Tous droits réservés

DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

Séance 7 - La protection de la concurrence : la concentration d'entreprises

I. Le contrôle des concentrations d'entreprises en droit interne 3

A) La notion de concentration d'entreprises 3

1) La fusion d'entreprises 4

2) Le contrôle d'une entreprise par une autre 4

3) Création d'une entreprise commune 5

B) Le champ du contrôle des concentrations d'entreprises 5

C) Les modalités du contrôle des concentrations d'entreprises 6

1) Notification préalable obligatoire 6

2) Décision de l'Autorité de la concurrence 6

3) Sanctions 7

4) Contentieux des concentrations d'entreprises 8

II. Le contrôle des cocnentrations d'entreprises en droit de l'Union 8

A) Le champ de contrôle des concentrations d'entreprises 9

B) Les modalités du contrôle des concentrations d'entreprises 9

La libre concurrence présente de nombreux avantages.

Sur un marché concurrentiel, les entreprises mises en concurrence sont encouragées à **revoir leur prix et à proposer les prix les plus attractifs aux consommateurs**. Cela a pour conséquence d'attirer de nouveaux clients qui n'achetaient pas auparavant et donc de démocratiser le marché.

De plus, les entreprises sont incitées à **améliorer la qualité des produits et services** qu'elles proposent et **à garantir un bon rapport qualité/prix** si elles veulent rester dans la course.

Enfin, la libre concurrence pousse les entreprises à **se dépasser en termes d'innovation et de performances (**conception des produits, techniques de prod, services après-vente, etc.).

Attention : Pour autant, libre concurrence et liberté des prix ne signifie pas « libéralisme à tout prix » ou « libéralisme sauvage ». Comme toute liberté, la liberté de marché doit être encadrée pour éviter tout abus de la part des opérateurs économiques privés.

Lorsqu'un marché voit le nombre de ses acteurs diminuer au profit d'un petit nombre d'acteurs économiques importants, on parle de **marché concentré**. La concurrence se joue alors entre une petite poignée d'acteurs.

Au contraire, lorsqu'un marché voit le nombre de ses acteurs se multiplier, on parle de **marché éclaté ou atomistique** (comme un atome).

Le marché concentré peut présenter plusieurs dangers :

La situation de quasi-monopole des entreprises dominantes créé un marché écrasé et peut les inciter à augmenter leurs prix.

La situation peut aussi les freiner dans leur recherche à l'innovation puisqu'elles dominent le marché et n'ont pas besoin de se dépasser pour se démarquer de leurs concurrents.

Des entreprises dominantes dans un secteur particulier peuvent décider de s'allier, plutôt que de se concurrencer loyalement. Ces comportements, qui se distinguent des pratiques anticoncurrentielles et notamment de l'entente illicite (cf. séance 8), doivent donc être contrôlés par les autorités de concurrence avant qu'ils n'affectent le marché. Pour ce faire, il faut distinguer le contrôle des concentrations d'entreprises en droit interne **(I)** et en droit de l'Union **(II)**.

I. Le contrôle des concentrations d'entreprises en droit interne

Étudier le contrôle des concentrations d'entreprises en droit interne nécessite d'approfondir :

- La notion de concentration d'entreprises **(A)**.
- Le champ du contrôle **(B)**.
- Les modalités du contrôle **(C)**.

A) La notion de concentration d'entreprises

Le droit français relatif aux concentrations d'entreprises a été refondu par **la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (loi NRE)**. La finalité de la réforme tient au rapprochement du mécanisme de contrôle national des concentrations avec le système du droit de l'Union et tend à une meilleure transparence de la procédure.

En vertu de **l'article L430-1 alinéa I et II du Code de commerce**, **une opération de concentration est retenue alternativement dans trois cas distincts.**

1) La fusion d'entreprises

Le premier cas de concentration apparaît lorsque **deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent**.

2) Le contrôle d'une entreprise par une autre

Le deuxième cas de concentration est retenu **lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins** ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, **le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises**.

Dans ce second cas, **l'article L430-1 alinéa III** dispose que

> « le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une **influence déterminante** sur l'activité d'une entreprise (des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens de l'entreprise / des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes de l'entreprise) ».

Attention : **La notion d'influence déterminante est une notion délicate à appréhender et doit être appréciée *in concreto*, grâce à un faisceau d'indices.**

Le Conseil d'Etat a considéré que seule une autonomie totale de l'entreprise en cause permettait d'écarter l'influence déterminante exercée sur elle : **CE, 27 juin 2007, *Société Métropole Télévision***. Ainsi, même une participation très basse d'une ou plusieurs personnes peut permettre d'exercer une influence déterminante sur une entreprise (minorité de blocage, pacte d'actionnaires minoritaires, etc.).

3) Création d'une entreprise commune

Le troisième cas de concentration est celui de la création d'une **entreprise commune** accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

> **Attention :** **La notion d'entreprise commune permet donc de distinguer la notion de concentration d'entreprises de celui d'entente illicite entre entreprises (où plusieurs entreprises différentes agissent à leur profit, cf. séance 8).**

B) Le champ du contrôle des concentrations d'entreprises

> **À retenir :** **Seules les opérations de concentration les plus importantes, c'est-à-dire présumées comporter un risque d'atteinte à la concurrence, sont contrôlées. Cela se traduit alors en droit français par des seuils minimum. Ces seuils ont pour objectif de limiter le nombre de contrôle, pour les ramener à environ 300/an.**

Sous l'inspiration du droit de l'Union, **l'article L430-2 du Code de commerce** exige ainsi **la réunion de trois conditions cumulatives pour déterminer si une opération de concentration doit être contrôlée :**

- Le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises parties à la concentration doit être **supérieur à 150 millions d'euros**.

- Le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises concernées doit être **supérieur à 50 millions d'euros**.

- L'opération **ne doit pas entrer pas dans le champ d'application du règlement du 20 janvier 2004** relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, car il y a alors compétence exclusive des institutions de l'Union (cf. *infra*).

C) Les modalités du contrôle des concentrations d'entreprises

1) Notification préalable obligatoire

Toute opération de concentration remplissant les conditions de l'**article L430-2 du Code de commerce** est soumise à contrôle. Il s'agit d'un **contrôle obligatoire réalisée depuis 2008 par l'Autorité de la concurrence** (avant c'était par le Ministère de l'Economie). De plus, il s'agit d'un **contrôle *a priori*** puisque l'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation.

La notification préalable est opérée **par les personnes qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise**, sous peine de sanction pécuniaire (cas 2). Toutefois, dans le cadre d'une fusion d'entreprise ou d'une création d'entreprise commune (cas 1 et 3), cette obligation incombe **à toutes les parties concernées**, qui notifient conjointement.

Dans tous les cas, l'**article L430-3 du Code de commerce** prévoit que la notification intervient dès lors que les parties concernées sont en mesure de **présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier**. Dès réception de la notification, un communiqué est publié par l'Autorité de la concurrence pour plus de transparence.

2) Décision de l'Autorité de la concurrence

À retenir : **L'Autorité de la concurrence doit se prononcer sur l'opération de concentration dans les 25 jours à compter de la date de réception de la notification complète (délai bref).**

Attention : **Le délai peut être prolongé de 15 jours si les parties proposent des engagements visant à remédier aux éventuels effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration (cession d'actifs,**

> **limitation de la publicité, etc.). Ces engagements sont contenus dans la notification ou peuvent être formulés à tout moment dans les 25 jours ouvrés.**

L'Autorité de la concurrence a alors trois solutions :

- Constater par avis motivé que l'opération ne rentre pas dans le champ des concentrations.

- Autoriser l'opération de concentration, en obligeant le cas échéant à la réalisation des engagements pris par les parties.

- Engager un examen approfondi car il existe selon elle un doute sérieux sur l'atteinte à la concurrence portée par l'opération de concentration (risque d'abus de position dominante, etc.).

Dans cette dernière hypothèse, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans les **65 jours** : soit interdisant l'opération, soit autorisant l'opération simplement ou avec obligation faite aux parties de respecter leurs engagements, soit autorisant l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante.

> **Attention : A noter que l'Autorité de la concurrence qui a autorisé une opération de concentration peut toujours retirer cette autorisation en cas de non-respect de la concurrence par la suite.**

3) Sanctions

Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont obligatoires sous peine de sanctions en vertu de l'**article L430-8 du Code de commerce** :

Si l'opération de concentration a été réalisée sans notification à l'Autorité de la concurrence, celle-ci **enjoint sous astreinte la notification**, dans la limite de 3 millions d'euros pour une personne physique et de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques

ont été mises en œuvre pour une entreprise. Sans notification, même sous astreinte, la situation revient à son état antérieur avant la concentration. Des sanctions pécuniaires peuvent éventuellement être ajoutées.

Si l'opération de concentration a été notifiée **mais a été réalisée sans autorisation à l'Autorité de la concurrence**, celle-ci peut infliger une sanction pécuniaire aux personnes ayant procédé à la notification. Il en est de même en cas de notification erronée ou incomplète.

Si l'opération de concentration a été notifiée et autorisée par l'Autorité de la concurrence sous conditions pour les personnes concernées de respecter leurs engagements en matière de concurrence et que **ces engagements ne sont pas exécutés**, celle-ci peut soit retirer sa décision d'autorisation de la concentration, soit enjoindre la réalisation des engagements sous astreinte. Des sanctions pécuniaires peuvent éventuellement être ajoutées.

4) Contentieux des concentrations d'entreprises

Toute personne ayant intérêt à agir (client, concurrent, etc.) peut contester une décision relative à l'opération de concentration **dans les 2 mois devant le juge administratif**.

Attention : Le Conseil d'État statue alors en premier et dernier ressort.

II. Le contrôle des concentrations d'entreprises en droit de l'Union

La notion de concentration d'entreprises est la même en droit de l'Union qu'en droit interne (fusion, contrôle d'une entreprise sur une autre ou création d'une entreprise commune) puisque le droit de l'Union a inspiré les droits nationaux.

Toutefois, ce qui change par rapport à notre droit national, c'est le champ du contrôle des concentrations d'entreprises **(A)** et les modalités de ce contrôle **(B)**. Il faut alors se référer au **règlement européen du 20 janvier 2004.**

A) Le champ de contrôle des concentrations d'entreprises

Sont soumis au contrôle du droit de l'Union, les opérations de concentration citées à l'article L430-2 du code de commerce et **qui réalisent un chiffre d'affaires, mondial hors taxes, supérieur à 5 milliards d'euros et à condition que le chiffre d'affaires réalisé sur le territoire de l'Union par deux entreprises concernées par la concentration soit supérieur à 250 millions d'euros**.

Attention : La seule exception à ce second critère (chiffre d'affaires réalisé sur le territoire de l'Union par deux entreprises qui est supérieur à 250 millions d'euros) est la situation où chaque entreprise de la concentration réalise plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'Union européenne à l'intérieur d'un seul État. Dans ce cas, l'exigence des 250 millions d'euros tombe.

B) Les modalités du contrôle des concentrations d'entreprises

Le contrôle est effectué par la **Commission européenne**. De la même manière qu'en droit français, une notification préalable du projet de concentration est obligatoire auprès de la commission.

Elle a trois solutions qu'elle rend dans les 25 jours de la notification :

- Constater par avis motivé que l'opération ne rentre pas dans le champ des concentrations.

- Autoriser l'opération de concentration, en obligeant le cas échéant à la réalisation des engagements pris par les parties : décision déclarant la concentration « compatible avec le marché commun ».

- Engager un examen approfondi car il existe selon elle un doute sérieux sur l'atteinte à la concurrence au sein du marché commun portée par l'opération de concentration (risque d'abus de position dominante, etc.).