



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit européen des affaires

Dirigé par Louis VOGEL

2011

***À partir de quand une entreprise commune
devient-elle une concentration ?***

Tarik DRAIDJ

Sous la direction de Louis VOGEL

Université Paris II - Panthéon-Assas (Sorbonne Universités)

Collège Européen de Paris



Université Panthéon-Assas

À partir de quand une entreprise commune
devient-elle une concentration ?

Mémoire de Tarik DRAIDJ

Master 2 Droit européen des affaires

Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis VOGEL

Année universitaire 2010-2011

Sommaire

Résumé.....	4
Introduction.....	6
I. Évolution des critères permettant de caractériser une entreprise commune constituant une concentration en droits européen et français.....	11
A) Droit européen.....	11
B) Droit français.....	15
II. Analyse du dispositif actuel basé sur la notion d'entreprise commune de plein exercice.....	20
A) Situations dans lesquelles une entreprise commune peut devenir une concentration.....	20
B) Analyse de la notion d'entreprise commune de plein exercice.....	21
III. Les insuffisances du dispositif actuel.....	31
A) Le caractère de plein exercice : une notion aux contours parfois incertains.....	31
B) La notion d'entreprise commune de plein exercice : un critère trop restrictif.....	33
C) Les ajustements procéduraux nécessaires.....	34
IV. La situation dans les autres pays.....	36
A) Etats membres de l'Union européenne.....	36
B) Etats tiers à l'Union européenne.....	43
Conclusion.....	47

Résumé

Les entreprises communes constituent aujourd'hui un élément essentiel de la stratégie commerciale des entreprises. Elles opèrent en effet à tous les stades de la mise au point et de la commercialisation des produits et des services et leurs activités couvrent la plupart des secteurs industriels et commerciaux. Si les entreprises communes peuvent avoir des objectifs très différents, leur point commun est de permettre d'importants gains d'efficacité. Toutefois, la création d'entreprises communes présente également d'importants risques pour la concurrence. Pour faire face à ces risques, deux types de dispositions du droit français et européen de la concurrence sont susceptibles de s'appliquer : le contrôle des concentrations et le droit des ententes. L'articulation entre ces deux dispositifs dépend de la nature du risque pour la concurrence. S'il y a un risque de modification durable de la structure concurrentielle du marché, alors c'est le régime des concentrations qui doit s'appliquer. En revanche, s'il y a un risque de coordination des sociétés mères, c'est le régime des ententes qui devra s'appliquer. Or, parce qu'elle se situe à l'intersection du contrôle des structures et des comportements, l'appréciation de l'impact sur la concurrence des entreprises communes est un exercice complexe, et par suite, il est souvent difficile de déterminer lequel de ces régimes doit s'appliquer.

Ainsi, la question de la qualification des entreprises communes en droits français et européen de la concurrence a longtemps été à la fois l'une des plus débattues et l'une des plus incertaines. S'agissant du droit européen, deux conditions cumulatives ont longtemps été exigées pour qu'une entreprise relève du contrôle des concentrations : d'une part, l'entreprise commune devait accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (caractère « de plein exercice »), et d'autre part, elle ne devait pas entraîner une coordination du comportement concurrentiel des entreprises mères. Cette dernière condition était problématique car de nombreuses entreprises communes présentant un caractère structurel marqué demeuraient soumises au droit des ententes et ne pouvaient ainsi pas bénéficier du régime favorable du contrôle des concentrations pour la seule raison que leur existence ou leur fonctionnement pouvaient affecter, ne serait-ce que dans une mesure réduite, le comportement des sociétés mères. Depuis 1997, le législateur européen a abandonné cette condition, faisant ainsi du caractère de plein exercice l'unique critère d'application du contrôle des concentrations aux entreprises communes. Le droit français se caractérisait quant à lui par une divergence de principe entre le ministre de l'Économie et le Conseil de la

concurrence. En effet, alors que le Conseil de la concurrence avait adopté la distinction entre entreprises communes concentratives et coopératives qui était alors retenue en droit européen, le ministre de l'Économie considérait que toutes les entreprises communes étaient, par définition, des concentrations. Ce n'est qu'en 1999 que le ministre de l'Économie s'aligna à la fois sur le Conseil de la concurrence et sur le droit européen en consacrant le critère unique du caractère de plein exercice.

Ainsi, aujourd'hui, en droits français et européen, la question de savoir si une entreprise commune constitue une concentration dépend uniquement du point de savoir si l'entreprise commune est ou non une entreprise dite de « plein exercice », c'est-à-dire si elle accomplit « de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ». Le critère de plein exercice s'apprécie au travers de quatre éléments. Tout d'abord, l'entreprise commune doit avoir accès à toutes les ressources nécessaires. Ensuite, l'entreprise commune doit être conçue pour fonctionner de manière durable. Par ailleurs, ses activités ne doivent pas se limiter à une fonction spécifique pour les sociétés mères. Enfin, sont prises en compte les relations commerciales que l'entreprise commune entretient avec ses sociétés mères. De manière générale, les autorités de concurrence ont adopté une position souple et pragmatique en appliquant ces conditions.

Si, de manière générale, l'adoption du critère unique du caractère de plein exercice a été opportune, le dispositif actuel reste perfectible à deux égards. D'une part, les contours de la notion de d'entreprise commune de plein exercice demeurent parfois incertains. D'autre part, dans certains cas, ce critère apparaît trop restrictif, notamment en ce qui concerne les entreprises communes de production qui ne sont pas de plein exercice. Dès lors, des ajustements procéduraux permettraient de répondre de manière efficace à ces lacunes.

L'étude du droit comparé révèle enfin qu'il existe quatre approches différentes face à la problématique de la qualification des entreprises communes. Un premier groupe de pays consacre le critère unique du caractère de plein exercice. Un deuxième groupe de pays a conservé la distinction entre les entreprises communes concentratives soumises au contrôle des concentrations et les entreprises communes coopératives soumises au droit des ententes. Un troisième groupe de pays applique le régime des concentrations à toutes les entreprises communes sans aucune distinction. Enfin, un quatrième groupe de pays ne prévoit aucune disposition relative aux entreprises communes, et semble plus enclin à les soumettre au droit des ententes.

Introduction

Afin d'améliorer leur compétitivité, sur leur marché ou sur un nouveau marché, les entreprises sont souvent amenées à développer des activités en commun. Parmi les raisons pour lesquelles des entreprises peuvent avoir intérêt à collaborer entre elles, on peut notamment citer la réalisation d'économies d'échelle en matière de production ou de distribution, ainsi que la mise en commun de moyens et le partage des risques en matière de recherche et développement.

Lorsque des entreprises décident de coopérer entre elles, le support de cette collaboration peut varier d'un cas à l'autre. Par exemple, des entreprises qui veulent coopérer en matière de recherche et développement peuvent simplement se rencontrer à intervalles de temps réguliers pour discuter des questions d'intérêt commun. Elles peuvent également se répartir les travaux de recherche et mettre en commun les résultats. Elles peuvent encore mettre en place un comité pour superviser le programme de recherche et développement. Enfin, elles peuvent aller encore plus loin et créer une entreprise commune pour conduire leur R&D, tout en maintenant leurs indépendances en tant que producteurs et fournisseurs sur le marché. Le même éventail de possibilités existe concernant les autres types de coopération, par exemple pour la production ou la commercialisation.

Parmi les différents moyens de collaboration qui viennent d'être mentionnés, les entreprises communes constituent aujourd'hui un élément essentiel de la stratégie commerciale des entreprises. Elles opèrent en effet à tous les stades de la mise au point et de la commercialisation des produits et des services et leurs activités couvrent la plupart des secteurs industriels et commerciaux. Les entreprises communes peuvent avoir des formes très diverses et leurs objectifs sont multiples : entreprises communes de recherche et développement, entreprises communes de production, entreprises communes entre entreprises de réseau, entreprises communes financières. Par ailleurs, en raison de l'internationalisation des activités commerciales, de nombreuses entreprises communes sont actives au-delà des frontières nationales. Elle peut être formée pour réaliser un seul projet ou au contraire aux fins d'une coopération plus durable entre les différentes parties. Ainsi, le concept d'entreprise commune recouvre une infinie variété de situations, tant du point de vue de la diversité des acteurs et des formes juridiques d'exercice possibles que de celui des domaines, des modes d'activité et des objectifs visés.

Cette complexité et cette diversité des entreprises communes font qu'il est difficile de les classer dans des catégories et qu'elles défient les conceptions juridiques traditionnelles. Toutefois, de manière générale, on peut définir l'entreprise commune comme celle contrôlée par au moins deux autres entreprises qui sont économiquement indépendantes l'une de l'autre.

Si les entreprises communes peuvent avoir des objectifs très différents, en revanche leur point commun est de permettre d'importants gains d'efficacité. Ainsi, les entreprises communes de production peuvent permettre de mutualiser les coûts et ainsi de réaliser d'importantes économies d'échelle. Les entreprises communes de recherche et développement « mettent en commun les expertises et les savoir-faire des parties prenantes et développent des synergies entre industries connexes, ce qui peut être favorable à la promotion de l'innovation »¹. Les entreprises communes financières permettent une diversification des risques. Les entreprises communes entre entreprises de réseau telles que les systèmes de cartes bancaires ou les compagnies aériennes jouent sur les effets d'externalités. Les entreprises communes internationales, c'est-à-dire entre sociétés issues de pays différents, permettent quant à elles de faciliter la pénétration d'un marché étranger en simplifiant les négociations et les formalités administratives.

Ainsi, la création d'entreprises communes est un instrument très efficace pour les entreprises. Toutefois, si l'analyse économique du mécanisme de l'entreprise commune révèle d'importants gains d'efficacité potentiels, il en ressort également que la création d'entreprises communes présente des risques pour la concurrence. Les entreprises communes pouvant revêtir des formes et des rôles très divers, il existe une multitude de risques pour la concurrence. Toutefois, il est possible de distinguer quatre types de risques pour la concurrence en cas de création d'une entreprise commune². D'une part, la création d'une entreprise commune peut entraîner la réduction ou la suppression de la concurrence actuelle ou potentielle entre les entreprises mères sur le marché où l'entreprise commune intervient. D'autre part, la création d'une entreprise commune entraîne un risque d'effet *spill-over*, c'est-à-dire une réduction de la concurrence actuelle ou potentielle entre les entreprises mères sur d'autres marchés que celui de l'entreprise commune. En effet, par leur collaboration dans le cadre de l'entreprise commune, les mères sont inévitablement amenées à partager des

¹ A. Perrot, Introduction du Séminaire Philippe Nasse du vendredi 5 novembre 2010 sur le thème « *Joint-ventures*, prises de participation minoritaire et contrôle des concentrations ».

² J. M. González-Orús, « *Empresas en participación (joint ventures) y derecho comunitario de la competencia* », Bosch, 2007, p. 163.

informations quant à la situation du marché et aux stratégies qu'elles comptent adopter sur celui-ci, ce qui est de nature à entraîner une coordination de leur comportement sur les marchés où elles conservent des activités indépendantes. Ensuite, il peut y avoir un risque de réduction de la concurrence entre une ou plusieurs entreprises mères et l'entreprise commune. Enfin, la création d'une entreprise commune peut avoir un effet de verrouillage du marché pour les entreprises tierces.

Face à ces risques pour la concurrence, deux types de dispositions du droit français et européen de la concurrence sont susceptibles de s'appliquer. D'une part, certaines opérations de création d'entreprises communes peuvent être qualifiées de concentration et ainsi être appréhendées par les autorités de concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations. Ainsi, les risques anticoncurrentiels liés à la création d'une entreprise commune sont analysés dans le cadre d'un contrôle *a priori*. D'autre part, les opérations de création d'entreprise commune ne constituant pas une concentration peuvent faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* et éventuellement être sanctionnées au regard de l'article 101 du TFUE et L. 410-1 du Code de commerce. Ainsi la création d'une entreprise commune est susceptible de relever soit du régime des concentrations soit du régime des ententes.

L'articulation entre ces deux dispositifs dépend de la nature du risque pour la concurrence. S'il y a un risque de modification durable de la structure concurrentielle du marché, alors c'est le régime des concentrations qui doit s'appliquer. Tel est évidemment le cas lorsque la création d'une entreprise commune a pour effet de supprimer la concurrence entre les entreprises mères sur le marché sur lequel l'entreprise commune va intervenir. En revanche, s'il y a un risque de coordination des sociétés mères, c'est le régime des ententes qui devra s'appliquer.

Or, parce qu'elle se situe à l'intersection du contrôle des structures et des comportements, l'appréciation de l'impact sur la concurrence des entreprises communes est un exercice complexe, et par suite, il est souvent difficile de déterminer lequel de ces régimes doit s'appliquer. En effet, l'entreprise commune étant quelque part entre la fusion et le contrat, nombreuses sont les situations dans lesquelles il est très difficile de déterminer si les risques concurrentiels sont de nature concentrative (structurelle) ou coopérative. D'ailleurs, très souvent, ces risques anticoncurrentiels sont de nature mixte. Par exemple, comment faut-il qualifier l'effet *spill-over* lié à la création d'une entreprise commune ? Est-ce un risque de coordination entre les entreprises mères sur un autre marché que celui de l'entreprise commune qui doit être appréhendé dans le cadre du droit des ententes, ou alors l'existence

même de ce risque doit-elle être considérée comme une modification de la structure concurrentielle du marché ?

Face à ces incertitudes, la question de savoir si une entreprise commune doit faire l'objet du contrôle des concentrations s'est révélée très controversée. En effet, la question de la qualification des entreprises communes en droits français et européen de la concurrence a longtemps été à la fois l'une des plus débattues et l'une des plus incertaines. Cette double caractéristique montre la complexité du sujet.

Au terme d'une importante évolution législative et réglementaire, il est maintenant acquis que la réponse à cette question dépend du point de savoir si l'entreprise commune est ou non une entreprise dite de « plein exercice », c'est-à-dire si elle accomplit « de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome »³.

Si les législateurs français et européen ont fait du caractère de plein exercice le critère unique permettant de caractériser une entreprise commune constituant une concentration, ce test est d'un maniement délicat en pratique et l'on rencontre fréquemment des situations pour lesquelles il est bien difficile de trancher avec certitude en faveur de l'un ou l'autre des régimes applicables.

Ces incertitudes sont problématiques car sources d'insécurité juridique. En effet, la qualification de concentration a d'importantes conséquences pratiques pour les entreprises. D'une part, lorsque le régime des concentrations est applicable, les entreprises mères ont l'obligation de notifier leur projet de création d'entreprise commune aux autorités de concurrence compétentes. D'autre part, à la différence du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, le contrôle des concentrations n'a pas de caractère répressif. En effet, les entreprises s'exposent à la remise en cause de l'opération mais n'ont pas à redouter de sanctions civile ou pénale en conséquence du contrôle. Toutefois, si les entreprises mères pourront être sanctionnées si elles ne respectent pas leur notification préalable. Enfin et surtout, lorsque les autorités de concurrence compétentes prennent une décision favorable au titre du contrôle des concentrations et, à plus forte raison, lorsqu'elle est défavorable, elles protègent, en quelque sorte, les entreprises concernées qui ne seront plus ou pas justiciables du droit des ententes.

³ Article 3 §4 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO, n° L 024, du 29 janvier 2004, p. 0001 – 0022 ; article L. 430-1 du Code de commerce.

Il conviendra dès lors de s'interroger dans un premier temps sur les incertitudes entourant la notion d'entreprise commune de plein exercice.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la justification de la distinction actuelle basée sur le critère du caractère de plein exercice. En d'autres termes, dans quelle mesure les créations d'entreprises communes qui ne sont pas de plein exercice devraient-elles être soumises au contrôle des concentrations ?

Pour répondre à ces deux questions, il s'agira dans une première partie de retracer l'évolution des dispositifs français et européen concernant les critères permettant de distinguer les entreprises communes relevant du contrôle des concentrations et celles qui n'en relèvent pas (I). Une deuxième partie analysera le dispositif actuel basé sur la notion d'entreprise commune de plein exercice (II). Dans une troisième partie, il s'agira de présenter les différentes lacunes du dispositif actuel ainsi que la manière d'y répondre (III). Une quatrième et dernière partie consacrée au droit comparé présentera les solutions qu'apportent les différents droits étrangers à la question de la qualification des entreprises communes (IV).

I. Évolution des critères permettant de caractériser une entreprise commune constituant une concentration en droits européen et français

La question de la qualification des entreprises communes en droits français et européen des concentrations a longtemps été à la fois l'une des plus débattues et l'une des plus incertaines. Comme il a été vu précédemment, ces incertitudes s'expliquent par le fait que l'appréciation de l'impact sur la concurrence des entreprises communes se situe à l'intersection du contrôle des structures et des comportements.

Ainsi, en droit européen (A) comme en droit français (B), les critères permettant de caractériser une entreprise commune constituant une concentration ont beaucoup évolué avant de se stabiliser et de converger vers le critère unique du caractère de plein exercice.

A) Droit européen

1) Le règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989

Si la Commission était persuadée de la nécessité de mettre en place un contrôle des opérations de concentrations dès 1973, ce n'est qu'en 1989 qu'elle parvint à en convaincre le Conseil.

Le règlement du Conseil n° 4064/89/CEE⁴ a ainsi mis en place, en s'inspirant du modèle allemand, un dispositif de contrôle des opérations de concentrations fondé sur le principe d'une notification obligatoire, préalable et suspensive au-delà de certains seuils de chiffre d'affaires.

Alors que jusqu'ici seul l'article 81 TCE avait permis d'appréhender les risques anticoncurrentiels liés aux entreprises communes, la mise en place d'un contrôle des concentrations a changé la donne. En effet, lorsqu'il n'existait pas de contrôle spécifique des concentrations la question qui se posait était de déterminer quelles entreprises communes échapperaient à tout contrôle au titre de l'article 81 TCE. Avec la mise en place d'un tel

⁴Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE, L 395, du 30 décembre 1989.

contrôle des concentrations, il s'agissait désormais de déterminer quelles filiales communes relevaient du contrôle des concentrations, les autres pouvant relever du droit des ententes.

C'est l'article 3 §2 du règlement n° 4064/89 qui a posé les critères permettant de déterminer si une entreprise commune constitue une concentration. Celui-ci dispose en effet que « la création d'une entreprise commune accomplissant d'une manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel soit entre entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune, constitue une opération de concentration ».

Ainsi, pour qu'une entreprise commune soit considérée comme une concentration soumise aux règles de procédure du règlement, l'article 3 §2 du règlement exige qu'elle satisfasse à deux conditions cumulatives : d'une part, l'entreprise commune doit accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (caractère « de plein exercice »), et d'autre part, elle ne doit pas entraîner une coordination du comportement concurrentiel, que ce soit entre les entreprises fondatrices (coopération horizontale) ou entre celles-ci et l'entreprise commune (coopération verticale). Dès lors, toutes les entreprises communes qui ne remplissaient pas ces conditions devaient être considérées comme de nature « coopérative » et non « concentrative », et étaient soumises à l'article 81 TCE.

Cette distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives, qui tirait son origine de l'ancien mémorandum de la Commission du 1^{er} décembre 1965⁵, reposait sur l'idée que les entreprises communes concentratives, en tant que modifications structurelles, étaient moins nocives pour la concurrence que les coopératives, et que, par suite, les premières devaient recevoir un traitement plus approprié que l'interdiction de principe et les sanctions prévues à l'article 81 TCE.

Or, les critères de distinction entre entreprise communes concentratives et entreprises communes coopératives, tels que précisés par la communication du 14 août 1990⁶, se sont très vite révélés trop rigides. En effet, de nombreuses opérations présentant indéniablement les caractéristiques d'une concentration (modification de la structure des entreprises en cause, caractère irréversible, ...) étaient soumises au droit des ententes et non pas au contrôle des

⁵ Mémorandum de la Commission de décembre 1965 sur le problème de la concentration dans le marché commun, Études, Série Concurrence n°3, Bruxelles, troisième partie, n° 6 à 13.

⁶ Communication de la Commission concernant les opérations de concentration et de coopération au titre des concentrations entre entreprises, JOCE, n° C 203, du 14 août 1990.

concentrations uniquement parce qu'une des sociétés mères conservait une présence, parfois peu importante, sur un marché présentant des liens étroits avec celui de l'entreprise commune.

Face aux critiques, la Commission a remplacé sa communication de 1990 par une nouvelle communication⁷ qui a élargi la notion d'entreprise commune concentrative. En effet, cette communication a renoncé entièrement à l'exigence qu'aucune des sociétés mères ne demeure active sur le marché de l'entreprise commune et sur les marchés qui lui sont liés : le fait qu'une seule des fondatrices demeure sur un des ces marchés n'empêche alors plus de considérer qu'il s'agit d'une concentration. Selon la nouvelle communication, la coordination entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune « n'entre en ligne de compte que dans la mesure où elle est un instrument de coordination entre les entreprises fondatrices »⁸. La Commission tient donc exclusivement compte, dorénavant, du risque de coordination horizontale (entre les entreprises fondatrices), et non du risque de coordination verticale (entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune).

En résumé, il suffisait que l'entreprise commune constitue une entité économique autonome (« entreprise de plein exercice ») et qu'il n'y ait pas de risque de coordination horizontale entre les sociétés mères pour qu'elle constitue une concentration au sens du règlement.

Bien qu'opportun, cet assouplissement n'était toutefois pas suffisant. En effet, de nombreuses entreprises communes présentant un caractère structurel marqué demeureraient soumises à l'article 81 TCE pour la seule raison que leur existence ou leur fonctionnement pouvaient affecter, ne serait-ce que dans une mesure réduite, le comportement des sociétés mères. Ainsi, il y avait un traitement très différent pour des opérations très similaires d'un point de vue économique, ce qui entraînait une discrimination favorable aux entreprises communes concentratives. Une telle différence de traitement entre les entreprises communes ne paraissait pas justifiée.

⁷ Communication relative à la distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives établies par le règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE, n° C 385, du 31 décembre 1994.

⁸ Communication relative à la distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives établies par le règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE, n° C 385, du 31 décembre 1994, n°17.

2) Le règlement n° 1310/97 du 30 juin 1997

Le règlement n° 1310/97⁹ tint compte de ces objections en supprimant la condition liée à l'absence de coordination du comportement concurrentiel, faisant ainsi du caractère de plein exercice l'unique critère d'application du contrôle des concentrations aux entreprises communes.

Ainsi, désormais, le fait que la création d'une entreprise commune permette la coordination du comportement des sociétés fondatrices, que ce soit dans leurs rapports avec leur filiale ou même entre elles, n'empêche plus la qualification de concentration. Une telle entreprise commune, à condition d'être de plein exercice, bénéficiera donc du traitement prévu par le règlement n° 4064/89.

Toutefois, il convient de noter que le règlement n° 1310/97 a pris en compte les risques de coordination liés à la création des entreprises communes. En effet, le règlement dispose que l'article 81 §1 TCE « peut être d'application si deux des entreprises fondatrices ou plus restent actives dans le marché de l'entreprise commune ou, le cas échéant, si la création de l'entreprise commune a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence entre les entreprises fondatrices dans des marchés situés en amont ou en aval ou des marchés voisins »¹⁰.

Les modifications apportées par le règlement n° 1310/97 font donc porter globalement le contrôle de la Commission sur toutes les menaces pour la concurrence qui peuvent résulter non seulement de l'opération de concentration en soi, mais encore des ententes entre entreprises qu'elle risque d'entraîner (règle dite du guichet unique).

3) Le règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004

Le règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004¹¹ s'inscrit dans la droite ligne du règlement n° 1310/97 puisque son article 3 §4 prévoit que « la création d'une entreprise commune

⁹ Règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE, n° L 180, du 9 juillet 1997 p 1 – 6.

¹⁰ Considérant n° 5 du règlement (CE) n° 1310/97, Ibid.

¹¹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO, n° L 024, du 29 janvier 2004, p. 1 –22.

accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du paragraphe 1, point b) ».

Ainsi, cet article soumet toutes les entreprises communes de plein exercice au contrôle des concentrations. Il convient par ailleurs de noter que le règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 reprend la règle du « guichet unique » en confiant à la Commission de prévenir toutes les menaces pour la concurrence liées à la création d'une entreprise commune de plein exercice dans le cadre du contrôle des concentrations.

Ainsi, désormais, la coordination du comportement des fondateurs est sans incidence sur la qualification de l'entreprise commune elle-même, mais peut être appréciée par la Commission, dans le cadre du contrôle des concentrations, au regard de l'article 101 TFUE. La question de la coordination du comportement concurrentiel est donc passée du stade de critère de la compétence du contrôle européen des concentrations à celui d'objet de l'exercice de ce contrôle.

Ainsi, la distinction entre entreprises coopératives et entreprises concentratives, qui était originellement fondée sur des critères structurels et comportementaux, est aujourd'hui uniquement basée sur un critère structurel : le caractère de plein exercice. Au terme d'une importante évolution, le droit français a également fini par consacrer ce critère.

Il convient de noter qu'en 1998, la Commission a adopté une communication¹² dans laquelle elle a précisé la notion d'entreprise commune de plein exercice. Cette communication a été remplacée par la communication consolidée adoptée par la Commission en 2007¹³.

B) Droit français

Si le régime des entreprises communes était subtil et complexe en droit de l'Union jusqu'à l'adoption du critère unique de l'entreprise de plein exercice, la pratique française était peut-être plus difficile encore à prévoir. Surtout, les positions retenues par le Conseil de la concurrence et par le ministre de l'Économie ont longtemps été inconciliables.

¹² Communication n°98/C 66/02 de la Commission, 2 mars 1998, relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE C 66.

¹³ Communication consolidée n° 2008-C 95/01, 10 juillet 2007, 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 (« communication consolidée »), JOCE C 95.

1) La divergence de principe

Très tôt, le Conseil de la concurrence avait adopté la distinction entre entreprises communes concentratives et coopératives qui était alors retenue en droit européen. Le Conseil de la concurrence considérait en effet que « pour que la création d'une entreprise commune constitue une concentration au sens des dispositions de l'article 39 de l'ordonnance, il est nécessaire que cette entreprise assure toutes les fonctions d'une entreprise autonome d'une manière durable et que sa création n'ait pas pour objet et ne puisse avoir pour effet une coordination sur les marchés pertinents du comportement des sociétés mères entre elles ou de l'une d'entre elles avec la filiale commune. »¹⁴.

La position du ministre de l'Economie était toute différente puisque toutes les entreprises communes étaient, par définition, des concentrations. Cette interprétation était exprimée de la façon suivante dans la Méthode d'analyse de la DGCCRF :

« En ce qui concerne l'application du droit national, rien n'oblige les autorités françaises à reprendre la distinction établie par les autorités communautaires. L'acquisition ou la création d'une entreprise commune entre parfaitement dans le champ de l'article 39 [de l'ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986], que cette entreprise soit de nature coopérative ou apparentée à une concentration selon la grille d'analyse communautaire »¹⁵.

Il ne s'agissait pas là d'une simple différence d'appréciation quant au degré de coopération toléré pour rester dans le champ d'application du contrôle des concentrations par rapport à la distinction adoptée en droit européen et retenue par le Conseil de la concurrence. Le ministre de l'Economie considérait en effet que même une entreprise de nature résolument coopérative relevait du contrôle français des concentrations. Cette position avait été réaffirmée par le ministre de l'Economie¹⁶ et ce dernier avait fait prévaloir son analyse sur ce point après avis contraire du Conseil de la concurrence à l'occasion notamment des concentrations Henkel France / Colgate Palmolive¹⁷ et Médiavision / Circuit A¹⁸.

¹⁴ Conseil concurrence, avis n°97-A-23, 15 octobre 1997, société MAAF Assurances et Association DEKRA, BOCCRF 29 janvier 1998, p. 3.

¹⁵ Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations, Etudes DGCCRF (1992), p. 16.

¹⁶ « Allocation d'ouverture de Monsieur Edmond Alphandéry, Ministre de l'Economie », Journées franco-américaines de la concurrence, Conc. Cons. N° 77, janv.-févr. 1994, p. 8.

¹⁷ Avis 88-A-09 du 26 avril 1988, secteur des produits d'entretien (Henkel France / Colgate Palmolive), Rapp. Cons. conc. 1988, annexe 83, p. 154.

Cette opposition de principe fondamentale entre deux autorités françaises de concurrence était unique et une homogénéité des qualifications était espérée.

2) La convergence : la notion d'entreprise commune de plein exercice

Si la prééminence de la position du ministre de l'Economie a été reconnue par la Cour d'appel de Paris¹⁹ et par la Cour de cassation²⁰ dans une affaire concernant le secteur des salles de cinéma, le rapprochement entre les positions du Conseil et du ministre a eu lieu peu après. Paradoxalement, cette unification n'a pas consisté en un alignement sur la position retenue jusqu'alors par l'administration. Le ministre de l'Economie a en effet décidé pour la première fois le 12 août 1999 que l'entreprise commune Opéra constituée par Casino et Cora dans le secteur de la grande distribution n'était pas une concentration car il lui manquait « les attributs d'une société autonome »²¹. Quelques semaines plus tard, une autre décision jugeait qu'une filiale commune dans le secteur des veaux nourrissons ne relevait pas non plus du contrôle des concentrations²².

Lors de l'examen du recours intenté contre la décision Opéra, le Conseil d'Etat jugea « qu'une filiale commune à plusieurs entreprises ne peut être regardée comme une concentration au sens des dispositions précitées que si elle assure de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ». Le Conseil d'Etat poursuivait en jugeant 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 »²³.

¹⁸ Avis 90-A-11 du 10 juillet 1990, secteur de l'espace publicitaire (Médiavision / Jean Mineur / Circuit A), Rapp. Cons. conc. 1990, annexe 81, p. 184.

¹⁹ Cour d'appel de Paris, 28 juin 1994, BOCC du 14 juillet 1994, p. 268, spéc. P. 270.

²⁰ Cass. Com., 26 nov. 1996, Syndicat des distributeurs indépendants c/ Association française des producteurs de films et de programme audiovisuels et autres, Bull. civ. IV n°291, p. 248.

²¹ Lettre du 12 août 1999, secteur de la distribution (Casino/Cora), BOCC du 18 octobre 2000, p. 561.

²² Lettre du 23 août 1999, secteur des veaux nourrissons (Collet, Denkavit e.a.), BOCC du 18 février 2000, p. 61.

²³ CE Sect. 31 mai 2000, Sté Cora, Rec. 194.

Confirmant la position du ministre de l'Economie, le Conseil d'Etat a ainsi limité la notion de concentration aux entreprises communes qui constituaient une « unité économique autonome ».

Ainsi, avec la décision Cora, le ministre s'est à la fois rangé à la position du Conseil de la concurrence et inspiré des exigences du droit européen. Surtout, cette interprétation a mis fin à une divergence fondamentale entre le Conseil de la concurrence et le ministre de l'Economie. Enfin, cette interprétation anticipait déjà sur la nouvelle définition de la concentration qui résultera de la loi relative aux nouvelles régulations économiques²⁴. Celle-ci prévoit en effet une nouvelle rédaction de l'article 38 de l'ordonnance de 1986 qui reprend en toutes lettres la définition de la concentration en droit européen.

Ainsi, aujourd'hui, l'article L. 430-1 du Code de commerce dispose que « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article. »

Il convient de noter que, contrairement au règlement n° 139/2004, l'article L. 430-1 ne prévoit aucune disposition spécifique à l'analyse concurrentielle des opérations de concentrations prenant la forme d'une entreprise commune. Surtout, cet article n'a pas consacré la règle européenne dite du guichet unique consistant à mettre en œuvre deux tests – concentration et coordination – dans le cadre de la même procédure de contrôle. Cependant, la pratique décisionnelle française a fini par intégrer la grille d'analyse européenne basée sur la règle du guichet unique. On constate en effet que lorsqu'il était encore en charge du contrôle des concentrations, le ministre évaluait les effets d'une entreprise commune sur la concurrence en analysant également les risques de coordination entre sociétés mères. La première affaire dans laquelle le ministre a eu l'occasion d'exposer la méthode d'analyse qu'il entendait suivre est l'affaire Natixis²⁵. De la même manière que la Commission, le ministre s'était attaché à analyser les risques de coordination liés à la création de cette entreprise commune.

Il apparaît ainsi qu'au terme d'une importante évolution législative et réglementaire, le droit de l'Union européenne et le droit français ont adopté les mêmes critères permettant de

²⁴ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

²⁵ Min. Eco, 10 août 2006, Natixis, BOCCRF n° 7 bis du 15 septembre 2006.

caractériser une entreprise commune constituant une concentration. Ces critères reposent sur la notion d'entreprise commune de plein exercice. Une deuxième partie précisera cette notion.

II. Analyse du dispositif actuel basé sur la notion d'entreprise commune de plein exercice

Il s'agira dans un premier temps de préciser les situations dans lesquelles une entreprise commune peut devenir une concentration (A), puis, dans un second temps, il s'agira d'analyser la notion d'entreprise commune de plein d'exercice (B).

A) Situations dans lesquelles une entreprise commune peut devenir une concentration

Une entreprise commune peut devenir une concentration dans deux situations : lors de sa création, et lors de sa modification.

1) Création d'une entreprise commune

Une entreprise commune peut tout d'abord devenir une concentration au moment de sa création. Aux termes de la communication consolidée de la Commission, il y a création d'une entreprise commune dans trois cas de figure.

Tout d'abord, il y a création d'une entreprise commune lorsque plusieurs entreprises acquièrent auprès de tierces le contrôle en commun d'une autre entreprise. Dans ce cas de figure, la Commission estime que « comme pour la prise de contrôle exclusif d'une entreprise, cette acquisition entraînera un changement de la structure du marché »²⁶. En conséquence, une telle opération constitue une concentration sans qu'il soit nécessaire de considérer le critère de plein exercice.

Ensuite, il y a également création d'une entreprise commune lorsque plusieurs entreprises créent une entreprise qu'elles contrôlent en commun en apportant des actifs qu'elles possédaient auparavant à titre individuel. Dans ce cas de figure, l'entreprise commune ne devient une concentration qu'à condition d'être de plein exercice.

Enfin, il y a création d'une entreprise commune au sens du droit français et européen lorsque plusieurs entreprises créent une entreprise commune totalement nouvelle. Dans ce cas

²⁶ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 91.

de figure également, il n'y aura concentration qu'à condition que le critère de plein exercice soit rempli.

2) Modification d'une entreprise commune

Il peut également être question d'une opération de concentration lors la modification d'une entreprise commune existante.

D'une part, la modification d'une entreprise commune qui est déjà de plein exercice peut être considérée comme une nouvelle concentration. La communication consolidée précise à cet égard que tel est le cas lorsque « les sociétés mères transfèrent des actifs supplémentaires et significatifs, des contrats, du savoir-faire ou d'autres marchés droits à l'entreprise commune et que ces éléments d'actifs et ces droits constituent la base ou le noyau pour étendre les activités de l'entreprise commune à d'autres marchés de produits ou d'autres marchés géographiques qui n'étaient pas couverts par l'entreprise commune initiale et si elle exerce ces nouvelles activités en tant qu'entreprise de plein exercice. »²⁷

D'autre part, il peut également y avoir concentration lorsque la modification d'une entreprise commune qui n'est pas de plein exercice, donne à cette entreprise commune le caractère de plein exercice. Tel est le cas lorsque les entreprises mères modifient la structure organisationnelle de leur entreprise commune de telle manière qu'elle remplisse le critère de plein exercice »²⁸.

B) Analyse de la notion d'entreprise commune de plein exercice

Comme il a été vu précédemment, au terme d'une importante évolution législative et réglementaire, les critères permettant de déterminer les entreprises communes constituant une concentration se sont fixés sur la notion d'entreprise commune de plein exercice.

Pour qu'une entreprise commune constitue une entreprise commune de plein exercice et relève ainsi du contrôle des concentrations, trois conditions doivent être réunies : l'absence de lien structurel entre les entreprises fondatrices, l'exercice en commun du contrôle de l'entreprise, et le caractère de plein exercice de l'entreprise.

²⁷ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 107.

²⁸ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 91.

1) L'absence de lien structurel entre les entreprises fondatrices

La création d'une entreprise commune ne constitue une concentration que si elle est réalisée par au moins deux opérateurs indépendants exerçant conjointement sur elle une influence déterminante. Ainsi, la création d'une entreprise commune par des sociétés ou entreprises appartenant à un même groupe ne sera pas soumise au contrôle des concentrations, en raison de l'absence de tout impact concurrentiel. En revanche, la création d'une entreprise commune par des filiales d'un même groupe et un ou plusieurs opérateurs indépendants pourra être, en cas de contrôle commun, soumise au droit des concentrations.

2) L'exercice en commun du contrôle de l'entreprise.

L'article 3 §4 du règlement CE sur les concentrations et l'article L. 430-1 § 2 du Code de commerce énoncent que « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une opération de concentration ».

Comme le soulignent André et Georges Decocq, « il ne faut pas se méprendre sur le sens du terme "création". Il ne signifie pas création d'une entreprise en tant que telle, mais création d'une situation juridique rendant cette entreprise commune. Ainsi, l'acquisition en commun d'une entreprise existante répond à la notion de création d'une entreprise commune au sens de la disposition considérée. Cette notion se confond, par suite, avec celle de prise de contrôle en commun. »²⁹. Il convient dès lors de préciser la condition d'exercice en commun du contrôle de l'entreprise.

Aux termes de la communication consolidée, « il y a contrôle en commun lorsque deux ou plusieurs entreprises ou personnes ont la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une autre entreprise » et « par influence déterminante, on entend habituellement le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise », de telle manière que les actionnaires doivent « nécessairement s'entendre sur la politique commerciale de l'entreprise commune et sont appelés à collaborer ». Une telle situation peut revêtir plusieurs formes.

²⁹ A. et G. Decocq, Droit de la concurrence, droit interne et de l'Union européenne, LGDJ, 2002, 3^e édition.

Il peut tout d'abord s'agir d'une stricte parité au sein des organes de direction ou de surveillance de la société ou, plus généralement, de l'entité qui détient l'entreprise commune. Cette parité existe lorsque les droits de vote se répartissent à égalité entre les entreprises fondatrices et que la composition des organes de direction reflète cette égalité. Ainsi, dans l'affaire *Generali et Unicredito*³⁰, chacune des deux entreprises fondatrices détenait 50% du capital de la filiale commune, les statuts prévoyaient que l'assemblée générale extraordinaire délibérerait, en matière commerciale, à la majorité absolue du capital social et les accords parasociaux stipulaient que le conseil d'administration se composerait à égalité des membres nommés par chacune des deux fondatrices. Il convient de noter que même dans le cas où les droits de vote se répartissent inégalement, la parité peut résulter d'un accord qui répartit paritairement les postes au sein de ces organes.

Il peut ensuite s'agir de l'existence de droits de veto, stipulés statutairement ou contractuellement, dès lors qu'ils « portent sur des décisions stratégiques et [vont] au-delà des droits de veto normalement consentis aux actionnaires minoritaires pour protéger leurs intérêts financiers en tant qu'investisseurs dans l'entreprise commune »³¹. Les droits de veto dont il s'agit ici sont ceux qui concernent l'élaboration du budget, l'établissement du plan d'entreprise, la nomination du personnel d'encadrement, les investissements et de manière générale les décisions importantes relatives au marché sur lequel l'entreprise opère. Ainsi, dans l'affaire *France Antilles*, le Conseil d'État s'est fondé sur l'existence d'un droit de veto statutaire de la BFCM quant à la nomination et la révocation des membres du comité exécutif et quant aux augmentations de capital, pour juger qu'elle contrôlait EBRA en commun avec l'Est Républicain³².

Il peut enfin s'agir d'actions concertées d'actionnaires individuellement minoritaires en vue de prendre en commun le contrôle d'une entreprise. Pour qu'il y ait contrôle en commun, il faut toutefois que ces actions constituent des alliances durables.

Il convient de noter que dans toutes ces situations, le contrôle en commun doit être durable. Ainsi, quelles que soient les modalités du partage du pouvoir, si elles ne sont prévues que pour une durée limitée à l'expiration de laquelle l'un des partenaires prendra seul le

³⁰ Décision Commission, 25 mars 1996 ; TPICE, Aff. T-87/96, R II-203, 4 mars 1999.

³¹ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 66.

³² CE 31 janvier 2007, Société France Antilles, n° 294896.

contrôle de l'entreprise en cause, il n'y a pas contrôle en commun mais prise de contrôle exclusif dès l'origine.

3) Le caractère de plein exercice

Comme il a été vu précédemment, il ne suffit pas qu'une opération ait pour résultat la création d'une entreprise commune, pour qu'elle puisse être considérée comme une concentration au sens du droit français et du droit européen. Il faut en effet y ajouter une condition supplémentaire : l'entreprise doit être de plein exercice. Cette condition est posée par l'article L. 430-1 et l'article 3 du Règlement n° 139/2004 qui disposent que « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens (texte du règlement CE : du paragraphe 1, b ; texte interne : du présent article). »

L'autonomie dont il s'agit ne s'entend pas, en un sens juridique, de la liberté pour cette entité de déterminer seule sa stratégie commerciale, puisque par définition, elle est soumise à l'influence déterminante des entreprises fondatrices. Cette autonomie s'entend, en un sens économique, de l'aptitude à exercer seule l'ensemble des activités qui aboutissent à la mise sur le marché de produits ou de services.

La raison pour laquelle les autorités de concurrence exigent d'une entreprise commune qu'elle dispose d'une autonomie économique pour relever du contrôle des concentrations est que, sans cette condition, l'entreprise commune serait exclusivement un mode de coopération entre entreprises fondatrices, ce qui ne relève pas du contrôle des concentrations mais du contrôle des comportements.

La communication consolidée a apporté de précieuses précisions à ce critère de plein exercice. Elle énonce à ce sujet qu' « il suffit [...] pour le critère de plein exercice, que l'entreprise commune soit autonome sur le plan fonctionnel »³³. Par suite, elle doit « opérer sur un marché, en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché »³⁴.

³³ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 93

³⁴ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 94

Aux termes de la communication consolidée, il apparaît que le critère de plein exercice s'apprécie au travers de quatre éléments. Tout d'abord, l'entreprise commune doit avoir accès à toutes les ressources nécessaires. Ensuite, l'entreprise commune doit être conçue pour fonctionner de manière durable. Par ailleurs, ses activités ne doivent pas se limiter à une fonction spécifique pour les sociétés mères. Enfin, sont prises en compte les relations commerciales que l'entreprise commune entretient avec ses sociétés mères.

a) Ressources suffisantes

Pour être de plein exercice, une entreprise commune disposer de tous les moyens nécessaires à l'exercice de son activité. La communication consolidée dispose à cet égard que l'entreprise commune doit « avoir accès à toutes les ressources nécessaires, en termes de financement, de personnel et d'actifs (corporels et incorporels) »³⁵. En particulier, l'entreprise commune doit disposer des actifs immobilisés et éléments du passif liés à ses activités, des ressources mobilières et immobilières nécessaires, des droits de propriété intellectuelle, du personnel technique commercial et administratif indispensables à son bon fonctionnement, de ses propres services de vente et marketing, et de ressources financières importantes.

Au regard de la pratique décisionnelle, il ressort que les autorités de concurrence ont souvent adopté une position souple et pragmatique en appliquant cette condition. D'une part, le fait qu'il y ait assistance pendant une phase initiale de lancement ne fait pas obstacle à la qualification d'entreprise commune de plein exercice³⁶. D'autre part, la Commission a précisé que le fait que les sociétés fondatrices conservent la propriété des ressources de l'entreprise commune qu'elles ont constituée par intégration de leurs activités ne fait pas obstacle à la qualification d'entreprise commune de plein exercice à condition qu'elles se soient retirées du marché³⁷.

S'agissant des ressources en personnel, la communication consolidée précise que « l'entreprise commune doit posséder un personnel d'encadrement se consacrant à ses activités quotidiennes ».

³⁵ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 94.

³⁶ TPICE, 4 mars 1999, Assicurazioni Generali (SpA), aff. T-87-96.

³⁷ Décision Comm. CE JV.19 du 11 août 1999, KLM/Alitalia.

Ainsi, le Ministre de l'économie avait exclu la qualification de concentration pour la création d'une filiale commune qui « n'aura que des moyens matériels de humains d'une faible ampleur compte tenu de son chiffre d'affaires prévisionnel supérieur à 1 milliard de francs : le coût des équipements en aménagement des bureaux ne dépassera pas 200 000 à 500 000 F et l'effectif prévisionnel n'est que de 10 personnes dont, pour l'encadrement, un président à mi-temps et un responsable »³⁸.

Toutefois, les autorités de concurrence ont encore une fois fait preuve de souplesse en appliquant cette condition. Ainsi, il a été considéré que le personnel ne devait pas nécessairement être employé par l'entreprise commune proprement dite. En effet, si cela est de pratique courante dans le secteur dans lequel l'entreprise commune est présente, il peut suffire que des tierces parties prévoient la mise à disposition de personnel en vertu d'un accord opérationnel ou que le personnel soit affecté par une agence d'intérim. De même, le détachement de personnel par les entreprises fondatrices peut également suffire s'il ne se fait que dans le cadre d'une phase de démarrage ou si l'entreprise commune traite avec les entreprises fondatrices de la même manière qu'avec les tierces parties. Ce dernier cas implique que l'entreprise commune traite en toute indépendance avec les entreprises fondatrices sur la base de conditions commerciales normales et qu'elle est également libre de recruter ses employés ou de s'adjoindre du personnel par le biais de tierces parties.

b) Le caractère durable

Le droit français³⁹ comme le droit de l'UE⁴⁰ se réfèrent au critère de durabilité dans la définition de l'entreprise commune constituant une concentration. L'entreprise commune doit ainsi « être conçue pour fonctionner de manière durable »⁴¹.

L'exigence du caractère durable de l'activité économique s'explique par le fait que la prise de contrôle en commun n'est une opération de concentration que si elle modifie la structure

³⁸ Lettre min. 23 août 1999, secteur des « veaux nourrissons »

³⁹ Article L. 430-1 du Code de commerce.

⁴⁰ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 3 §4, JO, n° L 024, du 29 janvier 2004, p 1 – 22.

⁴¹ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 103.

des entreprises touchées. C'est pourquoi une entreprise commune constituée uniquement pour la construction d'un important ouvrage n'est pas une entreprise commune de plein exercice⁴².

La condition de durabilité n'a pas été précisée mais la pratique décisionnelle en matière d'entreprise commune éclaire cette condition.

Tout d'abord, une entreprise existera de manière durable lorsque, en l'absence de clause de dissolution anticipée, elle est destinée à exercer ses activités d'une manière illimitée dans le temps⁴³. Par ailleurs, l'entreprise commune créée pour une période limitée peut tout de même remplir la condition de durabilité à condition que sa durée d'existence soit suffisante pour entraîner un changement durable dans la structure des entreprises concernées⁴⁴. Il convient de noter que la Commission a considéré six ans comme une durée suffisante⁴⁵. En revanche, le Conseil de la concurrence a considéré qu'un groupement économique constitué pour une durée limitée à neuf ans ne remplissait pas la condition de durabilité⁴⁶. De même, celle qui sera dissoute dès la réalisation de ses objectifs, dans un délai de trois ans⁴⁷ ne présente pas ce caractère de durabilité.

Enfin, au regard de la pratique décisionnelle de la Commission, l'existence de clauses de « deadlock », d'échec ou de dissolution de l'entreprise n'est en général pas un obstacle à la durabilité de l'entreprise commune à condition qu'elles ne soient pas trop faciles à faire jouer.

c) Activités allant au-delà d'une fonction spécifique pour les sociétés mères

L'entreprise commune est contrôlable si elle a une activité lui permettant d'accéder de manière autonome au marché. La communication consolidée dispose en effet qu'« une entreprise commune n'est pas « de plein exercice » lorsqu'elle ne reprend qu'une seule

⁴² Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, point 58.

⁴³ Aff. IV/M.024 – Mitsubishi/UCAR du 4 janvier 1991. ; Déc. Commission CE M.490 du 19 juillet 1995, Nordic Satellite Distribution.

⁴⁴ Décision Commission CE M.2903 du 30 avril 2003, Entreprise commune DaimlerChrysler/Deutsche Telekom.

⁴⁵ Aff. IV/M.259 – British Airways/UCAR du 27 novembre 1992.

⁴⁶ Cons. conc ., n° 90-A-11, 10 juillet 1990, Médiavision Cinéma et publicité – Jean Mineur – circuit A, secteur de l'espace publicitaire, Rapp. Cons. 1990, annexe n°81, p. 184.

⁴⁷ Décision Commission CE M.315 du 31 janvier 1994, Mannesmann/Vallourec/Ilva.

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 »⁴⁸.

Ainsi, ne sont pas de plein exercice les entreprises communes qui se limitent à un rôle d'auxiliaire pour les activités économiques de leurs sociétés mères. Tel est le cas des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production. De même, lorsqu'une entreprise commune a pour seul rôle de distribuer ou de vendre les produits de ses sociétés mères (comptoir de vente) elle n'est pas de plein exercice.

Par ailleurs, en général, les autorités de concurrence considèrent que les structures créées sous forme de GIE ne peuvent constituer des concentrations, faute d'avoir accès au marché car le GIE n'intervient que dans le prolongement de l'activité de ses membres. Ainsi, le Conseil de la concurrence avait dénié le caractère de concentration au GIE créé en commun par Médiavision et Circuit A en énonçant : « le Conseil a observé que, selon les projets de statuts, le groupement d'intérêt économique que Médiavision et Circuit A se proposaient de constituer devait limiter son activité à l'établissement de devis communs et à la prise d'ordres pour chacun de ses membres, les autres fonctions touchant aux relations avec les exploitants de salles de cinéma, à la régie de leur espace publicitaire, à la distribution des redevances, au montage et au routage des films publicitaires, à l'Administration et à la gestion demeurant de la compétence de chacune des deux sociétés fondatrices. »⁴⁹

d) Relations avec les sociétés mères

Les relations entre l'entreprise commune et les sociétés mères sont également prises en compte pour apprécier le caractère de plein exercice. En effet, une entreprise commune qui ne fournit ses produits ou services qu'à ses sociétés-mères ou qui s'approvisionne entièrement auprès de celles-ci ne peut être de plein exercice

Toutefois, au regard de la pratique décisionnelle, les autorités de concurrence appliquent cette condition avec souplesse et pragmatisme.

D'une part, les autorités de concurrence admettent une certaine dépendance de l'entreprise commune par rapport à ses fondatrices pendant une période de démarrage. Ainsi, la Commission considère que le critère de la capacité à « accomplir de manière durable toutes

⁴⁸ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 95.

⁴⁹ Cons. conc., Rapp. Cons. conc. N°4, 1990, à propos de l'avis n° 90-A-11, 10 juillet 1990.

les fonctions d'une entité économique autonome » est rempli, même si l'entreprise commune dépend quasi exclusivement des ventes à sa mère pendant la période de démarrage⁵⁰. En effet, même si une des mères reste le client principal de l'entreprise commune à moyen terme, sa dépendance de la mère ne va être que temporaire. Dans sa communication consolidée, la Commission justifie cet assouplissement en énonçant que « cette phase de démarrage peut être nécessaire pour implanter l'entreprise commune sur un marché donné »⁵¹. La Commission indique également que cette période ne doit en principe pas dépasser une durée de trois ans, en fonction des conditions spécifiques qui règnent sur le marché en question. D'autre part, des entreprises communes approvisionnées presque totalement par leurs sociétés fondatrices peuvent être considérées comme de plein exercice à condition que ces relations n'aillent pas au-delà de la pratique normale dans le secteur concerné caractérisé par une forte intégration verticale⁵².

Lorsque ces ventes ou ces approvisionnements ont un caractère durable, la Commission applique une analyse qu'elle a synthétisée dans la communication de 2008.

S'agissant des ventes aux sociétés mères, les autorités de concurrence s'attachent à déterminer si, en dehors de ces ventes, l'entreprise commune est amenée à jouer un rôle actif sur le marché. La communication consolidée précise à cet égard que la part relative des ventes aux sociétés mères dans la production totale de l'entreprise commune est un facteur important. Ainsi, lorsque l'entreprise commune réalise plus de 50% de son chiffre d'affaires avec des tiers, la Commission considère que cela constitue un indice de son autonomie fonctionnelle. En dessous de ce seuil, la Commission s'attache à déterminer si les ventes aux sociétés mères se font sur la base de conditions commerciales normales. Ainsi, « plus la proportion de ventes susceptibles de revenir aux sociétés mères sera grande, plus la nécessité de fournir des preuves tangibles du caractère commercial de leur relation sera importante. »⁵³

S'agissant des achats de l'entreprise commune aux sociétés mères, la Commission prend en compte la valeur ajoutée qu'acquiert le produit ou service lors de cette transaction. Si cette

⁵⁰ Décision Commission CE M.560 du 11 mai 1995, EDS/Lufthansa ; Décision Commission M.686 du 5 février 1996, Nokia/Autoliv ; Décision Commission, M.791 du 7 octobre 1996, British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services.

⁵¹ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007, point 97.

⁵² Décision Commission CE M.222 du 12 novembre 1992, Mannesmann/Hoesch.

⁵³ Communication consolidée n° 2008-C 95/01 du 10 juillet 2007n°, point 98.

valeur ajoutée est faible, la Commission estime alors que l'entreprise commune s'apparente davantage à un comptoir de vente commun.

III. Les insuffisances du dispositif actuel

De manière générale, l'adoption du critère unique du caractère de plein exercice a été opportune en ce qu'elle a permis de mettre fin à une situation contestable qui consistait à traiter de manière très différente des opérations aux effets économiques similaires. En effet, l'abandon de la condition liée à l'absence de coordination du comportement concurrentiel a permis de mettre fin au traitement discriminatoire imposé à certaines entreprises communes. Par ailleurs, le critère unique du caractère de plein exercice est opportun en ce qu'il respecte l'essence de la notion de concentration. Ce critère s'appuie en effet sur les deux caractéristiques essentielles de la notion de concentration : un changement structurel et un caractère durable.

Toutefois, le dispositif actuel est perfectible à deux égards. D'une part, les contours de la notion de d'entreprise commune de plein exercice demeurent parfois incertains (A). D'autre part, dans certains cas, ce critère apparaît trop restrictif (B). Dès lors, des ajustements procéduraux permettraient de répondre de manière efficace à ces lacunes (C).

A) Le caractère de plein exercice : une notion aux contours parfois incertains.

S'il est maintenant acquis que le critère permettant de qualifier une entreprise commune de concentration est son caractère de plein exercice, ce test est d'un maniement délicat en pratique. En effet, on rencontre fréquemment des situations dans lesquelles il est difficile de trancher avec certitude en faveur de l'un ou de l'autre des régimes applicables.

Tout d'abord, des hésitations peuvent naître au moment de l'analyse des fonctions de l'entreprise commune. En effet, comme il a été vu précédemment, les autorités française et européenne de concurrence ont précisé qu'en principe une entreprise commune qui ne reprend qu'une fonction spécifique parmi les activités économiques de ses sociétés mères ne peut pas être de plein exercice. Or en pratique, certaines entreprises communes, dont le rôle était limité à une fonction, ont été considérées comme de plein exercice. Ainsi, dans une affaire CASC JV⁵⁴, la Commission a considéré qu'une entreprise commune, dont le rôle se limitait à l'organisation d'enchères permettant d'allouer les capacités d'interconnexions

⁵⁴ Comm. CE, 14 août 2008, CASC JV, aff. COMP/M. 5154.

transfrontalières entre les différents réseaux de distribution d'électricité européens, était malgré cela de plein exercice.

Ensuite, il est aujourd'hui difficile pour les sociétés mères de déterminer si une entreprise commune créée pour une période de temps déterminée remplit la condition de durabilité. En effet, les autorités de concurrence française et européenne admettent qu'une entreprise commune créée pour une période déterminée puisse tout de même remplir la condition de durabilité à condition que sa durée d'existence soit suffisante pour entraîner un changement durable dans la structure des entreprises concernées. Or, la pratique décisionnelle ne permet pas de déterminer avec certitude ce qu'est une durée d'existence suffisante. En effet, alors que la Commission a considéré six ans comme une durée suffisante⁵⁵, le Conseil de la concurrence a quant à lui estimé qu'un groupement économique constitué pour une durée limitée à neuf ans ne remplissait pas la condition de durabilité⁵⁶.

Enfin, de manière générale, la distinction basée sur le caractère plein exercice est parfois très subtile surtout lorsque les sociétés mères modifient le mode de fonctionnement de leur entreprise commune. En effet, une entreprise commune qui n'est pas de plein exercice peut devenir de plein exercice lorsque ses mères modifient son mode de fonctionnement ou son rôle. Au regard de la pratique décisionnelle, la modification relativement mineure de l'organisation de l'entreprise commune peut suffire à conférer à l'entreprise un caractère de plein exercice. Ainsi, dans une décision *American Express*⁵⁷, la Commission a estimé que la perte d'un droit de veto dont disposait l'une des mères suffisait à donner l'entreprise commune un caractère de plein exercice. En particulier, le droit de veto permettait à une des sociétés mères de s'opposer à l'externalisation de prestations de services au profit de tiers. Lors de la création de cette entreprise commune, la Commission avait listé les caractéristiques en faveur de la qualification d'entreprise de plein exercice et celles qui s'y opposaient. Quelques années plus tard, il a suffi que l'une de ces dernières disparaissent pour que l'entreprise commune constitue une concentration. Cet exemple illustre bien la subtilité du critère du caractère de plein exercice, et en conséquence la situation d'insécurité juridique

⁵⁵ Aff. IV/M.259 – *British Airways/UCAR* du 27 novembre 1992.

⁵⁶ Cons. conc., n° 90-A-11, 10 juillet 1990, *Médiavision Cinéma et publicité – Jean Mineur – circuit A*, secteur de l'espace publicitaire, Rapp. Cons. 1990, annexe n°81, p. 184.

⁵⁷ Comm. CE, 3 octobre 2008, *American Express / Fortis / Alpha Card*, aff. COMP/M.5241.

dans laquelle se trouvent les entreprises au moment de créer une entreprise commune et surtout au moment de la modifier.

Il apparaît ainsi que les différentes communications publiées par la Commission ainsi que les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence n'ont pas permis d'éliminer totalement les incertitudes entourant la notion d'entreprise commune de plein exercice. Si l'existence de ces incertitudes peut s'expliquer par la volonté légitime des autorités de concurrence de conserver une certaine marge de manœuvre au moment d'apprécier le caractère de plein exercice d'une entreprise commune, cela est tout de même problématique car source d'insécurité juridique pour les entreprises.

B) La notion d'entreprise commune de plein exercice : un critère trop restrictif

La consécration du critère unique de l'entreprise commune de plein exercice par le règlement n° 1310/97 a mis fin à une situation critiquable qui consistait à exclure un certain nombre d'entreprises du champ d'application du contrôle des concentrations alors qu'elles présentaient d'importants aspects concentratifs. En effet, cette réforme a permis d'étendre le bénéfice de l'application du régime du contrôle des concentrations à deux nombreuses entreprises communes dont les aspects collaboratifs empêchaient de les qualifier de concentrations.

Toutefois, malgré cet élargissement très opportun, le critère du caractère de plein exercice demeure à certains égards trop restrictif, et on peut se demander s'il ne faudrait pas étendre le bénéfice du régime du contrôle des concentrations à certaines entreprises communes qui ne sont pas de plein exercice. C'est en particulier le cas des entreprises communes de production qui ne sont pas de plein exercice et qui sont aujourd'hui exclues du champ d'application du contrôle des concentrations.

Le fait que les entreprises communes de production qui ne sont pas de plein exercice soient exclues du champ d'application du contrôle des concentrations est contestable pour deux raisons. D'une part, ces entreprises communes sont très similaires aux opérations de concentration au regard de l'importance des investissements et de la forte intégration des fonctions qui les caractérisent. Il apparaît ainsi que des situations économiquement très similaires sont soumises à des régimes juridiques très différents. D'autre part, une fois que

l'entreprise commune a été créée, il est très compliqué de la dissoudre, ce qui met en évidence l'inadaptation du contrôle *a posteriori* pour ce type d'entreprise commune.

C) Les ajustements procéduraux nécessaires

1) Mise en place d'un dispositif de dialogue avec les autorités de concurrence

Face aux incertitudes entourant la notion d'entreprise commune de plein exercice, la mise en place d'un dispositif de dialogue avec les autorités de concurrence donnerait aux entreprises un outil leur permettant de renforcer leur sécurité juridique. Un tel dispositif consisterait à offrir la possibilité aux entreprises souhaitant créer une entreprise commune de soumettre leur projet aux autorités de concurrence afin de déterminer si l'entreprise commune relève du contrôle des concentrations. Il convient de noter qu'un tel dispositif n'aurait pas pour objet l'évaluation de l'impact concurrentiel de l'entreprise commune mais uniquement de déterminer si elle a un caractère de plein exercice. Afin que ce dispositif soit pleinement efficace et attractif, les délais de réponse des autorités de concurrence devraient par ailleurs rester raisonnables afin de ne pas faire de ce dispositif une contrainte pour les entreprises.

Un tel dispositif aurait plusieurs avantages pour les entreprises. D'une part, cela permettrait une plus grande sécurité des opérateurs dans leurs décisions de notification aux autorités de concurrence. En effet, un tel dispositif permettrait aux entreprises mères de lever leurs doutes quant au caractère de plein exercice de leur entreprise commune, et ainsi de ne pas courir le risque de se voir imposer une amende pour absence de notification. D'autre part, dans le cas où l'entreprise commune ne serait pas considérée de plein exercice, ce dispositif permettrait aux entreprises mères de connaître les caractéristiques de leur entreprise commune empêchant son caractère de plein exercice. Ainsi, lorsque les entreprises mères modifieront le rôle ou le mode de fonctionnement de l'entreprise commune, elles sauront dans quels cas une telle modification donnerait à cette entreprise commune un caractère de plein exercice et impliquerait donc une notification obligatoire.

2) Mise en place d'un dispositif de notification volontaire

Face au problème du caractère trop restrictif du critère du caractère de plein exercice, l'adoption de certains ajustements procéduraux est nécessaire. Il conviendrait en effet de d'offrir aux entreprises communes de production qui ne sont pas de plein exercice la

possibilité de bénéficier de la sécurité juridique attachée à une décision d'autorisation des autorités de concurrence.

Il convient de noter que la Commission avait déjà proposé d'étendre le contrôle des concentrations aux entreprises communes de production qui ne sont pas de plein exercice⁵⁸. Cette proposition avait d'ailleurs été précédée d'une autre proposition encore plus ambitieuse. En effet, en 1997, lors des débats relatifs à la modification du règlement 4064/89, la Commission avait envisagé d'étendre l'application du contrôle des concentrations à toutes les entreprises communes, qu'elles soient de plein exercice ou pas, à l'exception des entreprises communes dont le seul objet est de dissimuler une entente⁵⁹. Si de telles propositions avaient pour avantage de faire bénéficier un plus grand nombre d'entreprises communes du régime favorable du contrôle des concentrations, ces deux propositions avaient pour inconvénient de dénaturer la notion de concentration. On a en effet vu qu'un des avantages du critère du caractère de plein exercice est qu'il respecte l'essence de la notion de concentration.

Il conviendrait dès lors de mettre en place un dispositif spécial de contrôle des entreprises communes de production qui ne sont pas de plein exercice. Ce dispositif spécial ne s'inscrirait pas dans le cadre du contrôle des concentrations afin de ne pas dénaturer la notion de concentration.

Par ailleurs, un tel dispositif de contrôle devrait rester optionnel pour les entreprises afin qu'elles puissent décider si elles souhaitent bénéficier de la sécurité juridique que confère un contrôle *a priori* ou si en revanche si elles préfèrent éviter cette démarche supplémentaire.

⁵⁸ Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE, Programme de la Commission n° 99/027, Bruxelles, 24 avril 1999.

⁵⁹ Livre vert sur la révision du règlement sur les concentrations, 31 janvier 1996.

IV. La situation dans les autres pays

C'est aux Etats-Unis, en 1890, que furent édictées les premières règles de contrôle des concentrations. Le *Sherman Act*, texte fondateur des lois antitrust, a ainsi interdit les accords anticoncurrentiels⁶⁰ et la constitution de monopole⁶¹. En 1914, le *Clayton Act* prohiba purement et simplement les opérations de concentration ayant pour « effet de restreindre de façon substantielle la concurrence ou de tendre à créer un monopole »⁶².

Par la suite, de nombreux autres pays ont mis en place un dispositif de contrôle des concentrations.

Dans chacun de ces pays, se pose la question de savoir si la création d'une entreprise commune relève du contrôle des concentrations. Il conviendra donc d'analyser comment cette question est traitée dans les différents Etats membres de l'Union, puis dans certains Etats tiers à l'Union.

A) Etats membres de l'Union européenne

À l'exception du Luxembourg, tous les Etats membres de l'Union européenne sont aujourd'hui pourvus d'un dispositif de contrôle des concentrations.

S'agissant de la question de savoir si la création d'une entreprise commune constitue une concentration, certains Etats membres ont adopté le même dispositif que l'Union européenne basé sur le critère de plein exercice. En revanche, d'autres Etats membres ont conservé un régime basé sur d'autres critères que le caractère de plein exercice.

1) Les Etats membres dont le régime des concentrations est identique à celui de l'Union européenne

a) *Autriche*

⁶⁰ Section 1 du *Sherman Act* du 2 juillet 1890.

⁶¹ Section 2 du *Sherman Act* du 2 juillet 1890.

⁶² Section 7 du *Clayton Act* du 5 octobre 1914.

Aux termes de la section 7 de la loi autrichienne sur les cartels, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006⁶³, la création d'une entreprise commune constitue une concentration lorsque l'entreprise commune accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

Ainsi, dans une affaire concernant le secteur bancaire⁶⁴, la Cour suprême autrichienne a considéré que la création d'une entreprise commune par plusieurs banques de dépôts autrichiennes constituait bien une concentration. La Cour a en effet estimé que l'entreprise commune accomplissait de manière durable toutes les fonctions d'une entité autonome.

b) Belgique

Le dispositif de contrôle des concentrations belge, prévu par la loi sur la protection de la concurrence économique⁶⁵, ne s'applique qu'aux entreprises communes qui accomplissent « de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome »⁶⁶. Il convient par ailleurs de noter, qu'à l'image du droit français et européen, les risques de coordinations entre les sociétés mères induits par la création de l'entreprise commune sont appréhendés par les autorités de concurrence au moment du contrôle des concentrations.

c) Chypre

Le droit chypriote⁶⁷ prévoit que les entreprises communes sont soumises au contrôle des concentrations lorsqu'elles sont de plein exercice.

d) Danemark

Le législateur danois s'est également aligné sur le droit de l'Union européenne en matière de contrôle des entreprises communes. En effet, selon la section 12, a, (2) de la loi sur la concurrence du 21 août 2007, seules les entreprises communes de plein exercice sont soumises au contrôle des concentrations.

⁶³ *Kartellgesetz* ("KartG"), BGBl I Nr 61/2005.

⁶⁴ Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*), 21 mars 2007, Affaire n° 16 Ok 1/07.

⁶⁵ Loi sur la protection de la concurrence économique (« LPCE »), coordonnée le 15 septembre 2006.

⁶⁶ Article 6, §1, 1° de la LPCE.

⁶⁷ Section 4, c) de la loi 22(I)/99 de contrôle des concentrations entre entreprises.

Ainsi, dans une affaire le secteur de la télévision⁶⁸, l'autorité danoise de concurrence a considéré que la création d'une chaîne sportive sous la forme d'une entreprise commune par deux éditeurs de programmes télévisuels, constituait une concentration. Pour fonder sa décision, l'autorité de concurrence a relevé que les sociétés mères avaient transféré à l'entreprise commune les droits de diffusion des événements sportifs dont elles disposaient. L'autorité s'est également fondée sur le caractère durable de l'entreprise commune ainsi que sur l'importance de ses ressources financières.

e) Espagne

Jusqu'en 2007, le dispositif de contrôle des concentrations distinguait les entreprises communes coopératives des entreprises communes concentratives. Ainsi lorsque l'objet ou l'effet de l'entreprise commune était la coordination du comportement des entreprises mères, alors l'entreprise commune ne constituait pas une concentration. Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la protection de la concurrence⁶⁹, le 1^{er} septembre 2007, le droit espagnol a consacré la notion d'entreprise commune de plein exercice⁷⁰.

f) Estonie

La section 19 de la loi sur la concurrence⁷¹ prévoit que la création en commun d'une nouvelle entreprise constitue une concentration à condition que cette entreprise agisse de manière durable et indépendante.

Il convient de préciser qu'à l'image du droit français et européen, la pratique décisionnelle de l'autorité de concurrence estonienne distingue le cas de l'acquisition du contrôle en commun sur une entreprise préexistante de celui de la création en commun d'une entreprise commune. C'est uniquement dans ce dernier cas que le critère du caractère de plein exercice doit être rempli.

⁶⁸ Autorité danoise de concurrence ("*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*"), TV2 / MTG / TV2 Sport JV, 4/0120-0401-0010/TUK/MIK/JEM/MEM/VU, 11 avril 2007.

⁶⁹ Loi 15/2007, du 3 juillet 2007, de protection de la concurrence (« *Ley de Defensa de la Competencia* »).

⁷⁰ Article 7, 1), c) de la loi 15/2007, du 3 juillet 2007, de protection de la concurrence.

⁷¹ Loi estonienne sur la concurrence ("*Konkurentsiseadus*") du 5 juin 2001.

g) Finlande

Le dispositif finlandais de contrôle des concentrations s'applique aux entreprises communes à condition que ces dernières accomplissent toutes les fonctions d'une entité économique autonome de manière durable⁷².

h) Grèce

En vertu de l'article 4(5) de la loi grecque 703/77, qui reproduit les articles 3(4) et 2(4) du règlement CE 139/2004, seules les entreprises communes de plein exercice sont soumises au contrôle des concentrations. Le droit grec a également consacré la règle du guichet unique puisque les risques de coordination liés à la création des entreprises communes sont examinés lors du contrôle de l'opération de concentration.

i) Irlande

Le *Competition Act* de 2002 prévoit que les entreprises communes de plein exercice constituent des concentrations⁷³.

j) Malte

Le droit maltais⁷⁴ des concentrations s'est également aligné sur le droit de l'Union européenne en prévoyant que la création d'une entreprise accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration.

k) Pays-Bas

L'article 27 de la loi sur la concurrence, dans sa version modifiée du 1^{er} janvier 2008 aligne, le droit hollandais sur le droit européen en consacrant la distinction basée sur le caractère de plein exercice.

l) Portugal

⁷² Article 11 de la loi sur la concurrence n° 480/1992.

⁷³ Articles 16 (1) et (4) du *Competition Act* de 2002.

⁷⁴ Article 32 du « Malta Competition and Consumer Affairs Authority Act » de 2010.

L'article 8, 2) de la loi sur les concentrations du 11 juin 2003 a également consacré la notion d'entreprise commune de plein exercice. Par ailleurs, les articles 4 et 5 prévoient la règle du guichet unique.

m) République Tchèque

Selon l'article 12 §5 de la loi sur la concurrence, « l'acquisition d'un contrôle conjoint sur une entreprise qui accomplit de manière durable toutes d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens de la loi sur la concurrence ».

L'autorité tchèque de concurrence⁷⁵ a ainsi considéré que l'acquisition en commun à parts égales de l'entreprise *Stoedoeské vodárny* par les entreprises *Véolia Water Prague* et *Sevthe Energy* constituait une concentration⁷⁶.

n) Slovénie

Aux termes de l'article 11 de la loi sur la concurrence⁷⁷ les entreprises communes de plein exercice constituent des concentrations. La législation slovène précise que les entreprises communes qui ne sont pas de plein exercice sont soumises au droit des ententes.

o) Suède

Selon l'article 34 a) de la loi suédoise sur la concurrence, le dispositif de contrôle des concentrations s'applique à toutes entreprises communes accomplissant toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Le point b) de cet article précise quant à lui que les effets de coordination qui peuvent résulter d'une telle opération sont analysés par l'autorité suédoise de concurrence lors du contrôle des concentrations.

2) Les Etats membres dont le régime des concentrations diffère de celui de l'UE

a) Allemagne

⁷⁵ « Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ».

⁷⁶ Décision de l'autorité tchèque de concurrence n° S 20 /05 du 24 juin 2005.

⁷⁷ « Prevention of the restriction of competition Act » du 30 juin 1999.

Le dispositif allemand de contrôle des concentrations ne connaît pas la notion d'entreprise commune de plein exercice. Le droit allemand ne prévoit d'ailleurs aucune disposition spécifique aux entreprises communes. En l'absence de telles dispositions, une entreprise commune pourra constituer une concentration qu'à condition que soient réunies les conditions de l'article 37 (1) de la loi allemande contre les atteintes à la concurrence (« *GWB* »).

Ainsi, dès lors que deux ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle en commun d'une autre entreprise, ou d'au moins 25% du capital ou des droits de vote de cette entreprise, alors l'entreprise commune constitue une concentration au sens du droit allemand.

Il convient de noter que le contrôle d'une entreprise commune au titre des concentrations n'empêche pas les autorités de concurrence de contrôler par la suite l'opération sous l'angle des ententes (section 1 du *GWB*).

b) Bulgarie

La législation bulgare sur les concentrations distingue toujours entre les entreprises communes concentratives et les entreprises communes coopératives. En effet, selon l'article 22 de la loi « de protection de la concurrence »⁷⁸, la création d'une entreprise commune constitue une concentration à condition qu'elle accomplisse de manière durable les fonctions d'une entité économique autonome, et qu'elle n'entraîne pas la coordination des entreprises mères.

c) Hongrie

Le droit hongrois⁷⁹ prévoit qu'une entreprise commune peut constituer une concentration à deux conditions. D'une part, l'entreprise commune doit être de plein exercice. D'autre part, l'entreprise commune ne doit pas avoir pour objet la coordination du comportement des entreprises fondatrices. Dans le cas où cette seconde condition n'est pas remplie, c'est le droit des ententes qui s'applique. On retrouve ainsi le régime que prévoyait le règlement n° 4064/89 avant d'être modifié par le règlement n° 1310/97.

d) Italie

⁷⁸ Article 22 de la loi « de protection de la concurrence », entrée en vigueur le 2 décembre 2008.

⁷⁹ Article 23 (1) de la loi sur la concurrence adoptée 25 juin 1996 dans sa version consolidée du 1^{er} avril 2010.

Le droit italien ne s'est pas aligné sur le droit européen s'agissant du traitement des entreprises communes par le contrôle des concentrations. En effet, selon l'article 5 de la loi n° 287/1990 du 13 octobre 1990⁸⁰, une entreprise commune constitue une concentration à deux conditions : d'une part, l'entreprise doit accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ; d'autre part, l'opération ne doit pas soulever de risques de coordination entre les entreprises fondatrices sur les marchés sur lesquels elles continuent à opérer.

e) Lituanie

Aux termes de l'article 3 (14) de la loi sur la concurrence, la création d'une entreprise commune constitue une entreprise commune, et cela peu importe que l'entreprise soit de plein exercice ou non.

f) Pologne

La particularité du droit polonais des concentrations⁸¹ est qu'il ne prévoit aucune distinction entre les entreprises communes concentratives et coopératives. Ainsi toutes les entreprises communes constituent des concentrations et doivent être notifiées à l'autorité polonaise de concurrence.

g) Roumanie

Le droit roumain de la concurrence a conservé la distinction entre les entreprises communes concentratives et coopératives que le règlement CE n° 4064/89 avait posée. En effet, selon l'article 10 (3) de la loi roumaine sur la concurrence, les entreprises communes qui présentent un risque de coordination horizontale entre les sociétés mères ne constituent pas des concentrations. Ainsi, seules les entreprises communes de plein exercice et ne présentant pas de risque de coordination entre les entreprises fondatrices, constituent des concentrations.

h) Royaume Uni

⁸⁰ Loi n° 287/1990 du 13 octobre 1990 (« *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* »).

⁸¹ Loi relative à la concurrence et à la protection des consommateurs du 16 février 2007.

Le dispositif britannique de contrôle des concentrations, prévu par la partie 3 de l'*Enterprise Act* de 2002⁸², ne contient aucune disposition relative au cas particulier des entreprises communes.

Dès lors, pour déterminer si la création d'une entreprise commune constitue une concentration, il convient de se référer aux conditions générales d'application du contrôle des concentrations britannique. Le droit britannique prévoit que le dispositif de contrôle des concentrations s'applique dès lors qu'il y a une « situation de concentration » c'est-à-dire lorsque « deux ou plusieurs entreprises cessent d'être distinctes ». Ainsi, la création d'une entreprise constitue une opération de concentration à condition qu'elle aboutisse à ce que deux entreprises cessent d'être distinctes.

Les lignes directrices de l'*Office of Fair Trading* et de la *Competition Commission*⁸³ ainsi que la pratique décisionnelle de ces autorités, permettent de préciser les cas dans lesquels une entreprise commune constitue une concentration.

Tout d'abord, le fait qu'une entreprise commune soit purement contractuelle et qu'aucune entité juridique ne soit créée n'empêche pas la qualification de concentration.

Ensuite, en l'absence de condition relative au rôle et au mode de fonctionnement de l'entreprise commune (à l'image de la condition du caractère de plein exercice en droit de l'Union), une entreprise commune pourra constituer une concentration alors même qu'elle n'a pas d'accès au marché. Ainsi, une entreprise commune dont le seul rôle est de fournir des biens ou des services à ses fondatrices peut constituer une concentration.

Enfin, lorsqu'une entreprise commune est créée pour entreprendre une toute nouvelle activité pour les entreprises fondatrices, cela n'implique pas que plusieurs entreprises cessent d'être distinctes. Ainsi il n'y aura pas concentration au sens du droit britannique.

B) Etats tiers à l'Union européenne

a) Afrique du Sud

⁸² *Enterprise Act 2002* du 7 novembre 2002, entré en vigueur le 20 juin 2003.

⁸³ Lignes directrices sur le contrôle des concentrations (« *Joint guidelines for the assessment of mergers* ») du 16 septembre 2010.

Dans une communication de 2009⁸⁴, l'autorité de concurrence sud-africaine a précisé que le dispositif de contrôle des concentrations s'applique à toutes les entreprises communes, quels que soient leur rôle, leur organisation ou leur forme.

b) *Etats-Unis*

En droit américain, plusieurs dispositions permettent d'appréhender les risques anticoncurrentiels liés à la création d'une entreprise commune.

D'une part, la Section 1 du *Sherman Act*, qui prohibe les ententes anticoncurrentielles, peut s'appliquer à la création d'une entreprise commune.

D'autre part, dans un arrêt *United States v. Penn-Olin Chemical Co.* de 1964, la Cour suprême des Etats-Unis a considéré que la Section 7 du *Clayton Act* peut également s'appliquer à la création d'une entreprise commune, même lorsque cette entreprise commune constitue une toute nouvelle activité pour les entreprises fondatrices.

Aucun texte ne prévoit comment articuler ces deux dispositions en cas de création d'une entreprise commune. Toutefois, au regard de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence, il apparaît que les autorités américaines privilégient l'application de la Section 1 du *Sherman Act*. Les seuls cas dans lesquels les autorités de concurrence appliquent la Section 7 du *Clayton Act* sont les cas dans lesquels l'entreprise commune est totalement intégrée, c'est-à-dire lorsqu'elle est en charge de la totalité des aspects d'un secteur d'activité donné : production, distribution, marketing et vente⁸⁵.

En revanche, lorsque l'entreprise commune n'accomplit qu'une fonction spécifique comme la recherche et le développement, la production ou la distribution, les autorités de concurrence américaine se fondent sur la Section 1 du *Sherman Act*.

c) *Suisse*

Le régime suisse est très proche des régimes européen et français, mais présente toutefois une subtilité. En effet, l'article 2 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations

⁸⁴ Communication relative à l'application du contrôle des concentrations aux entreprises communes du 4 novembre 2011.

⁸⁵ Exemple : *FTC v. Harbour Group Invs*, n° 90-2525, 1990 U.S. Dist

d'entreprises du 17 juin 1996, telle que modifiée le 23 mars 2004⁸⁶, distingue deux situations : d'une part, les opérations d'acquisition du contrôle en commun d'une entreprise préexistante ; et d'autre part, les opérations de création d'entreprise commune. Dans le premier cas, l'opération constitue une concentration à condition que l'entreprise commune accomplisse de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Dans le second cas, en plus de la condition du caractère de plein exercice, l'ordonnance exige une condition supplémentaire pour qualifier l'opération de concentration : que certaines des activités d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle passent à l'entreprise commune.

Ainsi, lorsque deux ou plusieurs entreprises créent une entreprise commune dont l'activité est totalement nouvelle pour les deux fondatrices, cela ne constitue pas une concentration au sens du droit suisse.

d) Turquie

Le dispositif turc de contrôle des concentrations⁸⁷, qui a été réformé par le règlement du 7 octobre 2010⁸⁸, est largement inspiré du droit de l'Union européenne.

S'agissant de la question de savoir quelles entreprises communes relèvent du contrôle des concentrations, la loi turque est largement calquée sur le dispositif du règlement CE 4064/1989. En effet, une entreprise commune ne constitue une concentration qu'à deux conditions⁸⁹ : d'une part, elle doit être de plein exercice, et d'autre part elle ne doit pas avoir pour objet ou effet de restreindre la concurrence.

⁸⁶ Article 2 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996, telle que modifiée le 23 mars 2004 :

« 1. L'opération par laquelle deux ou plusieurs entreprises prennent le contrôle en commun d'une entreprise qu'elles ne contrôlaient antérieurement pas en commun constitue une concentration d'entreprises au sens de l'art. 4, al. 3, let. b, de la loi, lorsque l'entreprise commune accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

2. La création, par deux ou plusieurs entreprises, d'une entreprise qu'elles ont l'intention de contrôler en commun constitue une concentration d'entreprises lorsque l'entreprise commune accomplit les fonctions mentionnées à l'al. 1 et que des activités d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle passent à l'entreprise commune. »

⁸⁷ Loi de protection de la concurrence n° 4054 du 13 décembre 1994.

⁸⁸ Communiqué relatif aux fusions et acquisitions devant faire l'objet d'une notification à l'autorité de concurrence n° 2010/4, du 7 octobre 2010.

⁸⁹ Article 5/III du Communiqué n° 2010/4.

Il convient de noter que les autorités de concurrence turques sont particulièrement exigeantes concernant la condition de durabilité. En effet, elles considèrent cette condition remplie uniquement lorsque l'entreprise commune est destinée à exercer ses activités d'une manière illimitée dans le temps.

e) Ukraine

L'article 22 de la loi sur la concurrence ukrainienne prévoit qu'une entreprise commune constitue une concentration à deux conditions. D'une part, elle doit accomplir une activité commerciale de manière indépendante et durable. D'autre part, elle ne doit pas avoir pour effet la coordination des sociétés mères.

Au terme de cette analyse du droit comparé, il apparaît qu'il existe quatre approches différentes face la problématique de la qualification des entreprises communes. Un premier groupe de pays consacre le critère unique du caractère de plein exercice. Un deuxième groupe de pays a conservé la distinction entre les entreprises communes concentratives soumises au contrôle des concentrations et les entreprises communes coopératives soumises au droit des ententes. Un troisième groupe de pays applique le régime des concentrations à toutes les entreprises communes sans aucune distinction. Enfin, un quatrième groupe de pays ne prévoit aucune disposition relative aux entreprises communes, et semble plus enclin à les soumettre au droit des ententes.

Conclusion

La question de la qualification des entreprises communes en droits français et européen de la concurrence a longtemps été à la fois l'une des plus débattues et l'une des plus incertaines. En effet, ce n'est qu'au terme d'une importante évolution législative et réglementaire que le droit français et européen a consacré le critère unique du caractère de plein exercice.

Si, de manière générale, l'adoption du critère unique du caractère de plein exercice a été opportune, le dispositif actuel reste perfectible à deux égards. D'une part, les contours de la notion de d'entreprise commune de plein exercice demeurent parfois incertains. D'autre part, dans certains cas, ce critère apparaît trop restrictif, notamment en ce qui concerne les entreprises communes de production qui ne sont pas de plein exercice. Dès lors, des ajustements procéduraux permettraient de répondre de manière efficace à ces lacunes.

Malgré ces quelques lacunes, les dispositifs français et européen semblent les plus opportuns. En effet, au regard du droit comparé, il apparaît que seuls les dispositifs basés sur le critère unique du caractère de plein exercice permettent de faire bénéficier un grand nombre d'entreprises communes du régime favorable du contrôle des concentrations tout en assurant un haut niveau de sécurité juridique et en respectant l'essence de la notion de concentration.

Bibliographie

Textes nationaux et européens

- Droit de l'Union européenne

- Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE, n° L 395, du 30 décembre 1989.
- Règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE, n° L 180, du 9 juillet 1997.
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE, n° L 024, du 29 janvier 2004.
- Communication de la Commission concernant les opérations de concentration et de coopération au titre des concentrations entre entreprises, JOCE, n° C 203, du 14 août 1990.
- Communication relative à la distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives établies par le règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE, n° C 385, du 31 décembre 1994.
- Communication n°98/C 66/02 de la Commission, 2 mars 1998, relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE C 66.
- Communication consolidée n° 2008/C 95/01, 10 juillet 2007, 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 (« communication consolidée »), JOCE C 95.
- Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE, Programme de la Commission n° 99/027, Bruxelles, 24 avril 1999.
- Livre vert sur la révision du règlement sur les concentrations, 31 janvier 1996.
- Mémoire de la Commission de décembre 1965 sur le problème de la concentration dans le marché commun, Études, Série Concurrence n°3, Bruxelles, troisième partie, n° 6 à 13.

- Droit français

- Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.
- Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations, Etudes DGCCRF (1992), p. 16.
- Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 16 décembre 2009, point 58.

Ouvrages

- D. Berlin, « Contrôle des concentrations », Éditions de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 3^e éd., 2009.
- L. Cohen-Tanugi, D. Encaoua, A. Winckler, « La pratique communautaire du contrôle des concentrations : analyses juridique, économique et comparative, Europe, Etats-Unis, Japon », De Boeck Université, 1995.
- E. Combe, « Économie et Politique de la Concurrence », Dalloz, 2005.
- A. et G. Decocq, « Droit de la concurrence, droit interne et de l'Union européenne », LGDJ, 2002, 3e édition.
- D. Ferrier et D. Ferré, « Droit du contrôle national des concentrations », Dalloz, 2004.
- F.-L. Fine, « *Mergers and Joint Ventures in Europe : the Law and Policy of the EEC* », Graham & Trotman , 2^e éd., 1994.
- J.-M. González-Orús, « *Empresas en participación (joint ventures) y derecho comunitario de la competencia* », BOSCH, 2007.
- K. Langefeld – Wirth, « Les Joint Ventures internationales, 1992, JOLY.
- J.-P. de La Laurencie et J.-M. Cot, Le Contrôle français des concentrations, 2^e éd., LGDJ, 2003.
- L. Vogel, « Contrôle des concentrations », Lawlex, 2009.
- L. Vogel, « Contrôle européen des concentrations », Lawlex, 2009.
- R. Whish, « *Competition Law* », Oxford University Press, 6e éd., 2008.
- J. Zachmann, Le contrôle communautaire des concentrations, 1994, LGDJ/Montchrestien.

- A. Grabowska, « Le contrôle des opérations de concentration : exemple français et polonais », mémoire rédigé sous la direction du Professeur Louis Vogel, Institut de droit comparé, 2002.
- « *The International Comparative Legal Guide to : Merger Control 2011, A practical cross-border insight into merger control issues* », GLG, 2010.
- « *Joint ventures in English and German law : papers presented to the first Oxford Anglo-German Law Conference, Autumn 1999* », édité par E. Micheler and D.D. Prentice, HART publishing, 2000.
- « La Filiale commune : moyen de collaboration entre sociétés et groupes de sociétés », colloque de Paris, 20-21-22 février 1975, organisé par l'Université de Paris II.
- « Politique de la concurrence et les entreprises communes », Organisation de coopération et de développement - OCDE, 1986.
- « Mergers and acquisitions, Understanding the Antitrust Issues », ABA Section of Antitrust Law, 3^e éd., 2008.
- « Les joint-ventures franco-américaines : aspects juridiques et fiscaux de l'établissement d'une filiale commune aux USA », Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international, Larcier, 1994.

Revue et articles

- J.-M. Cot, S. Martin, J. Philippe, Concentrations – Chronique, Concurrences n° 1-2009, pp. 133-140.
- J.-M. Cot, et A. Blanchet, « Concentrations : Panorama de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence en 2010 », Concurrences n° 1-2011, pp. 58-66.
- F. E. Gonzalez-Diaz, « *Joint Ventures under EC Competition Law : the new boundaries* », Mélanges M. Waelbroeck, Bruylant, 1999.
- A. Piettre, « Concentration et déconcentration en Allemagne occidentale. De l'Accord de Potsdam au plan Schuman », Revue économique, 1951, Volume 2, n° 4, pp. 431-456.
- D. Tayar, « Entreprises communes et risques de coordination des sociétés mères en contrôle des concentrations : pour une clarification des méthodes d'analyse », Concurrences n° 3-2009, pp. 62-68.
- A. Winckler et F. de Bure, « Quatre en un, et même davantage », Revue Lamy de la Concurrence, 2007, n°10.

Séminaires

- « *Joint-ventures*, prises de participation minoritaire et contrôle des concentrations », Séminaire Philippe Nasse du vendredi 5 novembre 2010, A. Perrot, J.-P. Gunther, L. Flochel.

Sites internet

- Site de l’Autorité de la concurrence : www.autoritedelaconcurrence.fr
- Site de la Commission européenne : <http://eur-lex.europa.eu>
- www.concurrences.com
- www.law-lex.com