

Luca Ruggiero

# Fardeau de la preuve à l'aune de la vraisemblance prépondérante : évolution de l'appréciation des effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations européen

Analyse spécifique de la proximité concurrentielle et de la notion d'important moteur de la concurrence

La présente contribution tend à mettre en exergue deux effets non coordonnés caractéristiques du contrôle des opérations de concentration, ainsi que les conditions de leur appréciation; (a) la proximité concurrentielle de deux entités parties à l'opération et (b) la disparition d'un important moteur de la concurrence dans le cadre de l'opération.

D'une importance grandissante dans la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence, ces deux effets unilatéraux impliquent des caractéristiques économiques particulières, lesquelles doivent faire l'objet d'un examen approfondi.

Il sera ainsi, en premier lieu, procédé à un développement théorique des notions précitées, avant d'aborder leur prise en compte concrète, sous l'angle du fardeau imputable aux autorités de la concurrence. On cherchera de la sorte à démontrer les conditions de leur surveillance, dans le cadre d'une opération de concentration.

Dieser Beitrag fokussiert sich auf zwei für die Fusionskontrolle charakteristische nicht-koordinierte Effekte sowie die Voraussetzungen für deren Beurteilung; (a) die Wettbewerbsnähe zweier an der Fusion beteiligter Rechtsträger und (b) den Wegfall eines wichtigen Wettbewerbsfaktors im Rahmen der Fusion.

Diese beiden unilatéralen Effekte gewinnen in der Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden zunehmend an Bedeutung und umfassen besondere wirtschaftliche Merkmale, die einer eingehenden Prüfung unterzogen werden müssen.

Zunächst erfolgt eine theoretische Diskussion der genannten Begriffe, bevor ihre konkrete Berücksichtigung unter dem Gesichtspunkt der Beweislast der Wettbewerbsbehörden erörtert wird. Auf diese Weise soll versucht werden, die Voraussetzungen für ihr Auftreten im Rahmen einer Fusion aufzuzeigen.

## I. Des effets non coordonnés en général

1. De la proximité concurrentielle des parties à l'opération
2. De la disparition d'un important moteur de la concurrence
3. Conclusion théorique

## II. De l'appréciation des effets non coordonnés et du fardeau de la preuve

1. Du fardeau de la preuve
2. Développements récents
3. Conclusions intermédiaires

## III. Conclusions

## I. Des effets non coordonnés en général<sup>1</sup>

Dans le cadre du contrôle des concentrations européen, le test SIEC (*significant impediment to effective competition*) permet la prise en considération du risque de création ou de renforcement d'une position dominante, mais également l'appréciation d'éventuels effets non coordonnés<sup>2</sup>. Ces derniers impliquent, pour une ou plusieurs entreprises, une augmentation unilatérale de leur pouvoir de marché, en

1 La présente contribution est inspirée d'un travail plus approfondi rédigé dans le cadre de la Thèse de Doctorat de l'auteur, auprès de l'Université de Zurich. A toutes fins utiles, il y est renvoyé intégralement pour des explications plus approfondies: L. RUGGIERO, Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européen: fardeau de la preuve, gains d'efficacité et engagements, sui generis, Zurich 2023.

2 É. DARGAUD, Mise en œuvre de la politique de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations horizontales, Université Lumière, Lyon II, 7 décembre 2007, 29.

LUCA RUGGIERO, Dr. iur., avocat, Lausanne.

l'absence de coordination avec des entreprises concurrentes. Ainsi, dits effets, déclenchés ensuite d'une opération de concentration, allouent à une entité au marché la possibilité de distordre la concurrence de manière unilatérale.

Sous l'angle économique, les effets non coordonnés, amenés par la modification des rapports de concurrence entre les acteurs au marché ensuite d'une concentration, entraînent la disparition de pressions concurrentielles qui maintenaient antérieurement le marché à l'équilibre. La réduction de dites pressions coïncide ainsi avec la fin de l'incitation, pour les acteurs du marché, à le maintenir au niveau adéquat, ne subissant aucune conséquence économique en cas de prise de position anticoncurrentielle (comme une augmentation de prix unilatérale). En résumé, le comportement unilatéral, préalablement significatif de perte économique, devient rentable pour l'entreprise concernée, laquelle n'a plus aucune raison de s'en distancer et l'embrasse.

Différents types de facteurs propres à entraîner des effets unilatéraux ont ainsi été identifiés par la doctrine. Dans ce cadre, le pouvoir de marché revêt une importance prépondérante, sa seule augmentation permettant à l'entreprise concentrée d'augmenter ses prix. L'analyse des parts de marché a ainsi fait l'objet de considérations plus poussées que les autres effets unilatéraux, encore considérés secondaires. Néanmoins, si le pouvoir de marché est certes un facteur essentiel dans la détermination d'une éventuelle entrave significative à la concurrence, il n'en est toutefois pas le seul critère<sup>3</sup>. Au rang des autres éléments, deux notions méritent une attention particulière, les récents développements jurisprudentiels<sup>4</sup> ayant démontré de leur importance: (a) la proximité concurrentielle des acteurs à l'opération et (b) la qualité d'important moteur de la concurrence de l'entité disparaissant ensuite de l'opération. La présente contribution aura pour finalité d'en traiter plus avant.

## 1. De la proximité concurrentielle des parties à l'opération

La nature de la concurrence entre parties est devenue un point essentiel dans l'évaluation d'opérations de concentration. La Commission européenne (ci-après: *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 des substituts. Ce facteur permet l'analyse de la dynamique concurrentielle entre les parties à la concentration et l'estimation des conséquences de la disparition de l'une d'elles<sup>5</sup>. 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 prix<sup>6</sup>. En ce sens la réunion de deux entreprises fournissant des produits considérés comme premier et second choix par les consommateurs, sur un marché spécifique, est propre à générer des problèmes de concurrence. Ce risque pour la concurrence peut toutefois se trouver réduit et contrebalancé si les concurrents restant sur le marché fournissent également des produits similaires. Le degré de

substituabilité des produits proposés est alors essentiel<sup>7</sup>. Si les données à disposition le permettent, une analyse de substituabilité devra être réalisée sur la base de ratios de diversion ou par le jeu de l'élasticité croisée des prix des produits concernés<sup>8</sup>. D'autres facteurs, plus accessibles, permettent également à la Commission d'apprécier une proximité concurrentielle en l'absence de données empiriques. Il convient de brièvement les exposer, dès lors que celle-ci y recourt de manière systématique pour déterminer une éventuelle proximité concurrentielle.

On mentionne en premier lieu (i) la proximité géographique des concurrents comme critère de détermination d'une proximité concurrentielle globale. Les entreprises parties à l'opération doivent exercer dans la même sphère. Il paraît évident que des concurrents, bien que proposant des produits en tous points similaires, ne seront pas considérés proches, s'ils exercent en des lieux totalement distincts. En cas de concentration de parties dans une zone géographique précise, celles-ci ne seront également pas en position d'augmenter leurs prix si subsiste, dans la même zone, un concurrent capable de les en empêcher. Enfin, cette affirmation ne vaut que pour les produits pour lesquels le choix du consommateur dépend de l'accessibilité de l'offre<sup>9</sup>.

Il convient ensuite d'analyser (ii) la comparabilité des produits. Sur des marchés de produits hétérogènes, la possibilité de choix du consommateur dépend des caractéristiques spécifiques d'un bien. S'il s'avérait, sur un tel marché, que les ratios de diversion permettraient, en cas d'augmentation de prix, aux consommateurs de dévier d'un produit A vers un produit B, une concentration entre les deux fournisseurs de ces produits mènerait à un risque d'augmentation des prix, dès lors que profitable<sup>10</sup>. Il convient ainsi d'effectuer un test de substituabilité afin de déterminer un rapport direct entre les biens concernés. Cela permet de déterminer non seulement si les produits proposés sont substitués, mais également si les ratios de diversion des produits mènent à une connexité

3 Voir notamment EuG du 14 décembre 2005, T-210/01, *GE c. Commission*, consid. 115.

4 Voir spécialement EuG du 13 juillet 2023, C-376/20, *Commission/CK Telecoms UK Investments*.

5 Commission européenne du 17 décembre 2008, COMP/M.5046, *Friesland Foods/Campina*, consid. 242 ss.

6 I. KOKKORIS/H. SHELANSKI, *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*, Oxford 2014, n° 7.32; M. ROSENTHAL/S. THOMAS, *European Merger Control*, Munich 2010, n. 150, 126.

7 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, consid. 28.

8 Lignes directrices (n. 7), consid. 29; pour plus de détails sur ces notions, voir RUGGIERO (n. 1), 34 ss; A. BONNET, *Les groupes et le contrôle européen des concentrations d'entreprises*, Université de Pau et des pays de l'Adouire, 2020, 319 – 320.

9 F. MONTAG/A. VON BONIN, in: F. Montag/F. J. Säcker/F. Bien/P. Meier-Beck (Hg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Aufl., München 2020, ad FKVO 2 N 182.

10 Commission européenne du 27 juin 2007, COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, consid. 491 à 493; voir également M. MEINHARDT/A. WASSER/J. BISCHOF, in M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel 2009, ad KG 10 N 46; A. RAASS, *Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Kritik an der Kritik*, sic!1999, 676.

et à une dominance des deux biens. Si tel est le cas, une augmentation de prix est possible, car profitable à l'entreprise issue de la concentration, dès lors que le consommateur ne se tournerait pas vers un concurrent, quand bien même le prix d'un bien augmenterait. L'exemple qui précède caractérise une situation type de proximité concurrentielle entre deux acteurs, la disparition du premier menant le consommateur moyen à se tourner automatiquement vers le second. Enfin, l'hétérogénéité des produits implique une substituabilité particulière de ceux-ci, 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 et augmente d'autant le risque d'effets non coordonnés, ensuite d'une concentration.

Les (iii) préférences des consommateurs doivent ensuite être observées. Si elles jouent un rôle anticoncurrentiel principalement sur les marchés de produits hétérogènes, celles-ci peuvent également impacter les marchés de produits homogènes. En effet, le consommateur, sur ces derniers, devrait en principe n'avoir aucun intérêt à se tourner vers un produit précis mais choisir le plus rentable économiquement. Toutefois, sur certains marchés spécifiques, l'offre, bien qu'attachée à des produits similaires, souffre les préférences de la clientèle. La concentration peut dès lors créer un risque d'effets anticoncurrentiels, le consommateur faisant valoir ses inclinations, notamment en matière de marques ou de réputation de celles-ci<sup>11</sup>. Dès lors, des ratios de diversion élevés peuvent être observés et l'union de deux entreprises ayant les faveurs du public est susceptible de créer des effets non désirés. Dans une telle constellation, la possibilité d'augmentation du prix ne découle pas de l'absence de substituts, mais de la préférence des consommateurs pour les produits de l'entreprise concentrée. On perçoit ici le complexe exercice qu'est l'appréciation de la diversion réelle de la clientèle en cas de disparition d'un acteur du marché.

Il sied ensuite de mentionner (iv) la pression exercée par les marchés voisins, laquelle relève d'une certaine importance sur les marchés oligopolistiques. Une augmentation des prix n'est profitable, ensuite d'une concentration, que si le consommateur n'a pas d'alternatives de substitution. Cette analyse des alternatives des consommateurs ne doit pas se limiter au marché étroit, mais également comprendre les marchés voisins. En ce sens, doit être analysée la possibilité pour le consommateur de dévier sur un marché similaire, n'offrant certes pas les mêmes produits, mais des biens semblables. Des effets non coordonnés seront envisageables si une incitation à augmenter les prix subsiste pour l'entreprise concentrée, malgré la possibilité pour les consommateurs de se tourner vers ces produits<sup>12</sup>. En d'autres termes, l'absence de pression concurrentielle, exercée par des marchés parallèles, est propre à favoriser les effets non coordonnés.

Le degré de substituabilité entre différents produits sur un même marché doit enfin être analysé sur la base d'une (v) 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 proposés<sup>13</sup>. Grâce à l'estimation de cette dernière relativement à la demande, on peut mesurer dans quelle proportion l'augmentation du prix d'un produit se traduit par la diversion vers un autre produit au 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 prix<sup>14</sup>. En outre, les ratios de diversion entre différents produits sont essentiels à cette analyse, permettant de déterminer quelle part des ventes d'un produit, perdue des suites d'une augmentation des prix, se reporte sur un second produit prédéfini. Enfin, la Commission, dans le cadre de son analyse quantitative, dresse des modèles de simulation de concentrations<sup>15</sup>, permettant une évaluation des diverses conséquences pouvant découler de l'opération et une vision plus concrète des conditions économiques d'espèce<sup>16</sup>.

Quand bien même il est souvent complexe, dans le cadre d'une analyse *a priori*, de se prononcer quant aux effets de la concentration, les critères susmentionnés servent d'indicateurs, propres à une appréciation réaliste de la situation du marché *post* opération, faute de pouvoir en anticiper les effets exacts. La proximité concurrentielle entre parties à l'opération relève d'un faisceau d'éléments dont la détermination peut s'avérer ténue et complexe. Les caractéristiques propres à chaque marché devront être prises en considération et des appréciations spécifiques faites. En outre, dans le cadre d'évaluations *a priori*, devra se poser la question de la preuve incombant à la Commission. Nous y reviendrons, la difficulté technique des éléments exposés ci-dessus et leur imprévisibilité à futur plaidant pour une preuve se limitant à la démonstration de faisceaux d'indices et d'appréciations économiques reconnues.

## 2. De la disparition d'un important moteur de la concurrence

Dans les marchés 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 concurrence<sup>17</sup>. Ce genre de cas

11 S. VÖLCKER, Mind the gap: Unilateral Effects analysis arrives in EC Merger control, ECLRev 2004, 395.

12 MONTAG/VON BONIN (n. 9), adFKVO 2 N 187.

13 Lignes directrices (n. 7), consid. 29; R. WHISH/D. BAILEY, Competition Law, 9<sup>th</sup> ed., Oxford 2018, 889.

14 M. TIRALONGO, La comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations, Université René Descartes (Paris V), 2012, 136.

15 A cet effet, voir V. BOTTERON, Le contrôle des concentrations d'entreprises, Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain, sui generis, Zürich 2021, 180.

16 A cet égard voir not. R. J. EPSTEIN/D. L. RUBINFELD, Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products, COMP/B1/2003/07, du 7 octobre 2004.

17 Lignes directrices (n. 7), consid. 37; voir ég. J. KILLICK/A. SCHULZ, Horizontal and Vertical – Horizontal and Vertical Mergers in the EC Mergers Control, in: G. Amato/C.-D. Ehlermann (ed.), EC Competition Law, A critical Assessment, Rome 2007, 461; ROSENTHAL/THOMAS (n. 6), 131.

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 exercée<sup>18</sup>. De même, cette théorie s'applique aux acteurs du marché considérés «francs-tireurs» (*Maverick firms*), petites entreprises, qui par leur force d'innovation favorisent la dynamique de la concurrence sur le marché, malgré leurs faibles parts de marché<sup>19</sup>. Ces entreprises, malgré un pouvoir de marché relativement bas, jouent un rôle clé pour la concurrence sur la base d'autres critères. On relève ici également une appréciation des impacts économiques effectifs de l'opération, ne se limitant pas au pouvoir de marché des entités concernées.

A titre exemplatif, dans le cadre de la décision *Haniel/Ytong*, 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. Elle avait retenu 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 concerné<sup>20</sup>. Toutefois, dans une décision successive ayant trait à une transaction parallèle, *Haniel/Fels*, l'autorité avait jugé, malgré une augmentation des parts de marché similaire, 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 marché<sup>21</sup>. On relève la nécessité d'effectuer un travail de détail, afin de 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. La solution ne dépendra pas uniquement de la taille des acteurs, mais également d'un faisceau de facteurs spécifiques au cas d'espèce<sup>22</sup>.

En matière de télécommunications, diverses décisions fondées sur le potentiel futur ou la force disruptive d'entreprises ont été rendues par la Commission, l'innovation étant omniprésente dans ce secteur. Les décisions *T-Mobile/tele.ring*, *Hutchinson 3G Austria/Orange Austria* ou encore *Hutchinson 3G UK/Telefonica UK* en sont certainement les meilleurs exemples. Dans le cadre de la première citée, la Commission n'a accepté la concentration entre le 2<sup>ème</sup> et le 4<sup>ème</sup> opérateur d'Autriche que sous de larges engagements tant *tele.ring*, depuis son apparition sur le marché, avait entraîné la diminution des prix<sup>23</sup>. 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 du fait de son adaptation rapide aux nouvelles technologies et par son potentiel d'expansion futur<sup>24</sup>. Enfin, dans la dernière décision susmentionnée, sur le marché oligopolistique des télécommunications au Royaume-Uni, *Three* était le dernier entré et représentait une force concurrentielle importante, la Commission reconnaissant un risque pour le développement futur de ce secteur en cas de concentration et interdisant l'opération<sup>25</sup>.

Ce sont ainsi les marchés caractérisés par l'innovation qui sont concernés par cet effet unilatéral spécifique. La concentration peut réduire la force d'innovation sur le mar-

ché concerné et amoindrir la concurrence, sans que l'entreprise disparaissant ne dispose de parts de marché prépondérantes. Une telle constellation se réalise tout particulièrement lorsque l'opération affecte une entreprise développant de nouveaux produits qui, à terme, remplaceraient les produits au marché, ou créeraient une demande entièrement nouvelle<sup>26</sup>.

De telles appréciations doivent encore être mises en évidence dans le domaine de la pharmacologie, également dépendant de l'innovation<sup>27</sup>. On mettra notamment en avant la décision *Pfizer/Hospira*. Dans le cadre de celle-ci, l'autorité a considéré que la transaction proposée entravait la concurrence sur le marché, craignant que l'alliance des deux firmes incite *Pfizer* à arrêter le développement d'un médicament biotechnologie d'ores et déjà produit par *Hospira*. Inversement, l'autorité craignait que cette dernière 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*<sup>28</sup>. Ce cas particulier démontre la nécessité de repousser les *killer acquisitions*, réalisées par des entreprises en place, afin d'acquérir une cible innovante, de mettre fin à son développement et d'empêcher toute concurrence future<sup>29</sup>. L'importance communautaire de cette décision avait à l'époque été soulignée par Margrethe Vestager, laquelle l'avait décrite comme défendant non seulement les patients ou les distributeurs contre une hausse des prix, mais également l'entier de la re-

18 Commission européenne du 6 juin 2006, COMP/M.4141, *Linde/BOC*, consid. 161 à 167.

19 MONTAG/VON BONIN (n. 9), ad FKVO 2 N 215.

20 Commission européenne du 9 avril 2002, COMP/M.2568, *Haniel/Ytong*.

21 Commission européenne du 21 février 2002, COMP/M.2495, *Haniel/Fels*, consid. 85 ss.

22 Pour un exemple des spécificités du marché des télécommunications en France, voir M. PETULOWA, *Essays in Economics of telecommunications: competition between services and between firms*, Université de Montpellier, 2015, 113 ss; pour l'étude d'un cas d'acquisition sur le marché des télécommunications en Suisse, voir D. 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.

23 Commission européenne du 26 avril 2006, COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/tele.ring*.

24 Commission européenne du 12 décembre 2012, COMP/M.6497, *Hutchinson 3G Austria/Orange Austria*.

25 M.7612 du 11 mai 2016, *Hutchinson 3G UK/Telefonica UK*; voir également à cet effet M. POWELL/K. CZAPRACKA, *Competition law and Policy Debate*, Volume 3, Issue 4, November 2017(41), 49 ss.; RUGGIERO (n. 1), 119 ss.

26 Lignes directrices (n. 7), consid. 38.

27 En ce sens, voir Commission européenne du 28 janvier 2015, COMP/M.7275, *Novartis/GlaxoSmithKline Oncology Business*; Commission européenne du 4 août 2015, COMP/M.7559, *Pfizer/Hospira*; voir à ce sujet C. ORNAGHI, *Mergers and Innovation in Big Pharma*, *International Journal of Industrial Organization* 70, 2009; J. KWOKA, *The effects of mergers on innovation: economic framework and empirical evidence*, in: P. Nihoul/P. Van Cleynenbreugel, *The Roles of Innovation in competition Law Analysis*, Edward Elgar Publishing limited, Cheltenham, 2018, 23.

28 Commission européenne du 4 août 2015, COMP/M.7559, *Pfizer/Hospira*.

29 C. CUNNINGHAM/F. EDERER/S. MA, *Killer acquisitions*, *London Business School, Journal of Political Economy*, 129 (3), 1.

cherche et du développement dans le domaine médical<sup>30</sup>. On souligne encore la décision *Dow/DuPont*, autorisée ensuite d'engagements, les parties ayant dû se résoudre à vendre l'entier des capacités de recherches de DuPont, afin d'obtenir l'autorisation de l'opération<sup>31</sup>. On saisit au travers de ces deux décisions la recherche d'une réelle garantie de l'innovation, les opérations ne se voyant autorisées qu'une fois le maintien de celle-ci assuré.

Il faut toutefois contrebalancer ce qui précède et relever que la mise en commun d'une entreprise particulièrement innovante, avec une entité 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. Il sied ainsi d'apprécier la situation propre à chaque opération, pouvant déboucher sur des effets pro-concurrentiels, même en cas d'absorption d'une firme innovante. Ainsi, il est possible que par la concentration et malgré une légère perte en matière d'innovation, l'opération permette un gain considérable quant à la structure de l'entreprise, entraînant une meilleure compétitivité, et ainsi une concurrence effective plus dynamique<sup>32</sup>.

La notion d'important moteur de la concurrence permet ainsi d'admettre des effets non coordonnés même en l'absence de parts de marchés conséquentes. Le champ d'application des effets non coordonnés s'en voit élargi d'autant, la Commission n'étant pas uniquement limitée à l'appréciation des opérations de trop grosse envergure entre concurrents dominant le marché, mais également légitimée à interdire celles dont les impacts sont moins évidents et découlent d'appréciations économiques plus ténues. On relève le caractère prépondérant de la logique économique dans ce contrôle, l'autorité devant se livrer à une analyse des effets concrets de l'opération sur les liens de concurrence et la pression exercée sur le marché. On souligne tout spécialement la prise en compte des possibilités d'innovation ou de l'effet disruptif d'un concurrent de taille réduite.

Il convient enfin d'évoquer brièvement la notion américaine de *Maverick Firm*, afin de la comparer à celle d'important moteur de la concurrence, connue du droit européen. Les deux peuvent certes être en partie assimilées, certains auteurs les employant comme si elles servaient de simples synonymes<sup>33</sup>. Toutefois, il sied de les distinguer, tant leur composante exacte n'est pas la même et n'implique pas les mêmes conséquences en droit de la concurrence. La version anglaise des Lignes directrices n'emploie la notion de *Maverick firm* qu'en matière d'effets coordonnés, les importants moteurs de la concurrence étant décrits comme des *important competitive forces*<sup>34</sup>. Cette notion doit ainsi être comprise comme l'équivalent de celle de *franc-tireur*, notion étroite et elle-même englobée par celle d'important moteur de la concurrence.

Les *francs-tireurs* sont des entités susceptibles de renforcer la concurrence de par leurs pratiques radicales et pro-concurrentielles. Il convient de les définir comme 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 concurren-

tiel<sup>35</sup>. La perte d'une *Maverick Firm*, notion englobée par celle d'important moteur de la concurrence, pourra évidemment être propre à déclencher des effets anticoncurrentiels. Il y a néanmoins lieu de relever que la disparition d'un important moteur de la concurrence, moins disruptif, suffit à l'apparition de tels effets sur un marché, ensuite d'une concentration. En définitive, il est 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 n'ait d'influence sur l'entier du marché, la disparition d'une seule prérogative pro-concurrentielle suffisant à les déclencher. Partant, la *Maverick Firm*, bien qu'ayant un plus grand impact sur la concurrence, aura des conséquences identiques à celles d'un important moteur de la concurrence dans le cadre des effets non coordonnés.

### 3. Conclusion théorique

Les divers effets non coordonnés ont tous en commun un potentiel effet négatif sur les prix, dégradant la position des consommateurs et la concurrence sur le marché. Ces derniers allouent à une entreprise, seule, la faculté d'exercer des contraintes anticoncurrentielles sur le marché, et ce sans se trouver en position dominante ou passer par le biais d'une entente. On souligne le caractère fondamental des circonstances économiques d'espèce dans l'appréciation de ces effets. Au vu de l'importance de chaque cas concret, il est impossible de tenir le domaine des effets non coordonnés pour fermé. En effet, la détermination de nouveaux effets anticoncurrentiels, propres à une structure de marché particulière, est envisageable et ne peut être écartée. Cela entraîne un grand dynamisme dans ce domaine du droit de la concurrence, mais également un risque d'insécurité juridique. De même, on saisit la difficulté engendrée par les circonstances d'espèce à l'établissement d'un cadre juridique transparent, en ce que certains éléments pourront être bénéfiques à la concurrence sous une constellation spécifique, quand bien même ils seront anticoncurrentiels dans un autre complexe de faits.

On perçoit la difficulté juridique que l'appréciation de tels effets implique, entraînant également la complexité de l'établissement d'un fardeau de la preuve imputable aux au-

30 Europäische Kommission, *Pressemittteilung IP/17/772*, Bruxelles, 27 mars 2017.

31 M.7932 du 27 mars 2017, *Dow/DuPont*.

32 MONTAG/VON BONIN (n. 9), *ad* FKVO 2 N 218.

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

34 Lignes directrices (n. 7), consid. 37, 38, 42.

35 J. BROMFIELD/M. OLCZAK, *The Role of the Maverick Firm concept in European Commission merger decisions*, 22 may 2018, 2; J. KWOKA, *The Private Profitability of Horizontal Mergers with Non-Cournot and Maverick Behaviour*, *International Journal of Industrial Organization*, 1989, 7, 403–11.

torités de la concurrence en la matière, dans le cadre d'une appréciation *a priori*. Au vu de ce caractère dynamique, l'établissement d'un seuil de preuve devra l'être également, ne se fondant pas sur des critères fixes, mais bien sur une notion évolutive et adaptable, propre à se conformer aux circonstances de chaque cas spécifique. Elle n'impliquera en outre pas de démonstration ferme, mais bien l'apport d'une preuve allégée et adaptée à un contrôle *ex ante*. Enfin, on relève le rôle essentiel que devra jouer la casuistique dans la détermination des conditions propres à la prise en compte des effets non coordonnés, leur concrétisation devant passer par celle-ci. Dès lors que la mise en place de règles générales et abstraites ne serait en rien compatible avec ce pan du droit de la concurrence, les décisions des autorités joueront un rôle prépondérant en la matière.

## II. De l'appréciation des effets non coordonnés et du fardeau de la preuve

### 1. Du fardeau de la preuve

De manière générale, la Commission doit respecter la liberté économique des entreprises lors de l'appréciation des opérations de concentration. Ainsi, une intervention doit être justifiée. L'autorité doit motiver ses décisions, celle-ci supportant le fardeau de la démonstration de l'incompatibilité d'une concentration<sup>36</sup>. La question de la motivation reste toutefois délicate, dès lors que l'appréciation doit être réalisée à futur et qu'aucun seuil de preuve n'est établi dans les textes légaux, compromettant la sécurité juridique. On se retrouve confrontés à la difficulté de l'analyse *a priori*, l'autorité devant réaliser des appréciations hypothétiques, tout en les motivant de manière pertinente.

La question du fardeau de la preuve ne s'était jusqu'à récemment jamais posée en matière d'effets non coordonnés. Dans le cadre de l'appréciation d'effets coordonnés néanmoins, il a été établi que lorsque la Commission déduit d'une opération la création ou le renforcement d'une position dominante, celle-ci doit fournir des preuves claires à l'appui de sa conclusion<sup>37</sup>. De même, dans le cadre de décisions autorisant une opération de concentration, la Commission supporte le même fardeau de la preuve, apportant des preuves concluantes, ainsi qu'une justification économique rigoureuse des conclusions avancées<sup>38</sup>. Il est toutefois flagrant de remarquer l'absence quasi-totale de détermination du seuil de preuve imputable à la Commission et de précisions quant à celui-ci. En effet, bien que la question ait déjà été élevée dans des circonstances d'espèce précises, 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 mailles du filet. Toutefois, la situation actuelle ne peut pas être considérée comme plus adéquate.

Dans le cadre d'une étude approfondie de cette question spécifique<sup>39</sup>, nous avons tenté de trouver une solution

d'ordre général 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. Nous avons par ce biais cherché à offrir une solution générale, propre à rétablir la sécurité juridique mais maintenant également la marge d'appréciation de la Commission dans le cadre de son travail d'appréciation, tant celle-ci est essentielle. Depuis lors, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après: *la Cour, la CJUE*) a partiellement répondu à nos interrogations, dans le cadre de la saga *CK Telecoms*<sup>40</sup>. Bien que l'arrêt de la Cour n'ait pas estompé l'entier de l'insécurité juridique qui entoure l'appréciation des effets non coordonnés, il a tout de même permis de lever certaines incertitudes importantes. Il sied de se pencher sur les leçons devant être tirées de cette décision.

### 2. Développements récents

Afin de se pencher plus avant sur le fardeau de la preuve imputable à la Commission dans le cadre de l'appréciation de la survenance des effets non coordonnés spécifiques que sont la proximité concurrentielle et la disparition d'un important moteur de la concurrence, il convient d'aborder la série de décisions rendue dans l'affaire *CK Telecoms* et tout particulièrement l'arrêt final de la CJUE, de juillet 2023<sup>41</sup>. L'arrêt de la Cour, particulièrement sévère avec le Tribunal, comporte des enseignements précieux quant à divers éléments du raisonnement à suivre en matière de contrôle des concentrations<sup>42</sup>. Il permet justement d'apprécier les notions spécifiques de proximité concurrentielle et d'important moteur de la concurrence, ainsi que le standard de preuve propre à interdire une concentration, sous l'angle des effets non coordonnés.

#### a) Test SIEC et fardeau de la preuve

Dans le cadre de l'analyse d'un premier moyen, la Cour s'est penchée sur le fardeau de la preuve propre à retenir une entrave significative à la concurrence.

En tout premier lieu, la Cour a souligné que dans le cadre de l'exercice d'un contrôle *ex ante* des concentrations, la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique, dès lors qu'elle se livre à des analyses éco-

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

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

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

39 RUGGIERO (n. 1).

40 Pour plus de références quant aux phases précédentes de la procédure: RUGGIERO (n. 1), p. 85 ss et 119 ss.

41 C-376/20 du 13 juillet 2023, *Commission/CK Telecoms UK Investments*.

42 M. BLAYNEY/J.-B. ROCHE, *Affaire CK Telecoms: la Cour de justice de l'Union européenne précise le standard de preuve requis de la Commission européenne en cas d'interdiction d'une opération de concentration*, Dalloz, 2023.

nomiques prospectives visant à déterminer la probabilité de certaines évolutions du marché pertinent dans un laps de temps prévisible<sup>43</sup>. Ainsi, ces analyses prospectives, présentant le plus souvent un caractère complexe, sont nécessairement plus incertaines que les analyses *ex post*<sup>44</sup>. De la sorte, l'analyse prospective nécessaire en matière de contrôle des concentrations, qui consiste à examiner en quoi une telle opération pourrait modifier les paramètres de la concurrence sur les marchés affectés afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective, requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir celui dont la probabilité est la plus forte. Dite analyse relève de la sorte de la marge d'appréciation en matière économique dont dispose la Commission, justifiant que le contrôle du Tribunal en matière d'opérations de concentration soit limité à la vérification de l'exactitude matérielle des faits et à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation<sup>45</sup>. En outre, la nature prospective de l'analyse économique que doit effectuer la Commission s'oppose à ce que cette institution, afin de démontrer qu'une concentration entraverait ou n'entraverait pas, de manière significative une concurrence effective, soit tenue de respecter un niveau de preuve particulièrement élevé<sup>46</sup>.

En conclusion et dans ces conditions, selon la CJUE, afin de déclarer qu'une opération de concentration est incompatible ou compatible avec le marché intérieur, il suffit que la Commission démontre, au moyen d'éléments suffisamment significatifs et concordants, qu'il est plus probable qu'improbable que la concentration concernée entraverait de manière significative une concurrence effective dans le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci<sup>47</sup>.

Ainsi, pour la Cour, si la Commission décide d'interdire une opération de concentration, elle doit opérer une balance des probabilités et non prouver l'existence d'une probabilité sérieuse d'entrave à une concurrence effective, comme l'avait exigé le Tribunal dans le cadre de la décision inférieure<sup>48</sup>.

## b) Important moteur de la concurrence

Dans le cadre de l'analyse d'un deuxième moyen, la Cour a précisé les conditions d'existence d'un important moteur de la concurrence et la prise en considération d'un tel effet dans une concentration.

La CJUE rappelle d'emblée que l'élimination d'un important moteur de la concurrence est, en principe, l'un des facteurs pouvant influencer sur la probabilité qu'une concentration entraîne des effets non coordonnés significatifs et qui permettent ainsi d'apprécier, notamment, si cette concentration entraînerait l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre<sup>49</sup>. Dans ce contexte, il convient de considérer que les exigences requises pour qualifier une entreprise d'important moteur de la concurrence ne devraient pas être de nature à exclure la possibilité, pour la Commission, de déclarer incompatible avec le marché intérieur des concentrations qui pourraient donner lieu à des effets non coordonnés si-

gnificatifs et, en conséquence, nuire de manière significative à une concurrence effective<sup>50</sup>. Il est constant que le contrôle des concentrations vise précisément à examiner en quoi une concentration pourrait modifier les facteurs déterminant l'état de la concurrence sur un marché donné, afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective, sans qu'il soit déterminant à cet égard qu'une entreprise relevant de ladite concentration soit une entreprise «particulièrement agressive» sur ce marché<sup>51</sup>. D'ailleurs, il ne saurait être exclu que, sur un marché oligopolistique donné, plusieurs entreprises puissent être qualifiées d'important moteur de la concurrence<sup>52</sup>. Enfin, le prix ne constitue souvent pas le seul paramètre important pour apprécier les dynamiques concurrentielles, notamment sur des marchés de produits différenciés où la qualité et l'innovation jouent un rôle primordial. Dès lors, serait nécessairement incomplète une approche exclusivement centrée sur les prix aux fins de la qualification d'une entreprise d'important moteur de la concurrence<sup>53</sup>.

En conséquence, la notion d'important moteur de la concurrence ne saurait être exclusivement appliquée à des entreprises qui se livrent à une concurrence particulièrement agressive en matière de prix et qui forceraient leurs concurrents sur le marché à s'aligner sur leurs prix ou à des entreprises dont la politique de prix serait susceptible de modifier de manière significative les dynamiques concurrentielles sur le marché concerné<sup>54</sup>. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que, pour qualifier une entreprise d'important moteur de la concurrence, il suffit bien plutôt qu'elle joue un rôle plus important dans le jeu de la concurrence que ne le laisseraient supposer ses parts de marché ou tout autre indicateur similaire<sup>55</sup>.

Aussi, la Cour a considéré que la Commission n'était pas tenue de démontrer que l'un des opérateurs concernés

43 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 82.

44 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 83.

45 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 84.

46 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 86.

47 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 87.

48 Symchowicz Weissberg Associés, Précisions sur le contrôle de l'interdiction d'une concentration par la Commission européenne, <[www.swavocats.com/precisions-sur-le-controle-de-linterdiction-dune-concentration-par-la-commission-europeenne/](http://www.swavocats.com/precisions-sur-le-controle-de-linterdiction-dune-concentration-par-la-commission-europeenne/)>, 10 octobre 2023.

49 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 160.

50 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 161.

51 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 162.

52 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 163.

53 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 165.

54 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 166.

55 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 167.

se livrait à une concurrence particulièrement agressive en termes de prix. Pour qualifier une entreprise d'important moteur de la concurrence, il suffit ainsi qu'elle joue un rôle important dans la dynamique concurrentielle<sup>56</sup>.

### c) De la proximité concurrentielle

Enfin, dans le cadre d'un moyen successif, la CJUE a repris les conditions nécessaires à la considération d'une proximité concurrentielle entre deux parties au marché, et la suppression de celle-ci du fait de l'opération.

La Cour a d'emblée rappelé que si la proximité de la concurrence entre les parties à une concentration est un indice important pour apprécier l'éventuelle élimination des fortes contraintes concurrentielles exercées entre elles, cette proximité n'est qu'un des facteurs permettant d'apprécier la probabilité qu'une opération de concentration entraînerait des effets non coordonnés<sup>57</sup>. À cet égard, sur un même marché en cause, les produits peuvent être différenciés de telle sorte que certains produits sont des substituts plus proches que d'autres et, 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 prix après la concentration. Dès lors, un degré de proximité de la concurrence plus élevé entre les parties à une opération de concentration peut constituer un indice qu'il est plus probable qu'improbable que celle-ci entravera de manière significative une concurrence effective dans le marché intérieur ou une partie significative de celui-ci, tandis qu'un degré moindre de proximité de la concurrence entre ces parties peut constituer un indice du contraire<sup>58</sup>.

Au vu de ce qui précède, la Cour déduit qu'exiger, aux fins de l'appréciation de la proximité de la concurrence entre les parties à une concentration, que celles-ci soient des concurrents «particulièrement proches» implique l'existence d'un très haut niveau de substituabilité entre les produits desdites parties sur un marché de produits différenciés. Or, un tel niveau de substituabilité n'est pas nécessairement requis. En effet, même lorsque la substituabilité entre les produits des parties à la concentration n'est pas particulièrement élevée, un niveau moindre de substituabilité peut également exister entre les produits de ces parties et ceux des entreprises extérieures à l'opération de concentration et engendrer des effets non coordonnés<sup>59</sup>. Dès lors, il ne saurait être conclu que seule une concentration entre des concurrents qui sont particulièrement proches pourrait entraver de manière significative une concurrence effective sur le marché concerné<sup>60</sup>.

Pour ce motif encore, la CJUE a écarté la décision du Tribunal en indiquant que celui-ci avait commis une erreur de droit en ce qu'il demandait de la Commission de démontrer que les parties à la concentration sont, non des simples concurrents proches, mais des concurrents «particulièrement proches»<sup>61</sup> afin de retenir la survenance d'effets non coordonnés ensuite de la concentration. Partant, la démonstration d'une concurrence particulière suffit pour l'autorité à atteindre le fardeau de la preuve requis d'elle.

### 3. Conclusions intermédiaires

Les enseignements de cet arrêt sont nombreux et viennent confirmer les critiques de la doctrine à l'endroit de la décision du Tribunal, laquelle sollicitait cette décision corrective<sup>62</sup>. On retiendra, principalement, que la Commission dispose d'une marge d'appréciation importante sous l'angle des retombées économiques, dans le cadre d'un contrôle des concentrations *ex ante*. Un tel système implique en outre uniquement des probabilités, la plus forte devant être retenue et la vraisemblance prépondérante devant suffire à l'appréciation des opérations par l'autorité. Ainsi, l'analyse économique que doit effectuer la Commission ne peut pas atteindre un niveau de preuve particulièrement élevé et proche de la certitude, se basant sur des éléments devenant survenir à futur et ne pouvant, par définition, être que supposés sur la base d'appréciations économiques fiables.

La Cour en déduit une simple nécessité pour la Commission de démontrer une plus grande probabilité d'entrave significative à une concurrence effective que l'absence de celle-ci, afin de remplir le fardeau de la preuve lui incombant<sup>63</sup>. En outre et dans un tel complexe, le contrôle du Tribunal doit être limité à la vérification de l'exactitude matérielle des faits et à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation<sup>64</sup>, sans s'étendre à la démonstration concrète d'une entrave, du fait de l'opération.

Enfin, les notions d'important moteur de la concurrence et de proximité concurrentielle sont précisées, les erreurs crasses d'appréciation du Tribunal corrigées et la teneur exacte de ces éléments essentiels du contrôle des concentrations revues. En ce sens, pour retenir la première, il suffit que l'entité joue un rôle plus important dans le jeu de la concurrence que ne le laisseraient supposer ses parts de marché ou tout autre indicateur<sup>65</sup> sans besoin de conditions supplémentaires ou d'œuvrer en qualité de *Maverick Firm*. Quant à la seconde, il n'est pas nécessaire pour la considérer comme remplie que les parties soient des concurrents «particulièrement proches» et qu'un très haut niveau de substituabilité entre leurs produits existe, la simple proximité concurrentielle devant suffire.

56 Symchowicz Weissberg Associés (n. 48).

57 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 187.

58 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 188.

59 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 190.

60 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 191.

61 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 192.

62 Voir tout particulièrement à cet effet RUGGIERO (n. 1), 119 ss et 130 ss.

63 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 87.

64 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 84.

65 C-376/20 du 13 juillet 2023, Commission/CK Telecoms UK Investments, consid. 167.

On comprend de ce qui précède que la Cour corrige les assomptions insoutenables du Tribunal. Ce dernier avait voulu un alourdissement du fardeau de la preuve imputable à la Commission et y avait en outre combiné des conditions supplémentaires nécessaires à retenir la survenance d'effets non coordonnés, augmentant les démonstrations attendues de l'autorité d'autant. Ces appréciations infondées sont désormais dûment écartées, en ce que l'autorité de la concurrence doit uniquement démontrer (1) une probabilité d'entrave significative à la concurrence plus élevée que l'absence de celle-ci afin de remplir le fardeau de la preuve lui incombant; soit une démonstration limitée à la vraisemblance prépondérante. Elle pourra en outre se contenter de (2) faire valoir le rôle plus important joué par une partie au marché que ne le laisse présager ses parts de marché pour prouver l'existence, respectivement la disparition, d'un important moteur de la concurrence et (3) n'aura pas besoin de démontrer le plus haut niveau de substituabilité de l'offre des parties à une opération, afin de retenir une proximité concurrentielle entre elles.

### III. Conclusions

Le contrôle des effets non coordonnés est en mouvement et viendra à se développer avec le temps et les décisions qui seront rendues en la matière, dans un futur proche. Les décisions refusant une concentration étant rares, chacune d'elle est vouée à jouer un rôle clé en la matière.

Quand bien même les récents développements ont permis d'affiner nos certitudes, les inconnues restent ma-

jeures à l'heure d'apprécier les effets unilatéraux découlant d'une opération. Ainsi, si des principes clés de la démonstration de ceux-ci peuvent être éternisés ce jour, les questions en suspens restent nombreuses et il convient de compter sur la doctrine et les autorités pour développer ces notions à suffisance. En effet, l'apparition de tels effets est vouée à s'accroître à l'avenir, les marchés oligopolistiques, propres à leur survenance, se trouvant exposés et les risques d'abus fréquents. Ainsi, la sécurité et la prévisibilité du droit recommandent la suite des développements connus ce jour.

En définitive, on retient que les autorités de la concurrence peuvent se contenter de démontrer la survenance d'effets non coordonnés sur la base d'une vraisemblance prépondérante, afin de dûment remplir le fardeau de la preuve leur incombant. L'existence d'un important moteur de la concurrence, respectivement d'une proximité concurrentielle, doit également faire l'objet d'une preuve allégée, ne nécessitant pas de démonstrations absolues, lesquelles réduiraient à néant l'essence même de ces dispositions, dans le cadre d'un contrôle *ex ante*.

On constate qu'une partie du chemin propre à l'éclaircissement du droit a été battue, mais également que la route à parcourir reste longue, tant les effets unilatéraux peuvent être nombreux, variés et leurs caractéristiques divergentes. Comme cela avait été le cas en matière d'effets coordonnés par le passé, il convient désormais de s'atteler de patience et, par le jeu de la pratique décisionnelle et de la littérature, œuvrer au développement et à la vulgarisation des effets non coordonnés, voués à jouer un rôle toujours plus important dans la pratique des autorités de la concurrence.

### Résumé

La présente contribution porte sur l'analyse des effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations européen, plus particulièrement sur les notions de proximité concurrentielle et de disparition d'un important moteur de la concurrence, ensuite d'une opération de concentration. Elle tend à poser des lignes directrices quant au fardeau de la preuve imputable aux autorités de la concurrence dans le cadre de leur contrôle *ex ante*, afin de pouvoir retenir la survenance de ces effets unilatéraux, et fait état des derniers développements décisionnels en la matière.

### Zusammenfassung

Dieser Beitrag analysiert die nicht-koordinierten Effekte in der europäischen Fusionskontrolle – insbesondere der Konzepte Wettbewerbsnähe und Wegfall eines wichtigen Wettbewerbsfaktors – als Folge einer Fusion. Er möchte Leitlinien in Bezug auf die Beweislast der Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer *Ex-ante*-Kontrolle aufstellen, um das Auftreten dieser unilateralen Effekte festhalten zu können, und zeigt die jüngsten Entwicklungen in der Entscheidungspraxis zu diesem Thema auf.