de le démontrer plus largement. Ainsi, à titre de rappel, la clause générale élaborée pourrait éventuellement contenir une mention sur le niveau général de concurrence et sa réduction, mais cette dernière semble toutefois inhérente aux autres éléments constitutifs de la clause. Il pourra dès lors s'agir d'une formalité, intégrée de manière supplémentaire. Se posera donc ici bien plus la question de son opportunité que celle de son utilité, tant elle ne porterait aucun impact concret. On fera ici le choix de la légèreté, lequel nous semble plus adéquat, en ce que l'ajout d'un élément notoire ne nous paraît que de peu d'utilité dès lors que la clause aurait pour but principal de s'adresser à des spécialistes. On écartera donc cette possibilité et s'abstiendra de faire allusion à la réduction de concurrence globale sur le marché, bien que celle-ci soit tacitement intégrée à la clause.

d. Tentative d'élaboration d'une clause générale résiduelle

Il s'agira dès lors de réunir tous les critères essentiels mis en avant ci-dessus, aux fins de formuler une proposition de clause générale. On rappelle, à titre liminaire, la nécessité de trouver une clause suffisamment large pour allouer la flexibilité nécessaire à la Commission, mais également régulée à suffisance

pour permettre transparence et sécurité du droit. On répète également le caractère uniquement subsidiaire de celle-ci, les clauses spécifiques d'effets non coordonnés et leurs fardeaux de preuve, analysés précédemment, devant faire l'objet d'une étude antérieure dans le cadre de l'analyse de la Commission. En ce sens, on se permet la proposition d'une cautelle du type de celle qui suit : *« Est propre à la survenance d'effets non coordonnés, toute opération de concentration, laquelle engendre directement, sur un marché d'ores et déjà relativement concentré, la réduction d'un rapport de concurrence interne et l'augmentation de pouvoir de marché d'une ou plusieurs parties à celui-ci, lesquelles sont en mesure de l'exploiter, seules, au détriment de la concurrence effective. ».*

Dès lors le projet de cette clause mis en avant, il s'agit d'en commenter son élaboration et les choix y liés. Dans un esprit critique, on mettra en avant ci-après les avantages qu'on peut lui attribuer, mais également ses failles potentielles. On relève tout d'abord qu'il a fallu chercher à la formuler d'une manière suffisamment générale aux fins de ne pas sembler trop redondants, mais également de pouvoir imaginer une cautelle propre à être insérée dans un texte juridique. Nous avons dès lors dû choisir, à défaut d'une précision extrême, certaines formulations plus générales dans la tournure de cette clause. Toutefois, ce choix nous semble faire partie des qualités de cette proposition, dès lors qu'il permet de garder un certain caractère général, propre à la souplesse recherchée et à même de favoriser la marge de manœuvre de la Commission. Pour continuer sur les atouts de cette proposition juridique, on pense avoir repris, bien que de manière globale, l'entier des éléments constitutifs analysés en amont, de sorte qu'elle semble à même de couvrir les cas amenant effectivement la survenance d'effets non coordonnés. Enfin, elle semble être une option subsidiaire idéale pour la Commission, allouant à celle-ci la possibilité de couvrir l'entier des cas qui ne répondraient pas aux clauses spéciales d'effets non coordonnés, évitant tout vide juridique et permettant également de renoncer à l'alternative aujourd'hui toujours trop présente, de l'emploi d'effets coordonnés. Toujours sur le caractère résiduel de cette clause, on pense également que celui-ci constitue l'un de ses atouts, en ce qu'il permet toujours l'application prioritaire des cas spécifiques, établis de manière bien plus adaptée à chaque type d'effet non coordonné.

Pour ériger à présent un certain nombre de critiques à l'égard de la cautelle susmentionnée, il sied en tout premier lieu de noter qu'elle ne remplit pas entièrement l'exigence de prévisibilité du droit évoquée en précédence. En effet, elle semble bien plus apte à réaliser la flexibilité cherchée par la Commission, qu'elle ne permet aux entreprises d'adapter leur comportement à la loi avec précision. Il s'agira ici d'un choix bien plus politique que légal, dès lors qu'il semble délicat d'assurer les deux dans leur entier. On se permettra tout

de même de préciser à cet égard que la clause, bien que pas parfaitement apte à être anticipée dans l'entier de ses notions, n'en reste pas moins largement lisible et permet l'adaptation des comportements. Il n'empêche que certaines notions d'ordre général laissent encore place à une large interprétation, sans doute au détriment des parties à une opération. Il convient également de relever la longueur de celle-ci, pouvant paraître lourde et dont les éléments constitutifs ne semblent pas apparaître au premier abord. Toutefois, on relève que le droit de la concurrence dans son ensemble est de manière générale adressé à des spécialistes, en ce sens que cette dernière critique doit être atténuée. Au surplus, on note que la rédaction d'une clause brève semble rare dans ce domaine du droit, mais également difficile, tant une formulation raccourcie ne semble que difficilement pouvoir remplir les exigences d'exhaustivité requises, et permettre la prise en considération de l'entier des éléments constitutifs de l'atteinte. Enfin, on pourrait craindre que la clause ne soit trop large et se voit employée de manière excessive par l'autorité, tout comme les plus sceptiques soutiendront qu'elle contient trop de conditions et ne pourra jamais être employée. Il s'agira ici encore d'une question d'application du droit qui ne peut évidemment être résolue en l'état, tant notre proposition ne peut être vue que comme une simple invitation législative. Dès lors et pour remédier à ce dernier problème, il s'agira de mettre en avant le rôle fondamental que seront amenées à jouer la jurisprudence et la pratique décisionnelle de la Commission, dans le cadre du développement de celle-ci. En effet, beaucoup de notions composent aujourd'hui cette proposition et l'on perçoit avec assez de clarté qu'elles devront, chacune, être détaillées par la casuistique.

Il sied enfin de relever que la condition *sine qua non* du développement d'une telle construction jurisprudentielle tiendra dans la délimitation nette des cas entre effets coordonnés et non coordonnés. En effet, si la pratique continuait sur la tendance aujourd'hui apparente, propre à préférer l'application des premiers, une telle casuistique ne pourrait jamais se créer et ferait d'une telle clause, lettre morte. Ainsi, on comprend le rôle clé que jouera la pratique dans l'élaboration d'une sécurité juridique et d'une transparence du droit pour les entreprises parties à une opération de concentration, celle-ci devant amener, par le biais des décisions successives, une situation clairement plus établie relativement à chaque critère. Comme évoqué en amont, on ne pense toutefois pas opportune la solution consistant en l'élaboration de conditions types découlant de la casuistique, appliquée en matière d'effets coordonnés. En effet, ces dernières ne se prêteraient pas aux caractéristiques des effets non coordonnés. Toutefois, on ne peut en revanche voir que d'un bon œil une analyse jurisprudentielle détaillée des différents critères composant la clause, à même de les concrétiser et d'effacer la dernière part d'ombre qui la

caractérise. En définitive, il faut ici comprendre la nécessité impérative d'un développement jurisprudentiel ainsi que d'une séparation légale des différents types d'effets anticoncurrentiels, aux fins que, à l'instar de leur voisin, les effets non coordonnés se voient enfin appliqués de manière régulière et concrète dans le cadre du contrôle des concentrations.

5.2.2.7. Emploi des outils économiques

Comme déjà exposé, on ne pense en aucun cas opportun de suggérer un virage du contrôle des concentrations vers une analyse purement et uniquement économique. En effet, celle-ci ne permettrait pas la prise en considération de facteurs essentiels de ce secteur du droit de la concurrence, qui nécessite le recensement de facteurs parfois mal retransmis par les chiffres. Ainsi, on conclut à ce qu'un emploi exclusif de ces éléments ne serait pas favorable à l'évolution du droit. Néanmoins, il sied de rappeler le caractère économique prépondérant de ce domaine et de saisir l'importance des diverses théories et outils relatifs à celui-ci. On cherchera ainsi à mettre en avant leurs fonctions dans le cadre de l'analyse du fardeau de la preuve proposé ci-dessus. Dès lors que ce travail n'a pas pour intérêt de recenser l'entier des outils économiques utiles en droit de la concurrence, nous n'aurons aucune prétention à être exhaustif. Nous nous limiterons dès lors à brièvement traiter du rôle des ratios de diversion, de la marge de profit brute et de l'élasticité croisée du prix des produits d'une part, et des tests UPP, d'autre part.

Pour ce qui a trait tout d'abord aux ratios de diversion, il sied de constater qu'ils joueront un rôle clé dans l'analyse de la Commission, étant essentiels à celle-ci pour atteindre le fardeau de la preuve exposé ci-avant. En effet, relativement à nombre d'effets non coordonnés, l'emploi de cet élément permettra d'établir la substituabilité particulière de produits sur un marché et, ainsi, l'existence de relations de concurrence particulières. Le même constat peut également être fait relativement à l'élasticité croisée du prix des produits au marché, permettant de déterminer un rapport de concurrence particulier entre certaines parties au marché et les incidences d'une augmentation de prix sur la quantité vendue par l'une et l'autre. Quant à la marge bénéficiaire brute, son emploi vise une autre fonction, pouvant se révéler tout aussi déterminante, en ce que l'utilisation de celle-ci permettra à l'autorité de déterminer la rentabilité d'une vente marginale, lui allouant d'établir l'opportunité de celle-ci. En effet, faute de pouvoir créer du bénéfice supplémentaire, une entreprise partie à un marché n'aura aucun incitatif à appliquer des effets anticoncurrentiels sur celui-ci. Ainsi, dans la logique inverse, cet outil est propre à démontrer la possibilité, pour les entreprises en question, de faire valoir de telles prérogatives sur le marché. Dès lors que l'on comprend l'emploi général de ces divers

éléments dans le cadre des effets non coordonnés, on peut tirer un parallèle entre ceux-ci et la clause générale proposée en amont. En effet, l'emploi de ces outils semble d'une grande utilité dans le cadre de celle-ci. Dès lors que les premiers éléments seront à même d'aider à la détermination de la réduction d'un rapport de concurrence, la marge bénéficiaire brute pourra servir d'indice dans le cadre de la détermination de la capacité des entreprises à exploiter les nouvelles prérogatives émanant de l'opération. On réalise ainsi que tant dans les cas spécifiques que relativement à la nouvelle clause proposée, ces outils généraux sont à mêmes de jouer un rôle indicateur important pour l'autorité. Quant aux tests UPP, ils vont permettre à l'autorité de faire valoir une incitation à la hausse des prix. En ce sens, on comprend un incitatif à augmenter les prix et à exploiter les nouvelles prérogatives anticoncurrentielles découlant de l'opération. Ainsi, à l'instar de la marge bénéficiaire brute, cet outil doit être compris comme utile à déterminer la capacité d'une entreprise partie à un marché à tirer profit de l'opération de concentration. Dès lors, il pourra être employé tant dans le cadre de la détermination des effets non coordonnés spécifiques, que dans l'établissement des conditions de la clause générale. On relève néanmoins concernant les UPP qu'ils ne sont pas propres à fournir une mesure de la hausse des prix possible. On voit ici la limite principale de cet outil, qui peut néanmoins s'avérer d'une grande importance.

Dès lors et en conclusion, on comprend que les divers outils d'ordre économique vont certes être employés par l'autorité dans le cadre de la détermination des effets non coordonnés, mais qu'ils ne pourront suffire, seuls, à l'établissement de ceux-ci. En effet, ils permettent bien de répondre à deux caractéristiques principales de la détermination de ces prérogatives anticoncurrentielles que sont la réduction d'un rapport de concurrence, ainsi que la capacité à exploiter cette réduction sur le marché. Toutefois et comme exposé précédemment, ces deux seuls éléments ne peuvent suffire à retenir la survenance de tels effets. On relève néanmoins leur grande utilité dans le cadre de la clause proposée en amont, de bon augure dans le cadre de cette proposition et offrant des solutions à la Commission dans le cadre de celle-ci. L'emploi de ces éléments, seuls, serait toutefois néfaste à l'aspect humain que doit conserver le contrôle des concentrations, mais leur utilisation à titre complémentaire ne peut être vu que d'un bon œil, réduisant d'autant la charge de preuve devant être apportée par l'autorité. On relève enfin que ceux-ci, malgré leur grand intérêt, dépendent majoritairement des données recensées, et risquent toujours d'être limités par l'absence de celles-ci. Il n'en reste pas moins qu'ils font office de très bons indicateurs, propres à donner une première impression des résultats à futur d'une opération de concentration.

5.2.2.8. Conclusion

À l'heure de devoir tirer une conclusion générale des éléments mis en avant dans ce chapitre, on pose le constat d'avoir cherché à poser un fardeau de la preuve relatif à chaque type d'effet non coordonné, mais également d'avoir tenté d'établir une clause d'ordre général relativement à ceux-ci. Notre recherche nous a tout d'abord permis de saisir que le fardeau imputable à la Commission variait selon le type d'effets au contentieux, impliquant la preuve d'éléments divergents. Ainsi, on observe un droit pour lequel des critères spécifiques et concrets ne peuvent être adoptés. En effet, la détermination d'effets non coordonnés sur la base de critères fixes, similaires à ceux établis pour les effets coordonnés semble impossible, requérant bien plus la considération de l'ensemble des caractéristiques d'espèce.

On conclut ensuite à la nécessité de critères hybrides dans l'établissement du fardeau de la preuve imputable à l'autorité, laissant tant une marge d'appréciation à celle-ci, par leur caractère flexible, qu'ils ne permettent d'assurer la prévisibilité du droit pour les entités à l'opération. En effet, la conciliation de ces deux éléments s'est révélée complexes dans le cadre de notre analyse, mais n'en semble pas moins essentielle à l'obtention d'un droit permettant tant souplesse que transparence. À ce titre, on attendra de la pratique décisionnelle des diverses autorités qu'elle sache venir affiner les critères établis, aux fins d'assurer une prévisibilité du droit. Ainsi, la clause d'ordre général mise en avant semble chercher à concilier au mieux ces deux notions, large et propice à interprétation, mais intégrant également les éléments constitutifs devant être réalisés. On pense que celle-ci peut dès lors faire office d'outil juridique novateur à futur, permettant, non seulement, de couvrir l'ensemble des cas résiduels, mais également de balancer, dans une mesure intéressante, liberté économique et proportionnalité. En effet, elle semble à même d'apporter un outil supplémentaire en mains de la Commission, lui allouant de nouvelles prérogatives dans le cadre du contrôle des opérations de concentration. On ajoute encore que l'emploi des outils économiques entre dans le cadre de l'application de la clause nouvelle, ceux-ci jouant un rôle important qu'il s'agira de perpétuer à futur.

En définitive, par les conclusions prises dans ce chapitre, on pense être à même de proposer une refonte du fardeau de la preuve relatif aux effets non coordonnés. Ainsi, le doute quant à leur preuve pourrait enfin être levé, permettant une séparation entre ceux-ci et les effets coordonnés, ô combien nécessaire. Au surplus, c'est une sécurité juridique nouvelle que les éléments apportés seraient à même d'offrir, permettant en définitive un emploi bien plus in-diqué de ces effets anticoncurrentiels dans le cadre du contrôle de l'autorité.

Ce système innovant, ajouté à la clause d'ordre général, permettrait dès lors la prise en compte de l'entier des effets non coordonnés, levant ainsi le risque de vide juridique, mais assurant également une certaine exhaustivité légale, et permettant la transparence du droit. Finalement, un tel fardeau de preuve permettrait de faire valoir la simple existence d'effets non coordonnés comme à même de créer des effets anticoncurrentiels. En effet, c'est bien là l'enjeu central de ce travail, l'établissement du fardeau de la preuve, finalité première de celui-ci, tendant à démontrer que la simple preuve d'effets non coordonnés est elle-même suffisante à retenir la survenance d'effets anticoncurrentiels sur un marché, constat qui devrait être largement établi de longue date, mais qui ne semble toutefois pas encore admis par les autorités de la concurrence.

5.2.3. Gains d'efficacité

5.2.3.1. Introduction

Les gains d'efficacité connaissent différentes formes et sont soumis à diverses conditions aux fins d'être pris en considération par l'autorité. Néanmoins aujourd'hui, les principes tenus pour acquis sont remis en cause par le Tribunal dans l'arrêt *CK Telecoms* ouvrant la porte à une éventuelle refonte du droit en la matière. Cela nous pousse à nous questionner sur le système actuel, ainsi que sur la possibilité d'une pratique plus adaptée et spécifique à futur. Il y aura ainsi lieu de rentrer plus en profondeur sur les efficiences et leur prise en compte dans le cadre de l'évaluation d'une opération de concentration par l'autorité. On réalise que celles-ci, bien que faisant partie du Règlement, ne semblent jamais avoir permis, seules, de mener à l'autorisation d'une opération de concentration. Bien que la casuistique leur soit de plus en plus favorable, il semble que leur impact effectif ne soit pas réellement retenu aujourd'hui, ni même effectivement déterminé dans le cadre du contrôle des concentrations, créant une forme d'insécurité juridique. Il conviendra dès lors, dans l'étude ci-après, de se poser diverses questions, propres à déterminer les innovations pouvant leur être apportées à futur, mais également de chercher à corriger les éléments actuellement mal fondés de la pratique. On précise encore que l'on se concentrera uniquement sur l'analyse des effets non coordonnés et des efficiences pouvant découler relativement à ceux-ci.

Se posera en tout premier lieu la question d'une prise en compte effective des efficiences. On devra, dans ce cadre, se questionner sur les gains d'efficacité pouvant réellement mener à des effets positifs sur la concurrence, afin d'écartier ceux qui ne viendraient qu'à profiter aux concurrents eux-mêmes. On cherchera ainsi à faire des propositions pour le futur, visant une intégration concrète et efficace de ces éléments, trop souvent mis à l'écart du contrôle. Cette étude

permettra également d'écarter les éléments qui ne seraient pas susceptibles d'amener des retombées pro-concurrentielles sur le marché. Dans une deuxième étape, il conviendra de traiter de l'évaluation *in concreto* des gains d'efficacité dans le cadre du contrôle de la Commission. En ce sens, il s'agira d'évoquer la balance des effets concurrentiels, les retombées positives devant être à même de compenser les effets anticoncurrentiels d'une opération. On cherchera, en ce sens, à poser certains principes directeurs, propres à permettre une évaluation claire de ceux-ci et de leur impact sur le marché. Il conviendra dans ce contexte également de se questionner sur la capacité effective des efficiences à permettre les retombées positives théoriquement attendues. En ce sens, il s'agira d'analyser si elles peuvent effectivement être aptes à contrebalancer les effets non coordonnés découlant d'une opération de concentration ou si cette thèse doit tout simplement se voir écartée. Il conviendra pour ce faire, d'analyser les effets non coordonnés de manière successive, aux fins d'identifier les retombées positives possibles, propres à les annihiler. Cette étude permettra de tirer des conclusions générales, applicables à l'entier des effets non coordonnés, mais également d'établir certains constats spécifiques à certains d'entre eux, permettant, en finalité, d'apprécier l'impact effectif des efficiences sur ceux-ci. Dans une étape successive, on reprendra les diverses conditions aujourd'hui connues, propres à la reconnaissance de gains d'efficacité. On examinera l'opportunité de celles-ci dans le cadre d'effets non coordonnés, et analysera la nécessité de leur modification. Il s'agira donc tout d'abord de se questionner sur le bien-fondé même de ces conditions, en ce qu'il faudra s'interroger sur l'opportunité de les maintenir. Dans une seconde étape et dès lors qu'on les considérera aptes à répondre aux attentes en matière d'effets non coordonnés, il conviendra de leur proposer des améliorations. Enfin, il sera procédé à une analyse du fardeau de la preuve, aujourd'hui imputable aux parties à l'opération. On se questionnera en premier lieu sur la nature même de ce fardeau, mais également sur ses implications pour les parties à l'opération. Dans ce cadre, on analysera la possibilité d'une redistribution des incombances, tout spécifiquement sous l'angle de l'établissement d'office de certains éléments, voire, plus subsidiairement, d'une inversion du fardeau. Il s'agira ensuite de proposer des règles relatives à ce fardeau, permettant tant sécurité et transparence du droit, que marge de manœuvre et d'interprétation pour l'autorité. Il sera finalement procédé à une conclusion analytique des divers éléments exposés ci-avant. On visera à exposer des propositions concrètes, ambitieuses et novatrices pour le futur dans le cadre de la prise en compte d'efficiences dans le contrôle des effets non coordonnés.

5.2.3.2. *De la prise en compte effective des gains d'efficacité*

Le principal problème lié aux gains d'efficacité tient dans la difficulté, voire dans l'impossibilité, de leur prise en considération dans le cadre de l'évaluation d'une opération. Cela ne peut qu'être perçu comme un échec, dès lors que la refonte du Règlement avait notamment pour but l'intégration de ces considérations pro-concurrentielles à l'évaluation des opérations. On ne peut ainsi que prôner la nécessité de développer les efficiences et les conditions de leur prise en compte pour le futur. La finalité de nos propositions tiendra ainsi dans l'élaboration de solutions d'avenir, propres à allouer une réelle incidence pratique à ces éléments, reflétant leur impact économique effectif. Ainsi, on visera à obtenir une réelle application de ce principe du droit de la concurrence, que trop relatif actuellement. On relève d'emblée qu'il ne faut pas comprendre cette recherche de prise en compte effective comme tendant uniquement à prouver le bienfait des efficiences sur le marché. En effet, celle-ci implique tant l'analyse des cas où les gains d'efficacité pourraient se révéler bénéfiques à la concurrence, que des hypothèses où ils devraient être purement et simplement rejetés. Il convient donc de déterminer les effets concrets de ceux-ci sur le marché, afin de lever le voile sur l'insécurité juridique qui les entoure et empêche leur mise en œuvre correcte. À cette fin, on reprendra les divers types d'efficiences analysés en amont et cherchera à déterminer leur impact potentiel sur des concentrations entraînant des effets non coordonnés. Cela permettra d'écarter les éléments n'allouant aucune plus-value aux consommateurs et au marché en général. Toujours dans ce cadre, il s'agira également d'écarter les efficiences ne faisant pas sens dans le cadre des effets non coordonnés, ou à tout le moins, ne permettant pas de répondre à l'entier des problématiques créées par ceux-ci. On rappelle ainsi les catégories principales, en ce qu'il faut distinguer les gains d'efficacité émanant de la réduction des coûts de ceux découlant d'une amélioration du produit ou du service. Relativement à cette classification, il sera procédé à une analyse de chaque type d'effets pro-concurrentiels, afin de déterminer les éléments devant être retenus comme effectivement propres à favoriser la concurrence. On précise enfin, qu'à titre liminaire, il conviendra de procéder à une analyse globale des éléments, propres à contrer les effets non coordonnés. Celle-ci permettra de distinguer les critères propres à effectivement contrer les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration.

a. Les éléments propres à contrer les effets non coordonnés

Afin d'identifier quels types d'effets positifs seraient à même de contrer les effets non coordonnés, il sied en tout premier lieu de rappeler les fondements de ceux-ci. Ainsi, ces derniers impliquent, pour une ou plusieurs entreprises,

une augmentation unilatérale de leur pouvoir de marché, en l'absence de coordination avec des entreprises concurrentes⁶⁶⁴. Il faut donc comprendre une réduction des pressions concurrentielles exercées sur, à tout le moins, une entreprise, des suites de l'opération, et lui permettant d'agir de manière contraire à la concurrence, de manière individuelle et indépendante⁶⁶⁵. De cette définition ressortent les deux composantes types de ce genre d'effets anticoncurrentiels, soit que ceux-ci découlent de la réduction de pression sur le marché, allouant à une entité de nouvelles prérogatives, mais également que celle-ci soit susceptible d'employer dites prérogatives, seule. À cela s'ajoute que les gains d'efficacité doivent être à même de contrebalancer les effets négatifs découlant de l'opération. Relativement à ce dernier point, les difficultés de son interprétation seront traitées plus avant, mais l'on perçoit déjà la difficulté majeure que créera cette condition, en ce qu'il sera difficile d'évaluer comment un effet positif vient en compenser un autre, de nature différente.

Ainsi, on saisit que les gains d'efficacité, dans le cadre d'effets non coordonnés, auront pour obligation de combler la perte de pression concurrentielle engendrée du fait de l'opération. En effet, on ne pourra pas attendre du gain d'efficacité qu'il ravive la concurrence perdue, mais bien plus qu'il déclenche un autre effet, propre à neutraliser le marché, malgré la perte de pression concurrentielle initiale. C'est à notre sens bien là la difficulté de la reconnaissance de tels effets, devant compenser des pertes de concurrences, mais par un moyen autre que celui menant à la diminution recensée. Dès lors et aux fins de pouvoir être retenues, les efficiences devront être à même de compenser, non pas les pertes de concurrence elles-mêmes, mais bien les conséquences en découlant, soit l'augmentation de prix, la réduction de qualité, de quantité, ou tout autre effet anticoncurrentiel apparaissant ensuite de l'opération. On n'attendra ainsi pas des gains d'efficacité qu'ils recréent une concurrence nouvelle identique à celle effacée, mais bien qu'ils rendent la perte non dommageable pour le marché dans sa globalité. Il faut ainsi comprendre que l'efficacité proposée devra être apte à répondre à l'inquiétude de la Commission sur le marché, en rééquilibrant ce dernier, de façon à ce qu'il soit, au terme de l'équation, dans une situation de concurrence à tout le moins égale à celle connue auparavant, malgré la perte de pression. En d'autres termes, bien que le marché se retrouve dans une configuration différente des suites de l'opération, aucune conséquence pour la concurrence ne devra en découler. Le

664 Lignes directrices c. 22 a) ; voir ég. KËLLEZI, p. 185.

665 Europe Economics, *Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control*, Technical Report, Final Report for the European Commission Enterprise Directorate General, 2001.

deuxième critère, certes beaucoup plus hypothétique, tient en ce que les gains d'efficacité pourraient être effectifs dès lors qu'ils empêcheraient l'entité concernée d'agir seule. En effet, bien que cet élément ne serait pas gage de l'absence de tout effet anticoncurrentiel des suites de l'opération, il permettrait néanmoins d'admettre l'absence effective d'effets non coordonnés. En effet, si les entreprises restantes sur le marché devaient agir conjointement, on devrait bien plus parler d'effets coordonnés. Cette constellation semble néanmoins limitée à des cas très particuliers. On pense ici tout particulièrement à une opération engendrant certes des effets non coordonnés sur un marché, mais obligeant, en même temps les entreprises en bénéficiant à coopérer dans le futur. Cela pourrait notamment être le cas si l'opération menait à la disparition de facilités essentielles, forçant les entreprises à collaborer. On réalise ici d'emblée que de telles constellations, en plus de tenir de l'exception, relèveraient bien plus du risque d'effets coordonnés.

En définitive et avant de se pencher sur l'analyse des divers gains d'efficacité, on saisit que ceux-ci ne seront propres à contrer des effets non coordonnés que dès lors qu'ils impliqueront des effets positifs compensant ceux engendrés par les pertes de pression. En effet, les effets anticoncurrentiels auront des incidences essentielles sur le marché. Ainsi, seuls les gains d'efficacité propres à empêcher un tel impact pourront être retenus comme effectivement aptes à compenser les conséquences anticoncurrentielles de l'opération.

b. Les économies de coûts fixes et de coûts variables

Toujours à titre liminaire et dans le but de distinguer les gains d'efficacité pouvant réellement mener à des effets positifs sur le marché, il y aura lieu de brièvement revenir sur la distinction entre les économies de coûts fixes et variables. Il s'agit de rappeler les conclusions prises relativement à ceux-ci, en ce que les économies de coûts de fixes ont été jugées comme impropres à se reporter sur le consommateur, dès lors que les entreprises parties sont en position d'en percevoir le bénéfice directement. Il faut ainsi comprendre relativement à ce genre d'économies, que bien qu'effectives, elles ne seront jamais aptes à compenser les effets anticoncurrentiels découlant d'opérations de concentration. Dès lors, en matière d'effets non coordonnés, cela implique que lesdites réductions, bien qu'existantes, ne viendront pas compenser la perte de pression concurrentielle. Au contraire, elles doivent même être vues comme une prérogative anticoncurrentielle non coordonnée découlant de l'opération. En effet, on comprend aisément qu'une réduction des coûts, ne devant pas être reportée sur les consommateurs, permettra à l'entité un bien plus large pouvoir de marché. Celle-ci se retrouvera ainsi, des suites de l'opération, en position préférentielle, à même d'exercer de nouvelles prérogatives. On ne peut à cet

égard, encore une fois, qu'être consterné par la décision du Tribunal dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*, ne faisant aucun égard de ces considérations et incitant à la prise en compte de toute réduction des coûts pour les entreprises parties. Dès lors, on procédera ci-après à une analyse individualisée des divers gains d'efficacité. Dans ce cadre, il y aura lieu de déterminer si ces efficiences tiennent de l'économie de coûts variables ou fixes. Dans la seconde hypothèse, il s'agira d'écarter les éléments en question du cadre des efficiences, voire même de les considérer comme amenant des effets anticoncurrentiels.

c. Les gains d'efficacité liés à la réduction des coûts

On traitera en premier lieu des gains d'efficacité liés à la réduction des coûts. Dès lors que des effets non coordonnés propres à faire augmenter les prix sur le marché apparaîtront, une réduction des coûts au bénéfice des clients pourra être propre à compenser l'effet anticoncurrentiel retenu. On saisit ainsi que le prix, malgré une perte de concurrence effective resterait à tout le moins inchangé, les efficiences compensant les effets anticoncurrentiels de l'opération. On énumérera dès lors ci-après les divers types de réductions de coûts et on abordera, relativement à chacune d'entre elles, leur capacité à contrebalancer les effets non coordonnés émanant de l'opération, ainsi que la propension dans laquelle ils seront à même de le faire.

On se penchera premièrement sur les opérations menant à la création de nouvelles techniques et méthodes de fabrication. Il conviendra ici de se concentrer sur la qualification de telles économies. En ce sens, ces dernières doivent être vues comme des économies de coûts variables, en ce qu'elles permettent la mise en œuvre d'une technologie supérieure de production des entreprises, réallouant plus efficacement cette dernière. On comprend donc qu'elles permettront de réduire les coûts, à l'avantage des consommateurs, dès lors que les entreprises parties seront menées à déterminer le prix de vente et la quantité produite relativement aux coûts de fabrication. On se trouve ainsi face à de pures économies de coûts variables, aucune élimination de structures doubles n'étant à l'origine des économies réalisées. Il reste toutefois à se poser la question de l'impact effectif d'un tel gain d'efficacité sur le prix et à se questionner sur sa propension réelle à annihiler l'entier des effets anticoncurrentiels découlant d'une opération. En effet, cet élément est certes propre à amener des effets positifs sur le marché, mais on peine à imaginer des cas de marchés oligopolistiques sur lesquels il pourrait, seul, compenser les conséquences d'une concentration. Peu importe toutefois, dès lors que cette considération tient plus du balancement des effets de l'opération, traité plus avant. En définitive, il faut retenir ce type de gain d'efficacité comme approprié à contrer, à tout le moins partiellement, les effets non coordonnés découlant d'une opération de concentration.

Il convient ensuite de se pencher sur les synergies résultant de l'intégration d'actifs existants. Ici encore, il faut comprendre la mise en commun de technologies et d'actifs détenus par chacune des entreprises comme propre à permettre une réduction des coûts de production. Dès lors, les mêmes constats pourront être tirés qu'en matière d'acquisition de nouvelles techniques et méthodes de fabrication. En effet, ces synergies spécifiques doivent également être perçues comme de pures économies de coûts variables. Dès lors, celles-ci influent directement sur l'allocation du prix et de la quantité produite par les entreprises parties, permettant de contrebalancer les effets anticoncurrentiels de l'opération. On peut toutefois émettre une réserve en l'espèce, dès lors que les actifs qui se verraient intégrés seraient en partie doubles chez les entités à l'opération. En effet, dans une telle constellation, la suppression (par la vente par exemple) de l'un des éléments, permettrait des économies de coûts fixes, liées à la suppression d'un doublon. Néanmoins, tout porte à croire que ce n'est pas l'hypothèse envisagée dans ce cas d'espèce. En effet, on comprend ici bien plus l'apport par la concentration d'un élément non encore détenu par l'autre entité et permettant les synergies, entraînant elles-mêmes des économies de coûts variables. Ainsi, sous réserve de structures inutiles et doubles, ce gain d'efficacité doit lui aussi être perçu comme purement pro-concurrentiel. On précise enfin que la même réserve peut être faite qu'au paragraphe précédent, car cet effet positif de l'opération, bien que certain, ne semble que peu à même de contrer, dans leur entier, les effets anticoncurrentiels d'une concentration sur un marché oligopolistique.

On se concentrera ensuite sur l'examen plus détaillé des économies d'échelle, soit la baisse du coût moyen de production d'un produit ou service résultant de l'augmentation des quantités produites⁶⁶⁶. Ici encore, on perçoit celles-ci comme étant à l'origine d'une meilleure rentabilité de la production. Comme pour les éléments mis en avant ci-dessus, une telle réduction du coût de production correspond à des économies de coûts variables, propres à profiter, en finalité, au consommateur. On relève néanmoins ici encore une réserve assez importante, en ce que seules les économies d'échelles externes, soit celles liées au marché et dépendant des impacts de l'opération devront être prises en considération. Les internes, pour leur part, ne correspondent qu'à de simples réorganisations structurelles ne pourront pas être vues comme spécifiques à l'opération et ne pourront être considérées. Enfin, on peine une fois encore à percevoir dans quelles circonstances des économies d'échelle, seules, pourraient être d'une intensité suffisante pour contrer l'entier des effets anticoncurrentiels. Sur cette base, on devra sans doute se poser la question

666 MAUGUET, *AGICAP*; voir ég. BONNET, note en bas de page 56.

d'une utilisation commune d'un faisceau de gains d'efficacité, aux fins d'annihiler les effets non coordonnés, voire de leur combinaison d'avec d'autres éléments réparateurs. Quant aux économies de gamme, elles émanent de ce qu'il est possible d'élargir la production, sans pour autant augmenter les coûts d'une entité, permettant ainsi une production moyenne moins onéreuse que par le passé. On relève que de telles économies pourront également permettre un élargissement de l'offre, sans coûts supplémentaires, allouant une plus grande diversité de celle-ci. Au vu des remarques qui précèdent, il ne sera pas ici nécessaire de réitérer certaines considérations. En effet, une fois encore, ce type d'économies semble consister en une claire réduction de coûts variables, la minimisation des dépenses se voyant reportée sur le consommateur. On ajoute encore également que ce type d'économies peut également être propre à un élargissement de l'offre, lequel doit également être perçu comme une intensification de la concurrence. Ainsi, et en soulevant la même réserve quant à l'ampleur de ces économies, on peut considérer que ce type d'efficacité devra être retenu dans le cadre de l'évaluation des opérations.

Enfin, les possibilités d'une meilleure planification et d'une rationalisation de la production n'appellent pas de commentaires particuliers, dès lors qu'elles semblent remplir les caractéristiques des éléments susmentionnés, représentant de pures économies de coûts variables et se répercutent sur le consommateur. En effet, tant de nouvelles efficacités dans la planification que dans la production permettront d'optimiser les coûts des entités à l'opération, et ainsi, d'améliorer leur production de manière générale. On ajoute une fois encore que leur impact semble insuffisant, seul, à contrer les effets non coordonnés pouvant découler de l'opération. En définitive, un même constat peut être tiré relativement toutes les efficacités liées à la réduction de coûts ; dès lors que celles-ci ne tiennent pas d'économies de coûts fixes, mais bien de coûts variables, elles doivent être considérées comme propres à compenser, au moins partiellement, les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration amenant des effets non coordonnés. Néanmoins et comme évoqué pour l'entier de ces diverses économies, on ne peut que douter qu'elles ne détiennent un impact suffisant sur le marché pour contrebalancer, seules, l'entier des effets anticoncurrentiels unilatéraux sur un marché oligopolistique. Il faudra ainsi les percevoir comme des indices, pouvant, par accumulation, constituer un élément propre à démontrer le renversement des effets, voire même uniquement comme des facteurs propres à ne les atténuer que partiellement.

d. Les gains d'efficacité liés à la réunion d'actifs permettant l'amélioration de la qualité

Dans une deuxième étape de cette analyse il y a lieu de se poser la question des gains d'efficacité qualitatifs. Ainsi, on comprend tout type de progrès technique ou technologique permettant d'améliorer, d'entièrement modifier le produit offert, voire même d'amener l'existence de nouveaux produits ou services sur le marché⁶⁶⁷. On vise ici un autre type d'efficacités, en ce sens que ce n'est pas sous un angle de rentabilité économique qu'il faut la percevoir, mais sous l'angle du développement et de la qualité des éléments offerts. On constate d'emblée que le principe ces gains d'efficacité s'applique aux effets non coordonnés. En effet, la conséquence de certains de ceux-ci sera la réduction du progrès technique et du développement, ainsi ce genre d'efficacité pourra être propre à y répondre. On peut à cet effet prendre l'exemple de la disparition d'un important moteur de la concurrence, laquelle engendrera potentiellement la perte d'un acteur innovant sur le marché.

Se pose dès lors en premier lieu la question de savoir si ce type d'effets pro-concurrentiels ne doit être vu que comme apte à contrer des effets non coordonnés de ce type, ou si son spectre peut s'étendre à tout type d'effets non coordonnés, même purement économiques. En effet, il peut être intéressant de se demander si un gain d'efficacité doit répondre à une inquiétude liée à la concentration par une solution de même nature, ou si, au contraire, un quelconque type d'efficacité doit être perçu comme pouvant annihiler, tout effet anticoncurrentiel. Cette question ne semble toutefois pas trouver de réponse unanime. En effet, dans certains cas, le développement de certains produits correspondra également à la réduction du prix de ceux-ci. Dans une même logique, l'arrivée d'un nouveau produit sur le marché, plus développé qu'un autre, peut également entraîner une réduction. Il faut dès lors voir ces différents effets pro-concurrentiels comme potentiellement connexes et susceptibles de se combiner et de se chevaucher. Il n'est dès lors, à notre sens, pas à exclure, que des gains d'efficacité qualitatifs puissent être à même de contrer des effets non coordonnés tendant uniquement à l'augmentation du prix. Tout dépendra en réalité de la situation d'espèce particulière et de l'incidence de chaque effet de l'opération sur le marché. À l'inverse, on relève en revanche que les pures réductions de coûts auront bien plus de difficulté à contrer les effets d'une perte technologique découlant de la concentration. En effet, sur des marchés concentrés tels que ceux au contentieux, une perte qualitative impliquera de grandes conséquences sur la concurrence. On peine dès lors à percevoir comment des

667 Voir BONNET, p. 582.

économies de coûts pourraient être suffisamment vastes pour compenser de tels effets. Pour en venir finalement à l'ampleur et à l'étendue de ce type d'effets, il sied d'ores et déjà de relever que les gains d'efficacité qualitatifs peuvent, dans certaines mesures, avoir un impact essentiel sur l'ensemble des produits offerts à un marché. On perçoit dès lors ceux-ci comme étant beaucoup plus susceptibles d'apporter la preuve d'un renversement complet des effets anticoncurrentiels amenés par une opération de concentration sur un marché oligopolistique, que ne peuvent l'être les réductions de coûts. En effet, ceux-ci peuvent, avoir un impact beaucoup plus étendu que leurs voisins, et ainsi consister en un facteur plus important dans le balancement des effets par l'autorité. Il s'agira ainsi de considérer les remarques qui précèdent dans l'analyse *in concreto* d'une opération.

e. Les éléments types devant être rejetés

Dès lors que nous avons étudié toutes les efficacités émanant des Lignes directrices concernant l'application de l'ancien art. 81 par. 3 TFUE⁶⁶⁸, aujourd'hui devenu art. 101 par. 3 TFUE, et que celles-ci semblent, dans leur essence, applicable aux effets non coordonnés, il convient de se poser la question des économies qui devront être écartées par l'autorité, lorsqu'alléguées. À titre liminaire, on précise que l'on ne se concentrera pas ici sur les effets devant être rejetés car insuffisants à combler entièrement les prérogatives anticoncurrentielles de l'opération. Cette partie de l'analyse sera dès lors destinée à mettre en avant les cas types d'efficacités alléguées par les parties n'ayant en réalité pas pour effet de bénéficier à la concurrence, mais aux concurrents eux-mêmes. Au vu des remarques d'ores et déjà faites à cet égard, on comprend que notre analyse ci-après sera axée, notamment, sur les économies de coûts fixes. Toutefois, celles-ci n'étant pas les seules pouvant être perçues comme inefficaces, il y aura lieu de chercher à établir une définition plus générale des éléments devant être écartés.

Dans ce cadre, on rappelle en tout premier lieu que les coûts fixes correspondent à ceux encourus par une entreprise quelle que soit son niveau d'activité⁶⁶⁹. On comprend ainsi que ceux-ci ne seront en rien impactés par les prix appliqués par l'entité ou par les quantités produites par celle-ci. La constellation type d'économie de coûts fixes tient dans l'élimination de doublons entre les entreprises concentrées, permettant de réduire leurs coûts irrécupérables. Ainsi, on saisit que les entités au marché n'auront aucun incitatif à faire profiter le marché des économies recensées, profitant seules de ces dernières. Ainsi, il

668 Lignes directrices 81 par. 3.

669 IG BANK, Coûts fixes.

convient d'étendre le champ des gains d'efficacité devant être exclus à tous les éléments impropres à corriger les effets néfastes de l'opération. En effet, non seulement les économies de coûts de fixes doivent être écartées d'emblée, mais c'est également le cas de l'entier des autres économies qui ne seraient en rien propres à créer un incitatif tendant à la baisse du prix, à l'augmentation de la quantité produite ou d'une quelconque manière à la correction des effets anticoncurrentiels engendrés par l'opération. Ainsi, aux fins de rester dans une approche globale, il s'agira d'écarter une efficience alléguée, dès lors que celle-ci ne sera pas à même de venir, à tout le moins partiellement, compenser la perte de pression concurrentielle engendrée par une opération de concentration. Dès lors les économies de coûts de fixes restent certes l'exemple type d'éléments devant être rejetés, mais ne doivent pas être perçus comme en étant l'unique modèle.

Les éléments susmentionnés doivent ainsi être vus comme les efficacités impropres, dans leur nature même, à contrer les effets non coordonnés de l'opération. À celles-ci doivent encore être ajoutées celles, certes susceptibles de compenser les effets anticoncurrentiels, mais qui, de par la structure du marché, s'en voient inefficaces. À ce titre, il faut tout particulièrement relever que les économies de coûts variables ont certes le potentiel pour compenser, à tout le moins partiellement, ce type d'effets, mais que leur report sur le consommateur ne dépendra que des incitatifs de l'entité concentrée à le faire. Ainsi, le pouvoir de marché des suites de l'opération, ainsi que la concurrence restante à celui-ci, seront déterminants à établir si les économies réalisées profiteront effectivement aux consommateurs. Ce sont donc une fois encore les circonstances d'espèce qui permettront d'établir si les efficacités alléguées peuvent être retenues. On constate ainsi qu'on ne peut pas, automatiquement, tenir des économies de coûts variables comme bénéfiques au marché, dès lors que l'attribution de celles-ci doit encore être déterminée. Finalement et relativement aux économies de coûts fixes, la question de leur composante anticoncurrentielle devra se poser. En effet, au-delà de ne pas être favorables à la concurrence, celles-ci peuvent également tendre à sa détérioration. En ce sens, on a d'ores et déjà établi que de telles économies se reportent sur l'entité concentrée. Dès lors, elles peuvent potentiellement lui permettre une augmentation de ses prérogatives unilatérales, en ce qu'elles lui alloueraient de produire à moindre coût, sans pour autant devoir augmenter ses prix, accroissant son pouvoir de marché d'autant. On saisit dès lors, qu'au-delà de ne pouvoir profiter à la concurrence, de telles économies devront faire l'objet d'un examen particulier, sous l'angle des effets non coordonnés. Ce dernier constat constitue la preuve la plus frappante des incohérences retenues par la Commission dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*.

f. Conclusion

En définitive, on réalise que la première étape menant à une prise en considération effective des gains d'efficacité tient dans la détermination de ceux pouvant réellement avoir un impact sur le marché et dans la mise à l'écart des autres. Dans le cadre d'opérations entraînant des effets non coordonnés, seules les efficiences propres à contrer les effets découlant de l'opération seront propres à être retenues. Dès lors que raviver la pression concurrentielle disparue n'est pas envisageable, l'unique disposition à même de compenser les effets non coordonnés tiendra dans la compensation de cet amoindrissement par d'autres prérogatives pro-concurrentielles, à même de contrebalancer les effets négatifs recensés. Ainsi, on retient que les réductions de coûts variables semblent propres, au moins partiellement, à contrebalancer les effets susmentionnés, dès lors que tous ceux mentionnés paraissent à même de créer des prérogatives bénéfiques à la concurrence sur le marché. Cette remarque vaut *a fortiori* en matière d'efficiences qualitatives, lesquelles seront, à notre sens, d'autant plus susceptibles de venir contrer les effets de l'opération au contentieux. On saisit ainsi que ce sont toutes les économies engendrées, propres à créer une motivation pour les parties à disposer de prérogatives pro-concurrentielles sur le marché, qui pourront être retenues. Dans une logique contraire, toutes les économies impropres à créer un incitatif pour les parties à retranscrire les gains sur le marché lui-même, ne pourront être retenues. En effet, dès lors que les parties à une opération détiendraient la possibilité de retirer l'entier des bénéfices de certaines économies, il faudra considérer celles-ci comme inopérantes du point de vue des effets pro-concurrentiels. L'exemple type en sera évidemment l'économie de coûts fixes, laquelle ne crée aucun intérêt pour les entités à baisser les prix, augmenter la quantité ou investir dans la recherche, une incitation contraire pouvant même lui être imputée dans certaines circonstances. Ainsi, on comprend une logique économique fondée sur les motivations et les incitatifs des entités au marché ; si pour obtenir un avantage économique, celles-ci doivent passer par le biais du marché, le gain d'efficacité devra être retenu, profitant aux consommateurs. Si en revanche, elles viennent à être les bénéficiaires économiques directes de cet avantage financier, elles n'auront aucune raison d'en faire profiter le marché, pouvant disposer de l'entier du surplus économique sans autre considération. Dans cette dernière hypothèse, l'efficacité alléguée devra évidemment se voir rejetée.

En définitive, la prise en compte même des économies alléguées relève des incitatifs pesant sur les parties au marché. Quant à l'ampleur de l'impact de celles-ci, sur lequel il sera revenu en détail plus loin, il sied de considérer,

prima facie, que les réductions de coûts ne peuvent, en matière d'effets non coordonnés que constituer un faisceau d'indices, éventuellement propres, lorsque cumulés, à contrebalancer les effets d'une opération de concentration. En revanche, un tel constat ne peut, à notre sens, pas être établi relativement aux efficiences qualitatives, lesquelles sont susceptibles d'avoir un impact plus conséquent.

5.2.3.3. *Evaluation in concreto des gains d'efficacité*

a. Introduction

Dès lors les catégories de gains d'efficacité pouvant être prises en considération dans le cadre d'opérations engendrant des effets non coordonnés exposées, il s'agit de passer à une analyse de l'évaluation réalisée par l'autorité, dans le cadre de la pondération des effets globaux d'une opération. Des critères propres à la prise en compte des efficiences sont certes d'ores et déjà établis, mais aucune règle ne permet effectivement de saisir l'impact concret de celles-ci sur une opération. En effet, il semble ressortir des éléments traités dans les paragraphes précédents, que l'unique donnée à disposition semble tenir dans ce que les gains d'efficacité doivent être propres à contrebalancer les effets anticoncurrentiels de l'opération. Dès lors, on ne peut que faire le constat d'une ligne de conduite vague, ne permettant en rien d'établir dans quelle propension les gains d'efficacité allégués pourront être à même de compenser les effets non coordonnés. On cherchera dès lors à combler cette lacune, afin de permettre une meilleure transparence du droit. Une fois encore, se présentera à nous la difficulté de proposer une solution à mi-chemin, laissant tant une marge de manœuvre à la Commission, qu'elle devra permettre une adaptabilité aux entreprises parties, dans le cadre de l'apport d'éléments par elles. Ainsi, nous viserons, de manière globale, à établir des règles relatives à la pondération des divers effets découlant de l'opération, permettant de déterminer si les effets anticoncurrentiels d'une opération peuvent être considérés comme compensés et contrebalancés du fait d'efficiences découlant de l'opération. D'emblée, il convient de rappeler que dans le cadre d'une évaluation à futur, ces règles se devront de rester d'ordre général et ne pourront ainsi contenir d'appréciations de détail, trop spécifiques. Dans ce cadre et aux fins d'atteindre un tel résultat, il conviendra en tout premier lieu d'analyser, successivement, les divers types d'effets non coordonnés et leurs caractéristiques particulières. Ainsi, il pourra être procédé à une étude détaillée des éléments susceptibles de contrer les effets négatifs de ceux-ci sur le marché. On cherchera, par ce biais, à comprendre en quoi les efficiences alléguées peuvent réellement être aptes à contrer l'impact des effets non coordonnés. Il s'agira dans ce cadre d'analyser les divers effets non coordonnés selon leur nature et relativement

aux éléments qui, initialement, permettent le constat de leur survenance. Une deuxième étape de notre analyse tendra à traiter de la pondération des effets, *in concreto*. On cherchera ici à déterminer l'impact des divers éléments ainsi que leur prise en considération effective. Il conviendra dans ce cadre de se questionner sur la capacité effective d'efficacités à contrer les effets non coordonnés sur des marchés oligopolistiques. Sur la base des considérations préalablement établies, on tentera ensuite d'élaborer une règle d'ordre général, visant à déterminer sous quelles circonstances les gains d'efficacité doivent être considérés comme propres à contrebalancer les effets anticoncurrentiels d'une opération. Une fois encore, celle-ci n'aura pas pour but de donner une règle de calcul précise, tant les cas varient, mais bien d'indiquer des principes directeurs, à même d'orienter la Commission et les entreprises parties dans leur évaluation. Cette dernière se devra donc de laisser une importante marge d'appréciation à l'autorité, mais également de permettre une certaine transparence, propre à permettre l'adaptabilité des parties. On procédera finalement à un constat global, cherchant à proposer des solutions pour le futur du contrôle des concentrations, propres à une considération des gains d'efficacité en lien avec leur influence effective.

b. Impact relativement aux effets non coordonnés

Dans cette première partie de notre analyse, il s'agira de reprendre successivement les divers types d'effets non coordonnés et de mettre en avant leur principal impact anticoncurrentiel sur le marché. Ainsi, nous chercherons à établir, pour chacun d'eux, les implications contraires à la concurrence auxquelles doivent remédier les efficacités, afin de pouvoir être retenues. On analysera également dans ce cadre les facteurs permettant d'établir l'étendue des justifications attendues, certains éléments amplifiant l'impact des éléments réparateurs attendus. À titre liminaire, il sied de retenir deux constats déjà établis, en ce que notre analyse se concentre ici sur des marchés oligopolistiques. De même, il convient de noter que les opérations de concentrations sur ce type de marché doivent être considérées, de manière générale, comme ayant un impact important, dès lors que les marchés en question sont déjà passablement concentrés. Il convient d'autre part de relever que l'objet de notre analyse ci-dessous présuppose l'existence, sur le marché, d'effets non coordonnés, la survenance de ceux-ci étant perçue comme établie. Notre analyse partira donc de ces données préalables et ne se concentrera ainsi que sur les efficacités pouvant être apportées relativement à celles-ci.

i. Importantes parts de marché

La détention d'importantes parts de marché des suites de l'opération consiste en un effet non coordonné devant être considéré comme général. En effet, il est propre à amener tout type de distorsions de concurrence sur le marché. Ainsi, il semble de prime abord délicat d'établir un facteur précis devant être contrôlé par les efficiences alléguées. Il peut néanmoins être tiré certaines conclusions d'ordre plus général relativement à de telles constellations de marché. Tout premièrement, des parts de marché élevées engendrent un large pouvoir de marché, allouant des prérogatives anticoncurrentielles sur celui-ci. Le potentiel effet réparateur de l'efficience alléguée devra dès lors tenir dans sa capacité à compenser et contrer les nouvelles prérogatives de l'entité. Il conviendra ainsi de traiter de celles-ci relativement aux circonstances d'espèce précises. On relève ensuite que la situation différera selon le pourcentage de parts détenues par l'entité. On établit donc le constat que les efficiences devront être d'autant plus importantes que les parts de marché effectivement détenues seront élevées. De même, le facteur des parts de marché relatives fait varier les attentes en lien avec les gains d'efficacité, en ce que les parts détenues par les autres entités joueront également un rôle déterminant. En effet, plus les entreprises restantes disposeront de parts éparses et minimes, plus l'emprise de l'acteur issu de l'opération sera importante, les éléments réparateurs devant être amplifiés d'autant (*important moteur de la concurrence mis à part*). À cela s'ajoute encore d'autres éléments utiles à l'appréciation, dont notamment la capacité restante sur le marché. En effet, celle-ci permettra de contrer, partiellement, les importantes parts de marché, par l'extension d'autres acteurs. Il convient encore d'observer, tant le développement récent des parts de marché, que le niveau d'augmentation de celles-ci. Relativement au premier, plus il tendra à la baisse de manière historique, plus on bénéficiera d'indices propres à démontrer une importance moindre de l'effet non coordonné. La même logique peut être appliquée à une augmentation minimale, les effets s'en voyant certes toujours présents, mais de manière sans doute moins accentuée. Ainsi, c'est le niveau des efficiences attendues qui variera indubitablement avec l'atténuation des effets, l'intensité de ceux-ci devant être établies avec précision.

En définitive, dans le cadre de ce type d'effets non coordonnés, il sera attendu, de manière générale, que les gains d'efficacité soient propres à contrer les prérogatives spécifiques offertes à l'entité dans le cadre de sa nouvelle puissance de marché. On ne peut toutefois pas, de manière préalable, définir celles-ci avec plus de précision, dès lors qu'elles dépendent de chaque constellation et qu'elles devront être établies selon les cas d'espèce. En effet, les importantes parts de marché tiennent du contrôle général des concentrations, et ne

permettent pas de constat plus étendu. Il s'agit néanmoins de relever que l'intensité des moyens attendus, ainsi que leur impact compensatoire, variera relativement à l'appréciation des facteurs mis en avant, lesquels permettent d'évaluer l'ampleur des éléments justificatifs attendus.

ii. Concurrents particulièrement proches

Pour ce qui a trait aux concurrents particulièrement proches, respectivement à la disparition d'un rapport de concurrence étroit entre ceux-ci, on touche à des éléments bien plus spécifiques des effets non coordonnés. Cette suppression concurrentielle émane effectivement de la dissolution d'un rapport de concurrence particulier, entraînant ceux-ci. C'est dès lors bien la disparition de ce rapport spécifique, menant à la suppression d'une pression particulière sur le marché, que devront viser à compenser les gains d'efficacité allégués. En ce sens, on précise d'emblée que ces efficiences devront compenser les effets en question, et non à rétablir une concurrence similaire en nature, celle-ci ne devant être corrigée que dans son intensité. Au surplus et dès lors que la concurrence proche implique un rapport de substituabilité particulier, la disparition d'un acteur de ce type entraînera la diversion des consommateurs sur son concurrent premier, les pressions internes entre les parties se voyant supprimées. Les efficiences devront ainsi être aptes à compenser les nouvelles prérogatives de l'entité concentrée, capables de combler les prérogatives supplémentaires découlant de cette captation de marché anticoncurrentielle. Les prérogatives en question pourront être de divers types, une diminution de la quantité produite ou une augmentation du prix en étant les hypothèses les plus communes. Il s'agira une fois encore d'établir la situation d'espèce particulière et d'en déterminer les effets concrets exacts.

Pour ce qui a trait à l'étendue des éléments réparateurs, divers facteurs sont propres à la faire varier. On relève en tout premier lieu que la substituabilité particulière des biens offerts par les entités concernées peut varier. En effet, même au sein d'un rapport de concurrence particulièrement proche, le degré de substituabilité peut être d'une intensité plus ou moins grande. Cette première remarque nécessite toutefois une certaine retenue, en ce sens qu'un trop fort rapport de substituabilité donnera naissance à un autre marché de type duopolistique, mais également qu'un rapport trop léger ne sera pas retenu comme particulièrement proche. Au titre des facteurs influant sur le *ratio* de diversion, l'on trouve la proximité géographique, la comparabilité des produits dans leurs caractéristiques, mais également les préférences des consommateurs. Tous ces éléments peuvent également jouer un rôle dans l'intensité de la relation concurrentielle particulière entre les entités. Dès lors, plus le rapport entre celles-ci sera retenu comme fort, plus les efficiences propres à

en annihiler les effets devront être importantes. Il sied ensuite de noter que c'est sur un marché de produits hétérogènes que cette substituabilité spécifique sera d'autant plus utile, dès lors qu'une certaine indifférence du consommateur apparaît sur les marchés de produits homogènes. Enfin, les pressions émanant de marchés voisins jouent également un rôle, celles-ci pouvant atténuer l'impact des effets anticoncurrentiels, bien qu'impropres à les annihiler complètement. Il s'agira néanmoins d'également retenir leur influence sur l'intensité des effets non coordonnés retenus. Finalement, les facteurs économiques telle l'élasticité croisée des prix des produits pourra également servir d'indice à la détermination de l'ampleur de la relation concurrentielle.

En conclusion, relativement à cet effet non coordonné, les efficiences devront être propres à compenser la perte d'une concurrence particulière sur le marché, mais également les impacts de celle-ci sous l'angle de la diversion des consommateurs. Bien qu'il semble complexe d'établir, par avance et hors situation d'espèce, des critères précis propres à l'évaluation des effets déclenchés par ce type de constellations, l'on peut néanmoins percevoir un faisceau d'indices permettant d'établir si la relation de concurrence se trouve dans la tranche supérieure du degré de substituabilité, ou si, au contraire, des éléments l'atténuent. Cela allouera ainsi d'établir, au cas par cas, l'intensité des gains d'efficacité devant être allégués, laquelle dépend directement de l'ampleur de la concurrence particulière entre les parties à l'opération.

iii. Suppression d'un important moteur de la concurrence

Il convient ensuite de traiter de l'important moteur de la concurrence, lequel se situe aux antipodes d'effets anticoncurrentiels découlant de parts de marché, un acteur de ce type influant sur celui-ci malgré la faiblesse des siennes. En effet, la disparition d'un tel acteur n'aura pas pour effet d'engendrer une augmentation conséquente des parts détenues par ses concurrents ou même une diversion élevée de la clientèle, dès lors qu'il ne détient aucun de ces éléments. Il faudra en ce sens bien plus venir identifier les conséquences de la disparition de celui-ci, lequel va à l'encontre des comportements usuels sur le marché, pour saisir ce que les gains d'efficacité devront contrer. Dès lors, c'est bien sous l'angle de la perte de force disruptive, innovante et tendant à la recherche et au développement qu'il faudra axer notre analyse ici. En effet, un tel acteur, de par son comportement spécifique, force les autres entités au marché, bien que plus importantes sous l'angle de la pure dominance, à adopter un certain comportement pro-concurrentiel. C'est ainsi la disparition de cette prérogative bénéfique au marché qui devra être compensée par les efficiences alléguées. Une fois encore, il s'agira de déterminer les conséquences concrètes relativement au cas d'espèce particulier. Néanmoins, on peut tenir pour établi que dites

efficacités devront, à tout le moins, être à même de compenser l'avantage perdu pour le consommateur. On reprendra ici l'exemple de *Three* sur le marché des télécommunications au Royaume-Uni, examiné dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*. Cet acteur avait été le premier à offrir la 4G sans coûts supplémentaires, obligeant ses concurrents à en faire de même. On perçoit d'emblée qu'il est complexe de chiffrer la valeur d'un tel apport, l'acteur bénéficiant à la concurrence dans des propensions très importantes et permettant une avancée technologique rapide. C'est dès lors l'entier du développement technologique perdu et des prérogatives qui l'auraient accompagné, que les efficacités devront être aptes à compenser. Toujours dans une même ligne d'idée, ce type d'acteur incite à l'innovation permanente, ainsi qu'à l'investissement dans la recherche et le développement. On saisit ainsi que son impact va plus loin que les prérogatives pro-concurrentielles qu'il offre directement au marché, permettant également le développement des produits sur le marché par les investissements de ses concurrents. Au vu de ce qui précède, l'étendue des gains d'efficacité allégués dans l'éventualité de la survenance d'un tel effet ne devra en être que d'autant plus grande, tant un acteur de ce type impacte très favorablement la concurrence sur le marché.

On doit ensuite se demander, dès lors que la perte de concurrence tient du domaine de l'innovation, de la recherche et du développement, si des gains d'efficacité qualitatifs ne devraient pas être privilégiés en l'espèce aux fins de combler, ou même atténuer, de telles réductions de concurrence. Nous pensons effectivement qu'un tel constat doit, pour la majorité des cas, être tenu pour établi. En effet, bien que les efficacités émanant de la réduction des coûts ne doivent pas être rejetées dans un tel contexte, toujours intéressantes et menant à des retombées pro-concurrentielles, il convient de noter que celles-ci, seules ne seraient pas à même de compenser les effets non coordonnés mis en avant. Selon notre point de vue, même si le prix venait à baisser drastiquement sur le marché des suites desdites économies, cela ne suffirait pas à contrebalancer les effets déclenchés. En effet, bien que les efficacités puissent compenser les effets anticoncurrentiels sur le court terme, l'impossibilité de développement sur le moyen et long terme viendrait à engendrer des conséquences bien plus néfastes, impropres à être évincées par celles-ci. Ainsi, une perte qualitative à futur ne peut, à notre sens, qu'être comblée par un avantage pro-concurrentiel du même type, faute de quoi, à moyen terme, les effets globaux de l'opération ne se verraient plus contrebalancés, mais pencheraient inéluctablement du côté des effets non coordonnés.

Quant à l'ampleur des efficacités devant être apportées, on comprend que, de manière générale, la disparition d'un tel acteur implique d'importantes conséquences anticoncurrentielles et que les gains d'efficacité se devront

d'être étendus d'autant. Néanmoins, on atténue cette allégation en ce que même sein des importants moteurs de la concurrence, l'intensité de la pression exercée peut varier. On prendra ici en point d'orgue le cas des *Maverick Firms* pour lesquelles le niveau de preuve devra être considéré comme absolu, au vu de leur impact déterminant sur le marché. Néanmoins et comme exposé plus haut, l'entier des importants moteurs de la concurrence ne se retrouve pas consister en des *franc-tireurs*, permettant certaines distinctions dans la charge de preuve attendue. De même, l'entier du rôle de l'entité devra être évalué, car certaines auront plus tendance à pousser à l'innovation à futur que d'autres. Il faudra une fois encore analyser l'impact concret du concurrent en question sur le marché, tant actuel que futur, pour déterminer les conséquences effectives de sa disparition.

On relève donc, à titre final, divers éléments essentiels devant être exposés. Tout d'abord, les efficiences présentées relativement aux importants moteurs de la concurrence devront être propres à contrer non seulement l'effet disruptif amené actuellement sur le marché, mais également l'incitation à l'innovation, à la recherche au développement que ceux-ci entraînent pour le futur. Dans ce cadre, on ne saurait comment des efficiences autres que qualitatives pourraient être à même de compenser un tel effet, les gains d'efficacité émanant de réductions des coûts étant vouées à ne pas suffire, à tout le moins sur le long terme, à les contrebalancer. Enfin, une certaine atténuation reste possible au vu du type d'acteur en question, la situation d'espèce devant être étudiée aux fins d'en déterminer sa nature exacte. En conclusion, on saisit ici l'apparition d'un effet non coordonné très important, jouant un rôle clé pour la concurrence et dont l'évincement et la compensation seront sans doute plus ténus à démontrer que pour ses homologues. On ne peut ainsi que regretter les constats du Tribunal dans le cadre de la décision précitée et en souhaiter une modification, la disparition d'un important moteur de la concurrence diminuant la concurrence sur un marché d'une manière quasi irréversible.

iv. Capacité de l'entreprise concentrée à freiner l'expansion de concurrents

Un autre effet non coordonné type tient dans la faculté, pour l'entreprise concentrée, de limiter ses concurrents. Cette prérogative permettra à cette dernière de bloquer le développement de petits ou futurs concurrents, mais également de limiter, à futur, la capacité concurrentielle d'entités d'ores et déjà établies sur le marché. D'emblée, on comprend que le rôle des efficiences tiendra en leur faculté à annihiler ces prérogatives, empêchant l'entité concentrée de réduire la capacité concurrentielle de ses rivales. Aux fins de saisir le rôle

exact que devront jouer les gains d'efficacité, il sied de rappeler les divers facteurs propres à permettre de tels effets non coordonnés sur le marché. En premier lieu, c'est l'intégration verticale qui allouera de telles prérogatives. De même, les droits de propriété intellectuelle pourront offrir de telles possibilités. On pourra encore envisager des accords de distribution particuliers, bloquant les dispositions des adversaires, ou même la détention d'avantages spécifiques à la production, lesquels sont toutefois largement compris dans le concept d'intégration verticale⁶⁷⁰. Dès lors, on saisit les prérogatives offertes par ces divers éléments, offrant des situations préférentielles à l'entité concentrée et lui permettant de bloquer l'accès au marché à ses concurrents, forçant ces derniers à augmenter leur prix ou à quitter le marché. C'est ainsi cette faculté à orienter le sort d'autres acteurs au marché qui devra être éliminée par les efficacités. Pour que celles-ci soient effectives, il faudra dès lors que, grâce à la dynamique contraire engendrée par elles, l'entité concentrée ne soit plus en mesure de disposer de telles facultés.

Malgré la nécessité, comme pour l'ensemble des cas déjà étudiés, de connaître les circonstances spécifiques à une situation donnée, on peut d'emblée attester que l'effectivité des gains d'efficacité dépendra de la possibilité d'accès à des éléments essentiels du marché. En ce sens, la possibilité de blocage de facilités essentielles, par la détention de droits de propriété intellectuelle, ou par le biais de l'intégration verticale, devra être vu comme rédhibitoire, offrant des possibilités ne pouvant être compensées. Néanmoins, d'autres possibilités de blocage du marché, plus légères, pourront à nos yeux être atténuées par le biais d'efficacités. Dès lors, on constate, comme en matière d'importants moteurs de la concurrence, que les gains d'efficacité qualitatifs semblent en l'espèce bien plus adaptés à contrer ce type d'effets non coordonnés. En effet, on saisit qu'une réduction du prix de production ne se verrait en rien utile, dès lors que l'entité concentrée bénéficierait de prérogatives lui donnant une maîtrise infrastructurelle sur le marché. On peut même se demander si de telles efficacités devraient, de manière absolue, être considérées, dès lors qu'aucun incitatif n'existe, pour l'entité concentrée, à les reporter sur les consommateurs. En définitive, ce n'est que par le biais du développement de nouveaux produits, contournant les infrastructures monopolisées par l'opération, que l'on peut envisager un contrebalancement des effets de celle-ci. Prenons ici l'exemple d'une opération entraînant avec elle l'intégration verticale d'une facilité essentielle au marché. L'unique efficacité à même d'empêcher l'entité concentrée d'exploiter le bénéfice de cette facilité tiendrait

670 Lignes directrices, c. 36; KOKKORIS/SHELANSKI, n°6.01 et 6.03; ROSENTHAL/THOMAS, n. 3.131 et 7.40; BOTTERON, p. 183.

dans le développement, par l'opération, d'une technologie permettant d'éviter l'emploi même de la facilité essentielle. On perçoit ainsi des effets non coordonnés qui ne semblent que difficilement compensables par le biais d'efficacités, celles purement économiques pouvant même être complètement exclues de l'analyse.

Il sied finalement de traiter des facteurs particuliers du marché concerné, lesquels déterminent le degré d'efficacité requis pour atténuer les effets non coordonnés. Dans le cadre de ce type de concentration, nombre d'indices de la structure du marché pourront en effet servir d'indicateurs, propres à estimer l'impact effectif de gains d'efficacité. On pensera tout premièrement aux formes particulières de marchés, ceux nécessitant une interopérabilité se trouvant être les plus vulnérables, dès lors que l'empêchement d'accès à une plateforme condamnera l'entité. Dans une même logique, la puissance financière de l'entreprise concentrée jouera un rôle clé, dès lors que celle-ci sera d'autant plus en mesure d'exploiter les prérogatives, à elle rendues disponibles, qu'elle sera dans une situation économique confortable. De plus, des effets unilatéraux seront plus susceptibles de se réaliser, dès lors que, des suites de la fusion, les caractéristiques d'un produit mèneront le consommateur à penser qu'un seul offrant reste sur le marché⁶⁷¹. On relève enfin qu'une analyse du comportement passé sur le marché peut également servir d'indicateur, une certaine agressivité à celui-ci, couplée à une transparence conséquente pouvant laisser présumer la possibilité de la survenance de tels effets. Ces facteurs ne sont toutefois que des indices et ne pourront, seuls, servir d'éléments propres à déterminer une telle prérogative chez les entreprises concentrées. Néanmoins, ils auront un rôle clé à jouer en ce qui a trait aux efficacités, permettant de jauger celles-ci et de déterminer si elles possèdent un impact concret sur le marché.

v. Peu de possibilités de changer de fournisseur

Relativement aux concentrations ayant pour effet de réduire le nombre de fournisseurs et ainsi de limiter les possibilités des consommateurs, elles jouent un rôle particulier dans le contrôle de la Commission. En effet, de telles constellations pourront poser problème sous divers angles, mais dès lors que la situation de marché sera propre à engendrer une situation de duopole des suites de l'opération, l'autorité de la concurrence se concentrera, à juste titre, sur la possibilité d'une position dominante collective. Ainsi, nous nous concentrerons en l'espèce sur les situations laissant le marché en situation d'oligopole, bien qu'ici encore, la possibilité d'une entente collective ne puisse être exclue. Il convient donc de saisir que ce type d'effets apparaît dès lors que des suites de

671 CANAPA, p. 217; VÖLCKER, p. 397.

l'opération, le choix du consommateur se voit limité, celui-ci se trouvant forcé de contracter avec un fournisseur en particulier. Cette situation pourra se réaliser sous diverses formes, la plus banale tenant certes en l'absence d'un substitut directement ou facilement accessible, mais pouvant également se matérialiser par l'augmentation des prix des concurrents directs. On pourra également évoquer la détention de participations croisées, enlevant tout incitatif à une concurrence effective entre les parties et menant à un résultat similaire⁶⁷². Le consommateur se trouve ainsi forclus dans ses choix, allouant à l'entreprise bénéficiant de la nouvelle structure du marché, de larges prérogatives anticoncurrentielles. On perçoit le rôle que devront jouer les efficiences, devant être à même de contrer l'effet de forclusion déclenché par l'opération. Ainsi, on ne saura attendre des gains d'efficacité qu'une chose dans ce cadre, soit l'élargissement de l'offre soumise aux consommateurs. En effet, les prérogatives anticoncurrentielles détenues par l'entité, soit la possibilité d'augmentation du prix ou de réduction de la production, se verraient ainsi annihilées et le marché remis en situation d'équilibre.

Il semble à première vue que cet effet non coordonné soit le plus simple à justifier et contrebalancer de tous ceux examinés. Il sied néanmoins de relativiser cette impression initiale en notant que l'apparition de nouveaux concurrents ne semble que difficilement atteignable par le biais de gains d'efficacité. En effet, il convient de saisir une fois encore que les efficiences tendant à la réduction des coûts ne seront pas à même d'engendrer l'apparition d'un nouvel acteur, ce pour les raisons d'ores et déjà exposées en amont et relatives à leur nature purement économique. Dès lors, on semble ici forclus à l'emploi de gains d'efficacité qualitatifs, lesquels, par une innovation du produit ou un remplacement de celui-ci, pourraient permettre l'entrée de nouveaux concurrents. Une fois encore, on saisit la difficulté de venir justifier de certaines restrictions concurrentielles.

Enfin, on rappelle que si une entrée était initialement possible, celle-ci impliquerait l'absence de tout effet anticoncurrentiel sur le marché. Dès lors que l'on part de l'hypothèse contraire, il faudra retenir qu'une entrée n'est pas non plus réalisable sur le court terme. Malgré cette affirmation, certains éléments peuvent laisser une possibilité d'ouverture de celui-ci à futur. Ainsi, un marché relativement homogène ou disposant d'une certaine capacité restante sera plus enclin à permettre la réalisation de gains d'efficacité. Malgré ces constats, on relève en définitive la difficulté que comportera le fait de contrebalancer de tels effets non coordonnés, dès lors que les structures de marché

672 À cet effet voir M.1383 – *Exxon/Mobil*, du 29 septembre 1999; MONTAG/VON BONIN, *ad art.* 2, n. 195.

sur lesquelles ils apparaissent sont déjà passablement concentrées. On conclut ici que ce seront bien plus les engagements relatifs à des cessions spécifiques qui seront à même d'offrir une possibilité d'entrée sur le marché et de contrebalancer les effets de l'opération, permettant la création de nouveaux concurrents et le maintien de la concurrence à un niveau similaire à celui connu *ante* concentration.

vi. Peu de probabilité d'expansion de la production par les concurrents en cas d'augmentation du prix

Le dernier effet non coordonné type, devant faire l'objet de notre analyse, tient dans ce que, des suites de l'opération, les concurrents non parties à celle-ci se trouvent dans l'impossibilité d'augmenter la capacité produite pour répondre à une augmentation de prix émanant des entités concentrées. Cette appréciation tient encore une fois d'une logique purement économique, car si l'augmentation de capacité se trouve impossible des suites de l'opération, l'entité concentrée aura pour incitation d'augmenter les prix. Ainsi, pour saisir le rôle pouvant effectivement être joué par les efficacités, il faut tout d'abord percevoir dans quelles constellations l'augmentation de capacité se trouve impossible. La plus usuelle tient en ce que les contraintes de capacité empêchent une augmentation de la production. Un tel accroissement de celle-ci peut également se révéler très coûteux de par la nécessité de nouvelles infrastructures essentielles. Enfin, le coût marginal de la production pourra se trouver très en-deçà des prix usuellement appliqués pour la production d'une unité supplémentaire, réduisant à néant tout incitatif de production plus élargie. Le rôle des efficacités, dans ce genre de cas, tiendra donc en la compensation de cet empêchement de production supplémentaire. Les gains d'efficacité devront ainsi être susceptibles de résoudre l'incapacité de réponse à une augmentation des prix, engendrée par l'opération. Une fois encore, les circonstances spécifiques d'espèce détermineront le détail des éléments attendus.

Il sied néanmoins et d'emblée de constater l'inefficacité manifeste de gains d'efficacité purement économiques en l'espèce. En effet, on saisit mal comment une réduction des dépenses pour l'entité concentrée pourrait être susceptible de réduire le prix final, dès lors que l'effet anticoncurrentiel au contentieux tient lui-même de l'augmentation de prix. On réalise ainsi que la seule solution tiendra encore une fois dans les efficacités qualitatives. En effet, un bref survol des diverses constellations propres à empêcher une production supplémentaire semblent, à tout le moins pour deux d'entre elles, à même d'être résolues par de tels gains d'efficacité. En effet, de telles efficacités, amenant de nouvelles technologies sur le marché, pourraient répondre tant à une capacité marginale trop chère, qu'à une limitation de la capacité due à des

infrastructures essentielles. Ainsi, sous certaines circonstances, on saisit que de telles efficiences pourraient éventuellement résoudre le problème de capacité rencontré et remettre le marché à l'équilibre. Malgré cette possibilité, certes existante mais hypothétique, on réalise une fois encore la difficulté de renverser de tels effets. En effet, les solutions apportées par des gains d'efficacité ne semblent destinées à s'appliquer que dans certaines circonstances particulières et nécessiteraient encore une certaine intensité pour être considérées comme viables. De plus, on voit mal ce qui pourrait être envisagé en cas d'absence complète de capacité, une production supplémentaire ne pouvant pas même être envisagée. On saisit ainsi la difficulté à faire valoir des efficiences couvrant tous les effets non coordonnés de l'opération.

On relève encore que ce genre d'effets n'est propre à se réaliser que sur des marchés dont le produit nécessite l'avancement de certains coûts dans sa production. Ainsi, plus les investissements nécessaires à la production seront bas, plus l'effectivité des mesures correctives sera rendue possible. Le même constat peut également être tiré dans le cadre de l'appréciation des coûts marginaux de production. En effet, plus ceux-ci seront élevés, plus ils seront à même d'empêcher une expansion de la production, entraînant la nécessité d'efficiences d'autant plus conséquentes. Enfin, le type de biens sur le marché pourra également servir d'indice, tant un tel effet non coordonné est plus à même de se réaliser sur un marché de produits homogènes. On relativise toutefois ce dernier point, la réalisation de tels effets étant également admises sur certains marchés hétérogènes, dont notamment celui des communications⁶⁷³. En définitive, on saisit que les efficiences propres à limiter ce type d'effets non coordonnés seront largement restreintes et se limiteront, dans tous les cas, à des efficiences qualitatives. Certains indices, ainsi que l'intensité de l'empêchement en question permettront d'estimer l'ampleur attendue des gains d'efficacité. On saisit néanmoins la difficulté de justification d'effets anticoncurrentiels unilatéraux, dès lors que ceux-ci sont constatés sur des marchés en situation d'oligopole et que leurs implications dépasseront souvent ce qui peut légitimement être contrebalancé par le biais d'efficiences.

vii. Autres participants au marché

Une fois analysés les effets non coordonnés relatifs au marché lui-même, il sied de procéder à une brève étude des efficiences pouvant être mises en avant, relativement aux concurrents non encore parties au marché ou opérant sur

673 COMP/M.6497 – *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, du 12 décembre 2012, c. 367ss ; M.7018 – *Telefonica Deutschland/E-Plus*, du 2 juillet 2014, c. 528ss ; M.7421 – *Orange/Jazztel*, du 19 mai 2015, c. 377ss.

des marchés voisins. En ce sens, il sera ci-après passé à l'analyse des gains d'efficacité relativement aux concurrents potentiels et aux opérations de concentration créant ou renforçant une puissance d'achat sur le marché en amont.

Pour ce qui a trait aux premiers, on saisit que la concentration d'avec une entreprise non encore sur le marché, mais exerçant des pressions sur celui-ci, engendre des pertes concurrentielles favorisant les entreprises restantes. En effet, par sa disparition, un incitatif à la concurrence sur le marché disparaît, dès lors que la menace de l'entrée d'un tel acteur s'efface. La portée des gains d'efficacité dans une telle constellation tiendra dès lors à rétablir la pression concurrentielle perdue. En effet, ceux-ci devraient avoir pour but de compenser la perte de concurrence potentielle sur le marché, l'absence d'autres concurrents potentiels devant être tenue pour établie. On relèvera en premier lieu que trois types majeurs de concurrents potentiels ressortent de la casuistique des autorités de la concurrence et que des réflexions diversifiées peuvent leur être appliquées. En ce sens, on distingue les acteurs d'ores et déjà établis sur les marchés voisins, dont on séparera ceux exerçant sur un marché géographique différent, de ceux pratiquant leur activité sur un marché de produit voisin, tout en se trouvant dans la même zone géographique. D'autre part, apparaissent les acteurs non encore en train d'exercer leur activité, en ce que leurs produits semblent destinés, à très court terme, à être prêts à la distribution⁶⁷⁴. Relativement aux deux premières catégories d'acteurs potentiels, la pression exercée par ceux-ci doit être perçue, de par sa nature, comme propre, de manière générale, à couvrir une tentative d'augmentation des prix. En effet, si l'entité concernée venait à prendre une telle disposition sur le marché, les acteurs de marché voisins y verraient une opportunité d'étendre leur activité, tant géographique que relativement à la gamme offerte. D'autre part, les concurrents non encore entrés sur le marché semblent eux plus à même de jouer un rôle sur l'empêchement de réduction de capacité de l'entreprise déjà établie. Ceux-ci seront ainsi prêts, pour rendre leur entrée sur le marché rentable, à saisir la capacité délaissée, remettant le marché à l'équilibre. On note dès lors et de manière plus générale, que le rôle devant être joué par les gains d'efficacité reviendra à rétablir la pression perdue des suites de la concentration du potentiel concurrent, lequel exerçait préalablement une pression empêchant les agissements unilatéraux.

Les caractéristiques spécifiques du marché joueront ainsi un tribut essentiel dans la détermination spécifique des effets attendus des efficacités, déterminés par les conséquences concrètes de la concentration sur le marché.

674 À cet effet, voir not. M.950 – *Hoffman-La Roche/Boehringer Mannheim*, du 4 février 1998 ; COMP/M.7559 – *Pfizer/Hospira*, du 4 août 2015 ; COMP/M.6266 – *Johnson & Johnson/Synthes*, du 18 avril 2012.

Néanmoins, on se doit de saisir que certains éléments seront propres à atténuer ou à accentuer la preuve attendue, mais également l'impact d'un gain d'efficacité. En tout premier lieu, on dénote que bien que supposée établie, l'existence d'un concurrent potentiel peut l'être dans de différentes intensités. En ce sens, on trouvera des acteurs potentiels appliquant des pressions plus ou moins élevées, relativement à l'homogénéité des produits offerts, à la durée nécessaire à leur entrée, mais également à l'étendue de celle-ci. On saisit ici que bien qu'admise, l'entrée hypothétique peut se trouver plus ou moins importante. Ainsi, plus celle-ci semblera à la limite d'un point de vue sa concrétisation, plus les efficiences devront être perçues comme ayant un impact important dans le balancement des effets généraux de l'opération. Il s'agira en ce sens de revisiter les critères propres à l'établissement même d'un tel acteur, afin de juger de l'intensité de leur réalisation. On pourra ainsi viser à déterminer l'ampleur attendue des diverses efficiences devant être amenées et l'impact effectif de celles-ci sur les effets non coordonnés au contentieux.

Relativement aux concentrations créant ou renforçant une puissance d'achat sur les marchés en amont, on rappelle que celles-ci nous intéressent tout particulièrement car, des suites de l'opération, l'entité concentrée peut exercer un impact particulier sur le fournisseur. En effet, celle-ci aura une influence nouvelle sur ce dernier, lui allouant certaines prérogatives à son égard. D'une part, elle pourra être en position de requérir des prix préférentiels de la part de celui-ci, ce qui, en dehors d'un pouvoir de marché permettant d'exploiter négativement une telle prérogative, devra être vu comme pro-concurrentiel, tendant à la baisse des prix⁶⁷⁵. Les risques d'effets non coordonnés ne sont donc susceptibles de se réaliser, dans une telle hypothèse, qu'en cas de puissance de marché excessive le permettant. D'autre part, une concentration de ce type peut se révéler problématique en ce qu'elle offre la possibilité à l'entité concentrée de bloquer, à ses concurrents, l'accès aux fournisseurs. Ainsi, celui-ci pourra être à même de faire augmenter le prix appliqué à ses concurrents, voire d'exclure complètement ceux-ci du marché. On saisit donc que l'entité se voit allouer une prise de contrôle unilatérale sur une entité de la chaîne de production. C'est donc ce contrôle anticoncurrentiel qui devra être annihilé par le biais des efficiences alléguées, lesquelles devront permettre aux entreprises restées sur le marché de retrouver les libertés perdues des suites de l'opération.

On saisit dès lors qu'il s'agit d'identifier l'impact concret d'un tel contrôle. Il semble en ce sens évident que celui-ci se matérialisera soit par une augmentation du prix de vente appliqué aux concurrents, soit par une disparition

675 Lignes directrices, c. 62.

totale des concurrents. Dans tous les cas, l'absence de concurrence permettra une augmentation unilatérale du prix de marché. Dès lors, les efficiences alléguées devront être propres à lutter et à compenser de tels éléments, selon l'intensité et les caractéristiques spécifiques du cas d'espèce. On précise qu'il conviendra une fois encore de prendre en considération l'intensité réelle de cette pression sur le marché en amont, cherchant à mesurer le réel impact de l'entité concentrée sur ses fournisseurs. Plus celui-ci sera d'une réelle importance, lui allouant des prérogatives larges et déterminantes, plus les efficiences attendues devront être concrètes, l'inverse étant également valable, permettant des efficiences atténuées et dont l'impact sera plus important. On relève enfin que le contrôle le plus absolu sur une entité en amont tient de l'intégration verticale, hypothèse exclue de la présente analyse dès lors que son cas spécifique est traité en amont.

En définitive, le même schéma que celui appliqué aux effets non coordonnés usuels peut être répété à ces deux types particuliers d'effets anticoncurrentiels. On relève une fois encore l'importance de telles opérations et leur impact anticoncurrentiel déterminant sur des marchés oligopolistiques, leurs conséquences devant être considérées comme très importantes. En ce sens, la recherche de gains d'efficacité suffisants impliquera une grande difficulté, dès lors que l'on perçoit difficilement comment leur impact pourrait compenser l'entier des effets anticoncurrentiels découlant de l'opération. On relève néanmoins que l'intensité de ces effets laissera une certaine marge d'appréciation selon le degré de concurrence potentielle, mais également en fonction de la maîtrise détenue, des suites de l'opération, sur les entreprises en amont. Il faudra ainsi tenir compte de toutes les circonstances, également celles propres à déterminer l'effet non coordonné lui-même, au moment d'apprécier les efficiences sur le marché. On pourra ainsi déterminer l'impact de celles-ci, relativement à l'intensité des effets non coordonnés préalablement établis.

viii. Approche différenciée selon le type d'effets ?

Reste enfin, avant de pouvoir tirer les conclusions du présent chapitre, à se demander si une distinction doit être effectuée dans le cadre de l'appréciation des divers effets non coordonnés, relativement à leur nature. À ce titre on rappelle la subdivision faite précédemment, au sens de laquelle, certains effets unilatéraux ont pour conséquence de déployer des effets sur l'entier du marché, tandis que d'autres auront une incidence initiale sur une relation de concurrence particulière. Comme évoqué, la réduction de pression concurrentielle s'en voit alors différente, les premiers induisant une diminution d'ordre global, tandis que les autres mènent à la disparition d'un rapport particulier. Il s'agira ainsi de se questionner sur le type de retombées positives attendu des

efficacités. En effet, il pourrait, sous certaines considérations se justifier de les distinguer, en fonction de l'effet anticoncurrentiel spécifiquement retenu. On pourrait en ce sens estimer, par exemple, que la diminution de relations particulières au sein du marché devrait impliquer une compensation de ce lien. D'autre part, une telle preuve ne serait ainsi pas attendue dans le cadre de réductions d'ordre général, l'unique élément devant être amené tenant dans un rétablissement de la concurrence globale.

Une telle approche ne semble néanmoins pas opportune en l'espèce, dès lors qu'elle irait à l'encontre de la genèse même des gains d'efficacité. En effet, une telle distinction pourrait être établie et complexifierait d'autant le fardeau de la preuve. Toutefois, ce n'est pas le but des efficacités de venir ramener une situation en tout point égale à celle prévalant *ante* concentration sur le marché. Il faut saisir que celles-ci n'ont en réalité pour rôle que de ramener sur le marché un niveau de concurrence à tout le moins égal à celui précédemment connu. Il importe peu à cet égard de juger de la nature de la concurrence, seule son intensité devant être rétablie. Ainsi, la forme du marché et les relations de concurrence particulières à celui-ci ne sont que de peu d'intérêt, le but ultime des gains d'efficacité tenant bien plus aux effets non coordonnés qui peuvent être perpétrés sur le marché. On rappelle enfin que dans le cadre de notre analyse des effets anticoncurrentiels, nous étions arrivés à la conclusion que la survenance même d'effets non coordonnés sur un marché oligopolistique devait être retenue comme propre à créer une entrave significative à la concurrence. Dès lors, ici également, le constat contraire doit être établi, en ce que peu importe la forme du marché et des relations de concurrence *post* opération, l'annihilation par des efficacités de l'entier des effets non coordonnés découlant de celle-ci doit être perçue comme suffisant à légitimer l'opération.

ix. Conclusion

Par le biais de notre analyse, on observe en premier lieu le caractère essentiel que joueront les circonstances concrètes dans la détermination des conditions propres à faire valoir des gains d'efficacité. En effet, même si, comme exposé en précédente, il est possible de tirer des principes larges et généraux relativement à ceux-ci, seules les circonstances d'espèce d'un cas permettront d'établir avec précision en quoi une efficacité sera propre à combler les effets non coordonnés préalablement établis. Il n'empêche, néanmoins, que par l'étude des caractéristiques spécifiques de chacun des types d'effets non coordonnés pouvant apparaître sur le marché, on peut comprendre la genèse de l'efficacité attendue et ses implications pour le marché. Il s'agira dès lors de s'inspirer, dans le cadre de l'appréciation des efficacités, des divers constats que l'on a pu établir ci-avant relativement à chaque effet non coordonné, propres à orienter la

Commission. Ainsi, aux fins de pouvoir contrebalancer les effets non coordonnés d'une opération, les gains d'efficacité devront être à même, dans leur nature, de contrer l'impact anticoncurrentiel spécifique de l'effet au contentieux.

On constate ensuite que certains effets non coordonnés sont, de par leur nature, impropres à pouvoir être contrés par certaines catégories d'efficacités, inaptes à résoudre les problèmes de concurrence déclenchés. On pense ici tout spécialement aux économies de coûts, lesquelles ne seront pas à même de contrer des effets anticoncurrentiels découlant de pertes d'incitatifs à l'innovation, à la recherche ou au développement. En effet, bien que de telles économies pécuniaires puissent permettre une stabilisation de la situation sur le marché à court terme, de telles efficacités seront impropres à effectivement contrebalancer les effets anticoncurrentiels de l'opération sur la durée. Il faut ici saisir qu'une perte concurrentielle de ce type est indéniablement vouée à porter des conséquences sur une longue période, n'entraînant pas seulement une augmentation du prix à brève échéance, mais également une absence de développement de la technologie sur le moyen et long terme. Ainsi, seules des efficacités de type qualitatif pourront entrer en compte dans le cadre de ces effets spécifiques. En effet, celles-ci semblent être les seules susceptibles de contrer ces effets non coordonnés, amenant de nouvelles incitations à l'investissement sur le marché et permettant le développement de la technologie.

Enfin, au travers de la méthodologie appliquée ci-dessus, on perçoit qu'une reprise de tous les facteurs propres à la détermination d'effets non coordonnés sur le marché est nécessaire à évaluer l'impact des diverses efficacités alléguées. En ce sens, on réalise que notre étude s'est construite autour des critères mêmes prouvant l'existence de tels effets, revisitant ceux-ci et identifiant si les gains d'efficacité sont propres à venir les contrer, ainsi que dans quelle mesure. Il ne faut néanmoins pas percevoir l'analyse effectuée ci-dessus comme redondante. En effet, bien qu'elle reprenne les critères de détermination des effets anticoncurrentiels, elle les analyse cette fois sous l'angle de leur justification, permettant une approche affinée de ceux-ci. En ce sens, il faut bien plus saisir cette reprise comme permettant d'employer chaque critère du marché pour jauger à quel degré les effets anticoncurrentiels impactent effectivement celui-ci. Dès lors, les éléments de celui-ci sont employés non seulement pour déterminer l'existence d'effets anticoncurrentiels, mais également pour apprécier à quel degré ceux-ci l'impacteront. On saisit donc que, bien que les effets négatifs soient tenus pour donnés, l'intensité de ceux-ci pourra ainsi être déterminée avec plus de précisions, permettant, en définitive, de déterminer l'ampleur des efficacités devant être apportées. Ainsi, plus les prérogatives anticoncurrentielles seront importantes, plus il sera attendu des efficacités une influence concrète et complexe à démontrer. En revanche, dans les cas de

situations limites, il pourra être établi, à titre préalable, un impact particulier de gains d'efficacité éventuels sur l'opération, permettant une preuve plus simple à apporter et une influence élargie de ceux-ci.

En définitive, on perçoit, de manière globale et malgré les éléments apportés dans le cadre de l'analyse ci-dessus, que les gains d'efficacité auront de très grandes difficultés à venir combler les conséquences d'opérations de concentrations menant à des effets non coordonnés. En effet, ces derniers semblent d'une telle importance aujourd'hui sur les marchés oligopolistiques, qu'on perçoit difficilement comment les efficacités apportées pourraient venir entièrement combler les effets anticoncurrentiels de l'opération. On étudiera ainsi l'effectivité même de cette possibilité dans le cadre d'un chapitre postérieur. Néanmoins, et avant d'entrer dans une telle analyse, il sied de retenir que bien que la compensation de l'entier des effets non coordonnés semble aujourd'hui difficilement réalisable, la prise en compte des gains d'efficacité restera essentielle. En effet, ceux-ci pourront, à tout le moins partiellement, réduire les impacts de l'opération sur le marché. Dès lors, il faut saisir que les efficacités auront tout de même un impact important, permettant de moduler les éventuels engagements attendus des parties, et réduisant ceux-ci dès lors qu'ils permettent des retombées positives sur le marché, atténuant partiellement les effets non coordonnés.

c. Pondération des effets concurrentiels admis

Les éléments relatifs à l'appréciation des efficacités présentés, il convient désormais de se pencher sur la pondération de ceux-ci dans le cadre de l'évaluation d'opérations par la Commission. On devra en tout premier lieu se demander si les gains d'efficacité sont propres, de manière absolue, à annihiler les effets non coordonnés engendrés par une opération. Il s'agira en ce sens de se questionner sur la nature des marchés concernés, on le rappelle encore, tous oligopolistiques. On cherchera ainsi à évaluer la mesure dans laquelle les gains d'efficacité devraient impacter le marché pour compenser, entièrement, les effets anticoncurrentiels de l'opération et si cela semble envisageable. Dans le cas d'une réponse négative, il s'agira de se pencher sur l'impact résiduel que les efficacités pourraient néanmoins avoir sur le marché, mais également de connaître leur impact effectif, dès lors qu'elles devront tout de même permettre un certain allègement des restrictions imposées par l'autorité. En ce sens, il s'agira de se questionner sur leur pondération, mais également de chercher à comprendre le rôle qu'elles seront susceptibles de jouer, dès lors qu'elles ne contrebalanceraient pas l'entier des effets anticoncurrentiels de l'opération, mais uniquement une partie de celles-ci.

i. Incapacité à contrebalancer les effets non coordonnés, seuls

Dans le cadre de l'analyse de l'impact des gains d'efficacité, on rappelle encore une fois la concentration préalable très élevée des marchés au contentieux. Ainsi, la moindre opération de concentration sur ceux-ci entraîne des effets anticoncurrentiels de très grande envergure. La compensation complète de dits effets nécessitera alors de très larges efficacités, propres à contrer l'entier de ceux-ci. Toutefois, et comme exposé en amont, les gains d'efficacité connus et analysés aujourd'hui ne semblent pas toujours à même de compenser certains effets non coordonnés survenus sur le marché. On relève d'abord que les efficacités d'ordre économique ne seront pas propres, dans leur nature, à couvrir l'entier des divers types d'effets non coordonnés. En ce sens et comme déjà exposé, dès lors que la concentration entraîne une réduction ou une limitation technologique sur le marché, les efficacités se devront de la compenser, nécessitant, dans de tels cas, des gains d'efficacité d'ordre qualitatif et non uniquement économique. On note également que certains effets non coordonnés sont si vastes que les efficacités attendues devraient atteindre une ampleur qui ne semble pouvoir être qu'utopiste. En effet, il conviendrait d'attendre, aux fins de contrebalancer certains effets, des économies ou des progrès techniques inatteignables en pratique. Comme soutenu par Rainelli, il est peu vraisemblable que de tels gains soient suffisamment significatifs pour contrebalancer les effets négatifs de la concentration, dès lors qu'il s'agit de firmes occupant des parts de marché significatives⁶⁷⁶. Enfin, certains effets non coordonnés sont en eux-mêmes impropres à se voir compensés par les gains d'efficacité aujourd'hui connus. En effet, on voit mal comment la perte du lien particulier entre deux concurrents particulièrement proches, ou la disparition d'un important moteur de la concurrence, pourraient se voir comblées à court terme, la disparition de ces relations concurrentielles spéciales semblant impossible à contrebalancer par le biais des éléments connus aujourd'hui. On doit néanmoins nuancer ce propos, en ce que d'autres effets non coordonnés semblent tenir bien plus largement d'augmentations des coûts, de diminutions de la quantité produite ou du nombre de fournisseurs sur le marché. Ces effets anticoncurrentiels pourraient, en effet, plus aisément être compensés par le biais d'efficacités classiques, lesquelles viendraient contrebalancer leur impact sur le marché. Dans l'absolu, il sied toutefois d'être fataliste et de saisir que l'envergure des efficacités devrait être énorme aux fins de compenser de tels effets au sein de tels marchés. Enfin et bien que ceux-ci puissent, dans leur genèse,

676 RAINELLI, *Concentration / Oligopolisation des marchés et politique de la concurrence : Introduction*, Revue Internationale de droit économique, 2006(1), p. 8 (cit. II).

sembler plus aptes à contrer les effets anticoncurrentiels de certaines opérations, les gains d'efficacité qualitatifs connaissent également leurs limites. En effet, pour contrebalancer certains effets, il faudrait que l'opération entraîne des développements technologiques immédiats et d'une importance proche de la révolution complète sur le marché au contentieux. Dès lors, mêmes ces gains d'efficacité ne peuvent être que considérés de fantaisistes.

Les constats exposés ci-dessus nous mènent à conclure à ce que les gains d'efficacité, seuls, semblent impropres, que cela soit dans leur nature ou dans leur ampleur, à compenser l'entier des effets non coordonnés qui apparaîtraient des suites d'une opération de concentration. En effet, les éléments exposés semblent clairement indiquer une impossibilité de contrebalancement complet, tant les impacts de telles concentrations sur des marchés aussi concentrés sont intenses. Ainsi, on peut aujourd'hui considérer une impossibilité pour les efficiences, à venir compenser, seules, les dégâts engendrés par une opération de concentration sur un marché oligopolistique. Sur la base de cette conclusion, il convient selon nous de modifier l'entier de l'approche aujourd'hui connue, relative à de tels éléments, en ce qu'il ne faudra plus chercher à ce que ceux-ci compensent les effets anticoncurrentiels, mais qu'il faudra bien plus déterminer dans quelle propension ils les atténuent. On précise qu'il conviendra néanmoins de ne pas entièrement fermer la porte à cette possibilité dans le cadre de l'élaboration d'une clause d'ordre général. En effet, nous pensons ici opportun de laisser ouverte la porte à un cas exceptionnel, lequel permettrait de réaliser un tel contrepois. Ainsi et en conclusion, on pose la thèse claire d'une incapacité des gains d'efficacité à venir compenser dans leur entier les effets non coordonnés découlant d'une opération de concentration. Il est enfin essentiel de saisir que l'entier des appréciations faites ci-avant relativement à l'atténuation des effets anticoncurrentiels n'en reste pas moins correcte, celle-ci devant toutefois être perçue comme limitée, les gains d'efficacité n'étant propres qu'à réduire l'impact anticoncurrentiel de l'opération et non à l'annihiler dans son entier. Il conviendra dès lors d'identifier, dans la suite de cette étude, les conséquences d'une atténuation partielle des effets non coordonnés, ainsi que de mettre celle-ci en lien avec les autres outils du droit de la concurrence permettant de rendre une opération conforme au marché commun.

ii. Possibilité de servir de facteur atténuant et réduisant les engagements

Dès lors que l'on retient une compensation complète des effets non coordonnés comme impossible, il y a lieu de brièvement considérer les impacts pouvant néanmoins être amenés par des efficiences. En effet, ce n'est pas parce que celles-ci sont impropres à compenser l'entier des effets non coordonnés que

la question de leur prise en considération dans le contrôle des concentrations s'en trouve pour autant réglée. Les gains d'efficacité, bien qu'incapables seuls de les annihiler, pourront tout de même jouer un rôle prépondérant, en ce qu'ils pourront réduire l'impact anticoncurrentiel amené par les effets non coordonnés sur le marché. On saisit ainsi leur caractère essentiel dans le cadre des engagements et de la mise en place de ceux-ci par l'autorité. Il faut ici percevoir une atténuation des effets anticoncurrentiels permettant de faire varier et ainsi diminuer la teneur des concessions attendues de la part de l'autorité. Dès lors, les efficiences continueront de jouer un rôle clé pour les parties à une opération, dans le cadre du contrôle de la Commission. Il faudra néanmoins considérer ceux-ci comme facteurs atténuants, permettant de réduire les engagements attendus des parties et non plus comme un élément entièrement compensateur. Prenons ici l'exemple banal d'une opération entraînant des effets non coordonnés en ce qu'une entreprise se retrouverait en possession d'importantes parts de marché. L'engagement type attendu des parties à l'opération reviendra en la cession d'actifs ou d'autres éléments permettant la redistribution de parts de marché. Néanmoins, dans l'éventualité de gains d'efficacité démontrés, ces concessions se verront notablement réduites et atténuées proportionnellement aux efficiences alléguées.

Ainsi, on comprend que les conclusions prises en amont relativement aux efficiences ne doivent pas condamner ces dernières à un rôle purement théorique. En effet, elles détiendront toujours une considération aussi importante dans le cadre du contrôle de l'autorité, relatif aux effets non coordonnés, leur impact devant être pondéré aux fins de prendre des conclusions sur l'entier de l'opération. On perçoit ici que la concentration doit désormais, en matière d'effets non coordonnés, être perçue comme un cadre global, dans lequel l'entier des effets anti – et pro-concurrentiels doivent se voir pondérés, aux fins de déterminer son réel impact sur le marché. C'est dans ce contexte que les gains d'efficacité viendront à maintenir leur rôle essentiel. On comprend dès lors la nécessité toujours présente de l'établissement de règles plus détaillées à futur, relativement aux constats faits ci-avant, la question au centre de ce chapitre n'étant dès lors en rien close. Néanmoins, c'est une toute nouvelle approche relative aux efficiences qui devra être adoptée, celle-ci ne visant dès lors plus à établir un contrebalancement complet des effets anticoncurrentiels, mais simplement une atténuation de ceux-ci, dans une étape préalable à la détermination d'engagements.

iii. Conclusion

En définitive, on tire la conclusion de l'incapacité des gains d'efficacité à venir compenser une opération de concentration engendrant des effets non coor-

donnés sur le marché. En effet, tant l'intensité des effets déclenchés par l'opération que la nature des efficiences pouvant être admises sont impropres à permettre une telle compensation, rendant celle-ci totalement improbable. Ceux-ci ne seront dès lors susceptibles que de venir atténuer partiellement de tels effets anticoncurrentiels, engendrant néanmoins un impact essentiel sur la détermination des engagements pouvant être attendus des parties à une opération de concentration. Le rôle des efficiences en matière d'effets non coordonnés doit dès lors être distingué des autres secteurs du droit de la concurrence, en ce que des considérations différentes devront lui être apportées dans le futur.

d. Tentative d'établissement d'une clause générale

Il sied désormais de chercher à établir une clause d'ordre général, propre à permettre la prise en compte des efficiences, laquelle pourrait retranscrire les éléments de notre analyse, exposés en précédence. On tient tout d'abord à préciser que, bien que la compensation complète des effets anticoncurrentiels soit considérée comme impossible au sens de nos conclusions, il conviendra de ne pas l'écarter de manière rédhitoire dans le cadre de l'élaboration de la cautelle qui va suivre. En effet, le but de cet exercice découle une fois encore d'un souhait d'uniformisation, permettant de prendre en compte l'entier des situations d'espèce. Au surplus, on ne saurait exclure de manière catégorique un cas exceptionnel dans le cadre duquel les efficiences seraient telles qu'elles viendraient à compenser entièrement les effets non coordonnés, bien qu'une situation de ce genre paraisse peu réaliste. On cherchera ainsi à établir une clause prenant en compte les diverses composantes déduites de notre analyse, laquelle devra contenir les conditions à même de servir de contrepoids aux effets non coordonnés, ceux-ci étant toutefois inatteignables en pratique. Ainsi, la clause élaborée permettra de refléter nos conclusions relatives à l'impossibilité de correction des effets non coordonnés par des gains d'efficacité, mais couvrira néanmoins les cas exceptionnels dans le cadre desquels un tel contrebalancement pourrait hypothétiquement se produire à futur. Elle atteindra en ce sens un niveau de sécurité juridique maximal, ne s'écartant pas de la possibilité offerte par le Règlement, mais permettra une approche plus réaliste et adaptée aux conséquences concrètes des effets non coordonnés sur un marché oligopolistique.

On précise dès lors que la construction d'une proposition légale de ce type se devra de rester d'ordre général, aux fins de pouvoir couvrir l'entier des effets non coordonnés susceptibles de se réaliser. Elle devra ainsi traiter de la capacité des efficiences à compenser l'effet négatif de ceux-ci, sans pour autant rétablir une concurrence similaire. Il faudra également, en restant une fois encore

dans des constats globaux, que la clause restreigne le type d'efficacités pouvant réellement être pris en considération. Relativement à ce dernier point, il ne nous semble en revanche pas nécessaire de rentrer dans les détails abordés en amont, dès lors que de telles observations doivent être tenues comme désormais établies, et qu'il serait inopportun de chercher à toute force de les faire figurer dans notre proposition. Enfin, il y a aura lieu de faire figurer dans la clause la prise en compte des circonstances concrètes de chaque marché, aux fins de pouvoir apprécier l'impact effectif des gains d'efficacité allégués. Au vu de ce qui précède, on peut imaginer une caution du type suivant : *Les effets non coordonnés découlant d'une opération de concentration ne peuvent être contrebalancés par des gains d'efficacité que dans la mesure où ceux-ci sont propres, de par leur nature et leurs caractéristiques, à les compenser dans leur entier et à rétablir une concurrence similaire dans son intensité à celle préalablement connue sur le marché.*

Evidemment, on ne saurait attendre l'intégration spécifique d'une telle clause dans le cadre d'un texte légal, tant on ne perçoit pas réellement où elle pourrait s'inscrire. On espère en revanche bien plus qu'une telle conclusion puisse, à court ou moyen terme, déboucher des conclusions des considérants d'un arrêt de la CJUE, permettant de régler, une fois pour toute, le débat relatif aux gains d'efficacité en matière d'effets non coordonnés, et apportant enfin la clarté recherchée relativement à ceux-ci depuis l'entrée en vigueur du Règlement, en 2004. Ainsi, une règle générale et abstraite se verrait posée, permettant la transparence et la prévisibilité du droit pour les parties à une opération, mais également une application correcte du texte légal et des contextes économiques par l'autorité, une compensation complète des effets non coordonnés par des efficacités n'étant aujourd'hui que purement théorique. On rajoute enfin qu'une telle proposition permettrait d'éclaircir un pan du droit encore bien trop flou, lequel laisse croire à une possibilité concrète de contrebalancement par les efficacités, devant néanmoins être vue comme impossible, mais rester ouverte dans l'hypothèse de développements futurs du droit.

5.2.3.4. Opportunité et refonte des conditions de prise en compte

Au vu des constats établis ci-dessus et de la nécessité de séparer et de traiter à titre particulier la question des gains d'efficacité relatifs aux effets non coordonnés, il convient de se questionner sur les conditions de prise en considération de ceux-ci, aujourd'hui parallèles à celles connues relativement aux effets coordonnés. On se demandera ainsi en tout premier si celles-ci sont, de manière absolue, opportune dans le cadre des effets non coordonnés. Dès lors que nous répondrons à cette dernière question par la positive, il s'agira de s'interroger sur la question, plus légère, d'une simple refonte des dites conditions, aux fins de les adapter aux effets non coordonnés.

Tout d'abord, les conditions de prise en considération des efficiences, issues des Lignes directrices, semblent aptes, aujourd'hui, à répondre aux caractéristiques des effets non coordonnés. En effet, celles-ci sont rédigées de manière générale et visent le but même des efficiences, soit la correction de la perte de pression. Elles paraissent dès lors opportunes à être appliquées dans le cadre de ce type d'effets anticoncurrentiels également, en ce qu'elles permettent un examen cohérent de leur impact sur le marché. Néanmoins, au vu des appréciations établies en amont, il convient de saisir un besoin d'adapter ces conditions aux éléments spécifiques de ceux-ci et également d'écarter les éléments peu utiles à leur appréciation. On relativise ici immédiatement notre propos, car les conditions aujourd'hui établies dans le cadre des Lignes directrices nous semblent d'une grande efficacité. En effet, celles-ci sont en tous points adaptées à couvrir l'ensemble des cas pouvant se présenter. Néanmoins, au vu des éléments nouveaux apportés dans le cadre de notre analyse, certaines précisions doivent être aujourd'hui ajoutées à ces conditions, dans le cadre spécifique des effets non coordonnés. On les passera brièvement en revue ci-après, tout en ne cherchant pas à modifier la structure de celles aujourd'hui connues, dès lors, encore une fois, que celles-ci restent appropriées. En ce sens, on rappelle ces éléments, en ce que les gains d'efficacité doivent être à l'avantage du consommateur, propres à la concentration, vérifiables, mais également survenir en temps utile et être d'une importance suffisante⁶⁷⁷.

On peut d'entrer tirer la conclusion importante que la réalisation des gains d'efficacité en temps utile, ainsi que le caractère propre à l'opération de ceux-ci, semblent entièrement applicables aux effets non coordonnés, tels qu'ils sont mis en avant dans le cadre des Lignes directrices. On se penchera dès lors uniquement sur les autres facteurs précités. En tout premier lieu, c'est le fait que les gains d'efficacité soient à l'avantage des consommateurs qui a été traité dans ce chapitre. En effet, seules les efficiences réellement propres à créer un impact sur le marché peuvent être retenues, car les économies de coûts fixes notamment, ne peuvent être prises en considération. Cet élément est certes déjà évoqué dans le texte légal⁶⁷⁸ aujourd'hui, mais nécessite une mention plus claire, la situation ne semblant pas limpide pour le Tribunal⁶⁷⁹. Plus particulièrement, en matière d'effets non coordonnés, les efficiences seront à l'avantage du consommateur dès lors qu'elles permettront de contrer l'effet anticoncurrentiel invoqué, soit de ramener la pression perdue des suites de l'opération, empêchant ainsi l'entité d'agir de manière unilatérale. Ainsi, on saisit que le fait

677 Voir Lignes directrices, c. 78ss; BONNET, p. 128; VALLINDAS, p. 203; RAINELLI, p. 52-53.

678 Lignes directrices, c. 80; PERROT, n. 11; VALLINDAS, p. 206 et TIRALONGO, p. 198.

679 Voir T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020.

de profiter au consommateur constitue bien la finalité de l'effet pro-concurrentiel apporté, mais que celui-ci consiste bien plus, dans sa genèse, à rétablir la concurrence disparue sur le marché. En définitive, cette condition de profitabilité pour le consommateur semble adaptée, tant elle est générale, mais des précisions relatives aux deux éléments susmentionnés pourraient lui être apportées, dans le cadre spécifique des effets non coordonnés.

Quant à la vérifiabilité de ceux-ci, on rappelle qu'une telle condition implique l'apport de preuves suffisantes, par les entreprises parties, d'une possibilité de réalisation des efficiences. Au surplus, celles-ci sont tenues de quantifier l'effet des gains d'efficacité, dans la mesure du possible, mais à tout le moins de démontrer une retombée positive sur le consommateur⁶⁸⁰. On précise en tout premier lieu que l'on ne se concentrera pas ici sur le fardeau de la preuve, lequel sera évoqué en détail plus loin. On analysera en revanche bien les éléments devant être amenés à l'autorité pour pouvoir considérer les efficiences comme propres à se réaliser, sous l'angle particulier des effets non coordonnés. On rappelle à cet effet que, dès lors qu'une compensation complète est considérée comme étant impossible, les éléments permettant de considérer l'efficacité vérifiable ne devront pas tendre à l'évincement complet des effets anticoncurrentiels découlant de l'opération, mais uniquement à leur atténuation. C'est ici une première précision qui doit être apportée, dès lors que les Lignes directrices analysent spécifiquement la possibilité de déclarer une concentration conforme au marché commun sur la base de ce type d'efficiences⁶⁸¹. Il devra dès lors être démontré la grande probabilité de survenance d'effets pro-concurrentiels, aptes à compenser partiellement les conséquences anticoncurrentielles découlant de l'opération de concentration. Une fois encore, la conséquence d'une analyse *ex ante* tient évidemment dans l'absence de certitudes et de preuves exactes. Il conviendra néanmoins d'apporter des éléments relativement certains de la survenance desdits effets. Les éléments déjà évoqués à cet effet, soit la production de documents internes, d'expertises extérieures réalisées dans le cadre de l'opération ou de gains d'efficacité constatés par le passé, pourront ainsi servir de moyens utiles, propres à démontrer les efficiences devant intervenir à futur⁶⁸². Pour le surplus, et dès lors que cette condition semble couvrir l'entier des cas, y compris la survenance d'effets non coordonnés, elle paraît pouvoir rester inchangée. On précise finalement que les divers outils d'ordre économique permettront aux parties de faire valoir les économies qu'elles sont susceptibles de réaliser et de remplir la condition de la vérifiabilité.

680 Lignes directrices, c. 86; RAINELLI, p. 53.

681 Lignes directrices, c. 78.

682 Lignes directrices, c. 88.

Enfin, c'est le critère de l'importance suffisante des efficiences alléguées qui devra être revu. En effet celui-ci pose désormais problème en ce qu'étaient attendus, à l'origine, des gains d'efficacité propre à contrebalancer dans leur entier les effets anticoncurrentiels découlant d'une opération de concentration. Au vu des constats établis en amont, c'est l'essence même de cette condition qui doit aujourd'hui être adaptée dans le cadre des effets non coordonnés. En partant de la thèse que les efficiences sont incapables de contrebalancer de tels effets dans leur entier, il sied de redimensionner le poids attendu de celles-ci aux fins d'être considérées dans l'appréciation de la Commission. Il s'agira ainsi d'adapter cette condition et de la mettre en contexte relativement aux spécificités des effets non coordonnés. Il conviendra en ce sens d'estimer à partir de quel degré une efficacité devra être retenue, le caractère absolu de celle-ci se révélant impossible. On rappelle tout d'abord que la prise en compte de gains d'efficacité aura pour but de réduire les engagements attendus des parties à l'opération. Ainsi, bien qu'il ne soit pas attendu d'eux l'annihilation complète des effets anticoncurrentiels, il sera tout de même escompté que ceux-ci soient susceptibles de compenser, à tout le moins partiellement, un engagement de l'autorité. Dès lors qu'une telle affirmation paraît toutefois vague, en ce que les engagements attendus ne peuvent encore être établis, il conviendra de poser l'hypothèse que les gains d'efficacité allégués devront, afin d'être considérés, être suffisamment importants pour jouer un rôle déterminant sur les effets de la concentration, permettant, partiellement, de les contrebalancer. On précise à ce titre que, dès lors que l'on exclut la compensation intégrale des effets non coordonnés, la Commission se devra de rester suffisamment ouverte à la constatation partielle des efficiences. Il s'agira néanmoins, pour des raisons d'économie de procédure et bonne application du droit, de ne pas considérer les éléments qui ne seraient pas démontrés à suffisance, ou qui n'auraient qu'un impact résiduel, tout en adoptant une approche clémente et favorable aux parties.

En conclusion, la vraie modification apportée par notre analyse ne tient pas réellement dans les conditions permettant la prise en compte des gains d'efficacité. En effet, celles-ci semblent adaptées, de manière globale, à couvrir les opérations déclenchant des effets non coordonnés sur le marché, rédigées de manière large et abstraite. En revanche, c'est bien la finalité de la réalisation de ces conditions qui devra être revisitée. En ce sens, si celles-ci viennent à être remplies en matière d'effets non coordonnés, elles ne mèneront pas à une autorisation de l'opération, mais à une simple atténuation des effets négatifs de celle-ci sur le marché, permettant des engagements réduits. Ainsi, on doit comprendre les conditions susmentionnées comme visant non pas la compensation complète des effets non coordonnés, mais bien uniquement partielle. C'est dès

lors sous cet angle général que devront être prises et analysées les diverses conditions permettant de retenir des gains d'efficacité. On saisit ainsi l'importance de la distinction établie en ce que, l'autorité, dans son contrôle, pourra certes employer les mêmes critères, mais devra observer une autre finalité lors de l'application de ceux-ci.

5.2.3.5. Fardeau de la preuve

Il s'agira enfin de traiter du fardeau de la preuve relatif à l'allégation des gains d'efficacité. Pour rappel et au sens des Lignes directrices, le fardeau de la démonstration de l'existence de ceux-ci incombe, en principe, aux parties à l'opération, lesquelles sont les seules détentrices des éléments propres à démontrer leur existence⁶⁸³. Il convient de constater également que ce fardeau de preuve se recoupe en grande partie dans le critère de vérifiabilité des effets allégués, lequel implique l'apport de preuves suffisantes, par les entreprises parties, d'une possibilité de réalisation des efficiences. Toutefois, la vérifiabilité ne recouvre pas l'entier de celui-ci, dès lors que d'autres éléments devront être démontrés afin de pouvoir retenir l'existence de gains d'efficacité. On réalise dès lors que le poids de l'allégation est certes mis sur les épaules des parties à l'opération, mais qu'un tableau exhaustif des éléments devant être amenés par elles n'est pas clairement établi. En effet, bien que la section 9 du Règlement d'exécution UE n°1269/2013 de la Commission⁶⁸⁴ traite des incombances des parties dans le cadre de telles allégations, il convient de détailler les éléments devant être spécifiquement amenés sous l'angle des effets non coordonnés. Dès lors, on procédera à diverses analyses, en commençant, à titre liminaire, par traiter des allégations du Tribunal dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*. On cherchera ainsi à déterminer l'opportunité d'une inversion du fardeau de la preuve ainsi que de la prise en compte de certaines efficiences d'office. Dans une deuxième étape, il s'agira d'établir le fardeau de la preuve *per se*, car l'on visera à mettre en exergue les éléments devant effectivement être démontrés par les parties, aux fins de faire valoir des efficiences. En effet, une très grande incertitude continue de planer relativement à celles-ci. On visera dès lors à établir des règles, permettant de considérer, dans tous les cas, la survenance d'une efficacité comme établie. Dans le cadre de cette deuxième étape se poseront diverses questions, tenant tant de leur qualification, de leur démonstration, que de la preuve de leur intensité. Il faudra en effet, dans le cadre de la détermination du fardeau imputable aux parties, viser à distinguer ces trois éléments,

683 Lignes directrices, c. 87; RAINELLI, p. 53.

684 Règlement d'exécution 1269/2013; voir relativement à ce Règlement le R139/2004, art. 20, dans sa version consolidée.

lesquels constituent des étapes distinctes de la détermination des gains d'efficacité. Il conviendra également de vérifier que les conditions de prise en compte des efficiences soient remplies, faute de quoi les éléments allégués ne pourront naturellement pas être retenus. Ces éléments sont dès lors cumulatifs, en ce que si l'un ou l'autre d'entre eux vient à manquer, la preuve des efficiences ne peut être considérée comme établie. Une fois déterminés en revanche, l'impact effectif des éléments pro-concurrentiels sur le marché pourra aisément être évalué par l'autorité. En ce sens, on peut considérer que le fardeau de la preuve sera rempli dès cet instant, la finalité même des efficiences pouvant être atteinte. On développera dès lors ces divers éléments, dans le but d'établir, en finalité, un schéma récapitulatif des éléments devant être amenés par les parties à l'opération, aux fins de faire correctement valoir les efficiences alléguées.

a. Allègement du fardeau de la preuve et prise en compte d'office

À titre liminaire, il sied d'entrer plus en détail sur les conclusions du Tribunal dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*, lesquelles suggèrent de nouvelles propositions relativement aux gains d'efficacité. Par le biais de cette décision, l'autorité a en effet cherché à redéfinir les efficiences, en en distinguant ainsi deux types ; les premières, inhérentes à l'opération et ne devant pas faire l'objet d'une preuve par les parties, directement intégrées à l'analyse quantitative, et les secondes, conformes aux lignes directrices et devant être démontrées, tant elles ont pour but de contrebalancer les effets anticoncurrentiels globaux d'une opération⁶⁸⁵. On perçoit en ce sens une volonté de l'autorité de prendre les premiers en compte de manière automatique.

On relève d'emblée que cette réflexion du Tribunal ne fait pas sens et doit être rejetée, dès lors que l'argumentaire même de l'autorité porte sur la prise en compte d'office d'économies de coûts fixe. Or, pour tous les motifs mis en avant à suffisance dans les chapitres précédents, une telle approche ne peut être soutenue. Néanmoins, la question de la retenue d'office de certains éléments relatifs aux gains d'efficacité doit se poser, celle-ci permettant un éventuel allègement du fardeau de la preuve imputable aux parties. En ce sens, se pose tout d'abord la question de la détention de l'information. Comme déjà évoqué en amont, celle-ci se trouve le plus souvent en mains des parties⁶⁸⁶, les autorités de la concurrence n'y ayant en principe pas accès, en ce qu'il s'agit de documents privés des entreprises. D'autre part, on doit également se poser la question de la nécessité de prouver certains éléments dont la logique économique peut paraître évidente. Par exemple, certaines économies de coûts variables,

685 ZIMMER, p. 354.

686 Lignes directrices, c. 87 ; RAINELLI, p. 53.

couplées à des pressions concurrentielles fortes existantes sur un marché, impliqueront dans de très nombreuses circonstances une réduction des coûts. On peut légitimement se questionner sur l'opportunité d'imposer l'apport d'une preuve aux parties dans de telles circonstances. Il faut, néanmoins rejeter cette approche aujourd'hui. En effet, l'allègement de la preuve pourrait certes s'avérer justifié dans certaines constellations, mais ne se justifie pas de manière globale sous l'angle d'une balance des intérêts. Il faut ici comprendre que retenir certains éléments d'office impliquerait la réduction d'un fardeau très léger du côté des parties, mais accentuerait très lourdement les inconvénients de l'autorité. En ce sens, il n'est notamment pas possible d'attendre de cette dernière que soient étudiés et prouvés tous les cas évidents de gains d'efficacité découlant de l'opération. Au surplus, on rajoute qu'il paraît également impossible de délimiter les cas évidents, lesquels devraient être retenus d'office, de ceux nécessitant une démonstration plus développée des parties. Enfin, on relève encore que même dans les cas présentant une évidence certaine, les preuves peuvent venir à manquer et ne pas être à disposition de l'autorité, amenant ainsi des inconvénients relatifs au fardeau de celles-ci.

Ainsi, on tire la conclusion préalable d'un fardeau de la preuve correctement établi et proportionné aujourd'hui. C'est en effet aux entreprises parties qu'il reviendra de démontrer l'entier des efficacités susceptibles d'être retenues sur le marché, même les plus évidentes d'entre elles. Ainsi, on estime qu'aucun élément ne pourra être pris en considération d'office, de telles efficacités et leur prise en compte tenant uniquement des parties, lesquelles ne dépendent que de leur propre fait.

b. Détermination du fardeau effectif

Une fois ces conclusions préalables mises en exergue, il convient de traiter du fardeau de la preuve lui-même. En ce sens, on cherchera ci-après à analyser les diverses étapes de la démonstration devant être apportées par les parties, aux fins de remplir leurs inconvénients relatifs à celui-ci.

Il s'agira dans un premier temps, pour celles-ci, de venir qualifier les gains d'efficacité propres à l'opération. En effet, cela sera déterminant, car les divers types d'efficacités auront des incidences différentes sur le marché et viendront rétablir la concurrence par des biais différents. Comme exposé, certains types d'effets non coordonnés ne semblent pas non plus à même d'être compensés par certaines efficacités. Ainsi, il tiendra des parties à l'opération de venir alléger le type de gains d'efficacité qui découlera de la concentration. Cette étape ne semble pas des plus complexes, mais comprend tout de même une certaine difficulté, car plusieurs efficacités seront souvent alléguées. Il s'agira dès lors pour les parties de les distinguer, ces dernières ne pouvant se contenter d'allé-

guer en bloc que des efficiences découlent de l'opération. Ainsi, on saisit une réelle nécessité de mettre en avant les gains d'efficacité pour eux-mêmes, forçant ainsi les entités à l'opération à un exercice de qualification des effets de celle-ci.

Il sera ensuite attendu des parties qu'elles démontrent comment les gains d'efficacité sont susceptibles de se réaliser. Ainsi, sur la base des théories économiques exposées, on attendra d'elles qu'elles viennent prouver une grande possibilité de survenance d'effets positifs découlant de l'opération. Elles emploieront ainsi, selon les caractéristiques d'espèce, les éléments en leurs mains, propres à établir la survenance de retombées positives pour le marché. Cette condition se recoupe en réalité dans celle mise en avant par les Lignes directrices dans le cadre de l'analyse de la vérifiabilité. Ainsi, on peut reprendre les considérations faites relativement à celle-ci, en ce qu'il devra être démontré la grande probabilité de survenance d'effets pro-concurrentiels sur le marché. C'est en quelque sorte le fardeau de la preuve *per se* qui est mis en avant ici, les entités parties à l'opération devant venir attester de l'essence même des efficiences, soit des retombées positives. Ainsi, tout facteur d'ordre économique, ainsi que les théories connues relatives aux efficiences, pourront servir de point d'appui aux parties dans le cadre de l'établissement de cet élément. À ce titre, et dès lors que l'on se trouve dans le cadre d'une analyse à futur, il conviendra de considérer la vraisemblance de la réalisation des efficiences comme suffisante. Il s'agira ici également pour les parties de prouver que celles-ci seront à même de se produire dans un délai suffisant, propre à contrer, en partie, les effets anticoncurrentiels découlant de l'opération, faute de quoi elles ne pourront être retenues. Dès lors, des indices basés sur des théories économiques seront attendus des parties et devront être considérés comme suffisants à induire la survenance de tels effets.

Il s'agira encore pour les entreprises à l'opération de démontrer l'intensité des efficiences mises en avant. Cette incombeance permettra de déterminer l'ampleur des effets allégués et, dans une même logique, les compensations induites par ceux-ci. On saisit néanmoins que jauger l'impact de gains d'efficacité peut s'avérer complexe et relever de l'impossible dans le cadre d'une appréciation *ex ante*. Dès lors, on pose le constat que tous les éléments possiblement calculables devront impérativement être mis en avant par les parties. Par exemple, de simples économies de coûts, lesquelles sont facilement déterminables ou à tout le moins estimables, devront être exposées de manière obligatoire. Faute de déterminer l'intensité d'efficiences tenant d'une base purement économique et dont l'évaluation est aisée, nous estimons que celles-ci ne devraient pas être retenues, les parties ne remplissant pas leurs incombeances dans le cadre du fardeau de la preuve. Une telle affirmation ne peut en revanche

pas être tenue pour les éléments dont la détermination relèverait d'une plus grande complexité. Il conviendra dès lors de garder une certaine souplesse relativement à la preuve de l'intensité des effets pro-concurrentiels. En effet, si celle-ci s'avère inatteignable pour les parties, du fait du type d'efficacités allégué, il ne faudra pas les considérer, automatiquement, comme nulles et inexistantes. À notre sens, une telle solution s'avérerait trop radicale et contraire à la genèse de cet élément réparateur, le privant de sa substance. Toutefois, et dès lors que la preuve des efficacités incombe aux parties, c'est à leur égard que devra être imputé l'absence de détermination de l'intensité, l'autorité ne pouvant les retenir que dans la mesure minimale établie. Ainsi, une réelle incitation à démontrer l'impact effectif de tels effets apparaîtra, poussant les parties à réellement se démenier, allégeant le travail de l'autorité d'autant. On rappelle enfin les divers constats faits en amont relativement à la portée des efficacités, relatifs à la structure du marché au contentieux. De tels éléments, dès lors que mis en avant par les parties, devront également être retenus et considérés comme propres à servir d'indice à l'estimation de l'intensité d'une efficacité sur le marché. On saisit ainsi que les parties pourront chercher à démontrer l'impact de celles-ci tant sur la base de facteurs économiques, que par des présumptions basées sur la structure particulière du marché.

Une fois les divers éléments exposés ci-dessus démontrés, il conviendra encore de vérifier la réalisation des conditions émanant des Lignes directrices. En effet, la preuve de celle-ci incombera également aux parties, en ce qu'une telle démonstration permettra de remplir les conditions écrites de prise en compte des efficacités. On tire d'emblée un constat important, en ce que les éléments analysés ci-dessus se recourent en grande partie avec les conditions des Lignes directrices. En effet, les conditions exposées dans ce chapitre permettent de tenir comme d'ores et déjà démontrées les conditions de la vérifiabilité, de l'importance suffisante, ainsi que de l'entrée en temps utile. Reste dès lors à établir tant l'incitatif à faire profiter le consommateur du gain d'efficacité, que le caractère propre à l'opération de celui-ci. En ce sens, la première tiendra du type d'efficacité allégué, ainsi que de la structure du marché. En effet et pour reprendre l'exemple type, des économies de coûts variables sur un marché où une concurrence effective persiste des suites de l'opération, permettront de déterminer que les avantages de l'opération se reporteront effectivement sur le consommateur. En effet, de telles circonstances sont propres, en elles-mêmes, à pousser les entreprises parties à réduire le prix, aux fins de pouvoir capter de plus larges parts de marchés, augmentant d'autant leurs bénéfices. Ainsi, on comprend par cet exemple que c'est la démonstration d'incitatifs pour les entreprises parties au report des économies sur le consommateur qui sera propre à atteindre le fardeau de la preuve en question. Il conviendra ainsi de

rendre vraisemblable l'allocation des efficiences sur celui-ci, afin de pouvoir les considérer comme démontrés.

Il s'agira enfin, pour démontrer le caractère propre à la concentration de l'efficience, de prouver non seulement que celle-ci découle effectivement de l'opération, mais également qu'elle correspond à l'unique méthode permettant d'arriver à une telle situation⁶⁸⁷. Pour rappel, la concentration doit être vue comme une *ultima ratio* propre à atteindre les gains d'efficacité. Il incombera ainsi aux parties de démontrer qu'elle est l'unique solution envisageable pour les obtenir. Néanmoins et comme déjà exposé dans le cadre de notre analyse théorique, les parties ne devront envisager que les solutions pouvant être décentement attendues d'elles⁶⁸⁸. Ainsi, il s'agira d'examiner, selon les circonstances de chaque cas d'espèce, si les possibilités concrètement réalisables d'atteindre les mêmes résultats ont bel et bien été écartées. Si une réponse positive peut être apportée à cette question, il conviendra de considérer l'opération comme unique moyen propre à mener à l'efficience, et de fait, considérer le fardeau des parties également rempli sous cet angle.

c. Conclusion

Il sied de constater que le fardeau de la preuve exposé en amont sera entièrement imputable aux entreprises parties à une opération, dès lors que celles-ci seront seules détentrices des éléments propres à démontrer les retombées positives de l'opération. On distingue en ce sens divers éléments devant successivement être démontrés et en l'absence desquels les efficiences ne pourront et ne devront pas être retenues. On nuance toutefois ce propos, car l'on perçoit la nécessité de garder une certaine souplesse relativement à la preuve de certains éléments, telle l'intensité des efficiences alléguées. En effet, dès lors que l'on se trouve dans le cadre d'une évaluation *ex ante*, une certaine souplesse sera de mise, permettant une adaptabilité plus large aux divers cas d'espèce.

Pour le surplus, on saisit en observant les divers éléments propres à l'apport de la preuve d'efficiences, que les considérations se recoupent dans diverses sources. En effet, au travers de celles-ci, on voit tout d'abord réapparaître les conditions de prise en compte des efficiences, émanant des Lignes directrices. On précise à cet égard que ce sont les conditions révisées, au sens de nos réflexions en amont⁶⁸⁹ qui sont étudiées ici, dès lors que celles-ci sont adaptées aux circonstances particulières des opérations engendrant des effets non coordonnés. Il convient ensuite également de relever que les éléments de la

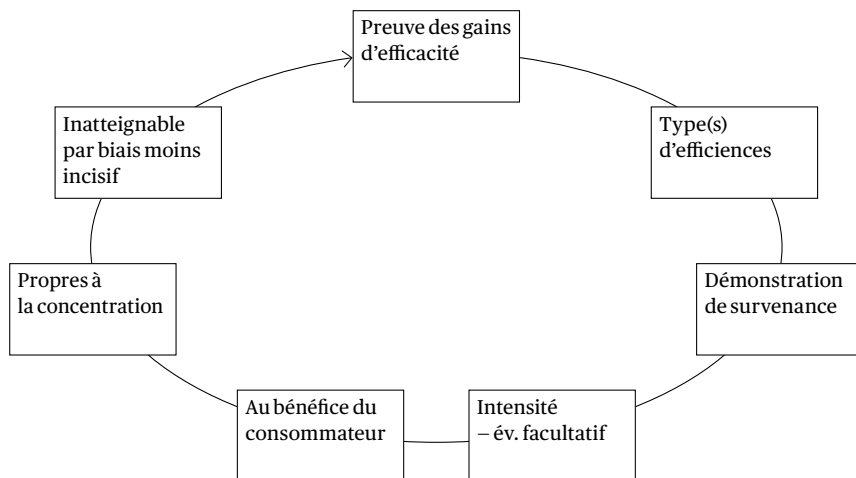
687 Lignes directrices, c. 85; se référer à 4.3.3.2 – Gains d'efficacité spécifiques à l'opération.

688 SCHWALBE, n. 71; WOLF, p. 327ss; voir ég. RAINELLI, p. 54.

689 Se référer à 6.5.3.4 Conditions de prise en compte spécifiques.

section 9 du Règlement d'exécution UE n°1269/2013 de la Commission⁶⁹⁰ réapparaissent intégralement au travers des conditions susmentionnées. On comprend ainsi que le fardeau mis en avant et proposé dans le cadre du présent écrit correspond bel et bien aux exigences légales déjà en place et propres à la considération de gains d'efficacité. On ajoute en revanche que celui-ci se voit adapté et rendu spécifique aux effets non coordonnés, en ce qu'il contient les conditions révisées que nous avons établies en amont. En définitive, il faut comprendre dans l'établissement du fardeau de la preuve imputable aux parties, une impulsion certes créatrice, mais surtout une reprise des diverses conditions légales d'ores et déjà connues, réadaptées aux caractéristiques spécifiques des marchés oligopolistiques et des effets non coordonnés y relatifs. Ainsi, les constatations exposées ci-dessus semblent propres à établir des règles spéciales propres à couvrir l'entier des allégations d'efficacités sur ce type de marché, résolvant le problème de leur prise en compte de manière générale. Le schéma ci-dessous résume dès lors les éléments exposés, constitutifs du fardeau devant être assumé par les parties.

Figure 10 : Preuve de la présence de gains d'efficacité



690 Règlement d'exécution 1269/2013 ; voir relativement à ce Règlement le R139/2004, art. 20, dans sa version consolidée.

5.2.3.6. Conclusion

On peut désormais tirer nombre de constats de l'analyse à laquelle nous avons procédé ci-avant. À cet effet, on rappelle en tout premier lieu le but de cette partie analytique, en ce que notre thèse tendait à déterminer les facteurs de prise en compte effective des gains d'efficacité dans le cadre de concentrations emmenant des effets non coordonnés. En ce sens, nous concluons tout d'abord à ce que la prise en compte d'efficacités, propres à compenser ce genre d'effets anticoncurrentiels, ne pourra être effective que dès lors que celles-ci permettront de contrer effectivement les conséquences de dits effets, soit la perte de pression concurrentielle en découlant. En effet, c'est ici la genèse même des gains d'efficacité qui est mise en avant. On saisit ainsi la nécessité d'une analyse spécifique du cas d'espèce, celle-ci devant se voir privilégiée. Ainsi, l'évaluation de gains d'efficacité devrait tendre à la détermination d'une compensation concrète des effets anticoncurrentiels découlant de l'opération. Dans le cadre de cette étude spécifique justement, l'analyse des caractéristiques propre de chacun des effets non coordonnés mise en avant dans le cadre de ce travail a permis de déterminer que les gains d'efficacité effectivement attendus varieront selon le type d'effet unilatéral retenu et les circonstances d'espèce propres à chaque opération. Ainsi, c'est bien selon les effets unilatéraux préalablement déterminés qu'il s'agira de venir chercher une efficacité propre à compenser la perte de pression concurrentielle.

Au-delà de cette appréciation individualisée, il peut également être tiré certains constats d'ordre général. En ce sens, les différents types d'efficacités ont été analysés en l'espèce, permettant d'écarter les économies de coûts fixes de manière définitive du champ des éléments susceptibles de se répercuter sur le consommateur final. Au contraire, les économies de coûts variables permettent elles d'atteindre le but souhaité, car celles-ci sont susceptibles d'induire des incitatifs, chez les parties à l'opération, à dévier les bénéfices découlant de l'opération sur le consommateur. On relève néanmoins, qu'au vu de la structure des marchés concernés, la simple allégation d'une économie de coûts variables ne peut pas, à elle seule, suffire à fonder la prise en compte de gains d'efficacité. En effet, sur des marchés oligopolistiques déjà extrêmement concentrés, il s'agit encore pour des parties alléguant de telles efficacités, de démontrer d'un réel incitatif à ne pas détourner ce profit. Une fois encore, les théories économiques établies pourront servir de point de départ à de telles démonstrations, certaines allégations devant être retenues comme établies dès lors qu'elles se fondent sur des principes notoirement reconnus. On saisit ainsi l'existence de lignes directrices, permettant d'écarter d'emblée certaines efficacités et de considérer l'éventuelle prise en considération

d'autres. Néanmoins, on réalise qu'une très grande part de cette appréciation relèvera toujours des cas d'espèce spécifiques, dès lors que les marchés oligopolistiques peuvent être concentrés de manières diverses et variées. Ainsi, les retombées pro-concurrentielles nécessaires varieront selon chaque type d'opération, et en fonction des caractéristiques du marché au contentieux. On en conclut donc que l'établissement de principes généraux est certes possible, mais que chercher à ériger des règles fixes et spécifiques, relatives à la prise en compte, respectivement à l'exclusion des efficiences serait complètement inopportun. Il conviendra ici d'établir des principes directeurs, tout en s'abstenant de rentrer dans les spécificités d'espèce, lesquelles doivent être laissées à l'appréciation de la Commission.

Pour ce qui a trait à l'évaluation *in concreto* des gains d'efficacité, l'étude spécifique des divers effets non coordonnés a permis de tirer divers constats. Tout d'abord, l'impact effectif de certaines efficiences ne dépendra que du type d'effets anticoncurrentiels au contentieux. On relève également d'emblée que certaines efficiences, de par leur nature, ne sont pas à même de compenser certains effets unilatéraux, dès lors que les retombées en découlant sont impropres à une telle compensation. Cette dernière affirmation prévaut tout particulièrement car des pertes technologiques et d'innovation ne pourront pas se voir compensées par de simples économies financières, celles-ci étant incapables à rétablir la concurrence perdue, sur le long terme. Enfin, nous pouvons tirer la conclusion essentielle de ce que la prise en compte des gains d'efficacité doit passer par l'étude même des critères ayant permis d'établir l'existence d'effets non coordonnés sur le marché. Il faut ici saisir que, selon le degré des effets non coordonnés, les efficiences auront un impact très largement variable. C'est dès lors une analyse sous l'angle des éléments constitutifs des effets unilatéraux que nous proposons et qui devra être établie dans le cadre du contrôle. Celle-ci permettra une étude détaillée des impacts des efficiences alléguées sur le marché au contentieux. On arrive donc, par ce biais, à une analyse globale du marché, les effets non coordonnés n'étant plus retenus comme principes mais bien dans leur portée effective, du fait de la pondération apportée par les efficiences.

Dès lors ces éléments d'ordre analytiques établis, la conclusion principale pouvant être tirée de ce chapitre tient dans ce que, selon nous, les gains d'efficacité sont impropres à contrebalancer l'entier des effets non coordonnés déclenchés par une opération de concentration. En effet, la structure des marchés oligopolistiques implique, en cas de concentration, des effets anticoncurrentiels bien trop importants pour être compensés par ceux-ci. On comprend ainsi une incapacité des efficiences à combler ces effets dans leur intensité, sans toutefois être limitées dans leur principe. Ainsi, il faut retenir que les gains d'efficacité joueront toujours un rôle pertinent dans l'appréciation de la Com-

mission, en ce qu'ils permettront de pondérer les effets de l'opération, mais uniquement de manière partielle. On comprend ainsi le rôle essentiel que ceux-ci pourront jouer dans le cadre de l'évaluation globale de l'opération, notamment relativement aux engagements.

Finalement, nous arrivons au constat que les conditions de prise en compte des efficiences issues des Lignes directrices, bien qu'érigées de manière pertinente, ne se prêtent pas entièrement aux caractéristiques spécifiques des effets non coordonnés et de leur impact sur le marché. Il s'agira ainsi de chercher à les adapter à futur aux circonstances particulières découlant de ce type d'effets. Quant au fardeau de la preuve aujourd'hui établi, son imputation semble juste et un éventuel retournement de celui-ci ne serait en rien opportun. En effet, malgré les constats du Tribunal, il convient de considérer que seules les entreprises parties à une opération détiennent les éléments propres à alléguer de telles efficiences. C'est dès lors à elles uniquement que doit être imputé ce fardeau, sous peine de conséquences désastreuses.

En définitive, le constat essentiel émanant de ce chapitre tient dans ce que les efficiences sont impropres à contrebalancer, dans leur entier, les effets non coordonnés découlant d'une opération de concentration. C'est dès lors l'entier des théories relatives à celles-ci qui doit être revu pour le futur. En ce sens, on comprend que la question de la compensation de ceux-ci doit être écartée pour laisser place à celle de l'estimation de leur impact effectif sur le marché. On ne prétend néanmoins pas, dans le cadre de ce travail, à l'exhaustivité, raison pour laquelle la question de la compensation complète de ces effets se doit de rester ouverte dans le cadre de l'établissement d'une clause générale. Ainsi, nous pensons que le contrôle des concentrations relatif aux effets non coordonnés doit arrêter de chercher à se concrétiser dans les aspects théoriques et tenir compte de la réalité économique de ce genre d'opérations. En ce sens, on rejette une fois encore l'approche du Tribunal dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*, laquelle va à l'encontre de tous les principes du droit de la concurrence. La pérennisation de la solution apportée irait à l'encontre de la réalité économique et engendrerait des conséquences catastrophiques pour le futur, allouant la possibilité de justifier des effets anticoncurrentiels graves, sur des marchés déjà trop concentrés, par le biais d'allégations économiquement infondées.

Partant, c'est l'étude des engagements qui sera essentielle dans le chapitre à venir. En effet, dès lors que les efficiences sont impropres à combler les effets non coordonnés, ceux-ci pourront néanmoins être atténués par ces dernières. Ainsi, les gains d'efficacité devraient, en matière d'effets non coordonnés, à futur, jouer un rôle analogue à celui des engagements. C'est en ce sens la combinaison de ces deux éléments qui permettra effectivement de rendre une opération compatible avec le marché commun. On analysera ainsi, dans le chapitre

qui va suivre, le futur de cet élément essentiel du droit de la concurrence, ainsi que sa connexité réciproque d'avec les gains d'efficacité, lesquels ne peuvent plus être vus aujourd'hui comme aptes, seuls, à annihiler les effets non coordonnés découlant d'une opération de concentration.

5.2.4. Engagements

5.2.4.1. Introduction

Dans le cadre de cette troisième et dernière étape de notre analyse du droit souhaitable à futur, il s'agira à présent de traiter des engagements et de leur mise en œuvre particulière dans le contexte des effets non coordonnés. On se trouve ici dans une approche très différente de celles présentées à nous relativement au fardeau de la preuve ou même aux gains d'efficacité. En effet, en matière d'engagements, c'est un système aujourd'hui bien en place et dont l'efficacité n'est plus à démontrer qu'il s'agira d'évaluer et de chercher à remodeler pour le futur. Dès lors que celui-ci semble effectivement être pérenne, il conviendra de se poser les questions du maintien du système en place, mais également, celle très délicate des apports pouvant lui être amenés. On se concentrera ainsi et comme dans l'entier de cet écrit sur le problème spécifique des effets non coordonnés, ce qui nous permettra de chercher à améliorer cet outil phare du droit de la concurrence sous cet angle spécifique. On visera ainsi à distinguer l'emploi des engagements par la Commission selon le type d'effets anticoncurrentiels au contentieux, permettant une approche plus spécialisée relative à ceux-ci et allouant à l'autorité une meilleure marge de manœuvre. Ainsi, on pense utile d'analyser divers points, propres, en finalité, à nous permettre de proposer les innovations susmentionnées et à tendre à l'élaboration d'un droit souhaitable à l'avenir. Au-delà de cette partie créative, le présent chapitre aura également pour but de vanter les mérites du système actuellement en place, mais également de chercher à évaluer les conséquences négatives qu'impliquerait, à futur, une modification substantielle de celui-ci.

En ce sens, il s'agira dès lors en tout premier lieu et de manière assez succincte, d'aborder le fardeau de la preuve relatif aux engagements. Dès lors que, comme exposé, celui-ci semble aujourd'hui suivre des règles appropriées, il n'y aura pas lieu de venir se questionner sur son fondement, ni sur son imputation. Néanmoins, il conviendra d'examiner la possibilité d'éventuels développements propres aux effets unilatéraux, tout particulièrement relativement à l'intensité des éléments devant être démontrés. En ce sens, il faut saisir l'impact particulier desdits effets et la possibilité d'une allocation différente et spécifique des éléments devant être apportés, tout particulièrement en ce qui a trait aux preuves de réalisabilité et d'effectivité des engagements des parties à l'opé-

ration. Dans une deuxième partie, il s'agira alors de développer les diverses formes d'engagements sous l'angle des effets non coordonnés. On cherchera ainsi à analyser lesquels sont susceptibles d'avoir un impact effectif sur les effets anticoncurrentiels de ce type. Toujours dans ce cadre, il conviendra de se poser la question de l'impact effectif de certains engagements et de leur éventuelle incapacité à impacter positivement le marché. Il sera ainsi traité tout spécialement des engagements comportementaux, lesquels posent principalement problème du fait de leur effectivité. L'incidence concrète de certains engagements structurels devra également être remise en question et analysée plus en détail. En effet, il semblerait que certains soient moins à même de jouer un rôle effectif dans le cadre du contrôle des effets non coordonnés que d'autres. Il conviendra ainsi de vérifier leur propension à effectivement annihiler ce type d'effets anticoncurrentiels et à, cas échéant, les écarter du cadre de l'analyse de l'autorité. Il s'agira ainsi de chercher à établir de nouvelles règles, ou à tout le moins présomptions, de prise en compte de mesures correctives, propres à appuyer la Commission dans le cadre de son évaluation de l'opération corrigée.

Il sera ensuite procédé à une étape essentielle de notre analyse, en ce qu'il sera cherché à établir un nouveau facteur d'appréciation des engagements dans le cadre de l'analyse de l'autorité. En effet et au vu des appréciations qui précèdent relatives aux gains d'efficacité, les engagements et ces derniers devaient aujourd'hui, à notre sens, être pris en considération de manière commune dans le cadre d'une évaluation de l'opération. Si le système actuel permet certes une appréciation successive de ces éléments, c'est ici réellement une prise en considération d'ensemble qui doit être perçue comme propre au développement du droit et doit, de ce fait, être évaluée. En effet, dès lors que nous sommes arrivé à la conclusion que les efficacités elles-mêmes étaient propres, seules, à combler et contrebalancer l'entier des effets non coordonnés découlant d'une opération sur un marché, il s'agira de se poser la question de la mise en commun de ces deux outils, aux fins d'annihiler l'entier des effets non coordonnés. En ce sens, on analysera la mise en place d'une nouvelle pratique de l'autorité, propre à combiner ces éléments dans le cadre de son appréciation initiale des opérations et, en définitive, également de son évaluation des engagements soumis à elle dans le cadre d'une procédure de Phase I ou II. Dès lors que ces éléments seraient pris en commun, il s'agira de se questionner également sur les impacts réciproques que ceux-ci peuvent avoir l'un sur l'autre. En ce sens, il faut tout particulièrement comprendre l'analyse des apports à la concurrence découlant des gains d'efficacité, lesquels permettraient, par le même biais, de réduire les engagements attendus de la part de l'autorité. Il conviendra ainsi de déterminer quelles efficacités sont propres à réduire

quels types d'engagements, mais également d'observer s'il est possible d'estimer, de manière générale, dans quelle propension elles peuvent le faire.

Enfin, il s'agira, dans le cadre de notre analyse, d'observer les conséquences d'un redimensionnement des engagements et d'un amoindrissement de leur impact, relativement à l'entier du contrôle exercé par la Commission. Dans ce cadre, ce sont divers points qui devront être traités de manière successive. Tout d'abord, se posera la question des conséquences effectives relatives à la perte de cet outil aujourd'hui fondamental dans le cadre du contrôle de l'autorité. On analysera dans ce cadre les retombées négatives pouvant être attendues, ainsi que le développement probable d'une telle hypothèse à futur, ayant des répercussions sur l'ensemble du système. Dans ce cadre, il s'agira de mettre en exergue les diverses conséquences de la pratique nouvelle de l'autorité de recours sur les engagements, mais également son impact négatif relatif à l'ensemble du contrôle des concentrations et à ses principes généraux. Dès lors et sur la base des appréciations faites en précédence, il s'agira également de se questionner sur les solutions subsidiaires offertes à la Commission, dans le cas où un tel évincement viendrait à être confirmé. On se concentrera une fois encore sur le thème spécifique des effets non coordonnés et observera les mouvements possibles de l'autorité dans ce cadre, lui permettant de perpétuer sa pratique sans pâtir de ce changement radical. Il conviendra ainsi de se questionner sur les conséquences effectives d'un tel changement de système sur l'emploi des effets non coordonnés, afin de déterminer si celui-ci pourrait s'en voir impacté.

Il s'agira finalement de prendre des conclusions relatives aux engagements de manière générale. Il conviendra en ce sens de revenir sur les points préalablement évoqués, mais également de poser l'hypothèse d'un droit souhaitable à futur, lequel passe certes par quelques adaptations et refontes du système actuellement en place, mais sans doute pas par l'abolissement complet du système et de sa genèse. Il sera ainsi proposé des solutions innovantes, propres à régler les problèmes préalablement évoqués, mais également aptes à maintenir et retranscrire les éléments positifs devant être tirés du système actuellement en vigueur.

5.2.4.2. Un fardeau de la preuve cohérent

Pour aborder en tout premier lieu la question du fardeau de la preuve, il convient de rappeler que celui imputable à la Commission dans le cadre de l'évaluation d'une opération à laquelle des engagements ont été apportés ne diffère en rien de celui qui lui incombe dans le cadre d'une appréciation initiale. Il s'agira en ce sens toujours pour la Commission d'établir si une opération, telle que modifiée par l'engagement en question, est compatible avec le marché com-

mun⁶⁹¹. Dès lors c'est à l'autorité d'apporter la preuve du caractère approprié des engagements, mais il tient néanmoins des entreprises parties d'apporter les éléments propres à effectuer ce contrôle, en ce que le moyen propre à éliminer les problèmes de concurrence tiennent d'elles⁶⁹². En ce sens, bien que le fardeau de la preuve soit, sur le principe, clairement imputable à la Commission, on doit tout de même percevoir une incombance très importante relevant des parties dans le cadre de l'appréciation d'engagements. Ainsi, il faut saisir que bien qu'il tienne, en finalité, à cette dernière d'apporter la preuve de l'incompatibilité des engagements (ou de la suffisance de ceux-ci) à rendre l'opération compatible avec le marché commun, c'est néanmoins sur les documents apportés par les entités parties à l'opération qu'elle devra trancher. On perçoit d'emblée la difficulté que la répartition des incombances qui précède est susceptible d'impliquer, un conflit pouvant en résulter. On semble toutefois distinguer une dynamique assez positive aujourd'hui, le nombre d'opérations menant à des interdictions étant en moyenne très bas et ne représentant qu'une infime part des cas notifiés à l'autorité. Cela peut sans doute s'expliquer par les incitatifs créés par les engagements, propres à pousser les parties à d'éventuels efforts supplémentaires. En effet, cette étape, laquelle se rapproche en de nombreux points d'une négociation amiable, est propre à inciter les parties à faire certaines concessions importantes par devant l'autorité. On saisit que ces dernières préféreront effectivement et dans de très nombreux cas, voir leur opération autorisée conditionnellement, plutôt que purement et simplement interdite. Il faut en ce sens comprendre la procédure d'engagements comme un poids employé par l'autorité, permettant de rendre l'opération compatible avec le marché, mais également de satisfaire les parties. On peut ainsi expliquer le processus particulièrement consensuel aujourd'hui connu. Reste néanmoins à relever que la distinction ténue du rôle de chacun pourrait être affinée et précisée, dès lors qu'elle peut susceptiblement mener à des situations lacunaires.

D'entrée de cause, il sied néanmoins de constater que la répartition des éléments devant actuellement être apportés par chacun des acteurs semble parfaitement appropriée au principe même du contrôle des concentrations. Il paraît effectivement adéquat que la Commission doive procéder à une analyse de l'opération accompagnée d'engagements, tout comme dans le cadre d'une appréciation initiale. On ne voit en effet pas sur la base de quel motif celle-ci pourrait se dédouaner de cette tâche qui lui incombe légalement. On relève toutefois que celle-ci avait tenté de s'en délester par le passé, cherchant à transmettre l'incombance de la preuve du caractère approprié des engagements

691 Voir *Communication mesures correctives*, c. 8.

692 VON KOPPENFELS, *ad art.* 8, n. 39

aux parties, en vain. Bien que cela puisse paraître une simple tentative maladroite de l'autorité, de redistribuer, à charge des parties, les diverses preuves devant être amenées, cela doit également être perçu comme un signal fort envoyé par les institutions, d'un fardeau approprié et correctement attribué. De même, il semble aujourd'hui largement justifié que les parties à une opération de concentration, seules détentrices de certains documents ou autres informations, se voient imputer la charge de les porter à connaissance de l'autorité. Une fois encore, cela semble découler d'une logique évidente d'asymétrie d'information, et rappelle une fois de plus le caractère extrêmement consensuel des engagements, lesquels nécessitent la participation et le bon vouloir de tous les acteurs. En définitive, on ne saurait ici repérer de problème quant à la structure du système ni même au rôle de chaque protagoniste à celui-ci. Reste néanmoins que cette répartition des incombances peut laisser songeur relativement à la démonstration de certains éléments spécifiques. On saisit en effet que cette ségrégation peut s'avérer délicate en ce qui a trait au caractère effectif de sa réalisation d'un engagement proposé. Il conviendra ainsi tout particulièrement de chercher à déterminer des règles relatives à la preuve de la mise en place concrète de dites mesures. C'est effectivement bien dans ce cadre, visant à démontrer la survenance certaine d'une mesure et repoussant son caractère hypothétique, que la séparation ténue entre le rôle de chacun pourrait s'avérer problématique. D'emblée on relève que des mécanismes de contrôle peuvent certes permettre un examen *a posteriori* des engagements mis en place, à même de contrôler la réalisation de ceux-ci. Il n'en reste pas moins que, dans certaines circonstances où de tels mécanismes ne peuvent être mis en œuvre, l'absence de preuve du caractère concret et effectif d'une mesure pourrait mener à une interdiction de l'opération, quand bien même une solution consensuelle pourrait aboutir. Il s'agira ainsi de se questionner sur la répartition du fardeau de la preuve relativement à ce seul et unique facteur, lequel est également déterminant pour apprécier de la qualité d'une mesure corrective. En effet, tout engagement, même efficace, se verrait dépourvu d'intérêt si inapte à concrètement se réaliser et être mis en œuvre de manière effective.

On relève tout d'abord que l'on se concentrera uniquement sur les effets non coordonnés, lesquels impliquent encore une fois des structures de marché oligopolistiques déjà fortement concentrées. Ainsi, sur de tels marchés, la preuve de l'effectivité d'un engagement ne devra en être qu'amplifiée, car les effets anticoncurrentiels seront d'autant plus conséquents et nécessiteront une correction effective, sous peine de conséquences graves pour la concurrence. Il s'agira dès lors de chercher à déterminer dans quelle mesure la preuve du caractère concret d'un engagement devra être établie de manière initiale par les parties, mais également dans quelle propension il peut être autorisé une

certaine souplesse, par la mise en place d'un système de contrôle, propre à assurer la concrétisation des engagements proposés. On note d'emblée que la réalisation d'une mesure tient en principe des entités qui s'y soumettent. On peut ainsi tirer une ligne d'ordre générale, impliquant que les parties à l'opération devront apporter la preuve de la réalisation des mesures. Néanmoins, cette affirmation ne peut valoir que pour des engagements pouvant être réalisés de manière immédiate. Comme exposé préalablement toutefois, il se peut que certains engagements, pour des obligations légales notamment, ne puissent être concrétisés qu'après la réalisation de l'opération, mettant à mal le constat fait ci-avant. En ce sens, nous pensons utile de distinguer les divers engagements selon leur type. Ainsi, ceux de type structurel ne semblent pas poser problème dans le fait de leur concrétisation. En effet, ces derniers ne dépendent que des entités parties, desquelles il sera alors attendu la modification structurelle sur le marché, soit l'entier de la preuve du caractère effectif de la mesure. Dès lors que cette modification pourra être faite de manière préalable à l'opération, ce type de mesures correctives paraît ne pas devoir faire l'objet de remarques supplémentaires. C'est donc bien plus en matière d'engagements comportementaux qu'il semble plus délicat d'attendre une preuve de la part des parties, la rectification de la situation tenant d'une condition potestative, dépendant uniquement des parties elles-mêmes. On précise que l'on réserve également encore les engagements structurels qui devraient être réalisés *post* opération, lesquels pourraient mener à la même problématique. Ainsi, et dès lors que la preuve immédiate de leur effectivité semble être impossible, on peut estimer que ce type d'engagements, au contraire des pures cessions, nécessitera la mise en place de mesures de contrôle, requérant ainsi une preuve allégée de la part des entités à l'opération et assurant leur mise en place effective à futur. On précise enfin, en ce qui a trait aux autres engagements dont la structure est similaire à une cession, que les mêmes considérations peuvent leur être faites qu'en matière d'engagements structurels, dès lors que leur finalité est similaire et dépend intégralement des entreprises parties. De même, si ceux-ci ne sont pas voués à être matérialisés avant la réalisation de l'opération, des mesures assurant la concrétisation des correctifs devraient être prises, afin d'assurer le maintien de la concurrence sur le marché. On saisit ainsi qu'il faudra effectivement être attentif à la structure des engagements proposés, aux fins de déterminer si les parties les offrant doivent en déterminer l'effectivité par la réalisation même, ou en se soumettant à des conditions de contrôle, lesquelles réduisent leurs incombances *ante* opération, mais impliquent de respecter les éléments convenus, après celle-ci. On note en finalité que la Commission, pour sa part, ne semble pas avoir de rôle spécifique à jouer en la matière, la preuve de la réalisation ne pouvant lui incomber, tant elle ne

dépend en rien d'elle. Néanmoins, il sera attendu de cette dernière, dans le cadre de son appréciation globale des engagements, qu'elle évalue de manière objective les éléments apportés par les parties. Elle ne disposera ainsi d'aucune marge de manœuvre relativement aux modifications structurelles déjà concrétisées, mais il reviendra à elle, cas échéant, de démontrer le manque de caractère effectif des mesures correctives devant se réaliser à futur. On estime ainsi que cette dernière, en cas d'absence de preuve de concrétisation apportée de manière préalable, devra employer les mesures de contrôle de manière prépondérante, et ne pourra rejeter les engagements que sous la forme d'une *ultima ratio*, dans le cas où le contrôle de ceux-ci se verrait réellement impossible ou empêché, et impliquerait de trop grandes incertitudes pour le marché.

Enfin et en ce qui a trait, de manière spécifique, aux effets non coordonnés, on peut d'ores et déjà tirer une conclusion importante sur l'intensité de la preuve relative à ceux-ci, car l'impact particulier de ces effets anticoncurrentiels sur le marché, impliquera la nécessité d'une preuve particulièrement établie. On peut ainsi imaginer, *prima facie*, une très grande prépondérance des engagements structurels réalisés de manière préalable à l'opération, seuls propres à assurer que les effets anticoncurrentiels soient effectivement contrôlés et annihilés. Il serait toutefois malvenu et précipité que d'exclure d'emblée l'ensemble des autres mesures correctives existantes, celles-ci pouvant également, sous certaines conditions, se révéler adaptées. On relève simplement, qu'en cas d'emploi de celles-ci (lequel reste conditionné aux appréciations à suivre), elles impliqueront un fardeau de la preuve intensifié pour les parties à l'opération, lesquelles devront apporter des éléments plus étendus, aux fins de faire apparaître la compatibilité de la mesure proposée. En effet, au vu de l'incertitude que crée ce type d'effets anticoncurrentiels sur le marché et du risque engendré par eux, ceux-ci ne pourront être considérés comme annihilés que par la démonstration de la mise en place de mesures suffisantes à effectivement le faire, faute de quoi ils devront se voir rejetés.

Dès lors, comme évoqué à titre préalable, il ne semble pas nécessaire de trop approfondir les considérations relatives au fardeau de la preuve, d'ores et déjà établi en matière d'engagements. La situation paraît aujourd'hui claire, l'incertitude qui semblait persister en matière de preuve pouvant désormais être considérée comme comblée par nos allégations ci-avant. Enfin, il semble que l'on puisse retenir le fardeau en question comme approprié. Celui-ci doit ainsi être vu comme ne nécessitant pas de modification particulière à futur, dès lors que le système aujourd'hui en place fonctionne et sert de levier, permettant tant une certaine pression sur les parties, qu'une volonté de conciliation du côté de l'autorité. Enfin, on saisit le caractère qui doit être considéré de relatif des engagements comportementaux. En effet, de par leur structure, il ne

pourra être attendu de preuves concrètes de leur réalisation de la part des parties à une opération, remettant en cause le bien-fondé même de l'emploi de ceux-ci, *a fortiori* dans le cadre d'opérations menant à la survenance d'effets non coordonnés sur le marché. Ainsi et en définitive, on retient le fardeau actuellement connu comme approprié, tant en matière d'effets non coordonnés, que relativement à tout autre type d'effets anticoncurrentiels.

5.2.4.3. *Engagements et effets non coordonnés*

Il s'ensuit de se pencher sur les diverses formes d'engagements et de traiter de leur impact effectif dans le cadre de l'étude des effets non coordonnés. En ce sens, il conviendra d'analyser, de manière successive, les divers types d'engagements exposés en amont et de procéder à l'étude de la structure de ceux-ci. On cherchera dans ce cadre à déterminer lesquels sont susceptibles d'effectivement et concrètement venir jouer un rôle dans l'appréciation de concentrations menant à la survenance d'effets unilatéraux. On doit effectivement aujourd'hui se poser la question d'un impact certain et non seulement hypothétique des divers types d'engagements existants, partie de ceux-ci ne trouvant plus leur justification qu'en théorie et ne pouvant pas être retenus comme susceptibles, seuls, de venir contrer l'impact important de tels effets. À notre sens, le principal problème en la matière tient de l'absence actuelle de distinction entre les engagements propres à jouer un rôle en matière d'effets coordonnés et ceux aptes à contrer des effets non coordonnés. C'est en effet une fois encore la prise en compte globale de l'entier des effets anticoncurrentiels dans le cadre du contrôle de la Commission qui doit être affinée, en ce que les opérations menant à des effets non coordonnés sur le marché devront se voir traitées de manière spécifique, dès lors que leurs caractéristiques mêmes tiennent de marchés particuliers. Ainsi, nous posons en tout premier lieu l'hypothèse de la nécessité d'une distinction mieux marquée entre les engagements à même de contrer les effets non coordonnés et le reste des effets anticoncurrentiels possibles. Par le biais de l'étude ci-après, nous chercherons ainsi à établir une classification plus détaillée, permettant de déterminer à l'avance les mesures à même de rentrer en matière dans le cadre d'engagements soumis à l'autorité, mais également et surtout, de potentiellement pouvoir écarter certaines d'entre elles, impropres à réellement corriger des effets non coordonnés.

Dès lors, il conviendra dans une première phase d'établir une distinction d'ordre général, laquelle cherchera à séparer les effets pro-concurrentiels potentiels des engagements structurels et comportementaux dans le cadre de l'analyse des effets non coordonnés. Il s'agira ainsi de venir développer les capacités de chacun de ceux-ci à contrer les effets non coordonnés, mais également de chercher à établir si ces derniers sont susceptibles, seuls de venir

compenser les effets anticoncurrentiels d'une opération. Dans l'hypothèse contraire, il conviendra alors d'identifier l'impact relatif possible des engagements en question, permettant également de traiter de la mise en commun de ceux-ci d'avec des efficiences, voire de leur exclusion complète de ce domaine spécifique du droit de la concurrence. Dans une deuxième étape, il s'agira d'identifier les engagements jouant un impact tout spécifique dans le cadre des effets non coordonnés. En effet, malgré la distinction faite à titre préalable, même au sein de deux catégories similaires d'engagements, certaines mesures spécifiques sont, de par leur structure, plus à même de jouer un rôle conséquent sur les effets non coordonnés et leurs conséquences anticoncurrentielles. On entrera dans ce cadre spécifiquement en matière sur les divers engagements de type structurel, lesquels pourront, pour certains, se révéler plus prompts à la correction d'effets unilatéraux. On ne pourra une fois de plus que constater la nécessité d'une séparation plus claire entre les divers types d'effets anticoncurrentiels déclenchés par l'opération de concentration, les effets unilatéraux devant être traités de manière séparée, au vu de leur incidence sur le marché. Enfin, il sera entré en matière sur les effets non coordonnés eux-mêmes. Dans ce cadre, on évoquera brièvement les divers effets connus et répertoriés en amont. On cherchera ainsi à traiter de ceux-ci de manière plus spécifique, de façon à mettre en exergue les diverses conclusions qui auront été établies à titre préalable, mais également de saisir lesquels sont le plus susceptibles d'être compensés par des mesures correctives, et par quel biais ils peuvent exactement l'être.

a. Engagements structurels et comportementaux

Il convient tout d'abord de procéder à la distinction essentielle entre les engagements de type structurel et les engagements comportementaux, dans le cadre de la correction des effets non coordonnés. En ce sens, on rappelle brièvement les définitions de ces deux éléments, en ce que les premiers correspondent à des engagements visant à maintenir ou à rétablir des conditions de concurrence suffisante sur un marché donné en transférant certains actifs commerciaux à un tiers indépendant. Quant aux seconds, ils visent à maintenir ou à rétablir les conditions d'une concurrence effective, par exemple en permettant ou en facilitant l'accès à un marché ou à une infrastructure ou ressource essentielle, les parties s'engageant à ne pas abuser de certains actifs en leur possession⁶⁹³. On saisit immédiatement, en matière d'effets unilatéraux, la prépondérance évidente des premiers, dès lors que ceux-ci impacteront de

693 VON KOPPFELS, *ad art.* 8, n. 45 et 46 ; voir ég. MOTTA/POLO/VASCONCELOS, pour une distinction détaillée voir KËLLEZI, p. 75-80.

manière effective et immédiate sur la structure même du marché. On écarte dès lors dans le présent chapitre la question des engagements structurels, lesquels doivent, de manière générale, être vus comme plus aptes à contrer ces retombées contraires au bien de la concurrence. Ceux-ci doivent en effet être perçus comme globalement aptes à atteindre le but visé et ne doivent pas faire l'objet de développements supplémentaires dans l'immédiat. Dès lors, il conviendra ici de se questionner uniquement sur la capacité des engagements comportementaux à venir contrebalancer ce type d'effets. Au vu de l'impact de ceux-ci et de la relativité des mesures correctives de ce type, la question peut légitimement se poser, et il s'agira d'éventuellement pouvoir les écarter du cadre du contrôle, dans l'hypothèse où leur inopérabilité venait à être démontrée.

D'emblée, on relève que ces derniers sont considérés de manière globale comme étant moins efficaces, se voyant parfois même écartés de l'analyse tant ils ne sembleraient reposer que sur des conditions potestatives propres aux parties. Toutefois, les Lignes directrices en matière de mesures correctives rappellent que ceux-ci doivent être appréciés relativement aux considérations d'espèce⁶⁹⁴. C'est dès lors bien un travail de mise en pratique qui devra être effectué ci-après, aux fins de déterminer si ces engagements peuvent, de manière effective, jouer un rôle fondamental en la matière ou si leur effectivité se limite à des théories utopistes. On a traité, jusqu'à présent, de mesures correctives comportementales de manière générale, néanmoins, une distinction essentielle doit être tracée entre les engagements comportementaux de types structurels et ceux purement comportementaux. En effet, il semble que les premiers puissent, dans leur structure, s'assimiler à de réels engagements structurels, dès lors que leur finalité est la même, permettant un accès effectif au marché pour un autre concurrent. Il s'agira ainsi de se questionner sur ces variantes spécifiques de mesures correctives et de chercher à établir leur impact potentiel en matière d'effets non coordonnés. À ce titre, une brève distinction paraît ici nécessaire, en ce que les engagements comportementaux peuvent imposer des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Ainsi une partie peut s'engager à donner accès à une infrastructure, une licence ou un contrat. L'obligation de donner peut aussi être négative et prend alors la forme d'une renonciation à un contrat ou à une clause d'exclusivité. Concernant les obligations de faire ou de ne pas faire, il peut s'agir d'obligations d'achat envers certains tiers, de l'interdiction de faire des remises de gamme, de l'interdiction des ventes liées ou du couplage de prestations. C'est justement dans le cas particulier de l'obligation de donner accès à une infrastructure ou une licence, que l'on considère qu'il s'agit alors d'engagements comportementaux

de nature structurelle, en ce qu'ils ne portent pas, à proprement parler, sur la structure du marché, nécessitant un changement de comportement des opérateurs concernés, mais ayant des effets structurels sur celui-ci⁶⁹⁵. On relève enfin, à l'égard des licences obligatoires, que leur usage généralisé pourrait devenir problématique, en ce qu'il viendrait diminuer l'incitation des concurrents potentiels à innover, leur emploi modéré ne semblant toutefois pas poser problème⁶⁹⁶.

Dès lors, au vu de cette définition, il convient de saisir que les mesures correctives permettant l'accès concret au marché doivent être perçues comme effectivement propres à venir contrer des effets anticoncurrentiels. En effet, dès lors que la finalité de ces éléments se recoupe dans celle des engagements structurels, il tiendrait de l'absurde que de les écarter de manière générale. C'est néanmoins la question de leur intensité qui pose problème, tout comme celle de leur réalisation effective. Si cette dernière pourra, dans nombre de cas, être réglée par l'attribution immédiate d'une licence ou l'engagement effectif à autoriser l'accès à une infrastructure nécessaire, la première sera bien plus complexe à régler sous un point de vue purement théorique. La question de la mise en contexte et de l'appréciation relative au cas d'espèce sera ainsi d'autant plus importante en matière d'effets non coordonnés, que les engagements comportementaux de type structurel ne seront pas tous aptes à contrer les effets non coordonnés. Il conviendra dès lors de procéder à des évaluations au cas par cas, visant à établir si les mesures proposées en l'espèce sont propres à contrer les effets au contentieux. On peut ici renvoyer à notre étude préalable du fardeau de la preuve et des éléments devant être atteints, afin de contrer chacun des effets unilatéraux recensés (à voir 5.2.2.4). En effet, les correctifs attendus varieront selon chaque type d'effets et nécessiteront des impacts plus ou moins conséquents en fonction de l'altération de la concurrence en jeu. Ainsi, on conclut en ce qui a trait à ce premier type de mesures correctives comportementales, qu'elles ne doivent impérativement pas être écartées de l'analyse des effets non coordonnés, mais que leur impact devra être attentivement analysé, tant ce genre d'effets anticoncurrentiels requiert des compensations importantes pour être annihilé. On conclut ainsi à ce que la structure de ces engagements est apte à atteindre le but visé, mais qu'un contrôle de l'intensité des mesures proposées sera néanmoins nécessaire à attester de leur portée concrète.

695 FRENEAUX, p. 56.

696 SCHERER, *The Economic Effect of Compulsory Patent Licensing*, The Monograph Series in Finance and Economics, New York University, 1977, p. 35; MARQUARDT/LEDDY, *The Essential Facilities Doctrine and Intellectual Property Rights: a Response to Ptofsky, Patterson and Hook's*, *Antitrust Law Journal* 70, 2003, p. 856; KËLLEZI, p. 346-347.

Pour ce qui a trait aux engagements purement comportementaux, leur impact devra ici être relativisé en matière d'effets non coordonnés. En effet, un simple engagement de faire ou de ne pas faire peut sembler léger, seul, à contrer la survenance d'effets non coordonnés. On saisit que ces mesures peuvent trouver leur effectivité, notamment dans le non emploi d'une prérogative anti-concurrentielle sur le marché des suites de l'opération. Cette solution, certes intéressante à court terme, ne permet néanmoins pas de corriger la distorsion de concurrence sur le marché, celle-ci n'étant simplement pas exploitée, et non redistribuée. À cet argumentaire pourra être rétorqué l'existence de mesures de contrôle et de réexamen. Néanmoins, ce type d'engagement se voit toujours limité dans le temps, mais également soumis à une exécution postérieure à l'opération, rendant le contrôle de leur réalisation d'autant plus aléatoire⁶⁹⁷. Ainsi, ceux-ci paraissent *prima facie* inaptes à contrer l'entier de tels effets. On précise encore que, dans le cadre de la décision *Tetra Laval/Sidel*, la CJUE a repoussé une décision de la Commission européenne au motif qu'il convenait de prendre en compte les engagements comportementaux souscrits par Tetra, dès lors que le problème de concurrence identifié était lié au comportement futur de la nouvelle entité⁶⁹⁸. Ainsi, on peut tirer deux constats à notre avis largement applicables en matière d'effets non coordonnés, en ce que les engagements purement comportementaux, aux fins d'avoir un quelconque impact sur le marché, devront d'une part venir pondérer les effets anticoncurrentiels d'une opération qui découlent du comportement futur des parties, mais également être combinés à d'autres engagements, ne pouvant fondamentalement pas suffire, seuls, à annihiler l'entier des effets. Ils feront ainsi office d'outils complémentaires et secondaires, mais ne bénéficieront d'aucune légitimité, dans le cadre d'opérations, seuls.

En définitive, aucun type d'engagement comportemental ne peut être purement et simplement écarté de l'analyse de la Commission relative aux effets non coordonnés. Néanmoins, ceux de type structurel auront un rôle bien plus important à jouer. Les engagements tenant de purs comportements quant à eux, ne pourront que faire figure d'exception et joueront ainsi un rôle purement secondaire, lequel ne peut toutefois être entièrement écarté de notre appréciation, dès lors que ceux-ci peuvent trouver une certaine importance, une fois mis en commun avec d'autres correctifs à une opération.

697 FRENEAUX, p. 56.

698 Voir C-12/03 P – *Commission/Tetra Laval*, du 15 février 2005.

b. Les engagements structurels en particulier

Dès lors la distinction principale analysée en détail ci-dessus, il convient à présent d'entrer en matière sur les divers types de mesures correctives structurelles, ainsi que sur leur propension respective à pouvoir compenser les effets non coordonnés. Dans ce cadre, on se centrera uniquement sur la distinction entre les mesures correctives structurelles concrétisées par le biais de cessions et celles prenant la forme de l'élimination de liens avec les concurrents. Ainsi, on rappelle que la première tient dans la création des conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants par le biais d'une cession opérée par les parties à la concentration⁶⁹⁹. Quant à la seconde, elle se recoupe en la dissociation d'un lien structurel d'avec un autre participant au marché, tendant, par exemple, à la vente de participations détenues chez le concurrent même, ou la renonciation d'une entreprise commune⁷⁰⁰.

D'emblée, on saisit que la cession, par son caractère restructurant sur l'entier du marché, permet une réallocation des parts de marché et une correction des effets anticoncurrentiels engendrés par l'opération. Relativement aux effets non coordonnés, on prendra simplement l'exemple type d'une opération menant à d'importantes parts de marché, laquelle pourra se voir parfaitement corrigée dès lors que les entités parties à celle-ci auront transmis des parts de marché à d'autres. On saisit bien une diversion des parts obtenues sur d'autres acteurs, permettant de maintenir la concurrence, par le renforcement de ceux-ci. De même, on perçoit une réallocation des avantages obtenus du biais de l'opération, permettant d'annihiler les effets anticoncurrentiels de celle-ci. Cet exemple, certes des plus banals, permet dès lors de parfaitement saisir la logique inhérente à ce type de mesures correctives. On relève également que, dès lors que les cessions pourront être d'une ampleur indéterminée, elles semblent, dans leur genèse, parfaitement aptes à contrer les effets unilatéraux déclenchés par l'opération contentieuse. Restera dès lors à se poser la question de leur intensité suffisante relativement à un cas d'espèce précis, mais également de se demander si tous les types d'effets non coordonnés peuvent être corrigés par le biais de telles modifications de la structure du marché. La première tiendra de l'appréciation de l'opération par l'autorité et trouvera réponse dans le cadre de l'analyse de celle-ci. Cette étape s'assimilera, pour la Commission, à la détermination d'effets non coordonnés et à la pondération de ceux-ci

699 Communication mesures correctives, c. 24.

700 *Ibidem*, c. 58.

d'avec les modifications proposées. On n'entrera pas plus en détail sur ce point. Quant à la seconde, elle entre bien plus dans le contexte de la présente analyse, dans ce qu'il s'agira de se questionner sur l'aptitude des cessions à effectivement corriger certains effets non coordonnés. On réservera néanmoins cette question pour le sous-chapitre suivant, dès lors que l'on peut ici conclure à l'aptitude générale des cessions, aux fins de contrer les effets non coordonnés d'une opération de concentration. Cette affirmation, laquelle pouvait certes être tenue pour déjà établie, permet néanmoins d'affirmer une fois encore le caractère parfaitement approprié de ce type de mesures, dès lors qu'il vise effectivement à recomposer la concurrence disparue du fait de l'opération et à rendre, en finalité, nuls les effets non coordonnés découlant de celle-ci.

Quand bien même les cessions peuvent avoir des avantages évidents, tant dans le cadre d'effets coordonnés que non coordonnés, la question peut s'avérer bien plus délicate en ce qui a trait aux engagements structurels visant la suppression d'un lien d'avec les concurrents. En effet, ce genre de mesures correctives ne vise pas la structure de la concurrence sur le marché, mais bien plus la mise à néant d'un lien entre deux concurrents en particulier. De prime abord, celles-ci semblent donc plus à même de servir les intérêts de la concurrence dans le cadre d'opérations menant à la survenance d'effets coordonnés, permettant, par exemple, de réduire la transparence et l'accès à l'information entre les parties, et leur empêchant ainsi d'exercer, en commun, une pression anticoncurrentielle sur le marché. Il s'agira néanmoins de venir se questionner ici sur l'impact positif que pourraient avoir ses mesures relativement aux effets non coordonnés. En effet, on peut se demander si une telle modification du lien entre deux concurrents au marché ne peut pas être apte, dans certaines circonstances, à également contrer ce type d'effets. À cet égard, il s'agit tout d'abord de mettre en avant que les marchés concernés sont de type oligopolistiques, les concurrents détenant en principe d'importantes parts de marché (*soit réservée l'exception relative à un important moteur de la concurrence*). Il faut ainsi saisir que la détention de parts de l'un de ses concurrents, par l'entité concentrée, même si celles-ci sont minimes, créerait un problème tenant des effets coordonnés de manière automatique. Il faut en ce sens comprendre que, du moment où ces parts impliqueraient une force de décision ou d'accès à l'information, l'analyse de la Commission devra automatiquement se tourner vers celle-ci. En effet, la détention d'un tel pouvoir sur un concurrent à un tel marché ne peut être vu que comme engendrant de tels effets. Ainsi, bien que l'on ne puisse pas écarter de manière directe d'éventuels effets pro-concurrentiels annihilant les prérogatives unilatérales, elles ne trouveront néanmoins jamais application en pratique, l'analyse de l'autorité devant se pencher sur les effets coordonnés de manière prioritaire. Il faut ainsi adopter une analyse

pragmatique et conclure au rejet intégral de ce type d'engagements structurels du cadre de l'analyse des effets non coordonnés, quand bien même ils pourraient théoriquement jouer un rôle.

En définitive, la cession comporte le caractère idéal aux fins de compenser les effets non coordonnés d'une opération. Au surplus, il conviendra à futur d'écarter les engagements structurels éliminant un lien avec les concurrents de l'analyse au contentieux, dès lors qu'ils ne semblent pas s'y prêter, mais surtout qu'ils ne seront jamais applicables à des situations concrètes. Bien que cette dernière information puisse paraître logique et fondée, elle ne manque de surprendre, dès lors que l'emploi de purs engagements comportementaux n'a lui, pas été écarté de manière complète dans le cadre de notre hypothèse. C'est une fois encore dans ce cadre que l'on réalise le caractère spécifique des effets non coordonnés, mais également la nécessité du développement de règles légales propres à ceux-ci.

c. Les effets non coordonnés *in concreto*

Il s'agit à présent de succinctement examiner quels types d'effets non coordonnés se voient plus à même d'être corrigés par les engagements et dans quelle propension. Au vu de tout ce qui précède, on se concentrera ici uniquement sur les mesures correctives consistant en des cessions, celles similaires devant leur être associées et être également prise en compte dans le cadre de la présente étude. On renoncera en revanche à traiter des autres engagements, dès lors que certaines parties de ceux-ci doivent être écartés du contrôle qui nous intéresse, et que les autres ne peuvent faire office que d'exceptions, au vu des constats établis au chapitre précédent. Ainsi, on prendra successivement les divers types d'effets non coordonnés recensés et présentés dans le cadre de notre analyse antérieure et visera à se déterminer sur la capacité d'une cession à annihiler les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration engendrant chacun de ceux-ci.

D'entrée, on surseoira à reprendre ici l'analyse des parts de marché importantes, car celles-ci, comme déjà démontré à titre préalable, constituent l'exemple même des distorsions concurrentielles pouvant être corrigées. En effet, il ne ferait ici que peu de sens de procéder à une étude plus étendue de ces dernières, leur capacité à se voir corrigées par un engagement du type d'une cession étant largement établi. Il s'agit dès lors de se concentrer en premier lieu sur les opérations menant à la disparition de concurrents particulièrement proches. On rappelle en ce sens le principal problème concurrentiel engendré par celles-ci, en ce qu'un rapport de concurrence particulier entre les parties à l'opération se voit annihilé. Il faut néanmoins immédiatement saisir qu'un engagement structurel prenant la forme d'une cession peut tout à fait corres-

pondre à une mesure adéquate à en endiguer les effets. Il suffirait effectivement en ce sens que l'activité spécifique faisant l'objet d'une concurrence importante se voit transférée à un autre concurrent, lequel devrait évidemment avoir la capacité de porter la même pression à la nouvelle entité. On relève au surplus que les mêmes constats peuvent être pris, tant relativement aux concentrations engendrant un manque de possibilités de changer de fournisseur, que pour les concurrents potentiels ou même les opérations créant ou renforçant le pouvoir d'achat sur un marché en amont. En effet, la cession pourra permettre de compenser les divers effets de ces opérations, en ce qu'elle permettra de rétablir un nouveau concurrent, offrant de fait un nouveau fournisseur sur le marché, un concurrentiel potentiel exerçant le même rôle que celui concentré, et pourra également être enclin à permettre de contrer la nouvelle puissance en amont. Ces divers scénarii dépendront tous des cas d'espèce particuliers, mais doivent être vues comme largement réalisables. On comprend ainsi la logique inhérente à la cession comme propre à permettre le transfert d'une activité, et de ce fait apte à compenser ces divers effets unilatéraux, lesquels tiennent en substance de la disparition d'une pression concurrentielle particulière sur le marché.

Il s'agit ensuite de brièvement analyser les opérations permettant à l'entreprise concentrée de freiner l'expansion des concurrents, ainsi que celles bloquant les possibilités d'expansion de la production et allouant une augmentation du prix. En effet, ces deux types d'effets non coordonnés doivent suivre un autre schéma, en ce que ce sont les mesures correctives comportementales de type structurel qui seront les mieux à même de les contrer. En effet et relativement aux premières citées, leur origine tient globalement dans l'intégration verticale d'infrastructures essentielles, tout comme dans la détention de droits de propriété intellectuelle. Les cessions de ces droits ou les autorisations d'accès aux infrastructures seront dès lors parfaitement à même de répondre aux inquiétudes de l'autorité. Quant aux secondes, elles relèvent uniquement d'une impossibilité d'étendre la production. Force est toutefois de constater que dite impossibilité découle, elle aussi pour la majorité des cas, de l'absence d'accès aux infrastructures adaptées ou aux biens de propriété intellectuelle permettant d'étendre l'ampleur de la quantité produite. Bien qu'il faille réserver les exceptions dans lesquelles la capacité n'est tout bonnement pas disponible, il sied de constater les engagements tendant à une cession comme apte, encore une fois, à régler les effets anticoncurrentiels déclenchés dans ces situations spécifiques. On perçoit dans ce cadre la capacité spécifique de ces engagements particuliers à résoudre les problèmes de concurrence déclenchés par des effets non coordonnés de ce genre, lesquels amènent des empêchements à l'accès aux éléments clés du marché.

Reste finalement en balance la seule suppression d'un important moteur de la concurrence, effet non coordonné très spécifique dans sa nature et dont la compensation semble, elle aussi, soumise à des règles particulières. Il s'agira ici d'observer si, dans les faits, un engagement du type d'une cession peut être à même de reconstituer un acteur, similaire à celui concentré, qui serait suffisamment disruptif dans son comportement sur le marché, pour permettre de compenser la perte de pression concurrentielle. La reconstitution même de l'entité au marché par une cession ne pose aucun problème, en ce que ses parts de marché sont moindres et seraient ainsi très facilement transférables. Le principal écueil en l'espèce repose bien plus sur la constitution du caractère favorable à la concurrence de cet acteur, poussant ses autres concurrents à favoriser les consommateurs, par le biais de manœuvres innovantes pour le marché. Dès lors c'est bien la question du transfert du caractère disruptif de l'entité qui devra être posée ici. À la lecture de décisions, on observe que tant dans *Pfizer/Hospira*⁷⁰¹ que *Dow/DuPont*⁷⁰², des opérations engendrant de tels effets avaient été autorisées dès lors qu'elles permettaient la poursuite de la recherche, du développement et de l'innovation sur les marchés concernés. Il faut considérer ces décisions comme judicieuses et bien fondées, car ce sont justement ces éléments qui constituent le caractère pro-concurrentiel de ce type d'entités au marché, et que ceux-ci se verraient justement maintenus. Dès lors que l'on ne peut qu'approuver la logique appliquée par l'autorité dans ces cas concrets, il sied de constater que les engagements de type structurels peuvent également être aptes à combler les retombées anticoncurrentielles découlant de la disparition d'un important moteur de la concurrence. Néanmoins, force est de constater que la condition *sine qua non* du transfert de technologie innovante, laquelle permet le caractère disruptif de l'entité disparue, devra également être transféré. On précise enfin que l'annihilation des effets anticoncurrentiels semble certes possible, mais qu'elle sera atteinte par un moyen autre, menant, en finalité, à la disparition de l'acteur disruptif. Peu importe néanmoins, dès lors que les retombées anticoncurrentielles se voient annihilées et que, comme déjà exposé, les correctifs à une opération de concentration n'ont pas pour but de rétablir une concurrence, en tous points égale à celle précédemment connue, mais simplement d'une intensité et d'une ampleur similaires.

En définitive, il sied de constater que des engagements du type d'une cession ou équivalents à une telle opération seront susceptibles de couvrir l'entier des types d'effets non coordonnés aujourd'hui recensés, que la concurrence

701 COMP/M.7559 – *Pfizer/Hospira*, du 4 août 2015.

702 M.7932 – *Dow/Dupont*, du 27 mars 2017.

se voie rétablie de façon totalement identique ou non. Dès lors, ce seront principalement les cas d'espèce, ainsi que les caractéristiques propres à chaque cas qui détermineront la propension dans laquelle une mesure correctrice semble adaptée aux attentes de la Commission. Il s'agira, à proprement parler, de rétablir la pression concurrentielle disparue des suites de l'opération, aux fins de retrouver une situation, à tout le moins similaire, sous l'angle de la concurrence, à celle précédemment connue. On relève que le type d'effets au contentieux induira diverses conditions, mais influera également sur le type de cession attendu de la part des entités, celles-ci ne contrebalançant pas toutes les effets anticoncurrentiels de la même manière. Il s'agira ainsi une fois encore d'un travail de mise en pratique et de pondération, dès lors que ces engagements semblent répondre aux critères des effets qui nous intéressent.

5.2.4.4. Nouveau critère d'appréciation

Dès lors que l'impact effectif des engagements relativement aux effets non coordonnés spécifiques a été démontré, il s'agit à présent d'apprécier les nouveaux critères à l'appréciation de ceux-ci. Il convient en ce sens, à titre liminaire, de rappeler les constats faits de manière préalable en matière de gains d'efficacité, en ce que nous avons décrété que ceux-ci étaient impropres, seuls, à compenser l'entier des effets non-coordonnés découlant d'une opération de concentration. Dès lors, c'est une nouvelle approche que nous désirons proposer ici, n'impliquant plus la prise en compte des gains d'efficacité et des engagements de manière séparée, mais réunissant ces deux outils. Certes, au vu des conclusions prises en amont, les engagements semblent toujours propres à annihiler les effets non coordonnés d'une opération sans l'aide d'éléments ajoutés. En effet, cela semble logique car ceux-ci pourront prendre des formes très larges et permettre des cessions, aptes par leur ampleur à corriger l'entier des impacts négatifs de l'opération. Néanmoins, on a apporté la preuve que certains types d'engagements étaient impropres à compenser à eux seuls les effets anticoncurrentiels d'une opération de ce type. De même, dans certaines circonstances, les cessions pourraient s'avérer insuffisantes à atteindre un tel résultat, sans appui supplémentaire. Il conviendra dès lors de se poser, en tout premier lieu, la question de la mise en place de cette nouvelle appréciation, dans le cadre de l'analyse de la Commission et de son appréciation des opérations. On visera ainsi à chercher à établir de nouvelles règles, permettant la prise en compte commune tant des efficiences que des engagements, propres à déterminer si une opération de concentration se voit contrebalancée par l'addition de ceux-ci. Il conviendra en ce sens de chercher à amener un outil permettant à l'autorité une analyse plus précise, tenant compte de l'entier des circonstances cumulées et allouant une étude sérieuse et respectueuse des

particularités d'espèce. Dans une deuxième étape, on passera à une analyse concrète des influences réciproques de ces divers éléments les uns par rapport aux autres, et de leurs incidences concrètes. Il sera ici cherché à établir en quoi les diverses efficiences seront à même d'impacter sur les engagements pouvant être attendus de l'autorité. Dès lors que les premiers ne seront pas suffisants seuls, ils auront au moins pour fonction d'alléger les seconds, mais il s'agira encore d'établir dans quelle propension et de quelle manière ils seront à même de le faire. Enfin, il y aura lieu de tirer une conclusion d'ordre général relative à cette refonte de l'analyse de la Commission à ses implications. En effet, on cherchera à tirer les conséquences globales de cette restructuration et on déterminera en quoi le système nouveau et repensé paraît, de manière générale, plus à même d'apprécier les compensations effectives apportées aux marchés par ces différents outils, que ne l'est celui actuellement en place. On visera dans ce cadre à déterminer les apports de notre proposition légale et des développements apportés par elle, souhaitables à futur dans le cadre du développement du droit.

a. Nouvelle appréciation combinée aux gains d'efficacité

Dans le cadre de l'élaboration d'une nouvelle méthode d'appréciation des concentrations, il convient premièrement de brièvement remettre en avant la pratique actuelle de la Commission relative aux efficiences et aux engagements. Tandis que les gains d'efficacité potentiels doivent être évalués dans le cadre de l'appréciation de l'impact prévisible de l'opération sur les marchés en cause⁷⁰³, soit dans la première appréciation d'une concentration soumise à elle, les engagements sont, quant à eux, soumis à un contrôle postérieur, les parties notifiantes pouvant, au cours des deux phases de la procédure, proposer de modifier l'opération de concentration pour remédier aux effets anti-concurrentiels qu'elle présente au sens de la première appréciation de l'autorité⁷⁰⁴. On repère ainsi un premier écueil de taille propre à mettre en commun ces deux outils, lesquels ne tiennent pas de la même phase de la procédure. Il s'agit ainsi de se questionner, en amont de la mise en œuvre de toute hypothèse, sur une solution permettant de réunir l'appréciation de ces deux éléments. En ce sens, on peut d'emblée noter qu'il paraîtrait totalement inopportun d'écarter le contrôle des efficiences dans le cadre de la première appréciation de la Commission. *A fortiori*, cela n'aurait aucun sens et au surplus aucune justification, que de venir proposer des engagements, tandis que la première soumission n'a pas encore été décrétée incompatible avec le marché commun.

703 Lignes directrices, c.12

704 FRENEAUX, p 44.

En effet, on ne pourrait attendre des parties d'envisager par avance l'incompatibilité de leur opération avec le marché commun. Dès lors, la solution apparaît selon nous par l'examen constant des gains d'efficacité dans le cadre du contrôle général de l'opération, comme c'est le cas actuellement. Ainsi, ceux-ci s'avèreront certes toujours insuffisants à compenser les effets anticoncurrentiels, seuls, mais l'appréciation de leur impact pourra être retenue pour une éventuelle appréciation future d'engagements. Il s'agira dès lors d'employer les constats faits à titre préalable, aux fins de jauger de l'étendue des éventuels gains d'efficacité attendus des parties. Cela permettra de déterminer l'impact des efficiences par avance, puis de mettre celui-ci en pratique dans une phase postérieure. Une telle solution aura également l'avantage de ne pas renverser le système actuellement en place. On pense ainsi proposer un système permettant d'allier ces deux éléments réparateurs, prenant en compte leurs caractéristiques respectives, et allouant une meilleure appréciation globale de l'opération, tout en maintenant la procédure connue aujourd'hui. On relève que cette solution n'a toutefois pas l'avantage de l'économie de procédure, car l'incapacité des efficiences à protéger des effets anticoncurrentiels unilatéraux aurait pu permettre une réduction de la durée de celle-ci, par la suppression de la phase relative à leur étude. Toutefois, un tel allègement semble impossible, dès lors que cette analyse paraît toujours essentielle dans le cadre de l'appréciation de la Commission. Néanmoins et *a contrario*, elle a le grand avantage de ne pas non plus entraver le rôle de l'autorité de manière supplémentaire, ce qui peut déjà être perçu comme un facteur positif dans le cadre de procédures d'une telle envergure. En définitive, la restructuration proposée n'implique pas de changements fondamentaux dans la procédure de la Commission, mais bien une méthodologie différente et une pondération spécifique des constats établis. En lieu et place d'employer les efficiences à des fins de compensation des effets non coordonnés, ceux-ci serviront à atténuer les éventuels engagements nécessaires à la mise en conformité de l'opération. Ainsi, il toujours aux parties d'alléguer les efficiences, comme il incombera à l'autorité de les analyser, les acteurs supportant en finalité tous un fardeau de la preuve similaire à celui connu par eux dans le cadre de la procédure actuelle. Les règles préalablement mises en avant relativement aux efficiences sont dès lors d'autant plus applicables, celles-ci ne tendant toutefois pas à la mise en conformité de l'opération avec le marché commun, mais bien à la simple réduction de l'impact anticoncurrentiel généré par l'opération de concentration. C'est justement dit impact, qui dans une phase postérieure, permettra d'évaluer la diminution des engagements attendus de la part des entités à l'opération, aux fins de rendre l'opération conforme au marché et au droit de la concurrence.

On saisit en finalité, par cette manœuvre, un réel redimensionnement du rôle des gains d'efficacité, lesquels seront désormais bien plus un élément de l'appréciation de l'opération globale qu'ils ne constitueront un outil permettant de mettre en conformité une opération, cela ne valant qu'en matière d'effets non coordonnés évidemment et impliquant une dissociation d'avec les effets coordonnés. Dès lors cette règle d'ordre technique établie, il convient de se pencher plus en détail sur l'élaboration de principes permettant la mise en commun de ces facteurs. En effet, ceux-ci se trouvent différents par nature et il conviendra d'examiner en quoi ils se recoupent aux fins de pouvoir les associer. En l'espèce on saisit que les engagements ont pour objet d'abandonner, sur une base volontaire, une prérogative anticoncurrentielle qui apparaîtrait des suites de l'opération, aux fins de rendre cette dernière conforme aux exigences de l'autorité. Quant aux efficacités, elles correspondent, de manière vulgaire, à l'ensemble des retombées positives de l'opération, permettant de contrer l'impact négatif de celle-ci, et ainsi de la rendre compatible avec les attentes de l'autorité, dans le cadre du marché commun. C'est dès lors bien une finalité commune qui doit être observée relativement à ces éléments, tendant tous deux à ce que les effets anticoncurrentiels d'une opération se voient annihilés à suffisance pour rendre l'opération au contentieux conforme avec les principes de concurrence qui fondent le contrôle des concentrations. Ainsi, on peut poser l'hypothèse d'une nouvelle approche, au centre de laquelle, l'impact cumulé des gains d'efficacité et des engagements devrait être à même de contrer l'ensemble des effets anticoncurrentiels de l'opération. En matière d'effets non coordonnés, cela permettrait dès lors de ne plus se concentrer sur les simples efficacités et la question de leur capacité à contrer les prérogatives anticoncurrentielles de l'opération, mais bien de pouvoir considérer celles-ci de manière concrète et adaptée à leurs conséquences économiques effectives. On réalisera ainsi une évaluation globale, laquelle reflétera bien mieux le réel impact des efficacités sur le marché. Il sied évidemment de préciser qu'une telle approche ne peut prévaloir qu'en matière d'effets unilatéraux, dès lors que les gains d'efficacité doivent être vus comme inefficaces seuls dans ce domaine uniquement. Il conviendra dès lors de viser une nouvelle méthodologie dans le cadre de l'analyse des efficacités de l'autorité, laquelle ne devra plus tendre à déterminer si celles-ci comblent les effets non coordonnés engendrés par l'opération, mais bien si, combinés aux éventuels engagements proposés, ils sont à même de le faire. En d'autres termes, il reviendra aux efficacités alléguées et aux engagements proposés, ensemble, de compenser l'entier des effets non coordonnés déclenchés sur le marché, aux fins de permettre l'autorisation d'une opération de concentration litigieuse.

En prenant le problème sous un autre angle, on constate qu'une telle approche permettrait aux efficacités, dans les cas menant à une autorisation

immédiate, de toujours prendre part à la pondération générale de l'opération, ne réduisant ainsi pas leur fonction, même en l'absence de problèmes concurrentiels. D'autre part et si un doute venait à être émis par l'autorité, les gains d'efficacité joueraient dès lors un rôle pondérateur, permettant de faire varier les engagements attendus proportionnellement à leur impact effectif sur le marché et réduisant ceux-ci d'autant. Ainsi, en définitive, la nouvelle approche n'a pas pour vocation de modifier l'entier du rôle joué par ces éléments correcteurs, mais bien de les adapter à la réalité économique des opérations de concentrations desquelles découlent des effets non coordonnés. On constate que ce sont bien les inefficiences qui posent principalement problème aujourd'hui, mais que leur adaptation passe par une mise en conformité des engagements, lesquels semblent leur être directement liés. Ainsi, par une application de cette nouvelle méthodologie, l'on pourrait maintenir l'emploi des éléments aujourd'hui connus, mais aussi faire ressortir la réelle incidence des inefficiences, dans le cadre du contrôle de la Commission.

b. Influence réciproque sur et d'avec les gains d'efficacité

Dès lors établi le principe nouveau de leur appréciation commune, il convient de se pencher plus en détail sur ces éléments réparateurs eux-mêmes et sur leur propension à venir jouer un rôle réciproque l'un par rapport à l'autre. Il s'agira ainsi ci-après de mettre en avant les divers types d'inefficiences et d'engagements retenus, dans le cadre de nos analyses précédentes, comme ayant effectivement un impact en matière d'effets non coordonnés et de les analyser brièvement. À cette fin, il conviendra d'apprécier l'impact possible des uns sur les autres, mais également d'éventuellement exclure une quelconque influence de certains vis-à-vis d'autres. À titre liminaire, on rappelle les conclusions déjà prises en amont, en ce que l'on se concentrera ici uniquement sur les gains d'efficacité découlant d'économies de coûts variables, ou tendant à l'amélioration de la qualité. De même, il ne sera procédé à une étude que des engagements correspondants à des cessions, à tout le moins dans leur finalité, les autres pouvant être écartés du cadre de notre étude. L'analyse qui va suivre tendra dès lors en réalité à analyser, dans quelle mesure, les différents types d'inefficiences retenus comme utiles en matière d'effets unilatéraux peuvent être en mesure de réduire la nécessité de cessions décrétée par l'autorité, aux fins d'annihiler dits effets, survenus des suites de l'opération. En effet, dès lors que les engagements comportementaux ne semblent faire office que d'exception et que l'élimination de liens structurels doit se voir exclue du cadre des effets non coordonnés, c'est bien l'unique élément qui nous intéressera en l'espèce. Toutefois, on analysera ainsi ci-dessous dans quelle mesure les diverses inefficiences ayant un réel impact en matière d'effets non coordonnés joueront

un rôle sur les engagements du type d'une cession, et dans quelle propension ils seront à même de réduire les effets pro-concurrentiels attendus des entités.

Dans le cadre de notre analyse, il conviendra néanmoins de faire une distinction fondamentale entre les gains d'efficacité découlant de la réduction de coûts et les efficacités qualitatives. En effet, comme observé en amont, les premiers joueront un rôle moins important que les secondes, dès lors que ceux-ci ne sont pas aptes à contrer et impacter les effets non coordonnés engendrant des pertes relatives à la technologie et à l'innovation sur le marché. En effet, leur structure ne permet pas de compenser, même partiellement, des effets anticoncurrentiels de ce type à moyen et long terme. Il conviendra néanmoins de porter une attention toute particulière à ceux-ci également, dès lors qu'ils peuvent jouer un rôle important dans le cadre des autres effets non coordonnés qui n'impactent pas l'innovation, mais également et surtout, que leur influence peut se révéler essentielle, en addition de celle d'efficacités de type qualitatif, lesquelles peuvent être bonifiées et amplifiées par de tels gains d'efficacité. On passera ainsi en revue ci-après les diverses efficacités recensées et mettra en avant leur impact potentiel sur les cessions attendues à titre d'engagements de la part des entités à l'opération.

i. Economies de coûts

On traitera en tout premier lieu des diverses réductions de coûts pouvant impacter les effets anticoncurrentiels de l'opération. On précise d'emblée que l'on ne traitera ici que des efficacités se reportant réellement sur le consommateur, relativement aux constats faits précédemment, écartant directement les efficacités impropres à être retenues dans ce cadre. On relève ainsi que les réductions de coûts en question permettront diverses retombées selon leur nature respective, à l'avantage de la concurrence sur le marché. En ce sens, elles pourront par exemple allouer une meilleure efficacité de la nouvelle entité, tant dans sa production que dans l'allocation de ses ressources, offrant la possibilité à celle-ci de réduire le prix de vente des biens offerts. Elles pourront également améliorer la qualité du produit offert, permettre l'élargissement de la gamme proposée ou encore augmenter la quantité offerte. On saisit que c'est dès lors cet impact positif, permettant un avantage pro-concurrentiel et apporté par l'opération, qui devra être déduit des engagements attendus des parties. On relève néanmoins que cet impact peut s'avérer très varié et être de natures très différentes relativement aux circonstances d'espèce concrètes. Il paraît dès lors délicat de viser à établir une règle générale et abstraite, mais il s'agira toutefois de tirer des présomptions relatives aux divers types d'économies recensées et de chercher à poser certains principes directeurs relativement à chaque type de gains d'efficacité.

On abordera ainsi les impacts potentiels sur le marché des diverses économies de coûts. Pour ce qui a tout d'abord trait à la mise au point de nouvelles techniques et méthodes de fabrication, celle-ci permettra tant une diminution du prix de production qu'une amélioration de la qualité. Le même constat peut être fait relativement aux synergies découlant de l'intégration d'actifs existants⁷⁰⁵. Les économies d'échelle quant à elles permettront une pure diminution des coûts, tandis que les économies de gamme alloueront, certes, d'obtenir une réduction des dépenses liées à la production, mais également un élargissement des produits offerts. Finalement, les opérations permettant une meilleure planification ou rationalisation de la production seront quant à elles propres à réduire les coûts. On observe ainsi que les efficiences susmentionnées pourront mener à divers résultats, un élément commun se dégageant toutefois en ce que la réduction des coûts de production semble être commune à l'ensemble des effets susmentionnés. C'est dès lors dans l'intensité des diverses retombées positives que l'on pourra estimer l'ampleur de la réduction des engagements attendus des parties. Il s'agira ainsi d'évaluer l'étendue des divers effets susmentionnés et d'estimer, au cas par cas, dans quelle mesure ils réduisent l'impact anticoncurrentiel de l'opération. Une fois encore, l'établissement d'une règle d'ordre général semble impossible tant les cas paraissent nombreux, variés dans leur construction, et qu'une clause de ce type serait inopportune et inapte à couvrir l'entier des circonstances pouvant se concrétiser. Il peut néanmoins être tenu pour établi que chacun d'entre eux doit être vu comme apte à réduire, partiellement, ledit impact, et ainsi à amoindrir le niveau de la cession attendue, dans le cadre d'effets non coordonnés n'impactant pas sur l'innovation, à tout le moins.

À titre d'exemple, on prendra le cas type d'une opération menant à ce que la nouvelle entité détienne d'importantes parts de marché. La cession attendue tiendra dans ce genre d'opérations au transfert de parts à un concurrent nouveau ou préétabli. Néanmoins, ladite cession se verra pondérée si une importante réduction du prix sur le marché apparaît des suites de l'opération. En effet, dans une telle constellation, la redistribution des parts nécessaires à maintenir le prix préalable à la concentration, et ainsi le niveau de concurrence sur le marché, se verra notamment amoindri. En revanche, dans l'hypothèse d'une opération supprimant un important moteur de la concurrence, la réduction des coûts aura certes un impact positif sur le marché, mais ne semblera que très relativement apte à rétablir la concurrence qui émanait de l'acteur disruptif sur le marché, le prix n'étant de loin pas le seul critère à considérer dans une telle

705 Lignes directrices 81 par 3, c. 65.

constellation. On conclut donc à ce que les réductions d'engagements attendues varieront au cas par cas en fonction de l'impact effectif des économies de coûts engendrées par l'opération. Il s'agira donc d'étudier les constellations d'espèce une à une, sans qu'il ne soit possible d'établir de règles générales et abstraites. On relève en revanche que ces dernières ne joueront toutefois qu'un rôle secondaire relativement aux effets non coordonnés menant à des pertes concurrentielles liées à la technologie et à l'innovation, lesquelles seront bien plus propres à être rendues possibles par le biais d'efficacités qualitatives. On perçoit, relativement aux constats faits ci-dessus, tout le délicat travail à réaliser par la Commission dans le cadre de son contrôle, qui doit s'adapter de manière permanente dans la pondération des divers effets et ne peut se reposer sur des éléments d'ordre général. On rappellera encore le moment du contrôle, devant être effectué *ex ante*, et intensifiant encore cette tâche. On comprend en ce sens une nécessité de la refonte du droit, propre à simplifier la tâche de celle-ci, mais surtout à même de permettre un développement de la pratique décisionnelle, qui permettra à l'autorité de s'appuyer sur une base de contrôle.

ii. Gains d'efficacité qualitatifs

Il convient désormais, dans une seconde étape, de traiter des efficacités qualitatives, lesquelles pourront jouer un rôle important relativement à l'entier des types d'effets non coordonnés pouvant découler de l'opération. En effet, il paraît certain que ceux-ci également seront aptes à amoindrir les cessions attendues de la part des parties à l'opération, mais également qu'elles pourront le faire relativement à l'entier des effets unilatéraux pouvant être recensés. Ainsi, les constats établis relativement aux réductions de coûts peuvent être réitérés, en ce que l'impact effectif de l'efficacité en question devra être déduit des effets non coordonnés recensés, aux fins de déterminer l'engagement nécessaire à corriger l'opération et à la rendre conforme au marché commun.

À ce titre, il s'agira ici encore de distinguer les divers impacts potentiels pouvant découler de ce type d'efficacités. Cela sera néanmoins assez bref, car, comme déjà exposé, ces gains d'efficacité pourront être à même de réduire partiellement différents types d'effets anticoncurrentiels, leur impact effectif pouvant se révéler très varié. Il s'agira néanmoins de mettre en avant les effets principaux que ceux-ci peuvent entraîner, en ce qu'ils favorisent le progrès technologique et technique. En effet, ces éléments jouent un rôle essentiel, permettant l'apparition, soit de nouveaux produits, soit de produits améliorés sur le marché. En effet, par la réunion des actifs de diverses entités, on peut notamment imaginer la diffusion plus rapide d'une nouvelle technologie dans la Communauté, une mise sur le marché de nouveaux produits, de produits améliorés, ou encore l'utilisation de nouvelles techniques de production entraînant

des améliorations qualitatives⁷⁰⁶. On comprend dès lors un progrès apte à partiellement contrer les incidences négatives des effets non coordonnés. À titre d'exemple, on prendra le cas d'une concentration contraignant les consommateurs dans leur capacité à changer de fournisseur. Un développement technologique de la sorte ne permettra certes pas de combler, seule, l'entier du problème recensé, mais pourrait permettre le développement d'une technologie nouvelle qui faciliterait l'entrée d'un concurrent et ainsi d'un fournisseur alternatif pour les consommateurs. Dès lors, une telle constellation permettrait de réduire d'autant la cession attendue de la part des parties, la création d'un nouveau fournisseur se voyant simplifiée, et les engagements diminués en proportion équivalente.

En définitive, tout en gardant en vue que même ce genre d'efficacités est inapte, seul, à compenser les effets non coordonnés d'une opération, il faut saisir qu'il peut être à même d'impacter concrètement sur l'étendue des engagements attendus de l'autorité. Il s'agira de particulièrement les prendre en compte dans le cadre de l'appréciation de l'opération au contentieux, dès lors que ceux-ci pourront avoir un impact tant sur le coût de production, une nouvelle technologie pouvant susceptiblement réduire ce dernier, que sur l'innovation et la technologie dans le domaine concerné. Une fois encore, il s'agira pour la Commission d'apprécier les cas d'espèce aux fins de jauger de l'étendue des impacts amenés par ces efficacités. Néanmoins, on perçoit ici le caractère prépondérant et marqué de ce type de gains d'efficacité, pouvant réellement jouer un rôle clé dans la détermination des engagements nécessaires à rendre l'opération compatible au marché commun.

c. Conclusion

En définitive, on retient un nouveau rôle des outils réparateurs que sont les engagements et les gains d'efficacité, lesquels devront être vus comme capables, en commun, d'annihiler les effets anticoncurrentiels d'une opération menant à la survenance d'effets non coordonnés. Ce sont dès lors les seconds qui joueront un rôle sur les premiers, réduisant l'intensité requise de ces derniers, proportionnellement aux effets pro-concurrentiels qu'ils apporteront sur le marché. Il s'agira donc d'étudier au regard de chaque situation d'espèce les incidences concrètes des efficacités recensées, afin de déterminer dans quelle mesure celles-ci réduisent la nécessité d'engagements, attendus de l'autorité dans le cadre de la mise en conformité d'une opération de concentration. On ne peut en l'espèce malheureusement pas tendre à l'élaboration d'une clause générale dans ce cadre, tant les circonstances concrètes de chaque cas varient

706 Lignes directrices 81 par 3, c. 71; BONNET, p. 582.

et rendent cet exercice impossible. Néanmoins, on doit tenir les constats tirés ci-dessus pour établis, et à futur fonder nos espoirs sur le développement de la pratique décisionnelle, lequel permettra de mieux saisir les impacts concrets de chaque type d'efficiences, relativement aux engagements nécessaires et au contexte au contentieux. Malgré le souhait d'une modification et d'une adaptation immédiate, il faudra ainsi s'armer de patience et laisser à ce pan du droit de la concurrence le temps de se développer par la casuistique, l'entier de ses lacunes ne pouvant être comblé, en l'absence d'une pratique établie.

5.2.4.5. Conséquences de l'affaiblissement et futur relativement aux effets non coordonnés

On doit finalement passer à l'analyse du rôle à futur des engagements. L'aspect fondamental de ceux-ci a d'ores et déjà été évoqué en amont et leur impact, toujours grandissant, dans le cadre du contrôle des concentrations doit être constaté. Néanmoins aujourd'hui, la décision rendue par le Tribunal dans le cadre de la cause *CK Telecoms* semble marquer un tournant, lequel, s'il ne se voit pas corrigé, pourrait sonner le glas de la pratique connue actuellement en matière d'engagements et permettant une résolution majoritairement amiable des dissensions que rencontrent Commission et parties à une opération de concentration. Il n'y aura ici pas lieu de revenir en détail sur les constats déjà établis en amont, relatifs aux conséquences des nouvelles appréciations de l'autorité de recours sur les engagements. On retiendra en substance que les nouvelles considérations de l'autorité dans le cadre du fardeau de la preuve et des gains d'efficacité impliquent de nouvelles difficultés pour la Commission dans l'établissement de l'existence d'effets non coordonnés sur un marché. Ainsi, c'est l'entier du système d'engagements qui se voit compromis, dès lors que l'autorité de la concurrence se voit affaiblie dans sa position, son poids en matière de transactions relatives à des engagements se voyant réduit d'autant. En effet, moins la position de la Commission sera vue comme forte, moins les parties seront enclin à se conformer à ses exigences ou à entrer dans une phase de négociation. Il conviendra donc désormais de lister les conséquences pouvant découler de la pérennisation d'une telle pratique, impliquant implicitement la disparition du système connu aujourd'hui, lequel permet d'éviter, de manière quasi systématique, le recours à l'interdiction d'une opération. On émettra donc, dans l'analyse qui va suivre, l'hypothèse d'une perpétuation, à futur, de la pratique proposée par le Tribunal, et ainsi de l'affaiblissement des engagements. On visera ainsi à évaluer les conséquences pour le contrôle des concentrations, à futur, d'une disparition de la pratique actuelle, relative à ceux-ci, laquelle nous permettra d'appuyer encore plus concrètement les constats mis en exergue en amont, relatifs au caractère inadéquat des nouvelles consi-

dérations de l'autorité de recours. En effet, ces dernières réduisent la puissance de la Commission et remettent ainsi en question l'entier du système consensuel, en place aujourd'hui.

On relève d'emblée que la disparition du système actuel coïnciderait avec la fin de ce que l'on peut aujourd'hui qualifier de résolution amiable des conflits en matière de concentration. En effet, les éléments nouvellement évoqués par le Tribunal viendraient instaurer une nouvelle dynamique, favorable aux parties, dès lors que ceux-ci vont très largement à l'avantage de ces dernières. Dès lors et relativement à ces nouveaux rapports, les parties à une opération se trouveraient en position préférentielle, ne se voyant ainsi aucunement obligées de négocier avec l'autorité. La finalité la plus désastreuse d'une telle pratique tiendra certes, à long terme, dans l'acceptation inconditionnelle de concentrations incompatibles avec le marché commun, mais emportera avec elle, dans une phase préalable, la disparition du système quasi consensuel aujourd'hui en place, lequel permet le maintien d'un niveau de concurrence approprié, tout en rendant possible la réalisation d'opérations de concentration. Ainsi, on comprend la disparition d'un système qui semble aujourd'hui convenir tant aux entités parties qu'à l'autorité, au vu du nombre extrêmement réduit d'opérations débouchant sur une interdiction pure et simple. C'est dès lors la question même du maintien des marchés touchés, à un juste niveau de concurrence, qui se posera. En effet, la pratique actuelle permet un contrôle par le biais de l'autorité, laquelle, de par son impact, régule les opérations aux fins de les rendre compatibles avec la concurrence requise sur le marché. Indépendamment de la pratique qui viendrait à s'établir à futur, il y a lieu de constater que l'absence de cet élément régulateur consistera en un risque capital pour le niveau de concurrence sur les marchés. En effet, il faut l'analyser comme la perte d'une étape du contrôle réalisé par les diverses entités. Pis, il consiste aujourd'hui en la pierre angulaire du système, permettant le règlement de la quasi totalité des cas. C'est dès lors le mécanisme central du contrôle aujourd'hui connu qui disparaîtrait avec cette nouvelle pratique, emportant avec lui un lourd risque de problèmes de concurrence sur les marchés concernés. En effet, la nouvelle pratique pourrait ainsi tendre vers des constatations faussées, du type de celles exposées en précédenance dans le cadre de cette décision, et mener à de réelles distorsions concurrentielles. En définitive, on rappelle ici le caractère essentiel des engagements relativement à l'entier du système, lesquels constituent le cœur de celui-ci et permettent sa régulation naturelle. Une modification de celui-ci à l'avenir consisterait dès lors en un douteux pari vers l'inconnue, d'autant plus insensé que ce dernier tendrait à la modification d'un système semblant aujourd'hui en parfait état de marche, propre à satisfaire les parties à l'opération comme l'autorité de contrôle, et ayant d'ores et déjà fait ses preuves.

On relève ensuite que par la disparition, respectivement l'amointrissement significatif des engagements, c'est l'entier du caractère consensuel de la pratique des autorités qui s'évaporerait. Ainsi, la voie du conflit permanent se verrait ouverte pour le futur. On saisit ainsi la nécessité du contrôle juridictionnel accru qui apparaîtrait dans de telles circonstances, lequel mènerait à des solutions juridiques qui ne peuvent être aujourd'hui anticipées, mais qui, dans tous les cas, comporteraient un risque de dommage évident par rapport au système actuellement en place. En effet, les solutions qui viendraient à être adoptées impliqueraient premièrement un risque quant à leur résultat même. De plus, et même si en finalité la nouvelle pratique venait à s'avérer adéquate, la mise en place de celle-ci nécessiterait le développement d'une casuistique constante, emportant avec elle une marge d'erreur conséquente et un délai d'adaptation conséquent, propre à engendrer des distorsions de concurrence à court et moyen termes. Une fois encore, l'adaptation du droit ne doit pas être vue comme un problème de manière générale et dès lors qu'elle est nécessaire, mais elle en devient un dès lors que le système en place semble plus adéquat que celui proposé pour l'avenir. On rajoute à cela que l'accroissement du contrôle juridictionnel emporte avec lui la fin de l'économie essentielle de procédure aujourd'hui réalisée par le biais des engagements. En effet, lorsque l'on observe la durée d'une procédure de contrôle portée par devant le Tribunal, on saisit le caractère encore plus essentiel de cet outil, permettant d'économiser un temps énorme, mais également des sommes faramineuses. À titre d'exemple, la décision du tribunal dans le cadre de *CK Telecoms* a été rendue près de 5 ans (28 mai 2020) après la notification préalable des parties auprès de la Commission (11 septembre 2015)⁷⁰⁷. On réalise dès lors qu'en plus de permettre une économie de coûts évidente, une opération réglée amiablement étant bien moins onéreuse, cet outil alloue une réalisation rapide des concentrations dans la mesure où elles se voient acceptées, permettant le bon fonctionnement du système en place, mais également sa survie, tant il serait inenvisageable de régler toutes les opérations notifiées à l'autorité de manière contentieuse. C'est dès lors l'efficacité de celui-ci dans son entier qui est remise en question par la mise en péril de la procédure d'engagements.

Afin d'être exhaustif et dans le sens inverse, il faut néanmoins reconnaître une composante positive à l'augmentation de la résolution contentieuse des conflits, en ce qu'une pratique concrètement déterminée pourra être établie et les questions posées au travers de l'entier de cet écrit, réglées par le biais de la casuistique, et à terme, par le droit écrit. C'est ici le seul avantage que l'on peut déceler, bien que celui doive être pondéré avec le risque important d'erreur

707 T-399/16 – *CK Telecoms UK Investments c. Commission*, du 28 mai 2020, c. 1.

dans l'établissement du droit, préalablement évoqué. On rajoute également que l'élaboration juridique évoquée, par le biais de décisions, pourrait également ne jamais voir le jour, relativement à la réaction à attendre de l'autorité. En effet, celle-ci pourrait, dès lors que les marchés oligopolistiques donnant lieu aux effets non coordonnés peuvent également d'engendrer des effets coordonnés, dévier le problème en détournant le réel impact découlant d'une opération. Ainsi, celles-ci pourraient abandonner l'emploi même des effets unilatéraux dans certaines circonstances, préférant employer les effets coordonnés, plus établis et plus simples à démontrer au vu des règles connues, même dans des cas où ceux-ci ne reflèteraient pas effectivement le cœur du problème anticoncurrentiel de l'opération. Dès lors, le seul avantage que l'on pourrait déceler d'une telle avancée du droit à futur doit être très largement pondéré, en ce que sa réalisation ne semble pas même certaine. Par surabondance et toujours sous l'angle d'une telle manipulation par l'autorité, c'est l'emploi même des effets non coordonnés qui se verrait réduit de manière notable et mis en péril. On doit certes prendre une telle possibilité comme étant uniquement théorique, toutefois en cas de trop importantes complications relativement à l'entrer en matière sur ce genre d'effets, de telles conséquences pourraient être à même d'effectivement se réaliser, faisant craindre un retour en arrière en matière de droit.

Finalement, ce sont les principes directeurs du droit de la concurrence eux-mêmes qui seront atteints par la pérennisation d'une nouvelle pratique de ce genre. On peut à titre liminaire mettre en avant la sécurité du droit, laquelle se verrait compromise de par l'inconnue créée. De même et comme déjà évoqué, ce sont l'économie de procédure et la garantie de l'obtention d'une décision dans un délai raisonnable qui se verraient touchées. De manière plus spécifique, on rappelle l'importance du principe de proportionnalité dans le cadre du contrôle de l'autorité. Par le biais de celui-ci, l'interdiction constitue actuellement une *ultima ratio*, ce qui ne pourra plus être le cas à futur si les parties à une opération venaient à avoir des considérations largement excessives. Enfin, l'interdiction et même un empêchement de longue durée avant autorisation d'une opération semblent contraires, sauf justifications, aux principes du libre marché et de la liberté économique. Néanmoins, dans de telles circonstances, il ne pourrait subsister d'autres alternatives pour l'autorité, confrontée à la véhémence nouvelle des parties et démunie de son arme principale pour atténuer celle-ci.

En définitive, on ne saurait suffisamment mettre en avant l'importance et le caractère essentiel des engagements dans le cadre du contrôle de la Commission, mais également dans la régulation de l'entier du système en place. La disparition ou l'amoindrissement significatif du rôle de ceux-ci reviendrait

aujourd'hui à amputer le droit de son caractère essentiel et à le compromettre pour le futur. On réalise ainsi que ce sont non seulement les principes généraux du contrôle des concentrations qui sont en jeu lorsque l'on traite des engagements, mais également la stabilité toute entière du système actuellement connu qui serait remis en cause. Aujourd'hui, les considérations nouvelles apportées par le Tribunal remettent en cause l'entier du système d'engagements, lequel se verrait notablement affaibli en cas de perpétuation de la pratique exposée par cette autorité. On ne peut ainsi qu'appuyer nos conclusions issues des chapitres précédents, tendant à l'inadéquation complète du nouveau système proposé. En effet, en plus de n'être en rien adapté aux éléments auxquels il se rapporte directement, celui-ci mènera à des conséquences indirectes tragiques, en ce qu'il compromettra l'entier des certitudes aujourd'hui acquises dans le cadre de la pratique de l'autorité. Il convient dès lors de rejeter avec d'autant plus de vigueur les conclusions du Tribunal dans le cadre de sa décision, celles-ci n'impactant pas uniquement la pratique relative au fardeau de la preuve et aux gains d'efficacité, mais également celle, largement établie, qui a trait à la mise en place consensuelle d'engagements entre les parties et l'autorité et permettant le respect des principes fondamentaux du droit de la concurrence.

5.2.4.6. Conclusion

À titre final dans le cadre de ce chapitre, il conviendra d'établir un bref résumé du droit souhaitable à futur en matière d'engagements dans le cadre du contrôle de la Commission. On relève d'emblée, qu'au contraire des apports proposés relativement au fardeau de la preuve et aux gains d'efficacité, c'est principalement le rôle clé des engagements qui a été prôné au long de cette partie de notre écrit. Ainsi, cette partie conclusive tendra bien plus à mettre en avant la nécessité du maintien du système, que l'urgence d'un changement. Au contraire même, c'est la modification aujourd'hui pendante qui doit nous inquiéter, laquelle pourrait remettre en doute l'entier du système en place.

Néanmoins, on constate tout de même la nécessité d'apporter certaines retouches au système, propres à le perfectionner plus qu'à en modifier la nature même, laquelle semble adaptée à ce secteur du droit de la concurrence. On relèvera ainsi d'entrée un fardeau de la preuve approprié et ne pouvant faire l'objet de remarques particulières, celui-ci devant néanmoins être adapté aux cas d'espèce, en ce que certains types d'engagements nécessiteront une preuve établie par avance, tandis que d'autres, impropres à une telle démonstration, devront être assurées par le biais de mesures de contrôle. Quant à la forme des engagements pouvant être allégués en matière d'effets non coordonnés, il conviendra de se concentrer sur ceux de type structurel prenant la forme d'une cession, ou déployant, à tout le moins, les mêmes effets sur le marché. En effet

et bien que les engagements comportementaux ne soient pas catégoriquement écartés de notre étude, l'application de ceux-ci en la matière semble tout de même plus que compromise. Dès lors que théoriquement toujours possible, celle-ci devra rester une possibilité, en particulier si un tel engagement venait à être cumulé avec d'autres éléments réparateurs. Quant à la suppression de liens entre les parties, elle devra pour sa part être purement et simplement écartée de notre analyse, malgré son caractère structurel, au vu de l'impossibilité de son application concrète en matière d'effets non coordonnés.

En ce qui touche ensuite à la prise en compte des engagements, c'est au travers de celle-ci que réside notre création légale la plus importante. En effet, il conviendrait aujourd'hui de procéder à un examen commun des efficiences déclenchées par l'opération et des engagements proposés dans l'hypothèse d'une opération initialement incompatible avec le marché commun. En effet, au vu des considérations précédentes relatives à l'incapacité des efficiences à contrer, seules, les effets non coordonnés d'une opération, cette solution semble être la plus adaptée à la prise en compte de toutes les caractéristiques spécifiques d'espèce. Ainsi, une pondération de ces éléments, laquelle correspondrait en définitive à une réduction des engagements attendus en fonction de l'impact effectif des gains d'efficacité, devra être réalisée. De cette manière, il sera alloué à la Commission la faculté de déterminer dans quelle mesure les éléments pro-concurrentiels découlant de l'opération amoindrissent les incombances attendues des parties, dans le cadre de propositions alternatives à leur opération initiale. Dès lors que cette solution permet la mise en contexte de chacun des effets engendrés par l'opération, elle permettra effectivement de réduire les cessions attendues et de les adapter, aux fins de rendre l'opération contentieuse conforme au marché commun. Ce n'est dès lors plus le contrebalancement des effets non coordonnés qui devra être attendu des efficiences, mais bien la compensation de celles-ci par le regroupement de gains d'efficacité et d'engagements proportionnés, ce qui permettra de faire refléter la réelle situation économique.

Il convient finalement de saisir le rôle fondamental joué par les engagements, lequel ne ressort pas suffisamment des textes légaux aujourd'hui. Ceux-ci impactent en effet l'entier du contrôle des concentrations et leur affaiblissement mènerait à de terribles retombées pour le droit. Au-delà de la fin d'un système de résolution amiable, c'est bien une inconnue juridique qui serait déclenchée par une telle disparition, menant à des conséquences pouvant s'avérer désastreuse pour l'ensemble de ce domaine du droit. Au surplus, un tel élément pourrait également mener à l'inapplication future de l'outil même que constituent les effets non coordonnés. Dès lors que l'effectivité de ceux-ci découle du Règlement de 2004, leur mise en marge correspondrait à un retour

en arrière, contraire à la volonté du législateur européen et à la logique même du contrôle des concentrations, lequel se trouve enrichi par ce type d'effets. On comprend ainsi que l'annihilation des effets non coordonnés correspondrait à une grave violation du Règlement de 2004, mais surtout, en pratique, à un retour effectif à l'application du droit connu avant celui-ci, tant son entrée en vigueur avait pour but de permettre la reconnaissance de tels effets.

Il convient ainsi une fois encore de rejeter l'ensemble des conclusions du Tribunal faites dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*. En effet, on saisit par l'étude des engagements que de telles modifications du système en place sont certes inappropriées dans un rapport de droit direct, violant les règles relatives au fardeau de la preuve et aux gains d'efficacité, mais également à même de venir mettre en question l'entier d'un système qui semble aujourd'hui fonctionner de manière effective, dès lors qu'il compromet le pilier caché du contrôle des concentrations : les engagements.

5.2.5. Conclusion de lege feranda

À titre conclusif et ensuite des propositions faites ci-avant relativement à un droit souhaitable à futur, on peut tirer divers constats propres à l'appréciation spécifique des effets non coordonnés dans le cadre du contrôle des concentrations.

En tout premier lieu, relativement au fardeau de la preuve, on retiendra l'établissement de critères fixes comme inappropriés à la genèse des effets non coordonnés. Ainsi, c'est bien plus des démonstrations propres à chaque type d'effet unilatéral qui devront être privilégiées. En ce sens, il sied de distinguer les effets ayant un impact sur le marché en général de ceux se répercutant sur les relations de concurrence spéciales entre les parties au marché, impliquant un contrôle différencié de la part de la Commission. En ce sens, on comprend que la seconde impliquera la détermination spécifique d'un rapport de concurrence particulier, avant de tirer la conclusion de son influence sur le marché en général, tandis que la première sera bien plus axée sur la réduction de concurrence globale sur le marché, faisant fi de la première étape. Dès lors cette dichotomie établie, on distingue, pour chacun des effets anticoncurrentiels analysés dans le cadre du présent écrit, divers éléments devant être amenés par l'autorité, propres aux caractéristiques spécifiques de chacun d'eux. On perçoit ainsi divers critères, dont la détermination sera plus ou moins aisée pour l'autorité, mais qui auront, à tout le moins, le mérite d'être définis avec précision. On peut ainsi estimer obtenir une sécurité du droit augmentée par le biais d'une telle méthodologie, assurant une bien plus vaste transparence pour les parties, leur allouant de pouvoir déterminer les réactions de l'autorité relativement à

leurs opérations. En ce sens, on retiendra l'allègement automatique et somme toute logique de certains critères devant être amenés, en ce que le simple fait de se trouver sur un marché en situation d'oligopole implique une concentration élevée et, ainsi, le risque d'effets contraires à la bonne marche de la concurrence. Au surplus, dite relativisation permettra également de contourner, dans certaines circonstances s'y prêtant, la nécessité du recours à des données chiffrées, lesquelles ne sont pas toujours à disposition de l'autorité. Enfin, relativement au principe de proportionnalité, on tire le constat de la simple démonstration d'effets non coordonnés comme suffisante à entraver la concurrence de manière significative, à l'exclusion d'une quelconque nécessité de démonstration relative à l'ampleur et à l'impact des effets en question.

On continuera en ajoutant que dès lors que les divers types d'effets non coordonnés sont, de par leur nature, très différents et peuvent largement varier, même au sein d'une catégorie d'effets, l'établissement d'une clause générale et abstraite est propre à couvrir l'entier des cas d'espèce susceptibles de se réaliser. De même, elle allouera à l'autorité la faculté de pouvoir distinguer de manière permanente le traitement des effets non coordonnés de celui de ses voisins, coordonnés, mais également de permettre une protection des parties à une opération, de par la transparence juridique offerte. Relativement à cette dernière, bien qu'incomplète au vu des notions indéterminées encore contenues dans la clause proposée, elle doit tout de même être vue comme une avancée, permettant un grand pas en avant, relativement à l'opacité connue précédemment. Au surplus, la part de notions abstraites encore présente doit être perçue comme la traduction de la marge d'appréciation laissée à la Commission, dans un domaine où l'interprétation doit garder une place importante, relativement à chaque situation d'espèce. Ainsi, de manière à anticiper les circonstances nouvelles propres à intervenir à futur, cette cautelle permettra une large adaptabilité, couvrant l'entier des éléments constitutifs de telles atteintes à la concurrence et créant une sphère juridique établie, clairement séparée de celle attribuable aux effets coordonnés. Enfin, et bien qu'un contrôle purement économique soit à exclure, les théories chiffrées auront leur rôle à jouer dans le cadre du contrôle, permettant à l'autorité d'alléger la tâche d'elle attendue, dans l'hypothèse, à l'évidence, de la disponibilité de telles données.

Relativement aux gains d'efficacité ensuite, on retiendra en particulier les critères propres à leur prise en compte effective. Il s'agira en tout premier lieu de saisir qu'ils ne seront effectivement viables que dès lors que propres à réellement compenser les pertes de pression découlant de l'opération. En ce sens, il conviendra, au vu de leurs caractéristiques, d'écarter les économies de coûts fixes du cadre de l'appréciation, celles-ci ne se reportant pas sur le consommateur, à l'inverse des économies de coûts variables. Dans une logique moins

marquée mais tout de même importante aux fins de notre analyse, on relève que les économies liées à la réduction des coûts se trouvent, de par leur nature même, moins propices à la compensation d'effets non coordonnés que celles dites qualitatives. Les premières devront tout au plus servir d'indice à l'atténuation, tandis que les secondes seront propres, à tout le moins, à réduire partiellement l'impact anticoncurrentiel déclenché par l'opération. Dans l'absolu, les réductions de coûts devront toutefois immédiatement être considérées comme impropres à compenser certains effets anticoncurrentiels, et ainsi être écartées dans certaines circonstances. Cela sera tout particulièrement le cas lorsque les effets anticoncurrentiels d'une opération se manifesteront par la perte d'innovation, de recherche et de développement sur le marché, éléments qui ne pourront se voir compensés par de simples avantages économiques. En définitive, c'est l'incitation exercée sur les parties à l'opération par le biais de telles économies qui sera déterminant, régissant leur volonté propre de faire bénéficier ou non le consommateur du gain réalisé.

Pour ce qui a trait à la compensation effective des effets non coordonnés par le biais d'efficacités, il y a lieu de tirer le lourd constat de l'incapacité de ces dernières à entièrement les annihiler. En effet, bien que susceptibles d'avoir un impact sur ceux-ci, on ne peut aujourd'hui considérer comme envisageable le fait que les gains d'efficacité puissent entièrement venir compenser les effets anticoncurrentiels unilatéraux déclenchés par une opération de concentration. Ainsi, on pose le bilan d'éléments, à tout le plus, susceptibles d'atténuer les effets néfastes de l'opération, tant leur palliation complète tiendrait de l'utopie. Il faut en ce sens saisir l'ampleur et l'intensité des effets non coordonnés, engendrant des conséquences économiques telles sur le marché, que celles-ci ne peuvent raisonnablement être compensées par de simples synergies. Ainsi, et c'est ici un point central de notre analyse sur lequel nous reviendrons ci-après, ces efficacités devront être considérées comme aptes à venir amoindrir l'impact de la concentration sur le marché, permettant de réduire les engagements attendus des parties, dans le cadre d'une appréciation globale généralisée de l'entier des effets pro – et anticoncurrentiels d'une opération. On précise enfin, relativement au fardeau de la preuve de l'allégation de gains d'efficacité, qu'il relève entièrement du fait des parties. Il faut ainsi écarter la possibilité de retenir des éléments d'office, tant l'impact effectif d'un élément sur la structure du marché dépend des cas d'espèce spécifiques. On retient ainsi un fardeau correctement établi aujourd'hui, impliquant diverses incombances pour les parties à l'opération, mais également la nécessité d'une certaine souplesse relativement aux éléments ne pouvant être établis avec précision pour le futur. On conclut en ce sens à des situations devant être individualisées, mais ne pouvant jamais aboutir à une compensation complète des effets non

coordonnés, l'impact effectif de chacune des efficiences mises en avant devant être amené par les parties elles-mêmes, sous peine d'un renversement du fardeau de la preuve insoutenable.

Finalement, en ce qui touche aux engagements, ceux-ci devront être traités de manière séparée, dès lors qu'ils constituent un outil majeur du contrôle des concentrations. En effet, c'est ici bien plus le souci de leur perte de vitesse qui serait propre à nous inquiéter, tant ils semblent essentiels à la bonne tenue du système en place. On perçoit en ce sens qu'un redimensionnement de ces derniers viendrait rebattre les cartes aujourd'hui distribuées et déclencher de sérieux problèmes, tant juridiques que techniques, dans ce secteur du droit de la concurrence dont la bonne marche dépend. Dans une même logique, le fardeau de la preuve aujourd'hui connu en matière d'engagements semble approprié, de sorte qu'il n'y aura pas lieu de chercher à le modifier pour le futur. Pour ce qui a trait aux divers types d'engagements toutefois, il sied de tirer le constat d'une bien plus grande efficacité de ceux de type structurel. Bien que l'impact d'engagements comportementaux ne puissent être écarté *per se*, il s'agira de retenir les premiers comme plus propices à effectivement venir corriger les effets non coordonnés de l'opération sur le marché. Néanmoins, il convient dans ce cadre d'écarter de notre analyse spécifique les mesures correctives visant la suppression d'un lien d'avec les concurrents, car celles-ci ne seront jamais concrètement aptes à venir combler de tels effets anticoncurrentiels. Ainsi, ce sont les cessions, et autres engagements similaires dans leur finalité, qui devront être privilégiés, ceux-ci étant les plus à même de compenser les effets non coordonnés.

Enfin, le principal apport devant être mis en exergue relativement aux engagements tient dans ce que leur mode d'appréciation individuel semble aujourd'hui ne plus constituer la meilleure solution dans le cadre du contrôle des effets non coordonnés. En effet, on aimerait ici assister à une grande avancée, en ce qu'un contrôle commun des engagements et des efficiences se trouverait plus à même d'établir les impacts effectifs de la concentration sur la concurrence. En ce sens, on préconise une nouvelle approche, dans le cadre de laquelle les gains d'efficacité, inaptes seuls à contrebalancer les distorsions de concurrence, viendraient servir de facteurs atténuants, réduisant d'autant les engagements attendus de la part des parties, ces deux éléments devant, en finalité, compenser, ensemble, l'entier des effets unilatéraux recensés par l'autorité. Dans ce cadre, les réductions de coûts et les gains d'efficacité qualitatifs joueront des rôles distincts sur l'ampleur des engagements, qu'il s'agira d'apprécier au cas par cas. Les seconds seront, une fois encore, plus à même de venir jouer un impact prépondérant, et ainsi, de réduire l'ampleur des engagements attendus de la part des parties à l'opération de concentration. Ainsi, on doit comprendre,

relativement aux engagements et aux efficiences, la nécessité de la mise en place d'une pratique différenciée dans le cadre de l'étude des effets non coordonnés. Cette dernière devra en ce sens conserver sa finalité habituelle, mais nécessitera quelques adaptations relatives à l'appréciation de ces effets anticoncurrentiels spécifiques.

En définitive, c'est une approche nouvelle relativement à l'ensemble des trois points évoqués ci-avant qui semble aujourd'hui nécessaire, afin de pouvoir enfin prendre la juste mesure des effets non coordonnés dans le cadre du contrôle des concentrations. Faute d'une telle prise en considération, la reconnaissance de tels effets se verrait compromise à futur, leur appréciation correcte se voyant encore et toujours empêchée par le biais de considérations économiques infondées. Il sied ainsi aujourd'hui d'entreprendre les démarches propres à la séparation des effets unilatéraux du reste du contrôle des concentrations, ceux-ci ne se prêtant pas, de par leurs caractéristiques spécifiques, à une analyse usuelle et générale.

6. Conclusion

Le contrôle des concentrations, bien que constituant, à large échelle, un récent développement du droit européen, a été largement implémenté et développé par la pratique au cours des trente dernières années. Ce domaine du droit de la concurrence, élaboré de manière plus tardive que ses voisins, a ainsi fait l'objet d'évolutions majeures, lui permettant de s'installer dans le champ politique et légal des autorités européennes. Aujourd'hui considéré comme un pilier majeur du droit de la concurrence, tant il permet la régulation de celle-ci sur le marché commun, le contrôle des concentrations doit néanmoins être vu comme en constante évolution. En effet, il semble certain que ce dernier a atteint un nouveau stade de son développement historique et doit ainsi être adapté et revisité en conséquence. En ce sens, on saisit que les effets non coordonnés, au cœur de cet écrit, longtemps laissés de côté au bénéfice des effets coordonnés, constituent le point central du renouveau devant caractériser l'évolution juridique attendue. Les solutions légales prévues à l'égard de ces derniers ne semblent aujourd'hui plus tenables et le développement de règles adaptées à leurs caractéristiques propres semble ainsi nécessaire. À l'instar du renouveau connu à l'époque en matière d'effets coordonnés, il conviendra ainsi, à futur, de modifier les principes fondateurs relatifs aux effets unilatéraux, tant la nécessité d'une refonte du système y relatif paraît indéniable.

À l'heure de tirer les conclusions du présent écrit, on établit la nécessité de fonder cette reconstruction du droit relativement aux trois axes fondamentaux que constituent la détermination d'un fardeau de la preuve spécifique, la redéfinition des gains d'efficacité pouvant être retenus comme propres à effectivement contrer la survenance d'effets non coordonnés, mais également la prise en compte spécifique des engagements en la matière, ainsi que leur appréciation, combinée à celle des efficacités. Comme il a été vu dans le cadre de la partie analytique de notre travail, ce sont ces trois facteurs clés de l'appréciation des opérations de concentration qui posent aujourd'hui un problème majeur et nécessitent d'être traités de façon différenciée dans le cadre du recensement d'effets non coordonnés des suites d'une concentration. On saisit ainsi que le système actuellement en place doit certes être adapté aux caractéristiques particulières de ce genre d'effets anticoncurrentiels, mais qu'il ne doit pas pour autant être entièrement revisité. En effet, on commettrait, en agissant de la sorte, une erreur crasse, tant le système en place semble avoir fait ses preuves relativement aux effets coordonnés et au développement historique

de ceux-ci. Il s'agira ainsi bien plus de venir créer, dans le cadre d'un système cohérent et adapté, une fenêtre supplémentaire, laquelle permettrait la prise en compte différenciée de ce type d'incidences sur le marché. On comprend en ce sens la nécessité de traiter les effets non coordonnés à part entière et non plus au travers de leurs voisins, pour enfin détenir les prérogatives propres à évaluer ceux-ci en conformité avec leur réel impact économique sur le marché. C'est en effet le principal écueil rencontré aujourd'hui dans le cadre de l'application du droit, les effets unilatéraux et leur appréciation ne reflétant pas les réalités concurrentielles. Il conviendra ainsi de remodeler les règles actuellement en place, aux fins de créer des solutions adaptées et conformes aux réels effets d'une opération sur le marché, faute de quoi les implications concrètes de certaines concentrations se verraient entièrement tues, faisant perdre au contrôle des concentrations l'entier de ses intérêts.

C'est dès lors au travers des propositions mises en exergue au fil de ce travail, que nous pensons possible d'amener le contrôle des concentrations vers une nouvelle ère, laquelle permettra une prise en compte effective des effets non coordonnés. En ce sens, les apports proposés permettront tout d'abord d'atteindre une transparence du droit fondamentalement nécessaire aujourd'hui, mais également de retrouver une sécurité juridique perdue dans ce domaine spécifique. En effet, les incertitudes relatives à ces effets anticoncurrentiels doivent désormais être comblées, aux fins de permettre la mise en place d'un système clair, permettant tant aux entreprises qu'à la Commission de suivre une ligne de conduite limpide et uniforme. Une telle mise au vert permettra également de sauver la pérennité du système en place. En ce sens, il faut aujourd'hui considérer le mécanisme de résolution amiable des opérations notifiées comme largement compromis par les dernières considérations des autorités de la concurrence. C'est ainsi le pilier du bon fonctionnement historique du système de contrôle qui se trouve mis en danger et qui se doit d'être protégé. On ne peut en ce sens imaginer que de manière très pessimiste la fin d'un système compromissaire, laquelle engendrerait nombre de complications liées au surplus de sentences devant être rendues et aux contestations répétées des décisions de la Commission.

Par l'adoption d'un système mis à jour et adapté, l'on atteindra ensuite une prise en compte de la réalité économique, laquelle semble fondamentale dans le cadre du contrôle des concentrations. En effet, le droit actuellement applicable tend à ne plus permettre la prise en considération effective des effets non coordonnés sur le marché, des suites d'une opération. En l'absence de considérations économiques concrètes, c'est l'ensemble de ce pan du droit qui perdrait son essence, le droit de la concurrence ne trouvant aucun fondement en l'absence de justifications économiques. Il serait en ce sens absurde de continuer

à appliquer un droit ne reflétant en rien la réalité de la situation économique. Ainsi, par la nouvelle considération des efficiences, on cherchera à réajuster la pratique, aux fins d'obtenir des résultats et des appréciations conformes à la réalité du marché. Dans cette même optique, la refonte du système de prise en considération des engagements, combinée à celle des efficiences, permettra une réelle appréciation des conséquences pro-concurrentielles de l'opération, mettant fin à une période sombre et ambiguë du droit. On ajoutera encore, à l'avantage de cette nouvelle méthodologie, qu'elle n'implique en rien un bouleversement complet du système pour les effets non coordonnés, mais simplement une méthode d'appréciation différenciée de celle applicable aux autres effets anticoncurrentiels recensés. Ainsi, un tel mécanisme permettra de garder des bases juridiques communes à l'ensemble du contrôle des concentrations, impliquant uniquement l'emploi de critères et de méthodologies distincts dans le cadre de l'évaluation d'opérations qui engendreraient des effets non coordonnés sur le marché.

C'est ainsi en définitive que les réformes mises en avant et motivées dans le cadre de cet écrit permettraient la prise en compte différenciée des effets non coordonnés dans le cadre du contrôle de la Commission. L'adoption de ces dernières paraît aujourd'hui nécessaire, au vu des caractéristiques propres de ces effets anticoncurrentiels et de leurs spécificités. On avance dès lors l'hypothèse d'une refonte du droit, permettant une distinction fondamentale et aujourd'hui manquante, mais allouant également le maintien du squelette du système en place, lequel a déjà fait ses preuves sous de nombreux angles. On arriverait en ce sens à une solution adéquate, permettant la pérennisation de convictions déjà établies, mais également la prise en considération de caractéristiques particulières aux effets non coordonnés. En conclusion, les principes fondateurs du contrôle de la Commission ne se verraient pas, par le biais des modifications proposées, réduits à néant, seuls les critères d'appréciation relatifs aux effets unilatéraux se voyant différenciés et adaptés aux caractéristiques spécifiques de ces effets anticoncurrentiels. Une telle correction du système actuel permettrait ainsi aux autorités une prise en compte plus appropriée de ces effets particuliers, allouant un contrôle enfin en conformité avec la téléologie du test SIEC.

Les conclusions qui précèdent nous mènent finalement à nous questionner sur la nécessité d'une refonte du texte légal actuellement en place, le Règlement 139/2004. Comme cela avait été le cas en 2004 lors du développement des pratiques relatives aux effets coordonnés, une telle adaptation du Règlement semble aujourd'hui inéluctable. En ce sens et comme exposé en amont, ce n'est cette fois pas l'entier de la genèse de l'analyse de la Commission qui devrait être modifiée, le critère du test SIEC semblant adapté et suffisamment souple, laissant une marge d'appréciation suffisante dans le cadre du contrôle, pour se

conformer aux exigences des effets non coordonnés. Ce sont en revanche bien plus les considérations relatives à l'appréciation de ces effets qui devraient être mises en conformité, relativement aux propositions faites en amont. Ce sont dès lors le fardeau de la preuve relatif à ces effets, la clause générale y liée, l'incapacité des efficiences à compenser les effets non coordonnés, et enfin la prise en considération de ces dernières combinée à celle des engagements, qui devraient se voir inscrits dans le texte légal revisité, dans le contexte spécifique de ces effets anticoncurrentiels. Par de telles manœuvres, nous pensons que l'on entrerait dans une nouvelle ère du contrôle des concentrations européen, développement fondamental en matière d'effets non coordonnés, au même titre que ne l'avait été la réforme légale de 2004. Après dix-huit ans, il s'agit en effet de faire le constat des bienfaits de cette modification de la loi, mais également de voir vers l'avenir, en considérant la nécessité d'un perfectionnement du système aujourd'hui connu, par sa spécification. On réussirait ainsi enfin à combler les lacunes rencontrées depuis de nombreuses années en matière d'effets non coordonnés, et retrouverait une sérénité nécessaire, sans laquelle ce domaine si particulier du droit de la concurrence ne peut être considéré comme viable à long terme.

Sur l'auteur :

Luca Ruggiero a étudié auprès des Universités de Lausanne, Zurich et UC Davis en Californie, obtenant son Bachelor, puis son Master universitaire en droit, en 2021. Près de 5 années durant ses études, il a exercé en qualité de greffier auprès des chambres pénale, puis civile du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, acquérant une importante expérience du monde judiciaire. Luca Ruggiero a ensuite approfondi ses connaissances dans les domaines de l'arbitrage international, obtenant un Certificate of Advanced Studies (CAS), toujours en 2021. Luca Ruggiero est actuellement avocat stagiaire au sein de l'Etude BianchiSchwald Sàrl, à Lausanne.

La Faculté de droit de l'Université de Zurich a accepté la présente thèse de doctorat le 8 mars 2023 à la demande du Professeur Andreas Heinemann (1^{er} rapporteur) et du Professeur Damiano Canapa (2^e rapporteur) avec la mention *magna cum laude*.

sui generis est une association consacrée à la promotion du libre accès à la littérature juridique, aux décisions de justice, aux décisions officielles et aux documents juridiques. Depuis 2014, une revue juridique en libre accès est publiée sous le label *sui generis*. La maison d'édition *sui generis* a été fondée en 2019.

Les ouvrages juridiques qui sont publiés dans cette collection sont mis à la disposition d'un large public et sont publiés à la fois sous forme imprimée et en ligne. La version numérique est accessible librement dans le monde entier (Open Access). Les droits d'auteur appartiennent aux auteurs ; les œuvres sont publiées sous une licence Creative Commons.

Précédemment publiés dans la collection *sui generis* :

- 046 – Miriam Lüdi: Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und Siedlungsverdichtung
- 045 – Corina Ingold: Das Kompensationsprinzip im Schweizer Raumplanungsrecht
- 044 – Alex Attinger: Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und Dogmatik
- 043 – Myriam Christ: Le profilage dans le cadre d'une procédure d'embauche entre particuliers
- 042 – Andreas Wehowsky: Expedited Procedures in International Commercial Arbitration
- 041 – Lukas Valis: Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektor-spezifischer ex-ante Regulierung?
- 040 – Constance Kaempfer: Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses
- 039 – Ruedi Ackermann: Der Mietvertrag mit mehreren Mietern
- 038 – Lukas Hussmann: International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände
- 037 – Nils Reimann: Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory
- 036 – Jeremias Fellmann: Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht
- 035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen
- 034 – Nora Camenisch: Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen

- 033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: 20 ans de la transparence à Genève
- 032 – Nicolas Leu: Kritik der objektiven Zurechnung
- 031 – Martin Klingler: Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren
- 030 – Christoph Mettler: Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014
- 028 – APARIUZ XXIII: Recht in der Krise
- 027 – Maja Lysienia: Seeking Convergence?
- 026 – Marc Thommen: Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)
- 025 – Severin Meier: Indeterminacy of International Law?
- 024 – Marina Piolino: Die Staatsunabhängigkeit der Medien
- 023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)
- 022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft
- 021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
- 020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
- 019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
- 018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
- 017 – Monika Pfyffer von Altshofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
- 016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
- 015 – Frédéric Erard: Le secret médical
- 014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?
- 013 – Emanuel Bittel: Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
- 012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 011 – Lorenz Raess: Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 010 – David Henseler: Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 009 – Dominik Elser: Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben

Les livres 001 – 008 sont publiés par la maison d'édition *Carl Grossmann*.

Cet ouvrage est publié dans la collection *sui generis*,
éditée par Marc Thommen.

1^{ère} édition 1 décembre 2023

© 2023 Luca Ruggiero

*Reproduction de la thèse de doctorat approuvée par la Faculté de droit
de l'Université de Zurich.*

Cette œuvre a été publiée en Open Access sous une licence Creative
Commons, qui oblige d'identifier l'auteur de l'œuvre sous licence en cas de
réutilisation (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



L'étape de prépresse de cette publication a été soutenue par le Fonds
national suisse de la recherche scientifique.

ISBN 978-3-907297-47-6

DOI 10.38107/047

Lectorat : Jean Perrenoud

Graphisme : Müller+Hess, Basel

Imprimerie : Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

EFFETS NON DANS LE CON DES CONCEN HORIZONTALA

Le système de concurrence non faussée, inscrit dans les traités de l'Union Européenne, a pour objectif de repousser les mesures faussant la libre concurrence sur le marché. Dans ce cadre, le système de contrôle des concentrations d'entreprises permet à la Commission européenne de déclarer incompatibles les concentrations d'entreprises susceptibles d'entraver la concurrence. Ce système distingue ainsi deux types d'effets propres à déclencher de telles entraves ; les effets coordonnés et non coordonnés.

La présente étude a pour objet l'analyse des effets non coordonnés dans le contexte spécifique des opérations de concentrations horizontales. Dans ce cadre, l'auteur propose des solutions novatrices pour ce domaine du droit de la concurrence, tendant à réformer un système qui ne répond plus aux exigences de marchés trop fortement concentrés.

sui generis

ISBN 978-3-907297-47-6

DOI 10.38107/047