

Le domaine du contrôle des concentrations d'entreprises en droit de la concurrence

ZOUAÏMIA Rachid⁽¹⁾

⁽¹⁾ Professeur, Faculté de droit et des sciences politiques, membre du Laboratoire de recherche sur l'effectivité de la norme juridique, Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

Email : rachidzr@yahoo.fr

Résumé :

Le droit de la concurrence s'attache à prévenir et à réprimer les multiples pratiques ne relevant pas d'une compétition par les mérites. Si la législation sanctionne les pratiques restrictives de concurrence, comme les ententes illicites ou les abus de domination, tel n'est pas le cas des opérations de concentration d'entreprises qui sont seulement soumises à un contrôle destiné à s'assurer que de telles opérations n'aboutissent à l'institution de monopoles de fait.

Tandis qu'en matière d'ententes et de pratiques abusives les comportements délictueux des entreprises sont sanctionnés *ex post*, le contrôle des opérations de concentration permet de se prononcer *ex ante* sur ce que serait l'état de la concurrence si l'opération projetée venait à être mise en œuvre. En d'autres termes, le contrôle des concentrations est prospectif et préventif, alors que le contrôle des comportements est rétrospectif et répressif.

Mots clés :

Monopole, fusion, concentration, entreprise, concurrence, contrôle.

Date de soumission : 24/08/2020, Date d'acceptation : 29/11/2020, Date de publication : 31/12/2020

Pour citer l'article :

ZOUAÏMIA Rachid, "Le domaine du contrôle des concentrations d'entreprises en droit de la concurrence", RARJ, Vol 11, n° 04, 2020, pp.600-623.

Disponible sur : <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

L'auteur correspondant : ZOUAÏMIA Rachid, rachidzr@yahoo.fr

مجال مراقبة عمليات تجميع المؤسسات في قانون المنافسة

الملخص:

يسعى قانون المنافسة إلى منع وقمع الممارسات المتعددة التي لا تخضع للمنافسة على أساس الاستحقاق وإذا كان التشريع يفرض جزاءات على الممارسات المقيدة للمنافسة، مثل الاتفاقات المحظورة أو التعسف في الهيمنة، فإن ذلك لا ينطبق على عمليات تجميع المؤسسات التي تخضع فقط للمراقبة لضمان ألا تؤدي إلى إنشاء احتكارات فعلية.

في حين يعاقب السلوك الإجرامي للمؤسسات بعد حدوثه فيما يتعلق بالاتفاقات والممارسات التعسفية، فإن مراقبة عمليات تجميع المؤسسات، قبل تحقيقها، تسمح بالتنبؤ بشأن حالة المنافسة إذا ما تم تنفيذ العملية المقترحة. بعبارة أخرى، فإن مراقبة عمليات التجميع أمر تطلعي ووقائي، في حين أن مراقبة السلوك أمر ارتجاعي وقمعي.

الكلمات المفتاحية:

احتكار، اندماج، تجميع، مراقبة، منافسة، مؤسسة.

The Field of the Company Merger Control in Competition Law

Summary :

Competition law seeks to prevent and suppress the multiple practices that do not come under competition on the basis of merit. If the legislation sanctions restrictive practices of competition, such as illicit cartels or abuse of dominance, This is not the case for concentrations of undertakings which are only subject to control to ensure that such operations lead to the establishment of de facto monopolies.

Whereas, as regards cartels and abusive practices, companies' criminal behaviour is punished *ex post*, the control of the concentration makes it possible to express an *ex ante* opinion on what the state of competition would be if the proposed operation were to be implemented. In other words, merger control is prospective and preventive, while behaviour control is retrospective and repressive.

Keywords:

Competition, concentration, control, enterprise, merger, monopoly.

Introduction

A première vue, les opérations de concentration doivent être perçues comme un moyen permettant aux entreprises d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économique, qui peuvent se répercuter positivement sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs par des prix plus bas, une amélioration de la qualité des produits, ou un élargissement du choix qui leur est offert. En conséquence, elles devraient « être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie (...), à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie »¹.

Cependant, lorsqu'une opération de concentration entrave de manière significative le libre jeu de la concurrence, ce bénéfice attendu pour les consommateurs n'est pas garanti. C'est pourquoi, partant du principe que certaines opérations de croissance externe sont susceptibles de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché et donc d'affecter sensiblement le jeu des forces du marché, le droit de la concurrence de la plupart des pays industrialisés a progressivement intégré dans ses domaines d'intervention le contrôle des opérations de concentration, soit toutes les opérations ayant en commun d'affecter les structures de marché : il s'agit des fusions, acquisitions, transferts d'actifs, prises de contrôle et créations de filiales communes.

« Ce contrôle n'a pas vocation à protéger les intérêts particuliers de concurrents mais de veiller à ce que la concurrence reste suffisante pour que le bien-être des consommateurs ne soit pas atteint. Le contrôle des concentrations s'inscrit dans le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie : les restrictions qu'il impose à cette liberté doivent rester limitées et proportionnées »².

Tandis qu'en matière d'ententes et de pratiques abusives les comportements délictueux des entreprises sont sanctionnés *ex post*, le contrôle des opérations de concentration permet de se prononcer *ex ante* sur ce que serait l'état de la concurrence si l'opération projetée venait à être mise en œuvre. En d'autres termes, le contrôle des concentrations est prospectif et préventif, alors que le contrôle des comportements est rétrospectif et répressif³.

Le droit de la concurrence s'attache à prévenir et à réprimer les multiples pratiques ne relevant pas d'une compétition par les mérites. Si la législation sanctionne les pratiques restrictives de concurrence, comme les ententes illicites, les

1 Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE, n° L. 024 du 29 janvier 2004 pp. 0001 – 0022.

2 Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2013, p. 6, www.autoritedelaconcurrence.fr/. Remplacées par Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/Lignes_directrices_concentrations_2020.pdf

3 ENCAOUA David et GUESNERIE Roger (éds), Politiques de la concurrence, Conseil d'Analyse économique, La Documentation française, Paris, 2006, p. 93.

abus de domination, les pratiques de prix abusivement bas ou encore les pratiques exclusives, tel n'est pas le cas des opérations de concentration d'entreprises qui sont seulement soumises à un contrôle destiné à s'assurer que de telles opérations n'aboutissent à l'institution de monopoles de fait.

I – Le contenu de la notion de concentration d'entreprises

Conformément aux dispositions de l'article 11 de l'ordonnance de 1995, « Tout projet de concentration ou toute concentration résultant de tout acte quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'un agent économique et qui a pour objet de permettre à un agent économique de contrôler ou d'exercer sur un autre agent économique une influence déterminante de nature à porter atteinte à la concurrence en renforçant notamment sa position dominante sur un marché, doit être soumis par ses auteurs au conseil de la concurrence, qui prend une décision dans un délai de trois mois »⁴.

A l'occasion de la refonte de la législation ayant trait à la concurrence, le législateur abandonne une telle approche pour s'inspirer de la nouvelle rédaction des dispositions législatives contenues dans le Code de commerce français. Aux termes de l'article 15 de l'ordonnance de 2003⁵, « une concentration est réalisée lorsque :

- 1 — deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent,
- 2 — une ou plusieurs personnes physiques détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou bien, une ou plusieurs entreprises, acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou par tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises.
- 3 — la création d'une entreprise commune accomplissant, d'une manière durable, toutes les fonctions d'une entité économique autonome »⁶.

Les dispositions de l'ordonnance de 2003 sont applicables à trois types d'opérations : les fusions, l'acquisition du contrôle et la création d'une entreprise commune.

A – La figure de la fusion d'entreprises

Aux termes de l'article 15 de l'ordonnance, le législateur vise des entreprises et non des sociétés, ce qui signifie que les dispositions en cause s'appliquent indépendamment des structures juridiques. On entend par « entreprise », au sens du droit de la concurrence, toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement. Quant à

4 Ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, JORA n° 09 du 22 février 1995 (abrogée).

5 Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, JORA n° 43 du 20 juillet 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, JORA n° 36 du 2 juillet 2008, modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 août 2010, JORA n° 46 du 18 août 2010.

6 La rédaction du paragraphe 3 de l'article 15 n'est pas correcte. L'expression « constitue une concentration au sens du présent article » aurait dû figurer en fin de paragraphe.

l'activité économique, elle est entendue au sens large comme toute activité qui consiste à offrir des biens et des services sur le marché.

Une opération de concentration se trouve réalisée, lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent et ce, quels que soient les montages juridiques retenus.

Elle peut porter sur l'ensemble d'une ou plusieurs entreprises, mais également sur des éléments d'actifs constituant une partie d'une entreprise, comme, à titre d'exemple, des brevets ou des marques, dès l'instant où ces éléments d'actifs constituent une activité se traduisant par une présence sur un marché à laquelle on peut aisément rattacher un chiffre d'affaires.

Au sens de l'article précité, il a fusion dans deux cas de figure :

- D'abord, il y a fusion par voie de création d'une nouvelle entité : ici, les entreprises existantes disparaissent au profit d'une nouvelle entité qui les absorbe. Dans le cas de sociétés commerciales, les personnes morales cessent d'exister, leurs patrimoines ainsi que leurs activités sont transférés à la nouvelle société. Les actionnaires des sociétés dissoutes reçoivent des actions de la nouvelle société.
- En second lieu, il y a fusion par absorption : dans cette hypothèse, l'une des entités est absorbée par une autre qui hérite de son patrimoine.

Il y a lieu d'ajouter que certaines fusions, que l'on qualifie de fusions de fait, sont également soumises au droit des concentrations lorsqu'elles se traduisent par « la réunion d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique. L'existence d'une gestion économique unique et durable est une condition nécessaire pour déterminer si l'on est en présence d'une telle concentration. Pour le déterminer, l'Autorité prend en considération toutes les circonstances de droit et de fait permettant de qualifier l'opération. Elle peut, de plus, tenir compte dans son appréciation de différents facteurs tels que l'existence de participations croisées, la compensation des profits et des pertes entre les entreprises réunies par l'opération, la répartition des recettes entre les différentes entités, ou leur responsabilité solidaire »⁷.

En outre, il n'y a fusion que si les entreprises concernées sont indépendantes. Il s'ensuit tout logiquement que lorsqu'il y a fusion entre deux entités dont l'une contrôle l'autre, le dispositif relatif aux concentrations demeure inapplicable dans la mesure où l'opération est considérée comme une restructuration du groupe.

B – L'érection d'une entreprise commune

« La création d'une entreprise commune accomplissant, d'une manière durable, toutes les fonctions d'une entité économique autonome » constitue une opération de concentration au sens du droit de la concurrence. Dans ce cas de figure, et en l'absence d'une opération de concentration au sens juridique, deux entreprises décident de mettre des moyens en commun pour l'exercice d'une activité économique

⁷ Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020, op. cit. p. 14.

en conservant chacune sa personnalité juridique propre. La concentration est établie sur une base contractuelle qui définit la combinaison des activités des entreprises antérieurement indépendantes. Pour que les dispositions relatives à la concentration d'entreprises soient applicables, encore faut-il que le nouvel ensemble économique accomplisse les fonctions d'une entité économique autonome.

- Le contrôle de l'entité : l'entreprise doit être « commune », ce qui signifie qu'elle doit être contrôlée conjointement par deux ou plusieurs entreprises.

- L'entreprise doit fonctionner de manière durable : à titre d'exemple, une entreprise « constituée uniquement pour la construction d'un important ouvrage n'est pas une entreprise de plein exercice »⁸.

- L'entreprise doit accomplir toutes les fonctions d'une entité économique autonome : la notion d'autonomie qui confère à la structure la qualité d'entreprise de plein exercice, doit être entendue dans un sens fonctionnel. En effet, comme l'a explicité la Commission européenne, « Le fait qu'une entreprise commune puisse être une entreprise de plein exercice et donc, du point de vue fonctionnel, économiquement autonome ne signifie pas qu'elle jouisse d'une autonomie en ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques. Dans le cas contraire, une entreprise contrôlée en commun ne pourrait jamais être considérée comme une entreprise commune de plein exercice et, en conséquence, la condition énoncée à l'article 3, paragraphe 4, ne serait jamais remplie. Il suffit dès lors, pour le critère de plein exercice, que l'entreprise commune soit autonome sur le plan fonctionnel »⁹.

A titre d'exemple, dans une décision relative à la centrale d'achat Opéra, filiale commune de Casino, Perrachon et Cora, le Conseil d'Etat français a considéré que ladite centrale ne remplissait pas les conditions d'une entreprise économique autonome : « considérant qu'une filiale commune à plusieurs entreprises ne peut être regardée comme une concentration au sens des dispositions précitées (de l'article 39 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) que si elle assure de manière durable toutes les fonctions d'une entité autonome ; que le ministre n'a, par suite, commis aucune erreur de droit en se fondant sur le motif que la société Opéra n'était pas autonome de ses maisons-mères dans son fonctionnement quotidien pour conclure que la création de cette société ne constituait pas une concentration ;

Si la société Opéra a pour rôle essentiel d'effectuer le référencement des fournisseurs de ses maisons-mères pour une gamme importante de produits et de négocier les conditions d'achat avec les producteurs ainsi référencés, les décisions d'achat continueront à être prises par les maisons-mères et leurs filiales, qui restent présentes en tant qu'acheteurs sur le marché de l'approvisionnement en produits de grande distribution ; que la société Opéra doit négocier les délais de règlement par

⁸DECOCQ André, DECOCQ Georges, Droit de la concurrence, LGDJ, 3^{ème} édition, Paris, 2008, p. 205. Voir également, MALAURIE-VIGNAL Marie, Droit de la concurrence interne et européen, 8^e édition, Sirey, Paris, 2019, p. 316.

⁹ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, § 93, JOUE, 21 février 2009.

référence aux pratiques antérieures de ses maisons-mères et ne peut accorder d'escomptes de paiement qu'avec leur accord ; que si la société Opéra est chargée d'acheter en propre certains produits afin de les revendre à ses mandants, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette activité, qui ne porte que sur une part très faible des achats des maisons-mères et de leurs filiales, suffise à lui conférer le caractère d'une entité économique autonome ; qu'il suit de là qu'en estimant que la société Opéra n'avait pas, dans son fonctionnement quotidien, un caractère d'autonomie suffisant pour que sa création puisse être regardée comme une concentration, le ministre n'a pas entaché sa décision d'une inexacte qualification des faits de l'espèce »¹⁰.

Par ailleurs, la notion d'autonomie implique que l'entreprise soit dotée de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché et notamment « de tous les éléments structurels nécessaires au fonctionnement de sociétés autonomes (ressources humaines, budget, responsabilité commerciale) »¹¹. Elle peut se voir transférer par les maisons mères les moyens nécessaires à l'exercice de son activité « notamment en matière de personnels et d'actifs incorporels (marques...) »¹² ou encore bénéficier de « leur expertise dans le domaine de la conception, de la fabrication et de la commercialisation (...) par transfert de l'ensemble de leurs activités dans ce secteur, des contrats, des salariés ainsi que tous les droits nécessaires à l'exercice de l'activité »¹³.

Enfin, une entreprise de plein exercice doit pouvoir exercer toutes les fonctions d'une entité économique autonome : elle doit, à ce titre, exercer sur un marché les fonctions qui échoient habituellement aux entreprises intervenant sur le même marché. Il en résulte qu'elle doit exercer des activités au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés mères.

Ainsi, « Une entreprise commune n'est pas "de plein exercice" lorsqu' elle ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économiques de ses sociétés mères, sans disposer de son propre accès au marché ou être elle-même présente sur le marché. C'est le cas, par exemple, des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production. Ces entreprises communes jouent un rôle d'auxiliaire pour les activités économiques de leurs sociétés mères. Tel est aussi le cas de l'entreprise commune dont l'activité principale est de distribuer ou de vendre les produits de ses sociétés mères, agissant, dès lors,

10 CE, 31 mai 2000, Société CORA, <https://www.conseil-etat.fr/>

11 Lettre C2007-14 du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 13 novembre 2007 aux conseils de la société CCIP, relative à une concentration dans le secteur de l'organisation de foires et salons, BOCCRF, n° 9 bis du 6 décembre 2007.

12 Lettre C2007-19 du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 10 septembre 2007, aux conseils des sociétés Spir et Schibsted, relative à une concentration dans le secteur des petites annonces, BOCCRF, n° 8 bis du 26 octobre 2007.

13 Lettre C2007-18 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 6 avril 2007, aux conseils des sociétés FCPR Astorg III et Safeguard International Fund LP, relative à une concentration dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation des fours industriels destinés au traitement des combustibles nucléaires, BOCCRF, n° 6 bis du 28 juin 2007.

essentiellement comme un comptoir de vente. Toutefois, le fait qu'une entreprise commune utilise le réseau de distribution ou les points de vente d'une ou de plusieurs de ses sociétés mères ne remet normalement pas en cause son caractère "de plein exercice", dès lors que les sociétés mères agissent uniquement comme intermédiaires pour son compte »¹⁴.

Au plan pratique, il est difficile d'apprécier avec certitude si la création de la filiale commune répond à des besoins réels, comme la réduction des coûts, ou camoufle des pratiques restrictives comme la répartition des marchés. En simplifiant à l'excès, on peut dire que l'élément essentiel dans l'analyse doit être tiré de l'activité concrète de l'entreprise. Si l'activité qu'elle exerce est faible, la filiale apparaît comme ayant une activité restrictive de concurrence en ce que son but est de coordonner les comportements des structures qui l'ont créée. Par contre, lorsque la filiale commune exerce une véritable activité économique, elle échappera aux poursuites fondées sur le droit des ententes¹⁵.

C – La concentration par voies de prise de contrôle

L'article 15-2 de l'ordonnance précise qu'une concentration est réalisée lorsque « une ou plusieurs personnes physiques détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou bien, une ou plusieurs entreprises, acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou par tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises ». Quant à l'article 16, il explicite en ces termes la notion de contrôle : « Le contrôle visé au point 2 de l'article 15 ci-dessus, découle des droits des 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 et durable sur l'activité d'une entreprise et notamment :

- 1 — des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- 2 — des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

Les notions de contrôle et d'influence déterminante sont décisives pour qualifier une concentration par voie de contrôle.

1 - Le contenu de la notion de contrôle

Une entreprise est contrôlée par une autre entreprise lorsqu'elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise contrôlée.

14 Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, § 95.

15 Voir, RANDOUX Dominique, « Le choix de la structure de la filiale commune en fonction du droit français de la concurrence », in Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence, LGDJ, Paris, 1993, p. 104.

On mesure là l'importance d'un tel élément : en effet, il n'est pas nécessaire que l'entreprise qui réalise une concentration prenne le contrôle sur l'entreprise cible selon le sens donné à la notion de contrôle dans le Code de commerce et les dispositions ayant trait au droit des sociétés. Il suffit en effet de démontrer que l'opération projetée confère à son bénéficiaire une influence déterminante.

C'est donc à la notion de pouvoir que l'on doit s'attacher pour apprécier l'intensité du contrôle. A titre d'exemple, une simple prise de participation de l'ordre de 15% pourra être considérée comme une opération de concentration lorsqu'elle permet à l'actionnaire d'exercer une influence déterminante sur les choix de gestion de l'entreprise. Une telle hypothèse peut être vérifiée dans le cas des sociétés qui connaissent une large diffusion des titres dans le public. L'absentéisme des petits actionnaires permet en effet aux détenteurs d'une faible participation au capital d'exercer le contrôle économique de la société.

Le contrôle peut être acquis par une entreprise agissant seule : il est dit être exclusif. Il peut être également acquis par plusieurs entreprises associées : il est dit conjoint.

- Dans le cas d'un contrôle exclusif, une seule entreprise exerce une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Le contrôle exclusif résulte soit de la détention par l'entreprise du pouvoir de déterminer la stratégie de l'autre entreprise, soit de la détention d'actions lui permettant de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise.

- Dans le cas d'un contrôle conjoint, deux ou plusieurs entreprises se partagent les prérogatives de l'exercice d'une influence déterminante sur l'activité d'une autre entreprise. Dans ce cas de figure, les droits de vote de l'entreprise contrôlée sont répartis de manière paritaire. Toutefois la parité n'est pas une condition nécessaire. Dans certains cas, et en l'absence de parité, il y a néanmoins contrôle conjoint en ce que l'une des deux entreprises est en mesure de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise.

2 – La notion d'influence déterminante

L'exercice d'une influence déterminante est habituellement conféré à un actionnaire majoritaire. Dans d'autres circonstances, un actionnaire minoritaire exerce de fait une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise et ce, par le biais des relations contractuelles ou d'autres moyens.

a- Les droits conférés aux actionnaires : La question de l'influence déterminante ne se pose pas lorsqu'on est en présence d'un actionnaire majoritaire qui bénéficie d'une majorité des droits de vote. Toutefois, un actionnaire minoritaire est en mesure d'exercer une influence déterminante sur la stratégie de l'entreprise dans certaines situations particulières. Il en est ainsi lorsque lui sont reconnues certaines prérogatives telles la nomination des dirigeants de l'entreprise, un droit de veto sur des questions stratégiques comme les investissements, les plans stratégiques de l'entreprise. Dans d'autres cas, l'actionnaire minoritaire exerce une influence

déterminante en raison de la dispersion de l'actionnariat comme dans la situation où les titres sont largement diffusés dans le public et où l'absentéisme est relativement courant.

A titre d'exemple, en 2006, la société SNCF Participations (SNCF) filiale du groupe SNCF, a acquis des titres dans la société Novatrans auprès de sept actionnaires qui représentaient ensemble un peu plus de 10% du capital, augmentant ainsi sa participation au capital de la société de 38,63 % à 49,02 % et ce, sans avoir procédé à la notification préalable de l'opération.

Le ministre de l'économie a infligé une sanction pécuniaire à l'entreprise pour violation des dispositions législatives ayant trait aux opérations de concentration mises en œuvre sans notification préalable. Il devait déclarer qu'un actionnaire minoritaire pouvait détenir un contrôle exclusif de fait. « Dès lors qu'un actionnaire minoritaire est certain d'obtenir la majorité à l'assemblée générale au vu de la participation et de la présence des actionnaires aux assemblées générales dans les années antérieures, il doit être considéré comme exerçant une influence déterminante ». En l'espèce, le ministre constate que SNCF était quasiment certaine de pouvoir prendre seule des décisions lors des assemblées générales, ce qui permettait d'en déduire qu'elle contrôlait la société Novatrans. Pour cela, le ministre relève le poids respectif de SNCF et des autres actionnaires dans le mécanisme décisionnel au sein de Novatrans. Il a ainsi pu constater que le taux de mobilisation (c'est-à-dire, le nombre de voix nécessaires pour que les autres actionnaires obtiennent la majorité, rapporté aux voix dont disposent ces actionnaires) avoisinait en 2007 les 96,2%. Cela signifiait donc que les autres actionnaires de la société Novatrans constituaient un contrepoids relativement faible face à SNCF car ils n'avaient quasiment aucune chance de lui faire barrage. Leur vote était par ailleurs très dilué ce qui diminuait d'autant, leur poids au sein des assemblées générales¹⁶.

b - Les relations contractuelles : En vertu des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance de 2003, le contrôle peut découler des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise. En règle générale, les rapports contractuels ne peuvent en toute logique déterminer la stratégie de l'entreprise. Toutefois, dans certaines situations particulières, les relations contractuelles peuvent être décisives en ce qu'elles permettent d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise.

A titre d'exemple, dans sa communication consolidée, la Commission européenne indique que « La prise de contrôle peut également être réalisée sur une base contractuelle. Afin de conférer un contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée

16 TAILLANDIER Guillaume, DOUTEAUD Mélanie, « Participation minoritaire et acquisition de contrôle », La Revue Squire Sanders, 25 avril 2008, <https://larevue.ssd.com/>

extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels). Seul ce type de contrat peut induire une modification structurelle du marché. Des exemples de tels contrats sont les contrats organisationnels conclus en vertu du droit national des sociétés ou d'autres types de contrats, revêtant par exemple la forme de convention de location-gérance des activités, par lesquels l'acquéreur acquiert le contrôle de la gestion et des ressources en dépit du fait que les droits de propriété ou les actions ne sont pas transférés. L'article 3, paragraphe 2, point a), précise, à cet égard, que le contrôle peut également être constitué par un droit de jouissance sur les éléments d'actifs d'une entreprise. Ces contrats peuvent également déboucher sur un contrôle en commun dès lors que le propriétaire des éléments d'actifs et l'entreprise en contrôlant la gestion bénéficient de droits de veto permettant de bloquer les décisions commerciales stratégiques »¹⁷.

c - Autres moyens : L'article 16 de l'ordonnance de 2003 précise enfin que le contrôle découle également d'autres moyens qui peuvent conférer « la possibilité d'exercer une influence déterminante et durable sur l'activité d'une entreprise » et ce, sans autre précision.

Si l'on se réfère au droit comparé, force est de constater que divers moyens sont en effet susceptibles de conférer un tel contrôle.

A titre d'exemple, le Conseil français de la concurrence relève, dans un avis du 15 octobre 1991, qu'une entreprise, en l'occurrence Gillette, exerçait une influence déterminante sur Eemland Holding NV. Celle-ci « était en dépendance financière vis-à-vis de Gillette qui, en tant que prêteur, apportait des capitaux représentant environ 70% du chiffre d'affaires mondial d'Eemland (...). Les accords commerciaux passés entre les parties conféraient à Gillette la possibilité de limiter la concurrence d'Eemland sur le segment des produits haut de gamme en France, sur lequel était positionnée la marque Gillette »¹⁸.

L'Autorité française de la concurrence tient compte, dans son appréciation, « des liens économiques entre les entreprises, comme, par exemple :

- le fait d'être le principal actionnaire industriel de la nouvelle entité, actif sur son secteur ou dans des secteurs connexes, alors que les autres actionnaires sont des investisseurs financiers ou des actionnaires disposant d'une part faible des droits de vote ;
- l'existence d'importants contrats de livraison à long terme avec la nouvelle entité ;
- l'existence de relations commerciales très privilégiées, tels des contrats commerciaux exclusifs, des droits d'usage ou de partage de marques, de brevets, de réseaux de distribution, d'unités de production ;

17 Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, § 18.

18 Cons. conc. Avis n° 91-A-09 du 15 octobre 1991, BOCCRF, 14 mars 1991.

- le fait de représenter une part très élevée du chiffre d'affaires de l'entreprise au point qu'une rupture des relations commerciales mettrait en péril, à court terme, sa survie ;
- le fait d'intervenir de manière significative en tant que prêteur auprès de l'entreprise »¹⁹.

On le voit, divers moyens permettent à des actionnaires minoritaires d'influer de manière décisive et durable sur l'activité de l'entreprise. La situation de créancier important peut, en effet, être décisive et donner à l'actionnaire minoritaire le pouvoir de décider des choix stratégiques de la politique de l'entreprise débitrice à son égard. C'est ainsi que dans une décision du 31 janvier 2007 rendue dans l'affaire Est-Républicain / BFCM / Socpresse, le Conseil d'Etat français a pu considérer que l'entreprise BFCM exerçait une influence déterminante sur EBRA en tenant compte de son rôle de prêteur et de ses droits de veto :

« Il ressort des pièces du dossier que l'article 19 des statuts de la société EBRA prévoit que la nomination et la révocation des membres de son comité de direction - lequel, en vertu de l'article 14 de ces statuts, est investi des pouvoirs les plus étendus pour diriger, gérer et administrer la société - requièrent de l'assemblée des actionnaires une décision acquise à la majorité des deux tiers ;

Que, propriétaire de 49 % du capital, contre 51 % pour la SA Le Journal L'Est Républicain, la BFCM dispose de ce fait, à l'égal de cette dernière, d'un droit de veto sur la nomination et la révocation des cinq membres du comité alors même qu'en application de l'article 13 des statuts, elle n'a un pouvoir de proposition que pour deux d'entre eux ;

Qu'en outre, la BFCM a financé seule, pour un montant total de 189 millions d'euros, la reprise de la SA Delaroche par la société EBRA, dont le capital ne dépasse pas 38 000 euros ;

Que cette situation de prêteur conforte son pouvoir d'influence sur les décisions stratégiques de cette dernière, alors surtout qu'elle est par ailleurs en mesure, compte tenu des règles de vote prévues en la matière par l'article 19 des statuts de la société, de s'opposer, au sein de l'assemblée des actionnaires, à toute augmentation des fonds propres ; que la circonstance que, par une convention de compte courant en date du 22 mai 2006, la BFCM s'est engagée à ne pas exiger de remboursement de son prêt avant l'expiration d'une période de trois ans n'est pas de nature à réduire ce pouvoir compte tenu, notamment, de l'ampleur des difficultés financières rencontrées par la SA Delaroche et de l'importance du prêt par rapport au chiffre d'affaires annuel de cette dernière »²⁰.

19 Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020, op. cit. p. 20.

20 CE, 31 janvier 2007, Société France-Antilles, <https://www.conseil-etat.fr/>

II – L’entrave à la concurrence comme condition d’exercice du contrôle

Le Conseil de la concurrence ne contrôle pas toutes les opérations de concentration. Seules sont soumises à autorisation préalable certaines opérations qui risquent de fausser le jeu de la libre concurrence. Il s'agit ainsi de fixer des seuils au-delà desquels le Conseil de la concurrence intervient obligatoirement pour apprécier les avantages et les inconvénients de l'opération de concentration qui lui est soumise.

A – L'évaluation de l'atteinte à la concurrence

1 - Le seuil critique : L'ordonnance de 1995 prévoit que les projets ou les concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence en renforçant une position dominante doivent être soumis par leurs auteurs au Conseil de la concurrence. L'article 12 du texte législatif précise que « les dispositions de l'article 11 ci-dessus s'appliquent à chaque fois que le projet de concentration ou la concentration vise à réaliser ou a déjà réalisé un seuil de plus de 30% des ventes effectuées sur le marché intérieur en biens ou services ». Le même texte ajoute que « nonobstant le seuil fixé ci-dessus, d'autres critères d'appréciation des projets de concentration ou des concentrations seront définis, en tant que de besoin, par voie réglementaire ». En application du dispositif législatif, un décret exécutif du 14 octobre 2000 fixe différents critères d'appréciation de l'opération de concentration, énumérés comme suit :

- la part de marché détenue par l'agent économique concerné par l'opération ;
- la part de marché affectée par l'opération ;
- les effets de l'opération de concentration sur la liberté de choix des fournisseurs, ses distributeurs ou des autres usagers ;
- le pouvoir économique et financier résultant de l'opération de concentration ;
- l'évolution de l'offre et de la demande des biens et services concernés par l'opération de concentration ;
- la part des importations sur le même marché des biens et services²¹.

S'agissant enfin de la part de marché à laquelle fait référence le texte, elle « est définie par le rapport entre le chiffre d'affaires de l'agent économique intervenant sur le même marché et le chiffre d'affaires total de ces agents économiques »²².

En somme, si les textes retiennent à la base le pourcentage des ventes pour apprécier l'atteinte potentielle à la concurrence sur le marché, le critère est complété par un ensemble d'éléments permettant au Conseil de la concurrence d'apprécier *in concreto* le poids économique réel des entreprises concernées sur le marché et l'impact de l'opération de concentration sur la concurrence.

Quant à l'ordonnance de 2003, elle dispose en son article 17 que « Les concentrations qui sont de nature à porter atteinte à la concurrence en renforçant

21 Art. 2 du décret exécutif n° 2000-315 du 14 octobre 2000 définissant les critères d'appréciation des projets de concentrations ou des concentrations, JORA n° 61 du 18 octobre 2000 (abrogé).

22 Ibid. Art. 3.

notamment la position dominante d'une entreprise dans un marché, doivent être soumises par leurs auteurs au Conseil de la concurrence qui prend une décision dans un délai de trois (3) mois ». Le texte législatif retient par ailleurs le même critère de pourcentage des ventes, à titre exclusif, tout en relevant le seuil fixé par le texte de 1995. En effet, l'article 18 de l'ordonnance précise que « Les dispositions de l'article 17 ci-dessus s'appliquent à chaque fois que la concentration vise à réaliser un seuil de plus de 40 % des ventes ou achats effectués sur un marché ».

A titre comparatif, le texte français de 1986 retenait le même critère des seuils qui étaient au nombre de deux : le premier s'exprime en parts de marché, quand au second, il se base sur le chiffre d'affaires. Les deux seuils étaient alternatifs. A l'occasion de l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations, le législateur français abandonne le seuil en parts de marché et ne retient plus que le seuil du chiffre d'affaires, ce qui permet un meilleur contrôle selon l'opinion de la doctrine, en ce que ce dernier a l'avantage « d'appréhender des opérations de concentration menées par des entreprises qui ne disposent pas d'une part substantielle du marché mais qui ont un chiffre d'affaires important comme le montre l'exemple de la grande distribution »²³.

L'utilisation du seuil de la part de marché peut être doublement critiquée :

- En premier lieu, le pourcentage de 40% de parts de marché semble excessif. A ce niveau, l'entreprise peut être en position dominante avant même de concrétiser l'opération de concentration. A titre d'exemple, le droit turc soumet à autorisation de l'autorité de la concurrence les concentrations d'entreprises dont les parts totales sur le marché du produit concerné dans l'ensemble ou une partie du pays sont supérieures à 25%²⁴.

Un autre exemple est tiré de la loi tunisienne qui prévoit en son article 7 que « Tout projet ou opération de concentration économique de nature à créer ou à renforcer une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de ce marché, doit être soumis à l'accord du ministre chargé du commerce.

Les dispositions du paragraphe précédant s'appliquent à toutes les entreprises concernées par l'opération de concentration économique qu'elles soient parties actives ou cibles, ainsi qu'aux entreprises qui leur sont liées, et ce, sous l'une des deux conditions suivantes :

- la part moyenne de ces entreprises réunies dépasse durant les trois derniers exercices 30% des ventes, achats ou toutes autres transactions sur le marché intérieur

23 BOY Laurence, Droit de la concurrence approfondi, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2006, p. 74. Voir également, BOY Laurence, « Le nouveau contrôle français des opérations de concentration : Une originalité regrettable ? », in BOY Laurence, Drexl Josef et alii (dir.), Technologie et concurrence. Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich, Larcier, Bruxelles, 2009, pp. 393-411. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00721481/document/>

24 Voir, ERDEM Ercüment, « Les concentrations en droit de la concurrence turc et suisse », Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, n° 49, 2000, disponible sur : <http://www.erdem-erdem.av.tr/>

pour des biens, produits ou services substituables, ou sur une partie substantielle de ce marché,

- le chiffre d'affaires global réalisé par ces entreprises sur le marché intérieur dépasse un montant déterminé par décret gouvernemental »²⁵.

Il reste à signaler que le Maroc a adopté le même seuil retenu par le législateur algérien avant d'opter pour une solution hybride. La loi marocaine prévoit en effet en son article 12 que « Toute opération de concentration doit être notifiée au conseil de la concurrence par les entreprises et les parties concernées, avant sa réalisation. Cette obligation s'applique lorsqu'une des trois conditions suivantes est réalisée :

- le chiffre d'affaires total mondial, hors taxes, de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur au montant fixé par voie réglementaire ;

- le chiffre d'affaires total, hors taxes, réalisé au Maroc par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur au montant fixé par voie réglementaire ;

- les entreprises qui sont parties à l'acte, ou qui en sont l'objet, ou qui lui sont économiquement liées ont réalisé ensemble, durant l'année civile précédente, plus de 40% des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services de même nature ou substituables, ou sur une partie substantielle de celui-ci »²⁶.

Un tel seuil n'a pas manqué d'être critiqué en ce qu'il est considéré comme excessivement élevé en comparaison avec la pratique de certains autres pays²⁷. Toutefois, une partie de la doctrine estime, au contraire, que le contrôle des concentrations est inadapté dans un petit marché, car, comme l'exprime un auteur pour le marché tunisien, « il empêche la restructuration d'entreprises s'efforçant d'obtenir une masse critique qui leur permettra d'être compétitives sur les marchés mondiaux. Sachant que la majorité des entreprises sont des unités privées très petites qui ne répondent pas aux conditions de contrôle des concentrations économiques. Les mesures de libéralisation n'ont pas conduit en effet à un grand mouvement de restructuration et de regroupement des entreprises de production et de distribution. Les PME restent attachées au maintien de la propriété du capital par la famille »²⁸. On

25 Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix, JORT, 25 et 29 septembre 2015,

http://www.marchespublics.gov.tn/onmp/upload/documents/Loi_2015-036_FR.pdf/ Sur la question, voir JAIDANE Riadh, « L'influence du droit français sur le droit tunisien des concentrations économiques », RIDE n° 4, 2002, pp. 655-678.

26 Dahir n° 1-14-116 du 2 Ramadan 1435 (30 juin 2014) portant promulgation de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence, Bulletin Officiel n° 6280 du 7 juillet 2014, <http://www.mag.gov.ma/index.php/fr/fonds-documentaires/category/1-test-category.html?download=68:la-loi-104-12-sur-la-libert%C3%A9-des-prix-et-de-la-concurrence>

27 MEBTOUL Abderrahmane, « Monopole et rentes : pourquoi le gel du conseil de la concurrence ? » 17 janvier 2011, www.maghrebo.com/

28 JAIDANE Riadh, « L'influence du droit français sur le droit tunisien des concentrations économiques », op. cit. p. 677.

retrouve ici le conflit maintes fois relevé en droit comparé entre la nécessité de maintenir un certain niveau de concurrence sur le marché et l'objectif de tout gouvernement « de faire émerger des champions industriels nationaux pour faire face à la concurrence internationale »²⁹.

- En second lieu, le critère de la part de marché ne peut à lui seul rendre compte de manière fidèle de la position économique de l'entreprise sur le marché et ce, du fait de sa rigidité. C'est ce qui explique sans doute que la plupart des législations modernes lui préfèrent le critère du chiffre d'affaires ou le complètent par d'autres critères. Ainsi, dans ses commentaires des législations existantes en matière de concurrence, la CNUCED relève que les principaux indicateurs retenus pour juger du degré de concentration de la puissance économique sont les parts de marché, le chiffre d'affaires annuel total, le nombre de salariés et le total des actifs. D'autres éléments d'appréciation interviennent également parmi lesquels sont relevés la structure générale du marché, le degré existant de concentration du marché, les obstacles à l'implantation de nouveaux concurrents et la position concurrentielle des autres entreprises sur le marché considéré, les avantages dont les entreprises intéressées bénéficient déjà et ceux qu'elles retireraient de l'acquisition envisagée³⁰.

2 - Le calcul du seuil : La première question à résoudre est de savoir comment quantifier la part de marché qui dépasse le seuil des 40% de ventes. Nul doute que le calcul de la part de marché exige de définir au préalable le marché pertinent. Or, le texte de l'ordonnance reste muet sur la question.

Le décret exécutif du 14 octobre 2000 a défini, comme indiqué *supra*, des critères d'appréciation des opérations de concentration. Certes, le texte en cause a été abrogé, il reste que rien n'empêche toutefois le Conseil de la concurrence d'y puiser les éléments d'appréciation dans la mesure où l'ordonnance relative à la concurrence le dote du pouvoir d'arrêter toute disposition de nature à assurer le bon fonctionnement de la concurrence. Dans la mesure où le texte législatif ne prévoit pas de mesures d'application prises par voie réglementaire, le Conseil de la concurrence est habilité à compléter les termes de l'ordonnance par voie de règlement où seraient détaillés les éléments pertinents à prendre en compte pour évaluer l'impact d'une opération de concentration sur le marché en cause.

Quant au nouveau texte réglementaire de 2005 relatif aux opérations de concentration³¹, il ne remplace nullement celui du 14 octobre 2000. Son objet n'est pas de fixer des critères pour calculer le seuil prévu par l'ordonnance. Plus modestement, il définit la procédure ainsi que les divers documents devant accompagner une demande d'autorisation de concentration.

Toutefois, le décret exécutif en question comporte deux annexes, l'une porte sur la demande d'autorisation, la seconde porte sur les renseignements à fournir au Conseil de la concurrence et où sont répertoriés des éléments d'appréciation qui

29 ENCAOUA David, GUESNERIE Roger (éds), Politiques de la concurrence, op. cit., p. 94.

30 CNUCED, Loi type sur la concurrence, Nations Unies, Genève, 2010, p. 59.

31 Décret exécutif n° 05-219 du 22 juin 2005 relatif aux autorisations des opérations de concentration, JORA n° 43 du 22 juin 2005.

dépassent la part de marché. En effet, les entreprises concernées doivent indiquer à l'appui de leur demande d'autorisation non seulement les parts de marché mais également un ensemble de renseignements qui permettent de supposer que l'examen du Conseil de la concurrence ne se limite pas à un tel paramètre.

Ainsi, l'examen des parts de marché, à travers le pourcentage des ventes, constitue un premier paramètre permettant au Conseil de la concurrence d'apprécier l'existence d'une position dominante. C'est ainsi que le formulaire annexé au décret exécutif précité du 22 juin 2005 impose aux entreprises concernées :

- d'indiquer pour les trois (3) années précédentes le chiffre d'affaires de l'activité concernée ;
- d'indiquer pour les trois (3) années précédentes le chiffre d'affaires global des entreprises concernées ;
- d'indiquer, le cas échéant, pour les trois (3) années précédentes le chiffre d'affaires réalisé à l'étranger de l'activité concernée et le chiffre d'affaires global des activités concernées de chacune des entreprises.

Dans une seconde phase, le conseil est appelé à déterminer l'état de la concurrence tant actuelle que potentielle. L'état de la concurrence actuelle permet au Conseil de constater si celle-ci est suffisante et ne risque pas d'être éliminée ou sérieusement restreinte à la suite de l'opération de concentration projetée. C'est pourquoi il est mentionné au formulaire précité que les entreprises doivent fournir des données relatives au marché. Elles doivent fournir en effet à l'appui de leur demande d'autorisation :

- des indications sur les marchés des produits ou services de substitution ;
- des indications sur la zone géographique sur laquelle les entreprises concernées offrent leurs produits ou services.

Quant à l'examen de l'état de la concurrence potentielle, il consiste à établir des projections pour entrevoir les perspectives de développement du marché concerné. A ce titre, il est exigé des entreprises de fournir des données sur l'incidence de la concentration sur le marché des produits ou services en cause. Les entreprises concernées doivent en effet :

- indiquer les marchés sur lesquels la concentration aurait une incidence ;
- indiquer la structure du marché des produits ou services en cause ;
- indiquer s'il existe des barrières à l'accès au marché concerné ;
- indiquer dans quelle mesure la concentration pourrait affecter la concurrence ;
- indiquer les mesures à prendre pour atténuer les effets de la concentration sur la concurrence.

Tous ces éléments permettent de conclure que le Conseil de la concurrence ne doit pas se limiter à vérifier si la concentration aboutit à la création ou à la consolidation d'une position dominante de l'entreprise, les données que doivent fournir les entreprises concernées lui permettent en effet de recentrer l'analyse sur les effets restrictifs de l'opération. En cela, on rejoint la pratique de l'Autorité française de la concurrence de laquelle on peut déduire que « la position dominante n'est plus

qu'un des repères possibles pour caractériser la restriction de concurrence »³² car, ce qui en cause, ce n'est pas la part de marché détenue, mais plutôt le pouvoir de marché.

B – La mesure de l'opération de concentration

Lorsqu'une opération de concentration est soumise à notification, le Conseil de la concurrence examine le projet qui lui est soumis en tenant compte de toutes les circonstances de fait et de droit de nature à mesurer l'impact de l'opération sur la concurrence. Plusieurs situations se présentent :

1 - Le bilan concurrentiel

Dans une première hypothèse, le Conseil tranche en applications des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance de 2003 qui précise que « Le conseil de la concurrence peut, après avis du ministre chargé du commerce et du ministre chargé du secteur concerné par la concentration, autoriser ou rejeter, par décision motivée, la concentration.

L'autorisation du Conseil de la concurrence peut être assortie de prescriptions de nature à atténuer les effets de la concentration sur la concurrence. Les entreprises parties à la concentration peuvent d'elles-mêmes souscrire des engagements destinés à atténuer les effets de la concentration sur la concurrence »³³.

Dans ce cas de figure, le Conseil se limite à établir un bilan concurrentiel de l'opération projetée. Il semble que le législateur s'est largement inspiré du droit européen en la matière³⁴. Dans une première étape, le Conseil examine si la concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence en renforçant la position dominante d'une entreprise dans un marché comme le prévoit l'article 17 de l'ordonnance. Il n'est nullement « nécessaire qu'une opération de concentration ait pour conséquence un éventuel abus de position dominante pour qu'elle soit interdite : il suffit qu'elle aboutisse au renforcement d'une position dominante de nature à porter atteinte à la concurrence »³⁵. Plusieurs paramètres sont généralement utilisés pour apprécier l'opération sous l'angle du renforcement d'une position dominante. On tient compte de la position sur le marché des entreprises concernées par l'opération, de leur

32 Sur la question, voir, PRIETO Catherine, « Comparaison des contrôles ex ante et ex post », in Actes du colloque sur Le contrôle des concentrations d'entreprises, Les entretiens du Palais Royal, Paris, 20 juin 2008, p. 35. Les actes du colloque ont été publiés dans la Revue Lamy de la concurrence, n° 18, 2009.

33 Il est à signaler que dans sa première rédaction en 2003, l'article 19 exigeait simplement l'avis du ministre du commerce. L'exigence de l'avis du ministre chargé du secteur concerné a été introduite par la loi n° 08-12 du 25 juin 2008 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003.

34 En 2003, année de l'adoption de l'ordonnance relative à la concurrence, le droit européen des concentrations était régi par le règlement communautaire n° 4064/89 du 20 décembre 1989, abrogé par le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE, n° L. 024 du 29 janvier 2004 pp. 0001 – 0022.

35 GLASER Emmanuel, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation. Concentration - Compétence du Conseil d'Etat », AJDA 2012, p. 578.

puissance économique et financière, des possibilités de choix offertes aux fournisseurs et aux utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée qui doit être mise au passif de l'opération, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs.

Dans une seconde étape, le Conseil mesure le caractère significatif et effectif d'une éventuelle entrave à la concurrence et ce, dans la mesure où la position dominante, qui repose essentiellement sur les parts de marché, est de plus en plus rejetée par la doctrine économique. En effet, c'est la recherche d'un pouvoir de marché qui doit être mesuré pour mettre en lumière les effets restrictifs de l'opération sur la concurrence³⁶.

Lorsque le projet de concentration n'entrave pas de manière significative une concurrence effective sur le marché ou une partie substantielle de celui-ci, du fait notamment de la création ou du renforcement d'une position dominante, il doit être autorisé par le Conseil de la concurrence. Dans le cas où le projet est susceptible d'entraver de manière significative une concurrence effective sur le marché ou une partie substantielle de celui-ci, du fait notamment de la création ou du renforcement d'une position dominante, il doit être déclaré incompatible avec le dispositif législatif et le Conseil est en mesure de rejeter la demande.

Toutefois, le Conseil peut autoriser la concentration tout en l'assortissant de prescriptions imposées ou de conditionnalités de nature à atténuer les effets de la concentration sur la concurrence. Par ailleurs, les entreprises peuvent elles-mêmes prendre des engagements de nature à limiter les effets restrictifs de concurrence de l'opération de concentration. C'est ce qu'on désigne généralement par l'expression « mesures correctives ».

Dans le cas des injonctions, celle-ci peuvent être envisagées notamment lorsque les parties ne proposent pas d'engagements ou proposent des mesures qui ne peuvent être retenues par le Conseil de la concurrence en raison de leur insuffisance pour limiter les effets restrictifs de concurrence de l'opération de concentration. A titre d'exemple, l'Autorité française de la concurrence a rarement recouru aux prescriptions dans sa pratique décisionnelle. Sur 93 opérations de concentration autorisées en France sous conditions durant la période 2000 à 2012, seules 4 d'entre-elles l'ont été sous réserve d'exécution d'injonctions ou prescriptions³⁷.

Les engagements pris par les parties peuvent prendre différentes formes. On peut les regrouper en deux grandes catégories : les mesures structurelles et les mesures comportementales.

Dans le cas de mesures structurelles, il s'agit généralement de cession d'activités ou de cession d'actifs. A titre d'exemple, dans une décision du 23 novembre 2009, l'Autorité française de la concurrence a autorisé une opération de concentration dans

36 Sur la question, voir, PRIETO Catherine, « Comparaison des contrôles ex ante – ex post », op. cit. p. 34.

37 Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2013, op. cit. p. 158.

le secteur de la volaille. L'opération consistait en l'acquisition de la totalité des actions de la société Arrivé par le groupe LDC. Les seuils de contrôle étant franchis et l'opération ayant pour effet un cumul de parts de marché importantes, la société LDC s'est engagée à céder l'ensemble du groupe Fermiers Landais, qui appartient au groupe Arrivé. Une telle cession d'actifs permettait une diminution des parts de marché de la nouvelle entité. L'opération avec engagements n'étant pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les différents marchés de la viande fraîche de volaille, l'Autorité de la concurrence en a autorisé la mise en œuvre³⁸.

Dans le cas de mesures comportementales, elles portent par exemple sur :

- « - l'octroi de l'accès à des réseaux ou des infrastructures, de manière non discriminatoire et transparente,
- l'interdiction de ventes couplées,
- l'octroi de l'accès à des licences, brevets, marques ou technologies,
- la modification de clauses statutaires ou contractuelles pour une durée déterminée,
- l'aménagement des conditions de distribution, ou d'approvisionnement d'un produit,
- l'encadrement de comportements commerciaux,
- l'encadrement de l'organisation d'appels d'offres privés,
- la non-divulgation d'informations sensibles,
- la divulgation d'informations sur une base non exclusive,
- la séparation juridique, commerciale ou comptable des entités concernées »³⁹.

Enfin, l'ordonnance de 2003 passe sous silence la question du suivi de la mise en œuvre des mesures correctives. Le Conseil de la concurrence est ainsi appelé à combler de telles lacunes au moyen de son pouvoir réglementaire. On peut penser par exemple à la solution retenue par la pratique de l'Autorité française de la concurrence qui consiste à désigner un mandataire indépendant chargé du suivi de la mise en œuvre des mesures correctives⁴⁰.

2 - Le bilan économique

A l'occasion de la modification de la législation relative à la concurrence en 2008, le législateur conserve les dispositions de l'article 19 tout en complétant le texte par un article 21 *bis* qui précise : « ne sont pas soumis au seuil prévu à l'article 18 ci-dessus, les concentrations dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont notamment pour effet d'améliorer leur compétitivité, de contribuer à développer l'emploi ou de permettre aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché.

38 Décision n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/>

39 Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020, op. cit. p. 102-103.

40 Sur la question, voir, VISTEL Jacques, « Le mandataire indépendant », in Actes du colloque sur Le contrôle des concentrations d'entreprises, Les entretiens du Palais Royal, Paris, 20 juin 2008, pp. 54-56. Les actes du colloque ont été publiés dans la Revue Lamy de la concurrence, n° 18, 2009.

Toutefois, ne peuvent bénéficier de cette disposition que les concentrations qui ont fait l'objet d'une autorisation du conseil de la concurrence dans les conditions prévues par les articles 17, 19 et 20 de la présente ordonnance ».

Dans cette situation, le Conseil est appelé à établir un bilan économique de l'opération qui n'est plus soumise au seuil fixé par l'article 18 de l'ordonnance. A travers de telles dispositions, le législateur semble s'être inspiré de la législation française qui permet à l'Autorité de la concurrence d'apprécier « si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence »⁴¹.

En application des dispositions de l'ordonnance, le Conseil est appelé à fixer des critères d'appréciation de la contribution de l'opération de concentration au progrès économique entendu au sens large. Dans la mesure où le législateur utilise l'expression « notamment » à propos des effets bénéfiques de la concentration, cela signifie qu'il dote le Conseil de la concurrence d'un large pouvoir d'appréciation à l'effet d'apprécier la notion de progrès économique. Ce dernier peut se matérialiser en effet par l'amélioration de la compétitivité des entreprises nationales face notamment à la concurrence internationale des grandes firmes, il peut également s'exprimer à travers des économies d'échelle substantielles, notamment grâce à la maîtrise des coûts de production et de gestion. En effet, « les économies d'échelle et les rendements croissants conduisent les firmes ayant une taille efficiente à opérer sous des coûts plus faibles que leurs concurrents de taille plus modeste »⁴², ce qui leur permet de répercuter de tels gains d'efficacité et économies de coûts aux consommateurs. D'autres facteurs peuvent également entrer en ligne de compte pour apprécier les avantages d'une opération de concentration : on peut citer l'amélioration de la qualité des produits et services offerts, l'amélioration des moyens de recherche et développement, les gains d'efficacité économique, la contribution de l'opération à l'amélioration des conditions de travail, au développement de l'emploi, l'impact sur le développement de régions défavorisées et l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, sans oublier la contribution de l'opération à la consolidation de la position concurrentielle des petites et moyennes entreprises sur le marché.

Enfin, on peut se poser la question de savoir si l'argument du sauvetage d'une entreprise de la faillite pourrait être pris en considération par le Conseil de la concurrence.

A titre d'exemple, en droit français, l'Autorité de la concurrence estime que « Dans le cas particulier de la reprise par un concurrent d'une entreprise qui disparaîtrait à brève échéance si l'opération n'était pas réalisée, l'Autorité peut envisager d'autoriser l'opération, même si elle porte atteinte à la concurrence. La pratique décisionnelle de l'Autorité s'inspire à cet égard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes depuis un arrêt du 31 mars 1998⁴³,

41 Art. 430-6 du Code de commerce.

42 ENCAOUA David, GUESNERIE Roger (éds), Politiques de la concurrence, op. cit., p. 52.

43 CJCE, 31 mars 1998, Kali et Salz, aff. 68/94 et 30/95, Rec. p. I-1375.

qui considère qu'en cas de reprise, par un concurrent, d'une entreprise en difficulté, l'opération peut être autorisée sans être assortie de remèdes, lorsqu'il apparaît que les effets de la concentration ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté »⁴⁴.

La pratique décisionnelle de l'Autorité s'inspire à cet égard de la jurisprudence de la CJCE depuis un arrêt du 31 mars 1998, qui considère qu'en cas de reprise, par un concurrent, d'une entreprise en difficulté, l'opération peut être autorisée sans être assortie de remèdes, lorsqu'il apparaît que les effets de la concentration ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté.

C'est également la position du Conseil d'Etat français qui, dans un arrêt du 6 février 2004, a précisé les critères devant présider à l'autorisation d'une telle opération en ces termes : « ...s'agissant de la reprise, par un concurrent, d'une société en difficulté, [le ministre] doit autoriser l'opération sans l'assortir de prescriptions lorsqu'il apparaît au terme de ce bilan que les effets de cette opération sur la concurrence ne seraient pas plus défavorables que ceux qui résulteraient de la disparition de l'entreprise en difficulté, c'est-à-dire s'il est établi, en premier lieu, que ces difficultés entraîneraient la disparition rapide de la société en l'absence de reprise, en deuxième lieu, qu'il n'existe pas d'autre offre de reprise moins dommageable pour la concurrence, portant sur la totalité ou une partie substantielle de l'entreprise et, en troisième lieu, que la disparition de la société en difficulté ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée »⁴⁵.

Compte tenu des effets néfastes de la faillite d'une grande entreprise aussi bien sur l'économie que sur l'emploi, nul doute que le Conseil de la concurrence pourrait s'approprier une telle solution, surtout lorsqu'on s'attache au souci permanent des pouvoirs publics de sauvegarder la paix sociale pour des raisons liées à la pérennité du système politique, fût-ce en mettant toutes les lois entre parenthèses.

3 - L'atteinte à la concurrence et les exigences de l'intérêt public

a -L'exonération législative ou réglementaire : En l'absence de pratique de référence, on ne peut que prendre des hypothèses de travail. A titre d'exemple, le secteur agricole est appelé à subir des réformes structurelles importantes pour extraire le pays de la dépendance alimentaire qui croît de manière inquiétante. A ce titre, dans le cadre de la politique d'amélioration du niveau de la sécurité alimentaire par la production agricole, les pouvoirs publics pourraient autoriser des opérations de concentration au-delà du seuil fixé par l'ordonnance de 2003.

⁴⁴Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 2020, op. cit. p. 223.

⁴⁵CE, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic et autres, <https://www.conseil-etat.fr/> Sur l'exception de l'entreprise défaillante, voir, COT Jean Mathieu, « La prise en compte des difficultés de l'entreprise par le droit de la concurrence », in Entreprises en difficulté et application du droit de la concurrence, Ateliers de la concurrence 23 juin 2004, <http://www.bercy.gouv.fr/>

Des indications dans ce sens nous sont fournies par la loi du 3 août 2008 portant orientation agricole⁴⁶. Celle-ci encourage les opérations de concentration des exploitations agricoles au moyen de deux procédés : le remembrement et la constitution de groupements d'intérêts communs. La loi prévoit en effet en son article 24 que « Le remembrement est une opération foncière, destinée à améliorer la structure des exploitations agricoles d'un territoire agricole donné, par la constitution de propriétés agricoles homogènes et viables d'un seul tenant ou de parcelles bien groupées, et permettant (...) de supprimer les morcellements des terres agricoles dont l'exploitation rationnelle est rendue difficile par la dispersion des parcelles ». Par ailleurs, l'article 60 de la loi prévoit que « Deux ou plusieurs exploitants agricoles peuvent par acte authentique, constituer un groupement d'intérêts communs agricoles pour une durée déterminée dans le but, notamment :

- de mettre en œuvre tous les moyens qu'ils jugent nécessaires pour développer l'activité agricole et économique de chacun d'eux ;
- d'améliorer ou accroître les résultats de cette activité et réaliser des économies d'échelles ».

Par ailleurs, il est tout à fait plausible que les pouvoirs publics puissent encourager des opérations de concentration dans le cas de la création de nouvelles filières industrielles comme dans le cas de la construction automobile, ou dans des secteurs dominés par des entreprises publiques à l'image de ce qui existe dans le secteur de l'énergie au sens large⁴⁷, dans celui des télécommunications ou de l'audiovisuel.

b - Le pouvoir d'évocation du gouvernement : L'ordonnance de 2003 dispose en son article 21 que « Lorsque l'intérêt général le justifie, le Gouvernement peut, sur le rapport du ministre chargé du commerce et du ministre dont relève le secteur concerné par la concentration, autoriser d'office ou à la demande des parties concernées, la réalisation d'une concentration rejetée par le Conseil de la concurrence ».

De telles dispositions reproduisent les textes de droit français qui prévoient que le ministre de l'économie peut, une fois la décision de l'Autorité de la concurrence rendue, évoquer une opération de concentration perçue comme stratégique et ce, pour des considérations d'intérêt général autres que la concurrence. Toutefois, en France, le Code de commerce précise les motifs permettant au ministre de l'économie de passer outre la décision de l'Autorité de la concurrence, évoquer l'affaire et statuer sur le projet de concentration. Il y est précisé à l'article L430-7-1 § II que « Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi ». Comme l'exprime un auteur, l'emploi du terme « notamment » signifie que le texte réserve d'autres

⁴⁶ Loi n° 08-16 du 3 août 2008 portant orientation agricole, JORA n° 46 du 10 août 2008.

⁴⁷ Electricité et gaz, hydrocarbures.

hypothèses⁴⁸. En droit algérien, le texte législatif se contente de faire référence à l'intérêt général, notion très élastique et susceptible d'interprétations multiples. Ainsi, on peut imaginer qu'une opération de concentration qui aurait pour objet la mise au point de nouvelles technologies, comme en matière d'énergies renouvelables, par exemple, pourrait être autorisée par le gouvernement en dépit de ses effets restrictifs de concurrence.

En somme, le législateur octroie au gouvernement un véritable pouvoir discrétionnaire en vue d'autoriser des opérations de concentration ayant des implications stratégiques pour le pays et ce, en dépit de leurs effets restrictifs de concurrence.

Conclusion

La concurrence n'est ni un objectif en soi, ni un dogme, mais en toute simplicité un outil de régulation, parmi d'autres, permettant à l'Etat de s'assurer que la liberté d'entreprendre joue au bénéfice de tous les opérateurs et d'arbitrer entre les intérêts des entreprises et ceux des consommateurs. En raison de la puissance des opérateurs économiques, l'autorité chargée de cette mission doit être autant efficace que forte. C'est pourquoi les réformes entreprises dans différents pays occidentaux ont consisté à affiner le processus de la régulation de la concurrence en rénovant de manière profonde le cadre institutionnel représenté notamment par les autorités de la concurrence.

En Algérie, les choses se présentent différemment. Dans le domaine de la concurrence, le Conseil de la concurrence constitue une simple instance décorative et ce, à un double titre : sa forte dépendance ne le met pas à l'abri des pressions et injonctions du pouvoir exécutif, par ailleurs, l'inefficacité dont il a fait preuve depuis son institution en 1995 en fait une institution purement ornementale. Face à une telle inertie de l'organe et en l'absence d'une volonté politique claire, le droit des concentrations, comme d'ailleurs l'ensemble des dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence, restent marqués du sceau de l'ineffectivité qui est l'une des manifestations saillantes du droit économique d'une manière générale et ce, dans une économie délabrée qui peine à se démarquer de la logique rentière⁴⁹.

⁴⁸LASSERRE Bruno, « La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace », *Journal des Sociétés*, n° 61, 2009, p. 27.

⁴⁹ Sur quatre décisions rendues depuis 2015, le Conseil n'a accordé qu'une seule autorisation de concentration :

[Décision n° 02-2018 du 16-01-2018 relative à une demande d'autorisation d'une opération de concentration économique entre la société LINDE AG et PRAXAIR INC](http://www.conseil-concurrence.dz/wp-content/uploads/2018/06/decison-02-2018-linde-ag-praxair-inc.pdf), <http://www.conseil-concurrence.dz/wp-content/uploads/2018/06/decison-02-2018-linde-ag-praxair-inc.pdf>